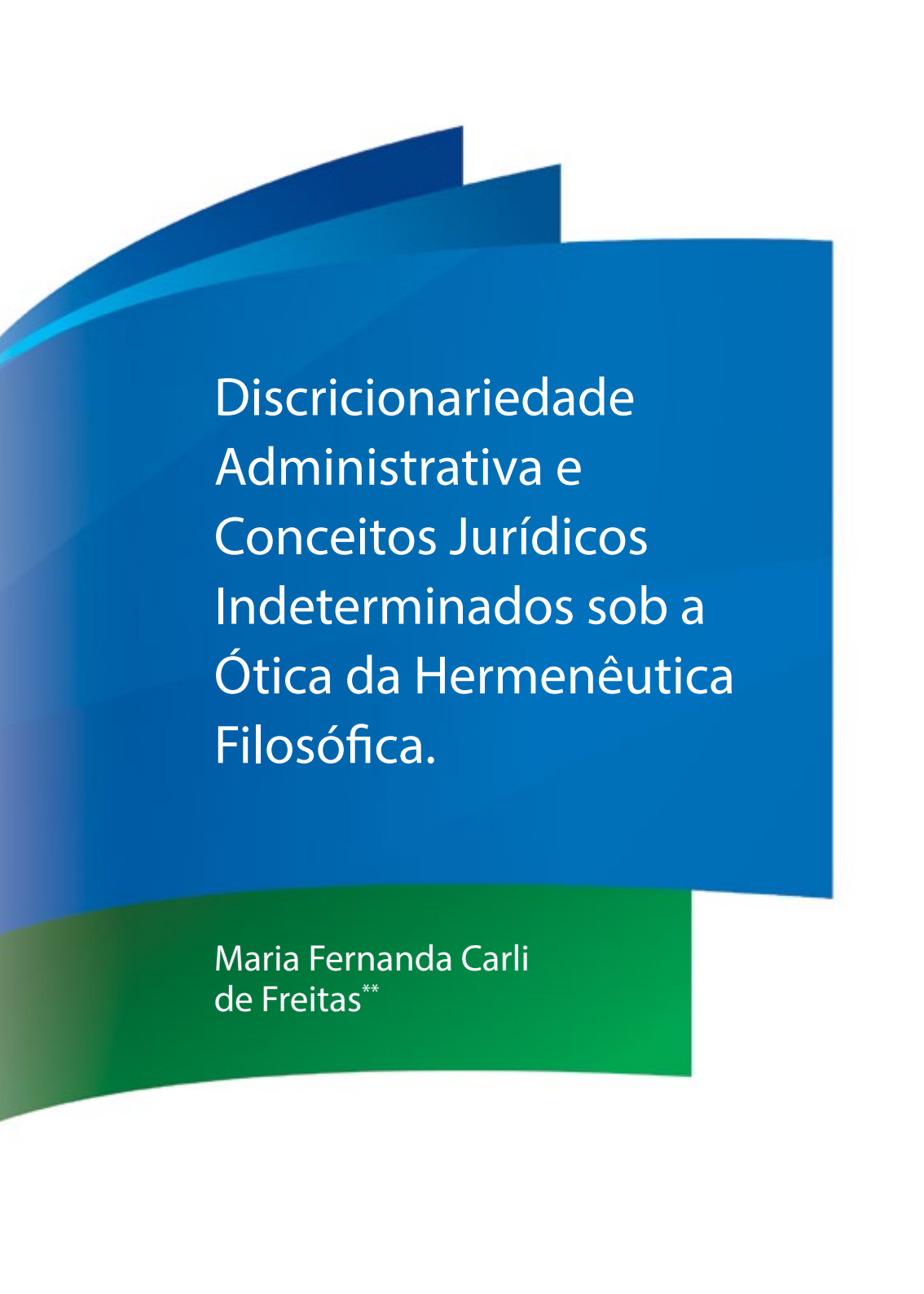


Artigos

The background features abstract, overlapping curved shapes in shades of blue and green. The top part is a dark blue curve, followed by a lighter blue curve, and at the bottom, a green curve. The text is centered within these shapes.

Discricionariedade
Administrativa e
Conceitos Jurídicos
Indeterminados sob a
Ótica da Hermenêutica
Filosófica.

Maria Fernanda Carli
de Freitas**

Sumário

1. Introdução; 2. Os giros hermenêutico e linguístico e a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer; 3. A repercussão da hermenêutica filosófica na hermenêutica jurídica e constitucional; 4. Discrecionariiedade Administrativa; 5. Conceitos Jurídicos Indeterminados; 6. A necessidade de releitura da discrecionariiedade administrativa a partir dos aportes da hermenêutica filosófica; 7. Conceitos Jurídicos Indeterminados e a tese da única resposta correta; 8. Considerações Finais; 9. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O propósito deste artigo é contribuir para a melhor compreensão de um dos temas mais relevantes do Direito Administrativo, que consiste no fenômeno da discrecionariiedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados, a partir dos pilares da hermenêutica filosófica. A ideia central que permeia todos os questionamentos levantados ao longo do texto consiste em destacar a influência da concepção hermenêutica adotada sobre o exercício da competência discrecionária administrativa. Procura-se revelar a estreita conexão guardada entre a atividade interpretativa e a delimitação da discricção e da margem de liberdade do administrador na conformação da norma abstrata perante o plano concreto e o seu respectivo controle por parte dos tribunais.

Para tanto, as primeiras linhas do presente dedicam-se ao tema da hermenêutica, com ênfase ao movimento do giro linguístico, em que passa a merecer especial realce a análise do próprio ato de compreender no âmbito da linguagem. Após essa digressão, volve-se a uma apreciação crítica no intuito de se declinar cultura ainda vigente, calcada em um pensamento

** Procuradora do Estado de Mato Grosso do Sul, desde 2007; Pós-Graduada em Direito "*Latu Sensu*" pela faculdade Damásio Evangelista de Jesus em 2005; Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Praetorium em 2013; Pós-Graduada em Direito Administrativo pela PUC/SP.

dogmático e metodológico, cuja pretensão consiste em atribuir ao jurista a tarefa de apenas extrair supostamente um significado único e objetivo do direito posto.

Na sequência, empreende-se uma abordagem acerca das noções de discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. São assinaladas as principais contribuições e também divergências entre os administrativistas nacionais a propósito do assunto, importando para si termos e teorias que se frutificaram e se desenvolveram em solo estrangeiro, especialmente dos conceitos jurídicos indeterminados.

Busca-se ainda sedimentar que discricionariedade e vinculação não são realidades contrapostas de um ponto de vista qualitativo, havendo apenas uma distinção sob um enfoque gradual. Mostra-se também salutar enfrentar a íntima relação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados.

O ensaio tenciona firmar a premissa de que é impossível se depurar uma unidade de solução justa frente à hipótese fática. Sob essa perspectiva, argumenta-se que o controle judicial deve ser realizado pela análise do demérito do ato administrativo, apenas na repreensão de condutas que estejam desconformes à ordem jurídica, não se encontrando o julgador apto a censurar juízos legítimos efetuados na seara administrativa, sob pena de manifesta vulneração ao princípio da separação dos poderes.

2. Os giros hermenêutico e linguístico e a hermenêutica filosófica de hans-georg gadamer

A essência da hermenêutica deita suas raízes na Grécia antiga, representada pelo verbo *hermeneuein* (interpretar) e pelo substantivo

hermeneia (interpretação), sob a perspectiva de “tornar algo compreensível”¹. Nos seus primórdios a hermenêutica frutificou-se no solo da teologia e preordenava-se à decifração de mitos e à identificação de elementos simbólicos e de alegorias.

Com o florescimento do pensamento iluminista na cultura europeia, nos séculos XVII e XVIII, buscou-se restaurar a ascendência da razão frente ao predomínio das crenças e misticismo vigentes da Idade Média, pela adoção do método científico, no intuito de patentear a objetividade do conhecimento e um pretense saber absoluto e atemporal. No altiplano jurídico, no cerne do ideário iluminista e da Revolução Francesa (1789-1799), surge a Escola de Exegese da França², que pregava a interpretação no plano puramente gramatical da lei, de forma passiva e mecânica, a fim de se captar a real intenção do legislador – *voluntas legislatoris*, servindo-se o intérprete da lógica dedutiva.

A partir do final do século XIX ao início do século XX, inspiradas com o desenvolvimento de novas teorias hermenêuticas, outras escolas contribuíram com fórmulas metodológicas em busca do significado objetivo da norma, como, à guisa de ilustração, a Jurisprudência dos Interesses germânica. Daí é que se avançou para alçar o Direito à categoria de ciência, revestindo-o de uma forma e de uma base objetiva de discussão, mediante a captação de sentido do seu próprio texto e nada mais.

Com isso, da posição de *voluntas legislatoris* caminhou-se ao paradigma da *voluntas legis (mens legis)*, que defendia que o direito não seria alvo da vontade de particulares (legislador), mas da convicção comum de um povo (*volksgeist*) representada no sistema positivado. Como consectário direto dessa nova concepção, foram aperfeiçoados uma série de métodos

¹ Há autores, como Palmer (2011) e Grondin (1999), que remontam a sua origem etimológica à mitologia grega e ao Deus mensageiro Hermes, mediador a quem competia transportar e traduzir mensagens divinas tornando-as inteligíveis aos seres humanos.

