

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

FERNANDO DE BRITO ALVES

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

H553

Hermenêutica jurídica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Fernando De Brito Alves, José Alcebiades De Oliveira Junior, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-192-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Hermenêutica Jurídica. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Apresentação

Os trabalhos apresentados no GT Hermenêutica Jurídica I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, em Brasília, e que ora compõem este livro, manifestam à evidência o avanço das discussões sobre hermenêutica jurídica no país, bem como os principais debates hoje existentes sobre temas que vão desde critérios interpretativos às candentes questões relacionadas ao ativismo judicial, salientados que foram um grande número de autores importantes nessa área. É notável, portanto, neste sentido, o fato de que tal como na Filosofia do Direito e na Sociologia Jurídica, nunca estudamos e pesquisamos tanto também no campo da Hermenêutica Jurídica. Assim sendo, nesta apresentação, gostaríamos de realizar alguns comentários sobre o conteúdo deste livro, a fim de antecipar aos possíveis leitores o que eles poderão aqui encontrar, sempre considerando as apresentações feitas e os debates transcorridos por ocasião das apresentações feitas no transcorrer do evento.

Assim, diante da diversidade temática e não fugindo à tarefa que nos cabe, chegamos às seguintes observações e a consequente estruturação desta obra:

1 - Vários autores importantes foram neste grupo retratados, assim como vários temas atuais, dentre os quais, saliente-se os seguintes textos:

No texto a contribuição da hermenêutica ricoeuriana e sua dialética do amor para o pensamento jurídico contemporâneo, o pesquisador além de desenvolver os aspectos dessa importante dialética, traz ao público um importante debate entre Ricoeur e Heidegger, importante para o descoratório do tema. De outra parte, revisitar a hermenêutica constitucional de Häberle se constitui hoje mais do que uma mera visita, uma obrigação para quem pretende discutir e levantar em conta a diversidade cultural, o que faz desse texto algo muito interessante. Lembre-se das teorias de Häberle sobre "a sociedade aberta dos intérpretes da constituição". Na sequência, observa-se uma retomada da sempre importante discussão no direito dos denominados conceitos jurídicos indeterminados, demonstrando a tese da importância das contribuições da Hermenêutica Filosófica para com esse debate, sobretudo quando se trata de discussões sobre os interesses da administração pública. Logo a seguir, se apresentam discussões, a nosso juízo, muito importantes nos tempos atuais de centralidade do Poder Judiciário no combate à corrupção, trazendo o tema da isenção política nas decisões jurisdicionais.

A seguir, o leitor encontrará um tema que chamou bastante a atenção destes coordenadores e que diz respeito a taxatividade penal e o atual conceito de família, uma vez que ainda padecemos de muitas inadequações dos vários ramos específicos do Direito, como é o caso do Direito Penal e do Direito de família, em face dos princípios constitucionais e das transformações do mundo. Um outro tema versado, é o da juridicidade das normas constitucionais e a desconstruções classificatórias procurando mostrar que ao contrário do que se pensa as normas programáticas possuem tanta ou igual importância quanto as demais. O atual protagonismo da interpretação constitucional como leme para aplicação vem reforçar as discussões sobre a importância da constituição e sua aplicação e efetivação. A interpretação constitucional prossegue como tema no texto panorama hermenêutico do ordenamento jurídico pátrio e os problemas gerados com o neoconstitucionalismo, em uma discussão que considera as obras de Dworkin, Alexy, Häberle e outros. Importante texto vem a seguir sobre o STF e as bases materiais para a hermenêutica transconstitucional, no qual seus autores ressaltam a importância do estudo comparado e o respeito ao que as Cortes Internacionais já disseram sobre polêmicas relacionadas aos Direitos Humanos. O precedente judicial como princípio e a liberdade de expressão na decisão da ADPF 130, sobre as questões da liberdade de imprensa e o tema do precedente judicial.

Enfim, os princípios constitucionais e a hermenêutica frente aos princípios gerais do direito, reflexões sobre o status de ciência para o saber jurídico e uma rediscussão da ideia de paradigma, o tema do repensar da jurisprudência e uma retomada do tema da integridade do Direito e o problema do ativismo judicial a partir de Dworkin, encerram os textos de hermenêutica jurídica apresentados neste grupo e que compõem esta publicação.

2 - Enfim, como comentários finais gostaríamos de assinalar a riqueza das contribuições trazidas ao Grupo de Hermenêutica Jurídica, cumprimentar a todos os seus autores e dizer da nossa satisfação em poder ter presidido este grupo, desejando a todos que prossigam com suas pesquisas e realizações acadêmicas.