² Como correspondente à Escola da Exegese francesa, surge o “Pandectismo” ou Jurisprudência dos Conceitos na Alemanha e a Escola Analítica na Inglaterra.

de interpretação na busca da verdade expressa no texto legal, sendo os principais: lógico-gramatical, sistemático e teleológico.

De qualquer sorte, ainda que com maior ou menor saliência, essas escolas ainda estavam aprisionadas à necessidade de adoção de uma linha racionalista metodológica para solução dos problemas jurídicos. Dessarte, ainda havia o apego à tradição clássica, à ideia de autonomia do objeto e o regresso à tentativa de propor métodos para elaboração de interpretação objetivamente válida (PALMER, 2011).

Nessa ordem de ideias, o filósofo alemão Heidegger, por meio de sua obra *Ser e Tempo* (1927), lança novos matizes na reflexão hermenêutica, ao concebê-la, afora o seu conhecido corte epistemológico, como o estudo do fenômeno da compreensão por si mesmo. É nesse panorama que assinala que as coisas no mundo não são suscetíveis de serem compreendidas através da apropriação intelectual humana, de acordo com a dicotomia sujeito/objeto, mas sim a partir da visão de que são fenômenos que, independentemente do homem, possuem a potencialidade de se apresentar como são (PALMER, 2011). Por intermédio dessa base fenomenológica, abdica-se da metafísica, para que seja ressuscitado o tema do “ser” (*Dasein*) e reconhecido que a essência do conhecimento é orientada pelo poder que a coisa tem de se relevar, conforme suas condições de possibilidade e através das alternativas que se dão em cada tempo histórico (STRECK, 2002).

A hermenêutica filosófica traz a lume uma nova maneira de compreender: não mais voltada à busca de um conhecimento imaculado, mediante a captação do espírito do texto (*mens legis*) ou do propósito de seu autor (*voluntas legis*), mas sim ligada às condições de possibilidade e à condição existencial do homem situado no mundo, notadamente a partir da historicidade da sua experiência.

Nesse panorama, a historicidade não se reporta à investigação do passado e à subordinação a ideias já sepultadas, em obediência a disposições

científicas previamente estabelecidas, mas essencialmente à afirmação da temporalidade da vivência do homem. A verdade não é uma questão de método, mas um imperativo relativo à manifestação do ser (STRECK, 2002). A compreensão do sentido no tempo presente ampara-se primordialmente na própria experiência humana, através da recoleção do horizonte do passado e da projeção das expectativas do futuro (PALMER, 2011).

O encontro do intérprete com a obra ou texto não sucede em uma conjuntura exterior ao tempo e ao espaço, ou indiferente ao seu próprio horizonte de experiências e interesses. Onde se pressupõe que a compreensão orienta-se a partir de uma visão prévia, antecipações subjetivas que emergem da situação existencial do homem. É o que acentua Streck (2002, p. 172): “O mundo só se nos dá na medida em que já termos certo patrimônio de ideias, é dizer, certos pré-juízos que nos guiam na descoberta das coisas.”

Bem por isso, nada pode ser alvo da compreensão senão a partir de um modo posicional, de uma visão predisposta surgida da própria experiência, de molde que o papel do intérprete não se resume em imergir no objeto, de acordo com premissas metodológicas, mas sim a de encontrar meios de interação viável entre o seu horizonte e o horizonte do texto (fusão de horizontes).

A propósito da constatação da existência de uma inegável estrutura prévia de valoração já acometida pelo homem, Heidegger defende que a tarefa primordial da interpretação reside exatamente na importância de que o intérprete esteja ciente de sua pré-compreensão, tornando-a, tanto quanto possível, transparente. A partir de um esforço crítico de autocompreensão, caber-lhe-á meditar acerca da legitimidade ou do equívoco de tais impressões pessoais diante da análise do texto, em vista de um diálogo com os acontecimentos atuais e das circunstâncias do caso, preservando-as ou conferindo-lhes novos sentidos (círculo hermenêutico) (GRONDIN, 1999).

Disso resulta que o conjunto de valores e conhecimentos dados a priori na estrutura do ser (*Dasein*) pode dilatar-se e sofrer mutações com o decurso

do tempo. O acúmulo de mais experiências proporciona uma ampliação do horizonte de consciência do sujeito, que levará à captação de novas condicionantes e modos de compreender o mundo.

De fato, o conhecimento nunca é absoluto e/ou inflexível; ao contrário, altera-se e expande-se ao longo do tempo. Por consequência, não se sustentam pré-juízos ou paradigmas imutáveis, haja vista que o mundo, feito pela linguagem, acontece a cada dia, sem existir a mínima possibilidade de repetições.

Nesse particular, a linguagem assume posição sobranceira, ante o seu poder comunicativo e sua flexibilidade, como o meio vivo e essencial à expressão da realidade social³.

Ruem os pilares da metafísica e da filosofia da consciência que, durante séculos, calcava-se na teoria objetivista de que o conhecimento seria meramente a reprodução intelectual dos objetos de um mundo existente por si só, independente de qualquer formação linguística prévia. Nesse viés, a linguagem não era condição de possibilidade do conhecimento, mas apenas considerada como um instrumento designativo, de representação, simples reflexo ou cópia da realidade, tal qual ela se apresentava para o sujeito cognoscente (CARVALHO, 2013).

Nessa linha de raciocínio, a linguagem não é uma terceira coisa interposta entre sujeito e objeto, mas condição de possibilidade para que aquele tenha acesso ao mundo e ferramenta determinante da compreensão. Não existe assim um mundo em si ou uma essência nas coisas para ser desvelada pelo homem, mas apenas o mundo e as coisas na linguagem. A constituição de sentido dá-se, por via de consequência, em um universo linguístico, por mediação do sujeito (PALMER, 2011).

³ Há de se registrar como expoente dessa guinada promovida pela filosofia da linguagem Ludwig Wittgenstein (1899-1951), notadamente através de sua obra *Tratado lógico-filosófico - investigações filosóficas* (1921), que bem delimita a passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem (GRONDIN, 1999).



Após o inestimável aporte teórico de Heidegger, Gadamer consagra a fase da Hermenêutica Filosófica, notadamente por meio de sua obra de maior impacto, *Verdade e Método* (1960).

De se notar que Gadamer (1997) não teve como escopo definir uma disciplina metodológica de problemas práticos e recursos formais de interpretação; antes, pretendeu iluminar, como ponto preliminar e imprescindível, o próprio fenômeno da compreensão como experiência do homem no mundo. Dessarte, dentro dessa concepção, o processo interpretativo não deriva da extração de um sentido verdadeiro e absoluto do texto, mas sim da análise meticulosa das condições essenciais de que emana o ato de compreender.

Para tanto, avançando nas circunspecções já traçadas por Heidegger, Gadamer (1997) empreendeu um estudo acerca da historicidade da compreensão, erigindo-a à categoria de princípio hermenêutico, a partir das seguintes estruturas fundamentais: o círculo hermenêutico e o problema dos preconceitos; a distância temporal e a história efetual.

Gadamer (1997) apresenta como ponto de partida da consciência histórica o exame da estrutura prévia de sentido da compreensão e sua interligação com a finitude e a historicidade da existência humana. Ao compartilhar da teoria de Heidegger, Gadamer (1997) revela que o indivíduo não contempla um texto com uma consciência vazia, preenchida provisoriamente com a situação em causa, mas antes a sua compreensão é inevitavelmente orientada por um conjunto de preconceitos e impressões acumulados ao longo de sua vivência.

Na linha de entendimento gadameriana, os juízos prévios não figuram como algo que se deva aceitar ou recusar, porquanto representam a herança histórica do ser e o alicerce da capacidade que tem para compreender. Donde se conclui que, *prima facie*, não há como infligir a tais antecipações o sentido pejorativo, de hostil à razão e à verdade, tal como era atribuído no Iluminismo.

Assim é que Gadamer (1997) busca reabilitar os preconceitos, assentindo que, por vezes, podem ser legítimos, indicando as suas duas possíveis fontes: a autoridade e a tradição. De maneira diferente ao Iluminismo, em que era protagonizada como submissão, obediência cega ao comando e violência, a essência da autoridade repousa no reconhecimento da superioridade de outrem, diante de sua visão mais ampla ou consagrada e de seu maior conhecimento. Por outro lado, a tradição representa o fluxo de ideias, praxes, costumes e de valores transmitidos pelo passado e que foi agregado à consciência histórica do homem (GADAMER, 1997, p. 419-421).

Fixada como premissa basilar que a compreensão não ocorre sem pressupostos e antecipações de sentido, em meio à tradição em que se encontra situado o ser, cabe indagar sob um olhar crítico acerca de sua produtividade hermenêutica, filtrando os que dão fruto daqueles outros que aprisionam e impedem o pensamento clarividente (GADAMER, 1997). É imperioso que o intérprete tome consciência dos próprios preconceitos e os submeta a uma atuação revisora, a fim de validá-los ou substituí-los por outros mais adequados diante da conjuntura atual e do caso em apreciação. Eis que exsurge a noção de círculo hermenêutico.

Sob essa ótica, há um processo de circularidade na abordagem do objeto, da obra, traduzido pelo intercâmbio entre o movimento da tradição e o do intérprete. A partir de uma primeira leitura do texto, extrai-se um projeto interpretativo preliminar, baseado nos conhecimentos prévios e nas expectativas próprias do leitor em relação ao seu conteúdo.

No entanto, é indispensável avançar, para que, em um segundo momento, o sujeito ratifique a interpretação inicialmente captada, submetendo-a ao crivo do texto e do contexto. Deveras, as soluções antevistas pelo intérprete a partir de suas antecipações de sentido reclamam por uma confirmação crítica e uma constante revisão, no intuito de se afastar eventuais mal-entendidos ou arbitrariedades. Para tanto, Gadamer (1997, p. 405) argumenta que se deve abrir espaço para a alteridade do próprio texto, deixando que ele diga alguma coisa:

Aquele que quer compreender não pode se entregar, já desde o início, à casualidade de suas próprias opiniões prévias e ignorar o mais obstinada e conseqüentemente possível a opinião do texto – até que este, finalmente, já não possa ser ouvido e perca sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, deve estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa por si. Por isso, uma consciência formada hermeneuticamente tem que se mostrar receptiva, desde o princípio, para a alteridade do texto. Mas essa receptividade não pressupõe nem “neutralidade” com relação à coisa nem tampouco auto-anulamento [sic], mas inclui a apropriação das próprias opiniões prévias e preconceitos, apropriação que se destaca destes. O que importa é dar-se conta das próprias antecipações, para que o próprio texto possa apresentar-se em sua alteridade e obtenha assim a possibilidade de confrontar a sua verdade com as próprias opiniões prévias.

Por conseqüência, a cada volta sobre suas concepções prévias, legitimando-as, no que alude à sua origem e validade, ou ajustando-as na medida em que o caso requeira, o sujeito atua sobre o texto, moldando-o em um movimento espiralforme à procura de uma autenticidade de sentido.

Trata-se o círculo hermenêutico de uma conexão dialética entre a consciência histórica e as pressuposições do sujeito e a abertura concedida pelo próprio mundo do objeto. Todavia, não se trata de movimento circular vicioso e estéril, visto que, ao participar da reconstrução do texto, o intérprete não sai da mesma maneira que adentrou o enlace (com os mesmos preconceitos iniciais). O fenômeno da compreensão, consubstanciado nessa marcha de ir e vir, torna-se mais rico e fecundo, progressivamente, com a absorção de novas abordagens a interpretações anteriores, em um processo de superação e, ao mesmo tempo, de conservação e acréscimo de significados⁴ (MENDES et. al., 2008).

⁴ Nessa proposta, Fernandes (2012) consigna que muito mais correto seria o emprego da expressão “espiral hermenêutica”.

Aqui cumpre referenciar que esse processo dialógico de compreensão dá-se mediante o que Gadamer (1997) denominou de “fusão de horizontes”, de tal arte que sujeito e objeto passam a dividir um horizonte comum, a partir do compartilhamento da linguagem. Em termos operacionais, os conceitos e a tradição histórica do intérprete são iluminados e passam a ser questionados exatamente quando de seu confronto com o painel significativo do texto, levando-o a um momento de revelação ontológica.

Há de se notar que não há um vínculo de subserviência do texto ao seu intérprete, mas sim um diálogo seguido de perguntas e respostas, no qual este participa atentando-se para o que aquele tem a oferecer. “A tarefa da hermenêutica é tirar o texto da alienação em que se encontra (enquanto forma rígida, escrita), recolocando-o no presente vivo do diálogo, cuja primeira realização é a pergunta e a resposta.” (PALMER, 2011, p. 202). Nesse diapasão, a verdadeira interpretação residirá em compreender a interrogação em relação à qual subjaz a resposta significativa do texto, reconstruindo-o para a situação presente e concreta do indivíduo.

É curial assinalar que dentro da arquitetura gadameriana, é impossível ao intérprete desprender-se da circularidade da compreensão, de sorte que se refuta a concepção clássica da divisão do problema hermenêutico em três fases apartadas: *subtilitas intelligendi* (compreensão), *subtilitas explicandi* (interpretação) e *subtilitas applicandi* (aplicação) (GADAMER, 1997). Com efeito, a interpretação e aplicação não são consideradas como atos posteriores e oportunamente complementares à compreensão, mas sim resultam de um processo unitário. É o que deixa claro Gadamer (1997, p. 460): “[...] na compreensão, sempre ocorre algo como uma aplicação do texto a ser compreendido, à situação atual do intérprete [...]”.

No cenário ora revelado, a interpretação deixa de ser um processo reprodutivo ou reconstitutivo (*auslegung*) e torna-se um processo produtivo (*sinngebung*). De fato, se inexistente compreensão sem pressupostos, é inconcebível a noção de interpretação autossuficiente e correta por si só, porquanto sempre está ligada ao presente e este nunca é permanente ou

rígido. Daí se depreende que não há um significado imutável, uma vez que não existe ponto de vista superior à historicidade e à finitude próprias do ser.

Enfim, tudo aponta para o problema hermenêutico central, a saber, como alcançar uma interpretação legítima, como se pode divisar entre as verdadeiras antecipações de juízo, daquelas pressuposições falsas que conduzem a arbitrariedades e equívocos. Embora não haja critério realmente seguro para discerni-los, Gadamer (1997) sobreleva para a fecundidade dos intervalos de tempo e do olhar retrospectivo histórico.

Para Gadamer (1997), o conhecimento objetivo somente pode ser aspirado através de um distanciamento histórico, malgrado a ressalva que este nunca se exaure, já que inserido dentro de um processo compreensivo circular e infinito que visa a corrigir erros e distorções de sentido.

É através da distância temporal que o intérprete pode adquirir uma visão panorâmica do passado, no sentido de eliminar juízos subjetivos antes insuspeitos e confirmar presentemente os pré-conceitos que sobreviveram à passagem do tempo, levando a uma compreensão comprovadamente verdadeira (GADAMER, 1997).

Todo texto confeccionado em um momento pretérito reclama por uma leitura atualizada e renovadora. Nesse passo, depois de empreendida tal interpretação, em uma projeção futura, esta deixará de configurar um produto do presente e passará a ser incorporada à tradição, como uma das diversas versões interpretativas que já tenham sido historicamente realizadas sobre o texto. E é exatamente ante a ausência de um conhecimento objetivo esgotável, que avulta em importância o princípio da história efetual ou efeitual, considerada em seus efeitos ou efetividade sobre a compreensão.

É a história que condiciona as valorações, conhecimentos e juízos críticos do homem, conformando o horizonte do intérprete, a sua amplitude de visão. Dessa feita, quem tem horizonte limitado possui uma sabedoria atrofiada e supervaloriza apenas aquilo que está mais próximo à sua condição no mundo.

Por outro lado, para Gadamer (1997, p. 452), “[...] aquele que tem horizontes sabe valorizar corretamente o significado de todas as coisas que caem dentro deles, segundo os padrões de próximo e distante, de grande e pequeno.”

Contudo, a própria mobilidade histórica e a temporalidade da existência humana faz com que não haja uma vinculação absoluta a uma dada posição ou a um horizonte fechado. Ao reverso, o horizonte é algo em constante desenvolvimento, a ser ampliado pelo homem durante o trilhar de seu caminho (GADAMER, 1997).

Por isso é que se afigura imprescindível a superação dos preconceitos que o intérprete traz consigo, já que não se apresentam como algo fixo e definitivo, devendo-se ter em mente que a compreensão encontra-se em constante evolução, dentro do processo de fusão de horizontes.

3. A repercussão da hermenêutica filosófica na hermenêutica jurídica

A partir do paradigma da hermenêutica filosófica, deve-se abdicar, de uma vez por todas, do discurso ainda vigente entre boa parte dos juristas pautado na crença de que a aplicação da disposição normativa é autômata e redutível a um silogismo. Sob essa perspectiva, tem-se que atividade interpretativa não se circunscreve a uma averiguação de um significado único e objetivo do direito posto, tampouco à investigação do propósito subjetivo de seu autor (legislador). “A compreensão não é jamais unidirecional, pois o homem não é um ser fora do mundo, de modo que possa conhecê-lo de modo técnico ou neutro [...]” (CRUZ, 2011, p. 184).

Há ainda de se ter em conta que, mesmo o mais imparcial dos aplicadores do direito⁵ sofre o influxo silencioso dos pré-juízos advindos da tradição e da

⁵ Aqui abarcados tanto o magistrado quanto o administrador.



autoridade sobre seu entendimento. De qualquer forma, isso não significa que não deva combatê-los permanentemente, tomando consciência dos mesmos e validando-os ou não diante da sua sintonia com o contexto em que se encontra inserido e frente às peculiaridades do caso concreto.

Sob outro ângulo, firma-se entre o intérprete e o texto jurídico uma relação circular e progressiva, em meio à tradição, aos seus preconceitos e ao momento histórico vivenciado, na busca incessante por novos modelos normativos que se enriquecem e expandem paulatinamente, como se colhe novamente da assertiva de Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 57) “[...] os casos assim decididos passam a valer como precedentes e ponto de partida para futuras aplicações, sem que esse movimento jamais se interrompa [...]”.