Fernando De Brito Alves - Universidade Estadual do Norte do Paraná

José Alcebíades De Oliveira Junior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Matheus Felipe De Castro - Universidade Federal de Santa Catarina

A INTERPRETAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E A HERMENÊUTICA FILOSÓFICA: CONTRIBUIÇÕES PARA CONTROLE E LEGITIMIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

INTERPRETATION OF INDETERMINATE LEGAL CONCEPTS AND PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS: CONTRIBUTIONS TO CONTROL AND LEGITIMACY OF PUBLIC ADMINISTRATION

Marcos Paulo Andrade Bianchini ¹
Alderico Kleber De Borba

Resumo

A pesquisa visa demonstrar que, apesar da discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados guardarem entre si algum ponto de interseção, tratam-se de institutos jurídicos distintos. Na discricionariedade há um ato de escolha, um ato de volição. Já na valoração dos conceitos jurídicos indeterminados há um ato de inteligência, um ato de interpretação que deve se valer da hermenêutica filosófica para prestar legitimidade à atividade Administrativa. Teve-se como vertente metodológica a natureza compreensivo-analítica da pesquisa teórica, pois buscou-se reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Discricionariedade, Conceitos jurídicos indeterminados, Administração pública, Hermenêutica filosófica

Abstract/Resumen/Résumé

The study aims to demonstrate that despite the discretion and the indeterminate legal concepts keep each other some point of intersection, these are different legal institutions. The discretion there is an act of choice, an act of volition. In the valuation of indeterminate legal concepts there is an act of intelligence, an act of interpretation to avail himself of the philosophical hermeneutics to provide legitimacy to the Administrative activity. We had it as methodological aspect to understanding and analytical nature of theoretical inquiry, as we attempted to reconstruct the data analyzed from the perspective of the democratic rule of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Discretion, Indeterminate legal concepts, Public administration, Philosophical hermeneutics

¹ Mestrando em Direito Publico com ênfase em Direito Constitucional e Direito Administrativo pela Universidade FUMEC, Belo Horizonte/MG. Advogado.

1 Introdução

A ampla gama de direitos fundamentais plasmados no texto constitucional exige do Poder Executivo uma grande atuação no sentido de concretizá-los, tendo sempre em vista a dignidade da pessoa humana, núcleo duro do ordenamento jurídico pátrio. Então, por meio da função administrativa, a Administração Pública é munida de poderes (que na realidade são deveres) para a consecução do interesse público, ora na atuação do poder vinculado, ora no exercício da discricionariedade e ora na valoração dos conceitos jurídicos indeterminados.

Diga-se que a tendência legislativa da utilização de conceitos jurídicos indeterminados faz com que a valoração por uma comunidade política, situada histórica e geograficamente, aproxima-se mais de um senso de justiça e possibilita uma maior prestação do Estado no atual paradigma no que diz respeito aos direitos e garantias individuais dos cidadãos. Otimiza, desta forma, o Direito e o sistema jurídico.

Considerando as releituras dos institutos jurídicos que desaguarão no paradigma do Estado Democrático de Direito, faz-se imperioso questionamento: a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, por meio do exercício de uma hermenêutica filosófica, oportunizada na jurisdição constitucional, seria um canal dialógico para conferir legitimidade na atuação da Administração Pública?

A pesquisa parte da hipótese de que é possível conferir legitimidade à valoração dos conceitos jurídicos indeterminados no exercício da hermenêutica filosófica na jurisdição constitucional sem representar afronta ao princípio dos poderes.

Assim, a pesquisa tem como objetivo demonstrar que a hermenêutica filosófica coopera na valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, que o faz por uma comunidade política temporal e historicamente situada, com o fito de legitimar a atividade Administrativa.

Para isso será necessário: (a) estudar as releituras dos institutos da vinculação e da discricionariedade no paradigma do Estado Democrático de Direito; (b) apreender a doutrina e a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados; (c) Investigar o giro linguístico pragmático e a filosofia hermenêutica e constitucional contemporâneas como instrumentos para a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados.

A metodologia utilizada tem como dados primários da pesquisa a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), a obra Verdade e Método, de Hans Georg Gadamer, a legislação, as leis, as resoluções e as demais normas, bem como a

jurisprudência dos Tribunais Superiores; e são dados secundários da pesquisa as opiniões doutrinárias referentes a hermenêutica filosófica, ao Direito Constitucional e o Direito Administrativo, bem como suas interpretações, e as legislações comentadas. O trabalho tem natureza compreensivo-analítica, pois busca reconstruir os dados analisados na perspectiva do Estado Democrático de Direito.

2 Vinculação e discricionariedade: uma necessária releitura no paradigma do Estado Democrático de Direito

Na persecução do interesse público a Administração é dotada pelo ordenamento jurídico de poderes para a realização das tarefas administrativas (MEIRELLES, 1999, p. 100). Tais poderes são instrumentais para alcançar a finalidade proposta, que nada mais é do que o alcance do interesse público.

A busca das finalidades entabuladas na norma tem o caráter de dever, antes de poder, caracterizando a função administrativa, em sentido jurídico (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 13).