Dentro desse processo dialético característico do círculo hermenêutico, a compreensão é tida como atividade infinita, podendo as diferentes interpretações de um mesmo preceito legal oscilarem conforme a época, a realidade social e a mutação dos valores, sem que aquelas mais antigas possam ser tachadas de equivocadas.

Noutras palavras, infere-se que o resultado de um esforço hermenêutico sempre revelará uma verdade contestável e nunca absoluta, já que continuamente haverá a possibilidade de se alterar a interpretação e a compreensão feita de um texto, mormente no terreno axiológico da consciência jurídica. Portanto, a atividade interpretativa ostenta uma natureza construtiva e não meramente reprodutiva de sentido, ou estandardizada. Daí que a verdade não representa uma questão de método, mas sim de manifestação do ser e de seu desvelamento perante o intérprete (STRECK, 2002).

De resto, a feição produtiva da interpretação dos enunciados jurídicos, não é apenas algo constatável, mas absolutamente indispensável em face do ajustamento do direito posto às peculiaridades da situação em causa. Ora bem, a realização material do direito pressupõe a criação de solução normativa concreta às particularidades do caso. Daí a distinção encarecida por alguns

doutrinadores entre texto (direito posto) e norma (produto da compreensão do texto). Deveras, ainda que possuísse o dom profético, o legislador jamais poderia catalogar dentro do tipo legal todas as hipóteses fáticas e a complexa realidade social, donde sobressai a necessidade de conferir uma liberdade de ação ao aplicador do direito, dentro dos limites traçados pela Constituição e pela lei, à qual se encontra jungido o tema discricionariedade.

3. Discricionariedade administrativa

Desde os primórdios de seu estudo, nunca houve um consenso doutrinário acerca da discricionariedade administrativa, sendo ainda hoje alvo de diversos ensaios jurídicos. Na cadência do que restou assentado anteriormente, é compreensível que a referida temática não seja enfrentada com noções rígidas e imutáveis, visto que, enquanto obra do espírito ou objeto cultural, está sujeita à historicidade e à finitude da compreensão humana, cambiando o seu perfil e substância próprios, conforme o espaço onde se situa e o tempo em que vivencia o cientista do Direito.

Assim, não surpreende a constatação de que os diferentes ângulos sob os quais foi focalizado o instituto tenham sofrido alterações à medida que houve a evolução na concepção de Estado vigente. A depender do arquétipo de Estado adotado, por via de consequência, modificava-se o regime jurídico da Administração, o que reclamava uma reconfiguração do novo papel assumido pelo Poder Público.

No denominado “Estado de Polícia”, que vigorou na Europa dos séculos XVI a XVIII, a discricionariedade era vislumbrada como uma liberdade total e ilimitada da Administração para atuar, sem qualquer parâmetro ou ingerência do Legislativo e do Judiciário, expressão última da soberania do monarca, bem caracterizada pelas imortalizadas máximas *the king can do no wrong* (o rei não pode errar) ou *l’etat c’est moi* (o Estado sou eu) (DI PIETRO, 2012). Não obstante, a experiência então amargada demonstrou que se afigurava

indispensável a fixação de balizas ao exercício de tal poder, impedindo-se abusos e arbitrariedades.

Naquele contexto de opressão pelo absolutismo real, ante a inspiração do ideário iluminista, sob as bases teóricas de Montesquieu (1694-1778), Voltaire (1694-1778), Rousseau (1712-1778), entre outros, eclodiu a Revolução Francesa, derrubando o regime monárquico e substituindo-o por um Estado de Direito, que se lastreava em rígida separação de poderes, na proteção dos direitos individuais, ainda sob ótica negativa e liberal, contra as coações por parte dos agentes públicos.

Deveras, com um espectro evidentemente abstencionista, objetivava-se a partir da filosofia iluminista o distanciamento do Poder Público em relação a questões sociais, ligadas à realização do bem-estar coletivo dos cidadãos, de molde a salvaguardar os direitos fundamentais de primeira geração consubstanciados na igualdade, liberdade e propriedade.

O Estado de Direito elevado na França fundamentou-se essencialmente na legalidade, de maneira que a lei ali foi tida como uma verdade absoluta e incontestável, independentemente de seu conteúdo, porque traduzia estabilidade e segurança jurídica. A vontade dos reis viu-se substituída pela vontade geral do povo, assumindo o parlamento posição de hegemonia sobre os demais poderes.

Estabeleceu-se um paralelo entre a Administração propriamente dita, que desempenhava a atividade vinculada à lei, e o Governo, como palco de decisões políticas, blindadas da apreciação judicial.

No entanto, frente à promessa de resgate da justiça e da igualdade material e da insatisfatória postura não intervencionista, afigurava-se imprescindível uma conduta ativa da Administração na consecução das políticas públicas e dos direitos fundamentais a uma existência digna dos cidadãos, sob uma dimensão material. Surge então o Estado Social, através do qual avança em conteúdo e importância o dogma da legalidade.

A partir do século XX, frente a um novo modelo jurídico constitucional inaugurado, advém o Estado Democrático de Direito, inspirado na ideia de cidadania, pluralismo e participação popular na gestão da coisa pública. Nessa perspectiva, o princípio da legalidade ganha novos matizes: a Administração não mais poderia fazer tudo aquilo que não lhe era proibido – relação de não contradição –, mas sim e tão somente o que lhe é permitido – relação de subsunção (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

É imperioso realçar que os supostos poderes da Administração Pública nada mais revelam senão a contraface de correlatos deveres, de modo que se apresentam apenas como instrumentos e/ou prerrogativas que detém o Estado para a consecução do interesse público. Por isso é que é assertiva a lição de Bandeira de Mello (2012) no sentido de que, em verdade, não há se falar em “poder” discricionário, mas antes no exercício de um “dever” discricionário, demarcado por uma função em que se encontra investido o agente público, para a satisfação do interesse público. Donde sobressai também a conclusão de que não se revela apropriado falar em atos administrativos discricionários ou vinculados, mas sim em atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária ou vinculada.

Hodiernamente, um núcleo de ação impenetrável ao controle judicial e que extravase os limites impostos pela lei equipara-se à arbitrariedade, ao passo que a discricionariedade passa ser compreendida como uma liberdade de atuação exercitada dentro das fronteiras legais.

De qualquer sorte, ainda viceja na dinâmica do mundo moderno o grande desafio em conciliar a obediência ao primado da legalidade com algum espaço de liberdade decisória da Administração, no intuito de habilitá-la a responder com mais eficiência na ordenação dos serviços públicos e no atendimento às múltiplas, complexas e imprevisíveis demandas sociais.

Daí é que, na atualidade, como lembra Di Pietro (2012), houve, por consequência, o incremento de fórmulas legais genéricas e imprecisas, que relegam ao executor o papel de determinar-lhes o sentido preciso

diante do caso vertente. Nessa órbita é que se insere a discricionariedade administrativa.

Certo é que, diante do sincretismo de valores plasmados na Constituição, da imensa gama de exigências sociais, metas, resultados e fins a serem buscados, no seio do Estado Democrático de Direito, os parlamentares têm se valido cada vez mais de textos legais com pouca densidade regulatória, seja ao empregarem conceitos abertos e vagos, quer ao concederem maiores espaços de escolha ao administrador dos meios válidos perante o direito para a solução do caso concreto.

Sob o prisma material, por conseguinte, a discricionariedade é uma realidade irrefutável, porquanto é absolutamente impraticável ao legislador reter o dom da previdência e descer a minúcias em normas gerais e abstratas as infinitas, crescentes e heterogêneas ocorrências e necessidades coletivas que surgem a todo momento, sobreposse nas áreas de saúde pública, proteção ambiental, controle urbanístico e fomento econômico (DI PIETRO, 2012, p. 63).

Noutro giro, a justificativa jurídica reside no imperativo de que a instância administrativa não seja suprimida por uma hipertrofia do Legislativo, passando aquela apenas a representar um singelo órgão executor de ordens legais, detalhadas e concretas emanadas deste último, sob pena de malferimento ao princípio da separação das funções estatais. Não se deve olvidar também que é a Administração executora que detém as melhores condições de alcançar a decisão estatal mais correta possível, dentro de sua organização própria de competências cometidas a órgãos específicos, composição funcional, modelo procedimental, experiência e contato direto com o mundo sensível.

Dessa ilação resulta que a finalidade legal somente se revela saciada, acaso seja adotada pelo agente público a solução ótima. De seu turno, a excelência da providência administrativa a ser alcançada somente pode ser sondada frente às peculiaridades de cada caso submetido à análise do administrador.

É possível, com isso, prenunciar que a discricionariedade no nível da norma (estática) é consideravelmente superior à discricionariedade no

plano do caso singular (dinâmica). Por vezes, pode acontecer de a discricção conferida na abstração jurídica ser reduzida a zero no plano fenomênico, visto que, do cotejo da finalidade legal com as particularidades da circunstância fática, à Administração pode ser que sobeje apenas a adoção de uma única solução válida. Dessarte, “A discricionariedade na regra de direito contém *in potentia* a discricionariedade *in actu*, mas nada mais que isto [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 37, grifo do autor).