Percebe-se, então, que o exercício da função administrativa se apóia em ponto diametralmente oposto das relações particulares e privadas. Enquanto nestas relações o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, imperando assim a autonomia da vontade, naquelas a Administração só pode fazer o que a legalidade determina, lhe autoriza, sempre com o fito de alcançar o interesse público.

É perceptível que todo o Direito Público, no atual paradigma, “não gira em torno de poder, mas gira em torno da ideia de dever” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 14).

Dentre os “poderes” instrumentais que a ordem jurídica confere à Administração está o poder discricionário e o poder vinculado (os quais podem ser chamados, com base no que fora pontuado alhures, de deveres discricionários e vinculados).

O conceito de discricionariedade nasce com o Estado Liberal, definida primeiramente como a área de livre ação da Administração em contraposição à atuação vinculada e passível de sindicabilidade judicial (MORAES, 2009, p. 27).

Dizia-se que a discricionariedade se dá justamente porque ao Legislativo não tem como prever todos os fatos dinâmicos do mundo da vida, dada a complexidade da vida humana e os deveres impostos à Administração. Assim, se todas as normas fossem vinculadas, engessariam e comprometeriam a eficiência da Administração Pública.

A conveniência e oportunidade são elementos nucleares do poder discricionário, “A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 49), observando dentre duas ou mais escolhas conferidas pela legalidade, sendo entendida esta como vinculação positiva à lei.

No entanto, a discricionariedade administrativa representou um movimento contraditório do seu ideal inicial, pois a discricionariedade que foi criada como submissão integral da atividade administrativa ao legislador, apresentou-se (ou apresenta) como uma verdadeira insubmissão (BINENBBOJM, 2008, 19).

Na marcha dialética, tem-se uma ampliação da admissão da atuação judicial da discricionariedade em decorrência do reconhecimento dos princípios jurídicos como fonte normativa. Desta forma, a discricionariedade evolui-se de um poder político para um poder jurídico, no que passa de uma liberdade ampla (*latere*) do Direito para a pressuposição de uma norma jurídica que delimita a atuação discricionária. A sindicabilidade judicial só se restringia a certos elementos, deixando intacta somente o núcleo da atividade administrativa (MORAES, 2009, p. 28).

Em meados do século XIX, na consolidação do Estado de Direito, houve o avanço do controle judicial a redutos antes inatingíveis e intocáveis da atuação administrativa e, para alguns, foi uma ameaça ao mérito do ato administrativo. Porém, com os excessos do Executivo na Segunda Guerra Mundial, em uma reação aos regimes totalitários dos anos 1933-1945, o poder discricionário se mostrou um corpo estranho no Estado de Direito, e a liberdade foi limitada a execuções de normas. Neste momento histórico a discricionariedade foi comparada ao “cavalo de tróia do direito administrativo” do sistema do Estado de Direito (MORAES, 2009, p. 30).

No constitucionalismo pós-guerra, a discricionariedade foi ainda mais delimitada, restrita não somente à legalidade como no Estado Legal e no Estado de Direito Liberal, mas também aos princípios vigentes na ordem jurídica posta, obediente ao princípio da juridicidade. No desenrolar da história houve doutrinadores que chegaram ao ponto de qualificar discricionariedade e vinculação como sinônimos e, em seguida, passou para um controle negativo da atuação administrativa discricionária, para “finalmente culminar com o reconhecimento judicial das situações em que há eliminação da discricionariedade ou redução da discricionariedade a zero [...] que provoca o temor do ‘governo dos juízes’ (MORAES, 2009, p. 31).

Na segunda metade do século XX, a consagração de direitos fundamentais e a determinação constitucional de prestação positivas e concretização de direitos, levaram a uma hipertrofia do Executivo, que dada as gigantescas atribuições da Constituição foi chamado de gigante de pernas curtas. Aí surgiu a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. Reduzido o campo da discricionariedade do qual foram subtraídos os conceitos indeterminados, espalhou-se o controle judicial, sem que, no entanto, jamais chegasse a confundir-se com a área da atuação administrativa em toda a sua extensão (MORAES, 2009, p. 32).

No atual paradigma constitucional a discricionariedade não pode ser tida como imune ao controle jurisdicional como no Estado Liberal, mas deve ter seu contorno nos princípios expressos e nos princípios reconhecidos na atual arquitetura constitucional. Percebe-se, diante disso, que o poder/dever discricionário sofreu importante releitura.

A vinculação da discricionariedade à legalidade foi substituída pela sua vinculação e observância à Constituição, da lei e dos princípios (MEDAUAR, 2003, p. 198). Assim, não cabe atualmente mais falar em dicotomia entre atos vinculados e discricionários e, sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade.

Dessa forma, a discricionariedade deixa de ser vista como liberdade decisória ou campo imune à sindicabilidade, e passa a responder em maior ou menor grau de controle da jurisdição constitucional dos seus atos (BINENBJOM, 2008, p. 208).