Na esteira da distinção doutrinária clássica, há competência vinculada quando a norma aplicada disciplina uma dada situação, delimitando objetiva e antecipadamente todos os pressupostos e o conteúdo para a prática do ato, não restando à Administração margem de liberdade alguma. Frente à regulamentação completa, resulta ao administrador perante a situação singular a adoção de um único comportamento juridicamente possível, sendo certo que os elementos presentes no texto legal não devem oferecer qualquer dúvida.

Ao reverso, cogita-se de competência discricionária na hipótese de o enunciado legal apresentar certo campo de indeterminação, a relegar ao agente público algum espaço de liberdade de atuação. Viceja na norma a ser cumprida a possibilidade de adoção de duas ou mais decisões legítimas, dentro de uma esfera de apreciação subjetiva do administrador, devendo proceder perante o caso vertente segundo sua intelecção ou à luz de critérios de conveniência e oportunidade.

É imperioso registrar que a margem de liberdade creditada na lei pode remanescer em menor amplitude ou mesmo não se fazer presente frente às nuances e peculiaridades da situação empírica. De efeito, haverá hipóteses em que, segundo a inteligência razoável extraída de um homem médio, do consenso social⁶, e em face dos contornos do caso prático, o atendimento da finalidade legal restringirá o leque de opções do agente público ou mesmo exigirá a expedição de um único e específico ato administrativo como solução ótima buscada para satisfação do interesse público.

⁶ Para utilizar a expressão adotada por Martins (2008, p. 183).



Com efeito, não se deve olvidar da teoria da “redução da discricionariedade a zero” (*Ermessensreduzierung auf Null*), a qual consiste precisamente na eliminação da possibilidade de escolha entre diversas alternativas, apresentando-se juridicamente viável apenas uma única medida administrativa apta a cumprir a finalidade legal, ante as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto.

Essa atrofia do “poder” discricionário assume maior relevo quando se está em jogo o resguardo dos direitos fundamentais, bem como a obediência ao princípio da igualdade e do dever de coerência. Nesse último aspecto, tem-se que há sempre uma autovinculação da Administração ao seu comportamento anterior, de molde que, frente a circunstâncias fáticas idênticas ou bastante semelhantes, seja dispensado um tratamento administrativo isonômico.

Assim é que o mérito do ato administrativo reside exatamente em um espaço de liberdade “suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis”, em vista da finalidade albergada no texto legal e “[...] dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 38).

Em remate, a conduta administrativa deve enfeixar-se não apenas dentro das possibilidades conferidas na esfera da abstração legal (dever ser), mas também, no plano concreto (ser), havendo de corresponder às circunstâncias do caso analisado e ser obsequiosa com a finalidade almejada pelo direito positivo.

5. Conceitos Jurídicos Indeterminados

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é alvo de grande repercussão doutrinária e recebe um tratamento bastante difuso entre os

estudiosos do direito, revelando-se como principal ponto de divergência a sua proximidade com o tema da discricionariedade administrativa e a sua sindicabilidade pelo Poder Judiciário.

Cabe aqui registrar que não há um acordo semântico entre os juristas a propósito da terminologia “conceitos jurídicos indeterminados”⁷. Perceba-se que, para Grau (2011), não há indeterminação dos conceitos, mas sim dos termos que os expressam. Em posição diametralmente oposta, Bandeira de Mello (2012, p. 20-21) argumenta que a imprecisão, a fluidez reside “no próprio conceito e não na palavra que os rotula”, esclarecendo que “[...] as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos [...]”.

O estudo dos conceitos jurídicos indeterminados, segundo a construção histórica remontada por António Francisco de Souza, em *Conceitos indeterminados no direito administrativo* (1994), tem como berço a Áustria, no século XIX, a qual foi palco das primeiras discussões em torno do tema, acerca da sua identificação com a discricionariedade administrativa e eventual sujeição ao controle dos Tribunais Administrativos (PIRES, 2009).

Como precursores do debate, Edmund Bernatzik (1854-1919) e Tezner apresentam as linhas dianteiras de abordagem da matéria. O primeiro autor, em *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft: Verwaltungsrechtliche studien* (1886), posicionou-se no sentido de que os conceitos vagos, como o de interesse público, implicam um complexo processo interpretativo em cadeia, que abre ensejo à discricionariedade, devendo ser definidos por órgãos administrativos especializados, livres do controle jurisdicional. É o marco inicial do qual procede a teoria da duplicidade ou multivalência.

⁷ A despeito da divergência acima esboçada, parece prudente, mercê de seu alcance e notoriedade e da maior referência pela doutrina, empregar-se a terminologia “conceitos jurídicos indeterminados”, notadamente porque não haverá prejuízo ao plano do presente trabalho.



Tezner, contrariamente, manifestava-se no sentido de que existiria apenas uma diferença de grau de insegurança da palavra e não de qualidade entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados (PIRES, 2009). Pugnava por um controle objetivo de todos os conceitos normativos, mediante um processo de interpretação estritamente jurídica, ainda que remissivos a dados da experiência ou elementos fornecidos por outras ciências. No bojo de suas ideias, quando as decisões administrativas versassem sobre direitos individuais, os conceitos indeterminados, censurados pelo estudioso como “inimigos” do Estado de Direito, seriam passíveis de revisão pelo Poder Judiciário (DI PIETRO, 2012).

Nesse ângulo, erige-se então a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, reputados não como expressão de discricionariedade, mas como algo plenamente sindicável pelo órgão jurisdicional. Trata-se da teoria da unicidade, segundo a qual os conceitos vagos devem ser subordinados a uma atividade interpretativa, que conduzirá a uma única resposta correta.

Em direção similar trilha o pensamento de Büller, que abstrai as consequências jurídicas decorrentes das normas protetoras de direitos individuais, daquelas que ecoam das normas protetoras de interesse público. Dessa feita, entende que as leis que gravitam em torno de direitos subjetivos, dirigidas aos particulares, têm caráter vinculante perante a Administração Pública, não lhe deixando margem para aferição da conveniência e oportunidade. Nesse terreno, o significado dos conceitos fluidos é extraído através de interpretação, à luz das opiniões dominantes no seio da sociedade (DI PIETRO, 2012).

Fato é que, no direito germânico, em princípio, foram potencializadas as técnicas tendentes à redução da discricionariedade administrativa, inclusive no âmbito da revisibilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, notadamente no segundo pós-guerra em virtude dos dissabores sofridos pela Alemanha com o regime nazista e o sentimento de desconfiança e pesar depositado sobre os órgãos da Administração Pública (KRELL, 2013).

Como naquela época floresciam leis concebidas ao amparo de direitos fundamentais, na linha de pensamento de Tezner e Büller, foi-se restringindo paulatinamente o campo de discricionariedade e dilargando-se a esfera de vinculação administrativa, em reforço ao princípio da reserva legal⁸.

Sob o influxo da doutrina alemã de Tezner e Büller, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados veio a ser introduzida na Espanha por Eduardo Garcia de Enterría, em *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)* (1962). O jurista veio também a explanar o seu posicionamento quanto ao tema em obra elaborada em parceria com Ramón Fernández (DI PIETRO, 2012).

Segundo o pensamento dos mestres suprarreferenciados, não há identificação entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa. Para eles, embora esteja presente uma maior plasticidade, flexibilidade nas aludidas noções legais, sejam de experiência ou de valor, estas comportam a devida precisão por ocasião de sua aplicação a uma dada realidade fática (PIRES, 2009).

Sobremais, dentro dessa concepção, os conceitos jurídicos indeterminados representam técnica que permitiria a eliminação de qualquer espaço de imunidade do Poder Executivo, mediante a obtenção de unidade de solução justa, através de processo intelectual de compreensão vinculado, em que não há elemento volitivo de seu aplicador. Entendem que, diante de um caso concreto, por juízos disjuntivos, ou se dá ou não se dá a aplicação do conceito impreciso, v.g., ou há ou não há boa-fé (*tertium non datur*), posto que seria impossível algo ser, a um só tempo, duas coisas opostas (PIRES,

⁸ Todavia, convém colacionar que, a partir da década de 1980, a jurisprudência e também a doutrina alemã tentou abrandar o rigor e ampliar a discricionariedade, na medida em que, ao reconhecer a falibilidade de fórmulas legais abstratas na regulamentação das vicissitudes da vida, relegou à Administração uma maior flexibilidade decisória, na hipótese de avaliações e meditações mais complexas e dinâmicas para acomodação de conceitos de valor e prognose, alcunhada de “margem de (livre) apreciação”, evitando-se a substituição de decisões do Executivo pelo Judiciário (KRELL, 2013).



2009). Consequência disso é que haveria plena possibilidade de revisão da aplicação dos sobreditos conceitos por parte do Poder Judiciário.

Todavia, evidenciam os mesmos autores que nem sempre é uma tarefa fácil a extração de uma única resposta correta, aceitando que os conceitos jurídicos indeterminados podem ostentar três zonas distintas: a zona de certeza positiva, em que estão presentes; a zona de certeza negativa, na qual é segura a sua exclusão; e a zona intermediária de incerteza (halo conceitual), mais ou menos imprecisa. Nessa zona medianeira de penumbra, há uma atividade interpretativa em que é confiado à Administração o benefício da dúvida, desde que respeitado o núcleo do conceito (KRELL, 2013).