Assim, tem-se que no atual paradigma do Estado Democrático de Direito o instituto jurídico da discricionariedade passou por várias releituras, desde a intocabilidade e insindicabilidade no Estado Liberal até uma maior atuação do órgão aferidor de legitimidade na jurisdição constitucional, tudo sob o prisma dos princípios expressos como também pelos princípios reconhecidos no ordenamento jurídico, sempre com o fito de se alcançar, por meio da providência ótima dentre outras previstas abstratamente, a finalidade estabelecida pela norma posta.

3 A doutrina dos Conceitos Jurídicos Indeterminados

Os conceitos jurídicos indeterminados, também chamados de fluidos, vagos ou imprecisos, têm sido utilizados na técnica legislativa nos dois últimos séculos e estão presentes em todos os ramos do Direito.

Quando a Administração Pública opera a valoração e a concreção de palavras como “velhice”, “conduta ilibada”, “notável saber”, “urgência”, pode tentar maquiar abuso de poder, perseguições, favorecimentos, a busca pelo interesse público secundário, e outras situações que são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, e acabam por representar uma afronta à juridicidade.

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados tem como nascedouro a célebre controvérsia entre Bernatizik e Tezner, juristas austríacos, em meados do século XIX (SOUSA, 1994, 33).

Para Bernatizik, a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados não se daria por meio de um puro silogismo, que só poderia se concretizar como resultado de um complexo processo em cadeia, criando assim um problema aparentemente inultrapassável para época. O problema foi resolvido de forma simplória ao considerar que a presença dos conceitos jurídicos indeterminados atribui discricionariedade à autoridade administrativa, por isso, impermeáveis frente a qualquer tipo de controle judicial. Este pensamento, por algum tempo, influenciou o Supremo Tribunal Austríaco (SOUSA, 1994, 34).

Já Tezner defendia que os conceitos jurídicos indeterminados eram inimigos do Estado de Direito, e que deveriam ser abandonados, pois, quando os conceitos jurídicos indeterminados são postos em ligação com fatos reais, podem admitir cadeias de pensamentos altamente complexas e diversas (SOUSA, 1994, 35); por isso se tornava imprescindível o controle de legalidade operado pelo judiciário quando a Administração Pública manejava tais conceitos (MORAES, 2009, p. 65).

Das correntes doutrinárias formuladas por Bernatizik e Tezner surgiram duas teorias: a teoria da multivalência, com fundamento na doutrina de Bernatizik, que apregoa que na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados são possíveis várias decisões corretas (discricionariedade); e, a teoria da univocidade, com raízes em Tezner, que defende só existir uma única solução correta decorrente da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados quando postos em contato com fatos reais (poder vinculado) (SOUSA, 1994, p. 36).

A grande questão de controvérsia entre a discricionariedade e a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados se dá sobre a incidência do controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração Pública advindos dos respectivos institutos. Se haveria ou não sindicabilidade judicial quando da valoração dos conceitos jurídicos indeterminados.

Em suma: para a teoria da multivalência, não seria cabível o controle jurisdicional, por representar afronta ao princípio da separação dos poderes, por ter o mérito do ato

administrativo e o exercício da discricionariedade como função típica do Executivo. Já para a teoria da univocidade seria cabível o controle jurisdicional, pois a interpretação e valoração dos conceitos jurídicos indeterminados resultam de uma operação mental e, por isso, pode-se conceber diferente do outro (MORAES, 2009, p. 56).

Logo, a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados não seria um ato de escolha volitiva, típico da discricionariedade, e sim, um ato de interpretação, de exercício de hermenêutica, da qual pode valer-se uma comunidade política situada temporal e espacialmente. Por isso, a interpretação e o exercício da hermenêutica na valoração dos conceitos jurídicos indeterminados se torna possível na jurisdição constitucional, como espaço que deva ser apropriado para interpretação das normas postas e que afeta os cidadãos.

Assim, pode-se dizer que no paradigma do Estado Democrático de Direito a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados tem a hermenêutica filosófica, oportunizada na jurisdição constitucional, um meio de prestar legitimidade à atividade Administrativa.

4 A Virada Linguística na Filosofia Contemporânea. A Hermenêutica Filosófica de Hans Georg Gadamer e a Filosofia Constitucional

No espiral da história a questão da linguagem sempre foi posta de forma diferente nas diferentes épocas.

A começar por sua obra “O crátilo¹”, Platão toma uma posição a respeito da essência da linguagem humana. De um lado havia o naturalismo que defendia que as coisas tinham nome por natureza (*physei*). Por outro lado o convencionalismo apregoava que a significação das coisas é fruto de convenção e do uso da linguagem (OLIVEIRA, 2006, p. 18).

O naturalismo influenciou o pensamento grego, uma vez que antecedia o som e a significação das palavras a própria essência das coisas. Com isso somente o olho do espírito seria capaz de captar a ordem objetiva das coisas, e a tarefa da linguagem consistia na expressão adequada da ordem objetiva das coisas (OLIVEIRA, 2006, p. 76).