Na doutrina nacional, de outro quadrante, parece prevalecer a proposição quanto à existência de algum vínculo entretido entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados. Nesse norte acenam as posições exteriorizadas por Germana de Oliveira Moraes, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, Regina Helena Costa, Almiro do Couto e Silva, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Ricardo Marcondes Martins e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Na preleção de Di Pietro (2012), nos conceitos de experiência ou empíricos, a discricionariedade é obliterada, haja vista a existência de critérios objetivos, práticos, colhidos da experiência comum, que comportam o alcance de uma única solução possível ante a realidade fática (v.g., caso fortuito ou força maior). Nos conceitos de valor, a atividade interpretativa pode não resultar em uma definição com acuidade de sentido, sobejando uma fração nebulosa, que habilitará o Poder Público a decidir conforme seu juízo discricionário.

Martins (2008) pauta-se pela existência, por vezes, de uma incompletude normativa, e, por corolário, de uma remissão à apreciação administrativa. Ensina que há hipóteses legais de remissão expressa e de remissão tácita à análise administrativa. Naquelas, o legislador confere manifestamente ao agente público resolver sobre o momento, o meio ou a forma de sua atuação.

No âmbito da remissão tácita parlamentar, recorre a signos vagos e deixa a decisão ao encargo da Administração. Acrescenta ainda o professor que a competência para revelação do significado do conceito na zona onde paira dúvida compete ao órgão executor e não ao magistrado.

Bandeira de Mello (2012) envida seus esforços ao sustentar que, mesmo defronte o caso singular, no plano dinâmico, alguns enunciados legais que veiculam signos fluidos não ganham densidade suficiente para dissipar todas as ambiguidades e suspeitas sobre a sua aplicabilidade ou não, sendo defensável mais de uma inteligência razoável. Vale o registro de suas percucientes observações bastante ilustrativas:

Noções como “pobreza”, “velhice”, “notável saber”, “boa ou má reputação”, “urgência”, “tranquilidade pública” – como quaisquer outras *suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis* – ensinarão, em certos casos, *objetiva certeza de que in concreto*, foram bem ou mal reconhecidos. Isto *em alguns casos, não porém em todos*. É dizer: em dadas situações, nas paradigmáticas ou típicas, poder-se-á dizer, em nome de uma verdade objetivamente convincente, que alguém indubitavelmente é pobre ou que é velho ou então que não o é (e assim por diante no exemplário referido), porém, em outras tantas, mesmo recorrendo-se a todos os meios mais além aduzidos para delimitar o âmbito de uma expressão vaga, ter-se-á de reconhecer que não se poderia rechaçar como necessariamente falsa nenhuma dentre duas opiniões conflitantes sobre o mesmo tópico. (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 22-23, grifo do autor).

Daí decorre a ilação, segundo o precitado mestre, de que um entendimento razoável extraído pelo administrador do conceito normativo vago, dentro dos limites de sua moldura significativa, é obediente aos ditames legais, não sendo facultada ao julgador a sua correção, eis que lhe incumbe apenas “[...] reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes [...]” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 24, grifo do autor). Nessa toada, é reservada ao órgão judicante somente a competência de

aferir se o Executivo atuou dentro das fronteiras do conteúdo determinável, ou seja, da densidade mínima de significação que as noções imprecisas comportam.

Assevera o autor, por conseguinte, que o tema da discrecionariedade não gravita apenas em torno do mérito administrativo, sob o crivo dos critérios da conveniência e oportunidade, encontrando-se também atrelado aos conceitos jurídicos indeterminados, ponderando que, por vezes, a qualificação de um ato como conveniente e oportuno tem como exame prejudicial o juízo sobre a aplicabilidade ou não de conceito impreciso mencionado na hipótese (pressupostos) ou na finalidade da norma.

Bandeira de Mello (2012) ressalta ainda que a imprecisão desses conceitos nunca será absoluta, havendo sempre uma zona de certeza positiva e outra negativa, que lhe delimitam um campo significativo possível, estimado a partir da concepção corrente em dado meio social e de seu enfoque contextual no sistema normativo. Nesses moldes, as dúvidas só teriam cabimento no intervalo entre ambas, na chamada região cinzenta (halo conceitual).

Por fim, obtempera que a mera constatação de que os signos vagos são captados por operação mental interpretativa não leva à conclusão de que essa seria uma matéria estranha à potestade discrecionária. Malgrado assinta que o ato volitivo – inerente à discricção administrativa – e o ato intelectual – próprio dos conceitos jurídicos indeterminados – sejam realidades logicamente distintas, reflete que os mesmos não apresentam ressonâncias distintas para o Direito. Deveras, ambos repercutem nos mesmos efeitos jurídicos, consistentes em uma abertura de liberdade à Administração e uma limitação da intervenção judicial (BANDEIRA DE MELLO, 2012).

Destoam desse pensamento Grau (2011) e Pires (2009), para os quais a discrecionariedade é assunto estranho aos conceitos jurídicos indeterminados.

Grau (2011) pronuncia-se no sentido de que a discricção é uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas ou indiferentes jurídicos,

configurando um juízo de oportunidade, ao tempo em que o emprego de conceitos imprecisos é hipótese de aplicação da lei, repousando em um juízo de legalidade. De qualquer forma, ainda que partidário de um discurso mais restritivo, o jurista em apreço opõe-se à tese da existência de unidade de solução exata, justa.

Pires (2009) constrói a sua linha de raciocínio, a partir da demarcação da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados como categorias diversas, propugnando que estes últimos nada mais são do que uma questão de atividade interpretativa. Para o autor, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados deve comportar apenas uma única solução justa, a qual se encontra sujeita a irrestrito controle pelo Judiciário. Atenta que a proposição de um sentido unívoco justo não se trata, necessariamente, daquela que decorre de um juízo de verdade – a seu ver, impraticável no âmbito das ciências culturais –, mas da mais adequada, persuasiva ou opinável, por justificativas e argumentos expostos, segundo a proposta interpretativa da lógica do razoável ou do preferível de Luis Recaséns Siches.

Desse marco, parte para a afirmação de que não é a constatação do elemento volitivo que distingue discricção administrativa da interpretação dos conceitos indeterminados, porquanto a presença do ser é comum em ambas as atividades.

Na esfera da competência discricionária, o autor sustenta que há uma pluralidade de decisões legítimas, sendo que a escolha é um indiferente jurídico, podendo dar-se entre duas ou mais soluções, que não se pauta por um juízo de convencimento ou persuasão. Afirma ainda que ela é exarada para aquele único momento e pode não se repetir em situação similar pouco adiante, salvo eventual ofensa a princípios jurídicos como o da isonomia. Noutro vértice, o dimensionamento de conceitos vagos pode levar à disparidade de intelecções ou convicções, mas a decisão administrativa sempre será suscetível de revisão judicial, desde que o magistrado seja convencido por entendimento diverso.



Frente à exposição até então desenvolvida, conclui-se que, no atual estágio de Estado Democrático de Direito, já não mais se compadece da ideia de atuação administrativa como um reduto livre de qualquer controle jurídico, sob pena de ser equiparada à arbitrariedade.

Daí é que se erige a doutrina que pretende erradicar qualquer espaço de imunidade do Poder Executivo porventura ainda remanescente, sendo uma das bandeiras desfraldadas exatamente a concepção de que não haveria identidade entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, ao argumento de que a configuração destes últimos apenas demandaria atividade de interpretação.

Já se demonstrou que a discricção administrativa envolve uma fração de liberdade relegada ao administrador, por expressa deliberação legislativa ou mesmo, implicitamente, diante da falta de um regramento exaustivo ou de um campo de imprecisão constante do enunciado prescritivo. A discricionariedade, portanto, é consectário necessário da abertura do sistema jurídico, representando a possibilidade de moldá-lo em concreto segundo as contingências sociais que venham a se apresentar, insuscetíveis de captação pela generalidade e abstração das regras jurídicas.

Todavia, há de se ponderar que a esfera de liberdade da Administração Pública não se encerra somente dentro da compreensão estrita e típica de discricionariedade administrativa, mas se faz presente igualmente no próprio processo interpretativo. E assim ocorre porque a interpretação, afora o aspecto cognoscitivo, também ostenta o caráter volitivo, que envolve a participação do gênio do intérprete.

Assentado isso, tem-se que qualquer postura ou teoria predisposta a suprimir a esfera de liberdade do agente público na interpretação, ainda que nobre em seus propósitos, priva o direito de sua própria essência e conservação, não sendo diferente da dogmática jurídica clássica que apregoa a sua aplicação silogística e autômata, sem qualquer elemento de criatividade.

6. A necessidade de releitura da discricionariedade administrativa a partir dos aportes da hermenêutica filosófica

Como já explicitado, é certo que o elemento axiológico não pode ser decotado da experiência jurídica. Nas preleções de Reale (1994, p. 171), as normas jurídicas, como bens culturais que são, “[...] transcendem evidentemente o plano lógico-formal, referindo-se à existência humana e à salvaguarda de seus valores [...]”. Ainda nas palavras desse jurista e filósofo, inevitavelmente “[...] interpretar o Direito é trabalho axiológico, e não puramente lógico, como se desenrolassem as consequências das leis mercê de simples dedução [...]” (p. 201). O intérprete, pois, não deve se postar em uma posição de passividade diante do texto, mas antes desempenhar um labor construtivo de feição axiológica.