Para isso existiam pessoas especiais denominadas de onomaturgos que eram as responsáveis para estabelecer o nome das coisas, raros artistas entre os homens. Dessa forma Platão, no Crátilo, defende uma tese intermediária entre o naturalismo e o convencionalismo, em que esconde o ser ao trabalhar com a possibilidade de se conhecer as coisas sem o uso da linguagem (STRECK, 2014, p. 180), bastando tão somente o exercício da reminiscência.

¹ Ver em: Platão. O Crátilo. São Paulo: Instituto Piaget, 2001, 128 p.

Assim, Platão cria que haveria um conhecimento isento de palavra, e que a palavra só teria alguma significação a partir do conhecimento das coisas. Ensinava-se que o pensamento seria o puro pensar as ideias, a qualidade de diálogo da alma consigo mesma e que a palavra (*logos*) seria a corrente que, partindo desse pensar, fluiria ressoando por meio da boca (GADAMER, 1999, p. 563).

O descobrimento da ideia por Platão oculta a essência da linguagem, em contraponto aos sofistas que a usaram e abusaram (STRECK, 2014, p. 181). A linguagem assumiu um papel secundário, foi reduzida a puro instrumento e o conhecimento do real se fazia independente dela (GADAMER, 1999, p. 593).

Em Aristóteles há o nascimento da metafísica, em que tenta implementar um rompimento entre a linguagem e a coisa por meio da teoria da significação (OLIVEIRA, 2006, p. 27), em que a palavra é apenas um símbolo das coisas. Isto é, a essência das coisas é que confere às palavras possibilidades de sentido (STRECK, 2014, p. 182). Também em Aristóteles, a linguagem era tida como um instrumento e, por isso, assumia um papel de secundário.

Somente na patrística, com São Tomaz de Aquino e a doutrina cristã da encarnação, quando o verbo se faz carne, e só nesta encarnação se consuma a realidade do espírito, o *logos* se liberta com isso de sua espiritualidade, e se corporifica, transforma-se em um puro acontecer (GADAMER, 1999, p. 609).

Com a modernidade surge o sujeito. Tanto Heidegger quanto Gadamer resgatam a origem da palavra “sujeito” dos ensinamentos de Aristóteles com a qualidade de imutável. Daí, em Protágoras (“o homem como a medida de todas as coisas”) e Descartes, vê-se a mudança da relação estática do objeto/sujeito para a relação sujeito-objeto, colocando-o na base, “e que por si só se sustenta perante nós e persiste, imutável, diante de todas as formas de manifestação do ente” (STRECK, 2014, p. 199).

Inaugura-se, assim, um novo paradigma²: a filosofia da consciência. Nesse novo paradigma, os sentidos não estão mais nas coisas, passando, agora, a estarem na mente, na consciência do sujeito (STRECK, 2014, p. 201). Com isso tem-se o solipismo, com o prestígio do eu (sujeito) e as suas sensações, que

ocorre na medida em que a razão humana se utiliza de uma matéria (no caso de um som) e a articula e transforma de tal maneira que ela possa ser veículo de sua manifestação. Linguagem, nessa perspectiva, é a exteriorização da razão, do sentido.

² A palavra paradigma aqui não deve ser tratada como um modelo ou cópia e, sim, como a ruptura das gramáticas de práticas sociais que ensejam um novo horizonte de sentido, na lição de Thomas Kuhn. Ver em KUHN, Thomas S. A Estrutura das Revoluções Científicas. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 262 p

Algo sensível se faz manifestação, exteriorização, objetivação do inteligível. Ora, o que faz, portanto, o som produzido pelo homem linguagem é que ele é a expressão do pensamento, da razão, da consciência. É a espiritualização do som que o torna linguagem humana, essencialmente distinta da linguagem animal (OLIVEIRA, 2006, p. 202).

Dessa forma, “se a verdade pertence ao sujeito enquanto sujeito e apenas a ele, ou seja, se de acordo com sua própria essência a verdade reside no sujeito, então ela é necessariamente algo subjetivo” (OLIVEIRA, 2006, p. 203).

Com Wilhelm von Humboldt, a linguagem ocupa o lugar central na filosofia e na experiência de mundo e começa a conceber a linguagem não apenas como

um dos dotes, de que se encontra apetrechado o homem, tal como está no mundo, mas nelas se baseia e representa o fato de que os homens simplesmente tem mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo, numa forma sob a qual não tem existência para nenhum outro ser vivo, nele posto. Essa existência do mundo, porém, está constituída linguisticamente (GADAMER, 1999, p. 643).

Percebe-se o rompimento da filosofia da consciência pelo paradigma da filosofia da linguagem, pois outrora a linguagem era vista como “um instrumento para a designação de entidades independentes desta ou para a transmissão de pensamentos pré-linguísticos, concebidos sem a intervenção humana” (STRECK, 2014, p. 211).