Enfim, a natureza e a riqueza expressiva da linguagem jurídica, sobremodo na província do direito constitucional, veiculadora de normas principiológicas, faz com haja maior abertura e grau de abstração e, por via reflexa, menor densidade jurídica, o que lhe confere adaptabilidade às mudanças operadas na realidade e ao intérprete um significativo espaço de liberdade para conformação e reconstrução do direito, sempre sob as diretrizes da situação empírica (LARENZ, 1997).

No que toca ao tema central proposto nesse ensaio, constata-se que, a despeito de a liberdade na interpretação e a discricionariedade administrativa não corresponderem a uma identidade conceitual, visto que esta não se resume naquela, mantém elas um vínculo íntimo, porquanto ambas favorecem o aparecimento de um momento de subjetividade, de liberdade do administrador público.

Por conta disso, ainda que haja uma tendência atual em exorcizar frações de discricionariedade na atuação da Administração Pública, reconduzindo-a

aos termos de uma legalidade estrita, não há como cindir do processo interpretativo a presença humana, a alma do exegeta como positivador e vivificador do Direito, mesmo diante de enunciados descritos exaustivamente.

Em harmonia com os contributos da hermenêutica filosófica para o tema, há de se atentar que os valores não se prendem ao homem em sua singularidade, mas ao ser histórico e finito em sua constante procura por aprimoramento. É certo, como já se declinou linhas atrás, que o intérprete não se apresenta em face do texto como uma folha em branco, porquanto já se encontra munido das impressões e das antecipações de sentido de sua experiência pessoal, fato que já denota a impossibilidade de se atingir um ideal de objetividade. Outrossim, a circularidade da compreensão e o reconhecimento da história dos efeitos permite ainda recordar que o esforço hermenêutico é uma atividade infindável, podendo as diferentes acepções de um mesmo preceito legal oscilarem conforme a época, a realidade social e a mutação dos valores, sempre em busca de um enriquecimento, de evolução e atualização, sem, contudo, que aquelas mais antigas possam ser censuradas haja vista o papel histórico por elas cumprido.

Fácil perceber que uma das tônicas da filosofia da linguagem reside precisamente em refutar o dogma de uma verdade absoluta e incontrastável, conclusão essa que leva a um dos pontos centrais do presente trabalho voltado à crítica à pretensão de existência de uma vinculação plena na edição do ato administrativo, passível tão somente de uma atividade de subsunção legal.

Pois bem, quer-se com isso sustentar que a vinculação e a discrecionalidade administrativas não podem ser encaradas como noções fixas e díspares, havendo entre ambas apenas uma diferença quantitativa e não qualitativa ou ontológica (FREITAS, 2009).

Cumpre meditar que não há uma contraposição plena entre atos administrativos emanados no exercício de competência vinculada ou discricionária, na medida em que é inviável cogitar-se de uma vinculação

inflexível ou de uma discricção sem confins, que estejam imunes a um processo de mediação interpretativa. Como destaca Larenz (1997, p. 283-284):

Os textos jurídicos são problematizáveis deste modo porque estão redigidos em linguagem corrente, ou então numa linguagem especializada a eles apropriada, cujas expressões – com ressalva de números, nomes próprios e determinantes técnicos – apresentam uma margem de variabilidade de significação que torna possível inúmeros cambiantes de significação. É precisamente na profusão de tais cambiantes que se estriba a riqueza expressiva da linguagem e a sua susceptibilidade de adequação a cada situação. Seria deste modo um erro aceitar-se que os textos jurídicos só carecem de interpretação quando surgem como particularmente <obscuros>, <pouco claros> ou <contraditórios>; pelo contrário, em princípio *todos* os textos jurídicos são susceptíveis e carecem de interpretação.

Nesse passo, entre vinculação e discricionariedade há de se firmar simplesmente uma distinção de gradação e intensidade quanto à esfera de liberdade do administrador na aplicação e na conformação do direito positivo à hipótese singular (KRELL, 2013).

À guisa de ilustração de como a vontade do intérprete operada sobre um texto, mesmo que considerado com grau expressivo de objetividade, pode gerar divergentes orientações semânticas para a construção de uma norma individual no plano prático, Pires (2009, p. 100) cita a hipótese da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, sempre indicada pela doutrina como regra vinculada por excelência:

Por mínima que pareça ser qualquer possibilidade de divergência, consideremos um agente público que ao completar setenta anos é declarada a sua aposentadoria, mas ele recorre à Justiça e sustenta que ao se prescrever que ele deve aposentar-se com setenta anos a norma não diz que deve necessariamente ser na data de seu aniversário, e por isso até a véspera de seus setenta e um anos ele ainda terá setenta anos, e portanto, prossegue argumentando o impetrante, tendo ele

o desejo de permanecer integrado no serviço, e ainda contando com setenta anos durante os próximos trezentos e sessenta e cinco dias, e não havendo razão para qualquer interpretação restritiva desta norma jurídica, teria ele o direito de permanecer no serviço até o dia anterior a completar setenta e um anos de idade.

Outros exemplos de normas tradicionalmente entendidas como regras vinculadas que se desfazem diante da participação do elemento volitivo e das convicções do intérprete podem ser mencionados, sendo representativo aquele prescrito na redação do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que fixa que o “[...] prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período.” A despeito da indicação de um critério temporal, de suposta exatidão, sua aplicação em situações reais pode desvelar a possibilidade de uma pluralidade de sentidos. É saber: o termo inicial da contagem do prazo dar-se-á a partir da homologação ou da data da publicação do concurso? Possível ainda discutir, ante a ambiguidade da expressão “por igual período”, se a prorrogação sempre deverá ser de dois anos, ainda que o prazo inicial de validade do certame *in concreto* tenha sido de seis meses (CRUZ, 2011).

Veja-se com isso que não há norma desconectada de sua faticidade; não há análise de textos legais fora do contexto de aplicação em que o exegeta encontra-se inserido. De igual banda, à luz do movimento do giro hermenêutico, é de se refutar a distinção exibida por Hart (2012) entre *easy* e *hard* cases, haja vista que inexistente interpretação *prima facie*, em abstrato, anteriormente ao enfoque da realidade prática. Tal se deve porque sempre há um resíduo de vontade que se imprime sobre a norma individual lucubrada pelo intérprete, em face da linguagem própria do Direito e das peculiaridades da situação fática.

Em suma, trata-se de uma questão de aferição da intensidade com que há a subordinação à regulação normativa e a correlata margem de liberdade que é creditada ao administrador, de molde que haverá circunstâncias em que o balizamento quase rematará o quadro semântico da norma ou, ao

contrário, em que a franquia ao elemento volitivo beirará o absoluto; no entanto, o que se deve repudiar são os limites extremos da plena adstrição ou da inteira autonomia.

Assim, ao passo que inexistente vinculação plena, insta também salientar como inaceitável uma esfera de liberdade irrestrita ou destemperada, porquanto o espaço de atuação administrativa deve sempre se nortear, ainda que na seara do poder discricionário, pela escolha da providência ótima, que esteja em sintonia com os ditames legais e com o sistema constitucional.

Ao contrário do raciocínio positivista, a partir da guinada hermenêutica, não mais se pode conceber a escolha, dentre os resultados abstratamente compatíveis com a moldura do direito, como um indiferente jurídico, ainda que diante do mérito do ato administrativo, apoiado em critérios de conveniência e oportunidade.

Com respaldo na doutrina de Bandeira de Mello (2012, p. 35), a discricionariedade contemplada no preceito legal foi arquitetada justamente no intuito de que seja adotada a solução ótima e adequada, frente ao caráter multifário dos fatos da vida, haja vista que somente com a outorga de parcela de liberdade ao administrador público, em contato com a realidade social, pode-se dar verdadeira consecução à finalidade legal:

[...] a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente [...].

Conquanto não seja permitido cogitar de uma única resposta correta a ser apreendida da prescrição legal, é imperiosa uma análise hermenêutica que possa descortinar a solução que, para o executor, manifeste-se naquele momento como a que mais se coaduna com as circunstâncias fáticas e com a satisfação do interesse público a ser alcançado.

Para tanto, a fim de revelar todo o iter do processo de compreensão percorrido pelo intérprete, notadamente diante da constatação de que a melhor escolha poderá variar segundo as suas convicções e ideologias pessoais (autênticas ou não), faz-se imprescindível a motivação do ato, com reflexa justificação dos pressupostos de fato e de direito eleitos, a fim de que discricionariedade não se converta em arbitrariedade. Na atual configuração de Estado Democrático de Direito, é repreensível a existência de uma zona juridicamente irrelevante, interdita ao controle interno ou externo da Administração.

Cabe ponderar que tal posicionamento de modo algum esgota a margem de livre apreciação do agente público. Ao contrário, a noção de mérito administrativo afigura-se imprescindível para que seja afiançado o direito fundamental à boa administração pública, a uma gestão eficaz e subserviente à satisfação das complexas demandas da sociedade (FREITAS, 2009).