Assim,

Somente depois de superar esse paradigma, mediante o reconhecimento de que a linguagem tem um papel constitutivo na nossa relação com o mundo, é que se pode falar em uma mudança paradigmática, representado pelo rompimento com a filosofia da consciência pela filosofia da linguagem (GADAMER, 1999, p. 211).

Segundo Gadamer, o criador da moderna filosofia da linguagem é Humboldt (GADAMER, 1999, p. 637), que assim lecionava

A linguagem não é somente um dos dotes, de que se encontra apetrechado o homem, tal como está no mundo, mas nela se baseia e representa o fato de que os homens simplesmente tem mundo. Para o homem, o mundo está aí como mundo, numa forma sob a qual não tem existência para nenhum outro ser vivo, nele posto. Essa existência do mundo, porém, está constituída linguisticamente (GADAMER, 1999, p. 643).

Por meio da conversação obtém-se o mútuo entendimento do que seja o mundo circundante e sua existência nele (GADAMER, 1999, p. 648), ao ponto de se afirmar que aquele que tem a linguagem tem o mundo (GADAMER, 1999, p. 647).

Assim como as coisas – essas unidades de nossa experiência do mundo, constituídas de apropriação e significação – alcançam a palavra, também a tradição, que a nós chega, é trazida novamente à linguagem na nossa compreensão e interpretação dela.

A linguisticidade desse vir à palavra é a mesma que a da experiência humana do mundo em geral. É isso o que levou a análise do fenômeno hermenêutico, finalmente, à explicação da relação entre linguagem e mundo (GADAMER, 1999, p. 662).

Dessa forma, percebe-se, que no paradigma da filosofia da linguagem se tem o mundo na linguagem. A linguagem deixa de ser um instrumento. Deixa de ser apenas o ressoar do pensamento, e passa a ser condição de possibilidade para a própria constituição do conhecimento. “Não há essências. Não há relação entre nomes e as coisas. Não há qualquer essência comum entre as coisas no mundo” (STRECK, 2014, p. 244).

A partir do Conceito de Heidegger do homem, Gadamer leciona que a finitude e a historicidade fazem do homem o *eis-aí-ser*. A análise da temporalidade do homem o torna um ser hermenêutico, o único que se compreende no mundo por meio da linguagem (GADAMER, 1999, p. 402).

A história do sujeito (denominado de *Daisen*, no Alemão; em português, *eis-aí-ser*) o posiciona em uma “mediação entre o passado e o presente na direção do futuro que se abre” (OLIVEIRA, 2006, p. 227).

Aí, a compreensão assume um papel vital na hermenêutica gadameriana, pois a compreensão é uma expectativa de sentido que vai além da interioridade oculta e alcança uma liberdade espiritual (GADAMER, 1999, p. 394). E para se chegar a uma compreensão, onde quer que compreenda, faz-se a partir do horizonte de uma tradição de sentido (OLIVEIRA, 2006, p. 228).

Gadamer lança em nosso sentido a palavra preconceito, rechaçada no iluminismo e no paradigma da filosofia da consciência, e tida por muitos como um falso juízo, ou de uma valoração negativa. Preconceito vem agora na literalidade da palavra, qual seja, conhecimento prévio. O homem como ser histórico só pode compreender a partir das experiências recebidas e vividas, seja pela tradição e dos costumes. Não se trata de uma repetição do passado, mas a participação de um sentido no presente (GADAMER, 1999, p. 235).

Nesse sentido, a viragem (giro) ontológico-linguístico se manifesta da seguinte forma: não há mais um sujeito solitário, solipista, que constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Agora o que há é uma comunidade que antecipa qualquer constituição do sujeito, e a linguagem é a condição de possibilidade desse relacionamento (STRECK, 2014, p. 255).

Segundo a teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas, o direito passa a ser responsável pela integração social entre o mundo da vida e os sistemas sociais na medida em

que permite aos cidadãos agirem motivados pela racionalidade estratégica (que os façam obedecer à lei por temor da coerção considerando se o benefício auferido pela transgressão da lei compensa o custo que pode advir das sanções previstas na lei), e por outro, lado quando por meio da racionalidade comunicativa (ação, os cidadãos agem motivados de acordo com os ditames legais, convencidos de sua legitimidade).

Como explica Habermas

Essa união característica entre coerção fática e validade da legitimidade, que tentamos esclarecer através do direito subjetivo à assunção estratégica de interesses próprios, exige um processo de legislação no qual os cidadãos devem poder participar na condição de sujeitos do direito que agem orientados não apenas pelo sucesso. Na medida em que os direitos de comunicação e participação política são constitutivos para um processo de legislação eficiente do ponto de vista da legitimação, esses direitos subjetivos não podem ser tidos como os de sujeitos jurídicos privados e isolados: eles têm que ser apreendidos no enfoque de participantes orientados pelo entendimento, que se encontram numa prática intersubjetiva de entendimento (HABERMAS, 2012, p. 53).

A intersubjetividade se dá quando há interrelação entre sujeito e sociedade, que se processa através de estruturas linguísticas, pois as identidades individuais e sociais se constituem a partir da sua inserção em uma forma de vida compartilhada, na medida em que aprendemos a nos relacionar com os outros e com nós mesmos através de uma rede de conhecimento recíproco, que se estrutura através da linguagem (CITTADINO, 2009, p. 91).

Assim, Habermas aduz que, para uma integração social na sociedade complexa, o direito permanece em uma tensão entre facticidade e a validade, ao permitir que os atores que se orientam pela racionalidade estratégica e aqueles que agem orientados para o entendimento recíproco, segundo a racionalidade comunicativa, busquem um consenso racionalmente motivado por meio do reconhecimento da validade da lei (HABERMAS, 2012, p. 47).

Os conceitos jurídicos indeterminados servem de meio para a concretização e efetividade do consenso, pois a “formação racional da vontade pressupõe um exercício público de discussão comunicativa, em que todos os participantes fixam a moralidade de uma norma a partir de um acordo racionalmente motivado” (CITTADINO, 2009, p. 93).

Por meio do consenso, tem-se a legitimidade, uma vez que os membros da comunidade política supõem que eles mesmos, numa formação livre da opinião e da vontade, autorizam as regras às quais eles estão submetidos como destinatários (HABERMAS, 2012, p. 60).

Por isso, a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados operada por uma comunidade política leva em conta o pluralismo, uma vez que o constitucionalismo não faz muito sentido na ausência de qualquer pluralismo. Em uma comunidade completamente homogênea, com um objetivo coletivo único e sem uma concepção de que o indivíduo tem

algum direito legítimo ou interesse distinto daqueles da comunidade como um todo, o constitucionalismo seria incompleto (ROSENFELD, 2003, p. 22).

Frisa-se que existem duas significações acerca do pluralismo, podendo utilizá-lo como “a diversidade de concepções individuais acerca da vida digna ou para assinalar a multiplicidade de identidades sociais, específicas culturalmente e únicas do ponto de vista histórico” (CITTADINO, 2009, p. 1).

Considerando as mudanças estruturais entre as esferas públicas e privadas, (HABERMAS, 2014, p. 252) na atualidade é impossível conceber uma Administração Pública “fechada”, impermeável aos reclames da comunidade política, que não considere a vontade dos destinatários das normas que devem ser e são os autores das normas postas no sistema constitucional.

Assim, deve-se conceber que a abertura de participantes da sociedade civil na interpretação e valoração das normas do Sistema Constitucional é imprescindível para a formação de um Estado democrático. Há muito se percebeu a necessidade da ruptura do modelo de interpretação conferido tão somente a uma “sociedade fechada” (juízes, Administração e procedimentos formalizados) para uma “sociedade aberta” onde estejam vinculados os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os grupos presentes na sociedade e todos os cidadãos (HÄRBELE, 2002, p. 12).

É indubitável que o pluralismo é característica das sociedades modernas; por isso, os “critérios de interpretação constitucional hão de ser tanto mais abertos quanto mais pluralista for a sociedade”, pois quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la (HÄRBELE, 2002, p. 14).

Logo, é impensável uma interpretação e vivência democrática da Constituição sem contar com os cidadãos e grupos sociais que vivem no contexto regulado pela norma, sendo estes os destinatários da norma. Assim, percebe-se que a interpretação das normas do sistema constitucional não é um evento exclusivamente estatal, sendo imperioso o acesso de toda a comunidade política a este exercício interpretativo (HÄRBELE, 2002, p. 43).

Assim, as normas do sistema constitucional não seriam “reserva do jurista, mas um fio condutor para o uso de todos os cidadãos” (FERNANDES, 2012, p. 94).

A valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, por uma comunidade política localizada histórica e geograficamente, possibilita que a vivência e a interpretação das normas transbordem as paredes dos tribunais e da Administração Pública, e alcance suas necessidades e especificidades sociais por meio do consenso, o que dota de legitimidade o sistema constitucional.

Com isso, a ampliação dos círculos de intérpretes consequentemente integrará a realidade no processo de interpretação, pois são estes interpretes que compõe a realidade social pluralista, perquirindo o ordenamento jurídico da nação ser um verdadeiro “espelho da realidade” (HABERMAS, 2012, p. 30).

É certo que as diversas cosmovisões na complexa sociedade moderna produzem a interpretação das normas com um viés multifacetado, dando azo a um intenso debate, tendo em vistas as diversas concepções de “vida boa”. É neste momento em que se torna imperioso uma eficácia harmonizadora dos diversos interesses, buscando-se um consenso. Esse consenso “resulta de conflitos e compromissos entre participantes que sustentam diferentes opiniões e defendem os próprios interesses” (HÄRBELE, 2002, p. 51).

Percebe-se que a vida nas sociedades modernas pluralistas tem sido vivida pelo conflito e compromisso; por isso, uma comunidade aberta de intérpretes às normas vinculam a sociedade, legitimam as decisões judiciais e administrativas, tornando essa tensão permanente salutar para a higidez social.

A Administração deve propiciar meios para que a comunidade política opere a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados. Caso não o faça, o cidadão deve se valer do Judiciário para realizar a valoração ou corrigir a valoração dada pela Administração, incidindo o controle jurisdicional pleno, pois “tratando-se de questão de interpretação jurídica (não de escolha administrativa), o controle jurisdicional tem a plena sindicabilidade da correção de tal interpretação, por se tratar de validade da ação administrativa” (MAFFINI, 2008, p. 63).

Tem-se, dessa forma, que o uso de conceitos jurídicos indeterminados na atividade legiferante permite que uma comunidade política opere a sua valoração, sem a necessidade de alterar o texto da lei, incidindo tais alterações sobre o conteúdo e o sentido da norma. Então, as normas do sistema constitucional poderão atender aos anseios sociais e serão dotadas de legitimidade por meio da valoração democrática através de um procedimento que conduz ao consenso, como se vê também na filosofia constitucional.

5 Conclusões

Compreendeu-se que dentre os poderes do Estado, que instrumentalizam o exercício da função administrativa, estão os poderes vinculados e os discricionários. Em suma, há vinculação naquelas hipóteses em que há plena subsunção entre a norma abstrata e o fato empírico, e assim não resta à Administração nenhuma alternativa a ser adotada, nem tampouco dúvidas. De outro lado há discricionariedade quando o administrador, deparando-se

com a concretização da hipótese legal, terá de eleger uma das várias consequências validamente previstas, sempre observando os postulados da juridicidade.

Apesar da discricionariedade e a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados guardarem entre si algum ponto de interseção, tratam-se de institutos jurídicos diferentes. Há na discricionariedade um exercício de escolha volitiva, enquanto que na valoração dos conceitos jurídicos indeterminados há um ato de inteligência, um exercício de interpretação hermenêutico, apto a prestar legitimidade à atividade Administrativa quando esta interpretação é oportunizada na jurisdição constitucional.

Logo, nas ocasiões que seja necessária a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados surge a oportunidade para a comunidade política situada histórica e geograficamente operar essa valoração, seja por meio de canais dialógicos abertos pela própria Administração ou por meio do controle jurisdicional.

6 Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011, 607 p.

ARAÚJO, José Carlos Evangelista de; STRASBURG, Adriana. **Discricionariedade administrativa e processo sancionatório**: inconsistências normativas e possibilidades interpretativas em torno da Lei n. 8.666/93. Revista Do Tribunal De Contas Do Estado De Minas Gerais jan/mar, 2011, v. 78, n. 1, ano XXIX. Disponível em: <<http://www.revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1130.pdf>>. Acesso em: 24 Jul. 2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, 1.136 p.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 110 p.

BINENBJOM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 341.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, 206 p.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 Mar. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2012, 1.250 p.

CITTADINO, Gisele. **Pluralismo, Direito e Justiça distributiva** – Elementos da filosofia constitucional contemporânea. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, 246 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003, 727 p.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2012, 1.305 p.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, 211 p.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999, 731 p.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição”. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2002, 55 p.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 2013, 236 p.

_____. **Direito e democracia**: entre a facticidade e validade. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Volume I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, 354 p.

_____. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Tradução: Denilson Luís Werle. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014, 565 p.

KRELL, Andreas j. **Discricionariade administrativa e conceitos legais indeterminados**: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos. 2. ed. ver., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, 200 p.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 7 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. 262 p.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, 269 p.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 664 p.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 509 p.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev. Atual.e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, 298 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, 702 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, 1616 p.

MIHALIUC, Maciel Katherinne de Macêdo. **Discrecionalidade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados: estudos em face de um paradigma constitucional**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, 103 p.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2009, 207 p.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2006, 212 p.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Edições Loyola, 2006, p. 18.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2ª reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 733.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, 306 p.

ROSENFELD, Michel. **A Identidade do Sujeito Constitucional**. Tradução Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, 115 p.

SANTOS, Abraão Soares dos; GOMES, Fernando Alves. **Direito Constitucional – Tomo I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 198 p.

SOUSA, Antônio Francisco. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, 268 p.

SOUZA, José Cavalcante. **A reminiscência em Platão**. Disponível em: <www.revistas.usp.br/discurso/article/viewFile/37720/40447> . Acesso em 03 Ago. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Bem Jurídico e Constituição: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**, 2011. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/2.pdf>>. Acesso em 07 Set. 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 455 p.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. **Ciência Política e teoria de Estado**. 5 ed. Ver. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, 211 p.