De efeito, não há um “poder” discricionário, e sim um “dever” discricionário infligido ao agente da Administração investido no múnus de bem atender ao interesse público. A discricionariedade legítima, por conseguinte, não é apenas aquela que se mostra vassala à lei e ao cumprimento literal dos misteres ali preconizados, mas sobretudo a que se mostra compatível com o sistema jurídico como um todo, rendendo obediência aos direitos fundamentais, princípios e valores espaiados pelo texto constitucional (princípio da juridicidade).

7. Conceitos jurídicos indeterminados e a tese da única resposta correta

Do que já restou explicitado, é possível antecipar que a proposta deste artigo visa a infirmar a alegação quanto à existência de unidade de solução correta ou justa, diante do emprego dos conceitos linguisticamente vagos.

Ora bem, é de se ponderar que a escolha legítima realizada pelo agente competente, de antemão, já se encontra afunilada pelas fronteiras fornecidas pela própria fórmula aberta do enunciado legal, mas não engessada a uma solução unívoca. Como asseverado anteriormente, a indeterminação de tais noções jamais será absoluta, existindo sempre uma zona de certeza positiva e outra negativa, aferidas em sintonia com a concepção social dominante, que lhe demarcam uma esfera de significados possíveis, onde ainda sobeja um resquício enevoado de dúvida.

A imprecisão do sentido não é a essência, a característica intrínseca de um dado conceito jurídico indeterminado, mas sim o resultado da dimensão linguística que esse obtém em dada cadeia comunicativa, quando, no seu uso comunitário habitual, há uma reduzida taxa de consenso entre os membros da sociedade acerca de seu significado exato (LARENZ, 1997).

Veja-se, pois, que não há como abraçar a tese da única vertente interpretativa, uma vez que inexistente vagueza *per se* ou indeterminação semântica a priori de um vocábulo legal. Vale trazer à memória que até mesmo os positivistas normativistas como Kelsen (1998) e Hart (2012) professavam que a interpretação, a partir da leitura dos textos jurídicos, ofertava possibilidades cambiantes de significados, acomodados em uma moldura (zona cinzenta ou halo conceitual). Ainda, deve ser superado, vez por todas, o paradigma da lógica do tudo ou nada (*tertium non datur*), dado que trabalha apenas com juízos dedutivos, afastando o aspecto volitivo da interpretação, representado pela psique do intérprete.

É importante anotar que não se está aqui nesta abordagem a refutar a ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados devem subordinar-se a um processo interpretativo. De qualquer passo, como salientado alhures, discricionariedade e interpretação guardam uma estreita afinidade, haja vista que ambas doam ao aplicador do direito margem de livre apreciação para sua adequação à realidade do caso concreto, notadamente em situações em que



há maior grau de indeterminação no enunciado prescritivo. Daí se conclui que mesmo a atividade interpretativa pode admitir uma pluralidade de possíveis significados aos conceitos jurídicos elásticos, em vista da abertura axiológica própria do sistema jurídico.

A partir dessa nova e complexa configuração do direito positivo é inadmissível ao seu aplicador que adote decisões sob o pálio de preferências pessoais ou a pretexto de valores supostos com base em uma sociedade hegemônica. No atual modelo de Estado Democrático de Direito, representado pelo pluralismo e sincretismo de ideias e pela convivência de concepções heterogêneas, afiguram-se descabidos *standards* valorativos, seja do ponto de vista social ou coletivo. A nova ordem constitucional tem a virtude de incorporar contradições, que propulsionam o intérprete a encontrar soluções proporcionais e justas.

Na arena jurídica, as respostas não podem ser obtidas mediante métodos de observação experimental ou através de medição e quantificação; não há falar-se em enunciados verdadeiros ou falsos, mas apenas em alternativas de interpretações corretas aceitáveis, justificáveis, não se podendo negligenciar que subsistirá um resíduo último de incerteza. Segundo Larenz (1997, p. 282-283), interpretar um texto é uma atividade de mediação do intérprete, mediante a qual deverá “[...] decidir-se por uma entre muitas possíveis interpretações, com base em considerações que fazem parecer tal interpretação a correta [...]”.

Portanto, da interpretação de um enunciado normativo podem ser sacados múltiplos sentidos, sendo facultado ao intérprete eleger um deles para a hipótese singular, devendo essa escolha ser apresentada como razoavelmente adequada, por um processo de justificação. É o que sinaliza Grau (2011, p. 206, grifo do autor):

[...] a interpretação (que já é aplicação do direito) é uma prudência, e esta não é ciência, nem arte. A prudência é razão intuitiva, que não discerne o exato, porém o correto – não é saber puro, separado do ser.

Por isso também insisto na inexistência de uma única resposta correta (*verdadeira*, portanto) para todos os casos jurídicos – ainda que, repita-se, o intérprete esteja, através dos princípios, vinculado pelo sistema jurídico.

É de se pontuar ainda que a tese de uma dimensão unívoca para cada situação esbarra ainda no domínio dos conflitos dos direitos fundamentais, onde não há verdades marmóreas ou certezas absolutas, mas apenas relatividade (FREITAS, 2009).

É iniludível que o meio social em que está inserido, sua origem e formação moldam, em algum aspecto, o ato de julgar. Côncio dessa afetação, deverá o aplicador da lei passar por um permanente processo de autoexame, para aferir se o pré-juízo se coloca negativamente como uma barreira ao conhecimento ou se é legitimado perante a alteridade do texto e o plano fenomênico, conduzindo-o a uma convicção de acerto e justeza em sua decisão. “A impossibilidade de chegar-se à objetividade plena não minimiza a necessidade de se buscar a objetividade possível”. (BARROSO, 1996, p. 256).

Ainda que brevemente, quer-se com isso chamar a atenção para a fragilidade das construções doutrinárias que propõem a adoção de métodos de interpretação para obtenção da objetividade alusiva à unidade de solução válida. Embora imbuídas de boas intenções, ao invocarem uma pretensa racionalidade negando a sensibilidade do sujeito cognoscente, é bem provável que o método por elas defendido sirva mesmo para conferir “ares de legitimidade” a um julgamento previamente tomado na mente do intérprete, disfarçando decisionismos orientados. Em compasso com a linha gadameriana, reputa-se que os métodos, por vezes contraditórios, não representam, por si só, um papel constitutivo no resultado interpretativo, porquanto não estão compreendidos em uma dimensão a-histórica e universal, válida em qualquer contexto normativo e circunstâncias fáticas. Ademais, impossível apurar um metamétodo que viesse a esclarecer qual dos métodos seria mais adequado diante de um problema jurídico posto.

Enfim, há de se levar em conta que inexistente verdade absoluta ou inquestionável, mas proposições construídas a partir de um referencial cultural do intérprete, constituído pela vivência na linguagem e assentado nas coordenadas de um dado tempo e espaço.

A percepção do mundo jamais se dará através de uma experiência sensorial direta e fidedigna da realidade, sendo antes sempre moldada pela lente do sujeito cognoscente e pelo conjunto de premissas de que parte para determinar o objeto do seu conhecimento. Dessarte, tudo pode ser modificado em razão da variação do sistema referencial, sendo bastante ilustrativo o exemplo indicado por Carvalho (2013, p. 27):

O pôr do sol, por exemplo, há algo que nos parece mais verdadeiro, do que observar o sol baixar-se no horizonte e afirmar que ele se põe quando não mais o enxergarmos? Considerando, no entanto, que a luz do sol demora oito minutos para chegar até nós (na terra), quando deixarmos de enxergá-lo estamos atrasados, ele já transpôs a linha horizonte (oito minutos atrás). E então, em que momento o sol se põe? A melhor resposta novamente será dependente do referencial adotado.

Em paralelo, não se deve olvidar da historicidade e a circularidade da compreensão e o reconhecimento de que, ao longo do tempo, diferentes significações podem ser sobrepostas à interpretação de casos semelhantes, não havendo nenhuma delas de ser reputadas como erradas ou indevidas, visto que captadas cada uma delas de acordo com a sua contextualidade e referencial cultural. A capacidade de revisão de um argumento é sempre infinita e o tempo sempre trará novas maneiras de encarar, por consecutivas superações, uma mesma questão submetida a exame, fator que denota a provisoriedade da resposta correta⁹. Cruz (2011) bem explana a presente

⁹ Nesse sentido é a exposição de Grau (2011, p. 199): “[...] a noção jurídica deve ser definida como a ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (Sartre) [...]”.

colocação ao abordar as sucessivas configurações atribuídas à instituição da família. Assim, observa que, em gerações anteriores, seria elemento essencial à sua caracterização tanto a pessoa do marido como da mulher. Todavia, a Constituição de 1988 veio a ampliar tal conceito para abraçar também a ideia de família monoparental (art. 226, § 4º). Ao final, na atualidade, tal como já se depreende do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277¹⁰, a constituição da família pode resultar de uma união homoafetiva, ou seja, por um casal do mesmo sexo.

Por isso é que deverão ser consideradas corretas tantas respostas quantas se contenham dentro de um espaço demarcado de alternativas, que se revelem razoáveis *in concreto*.

Não obstante, ainda que não se possa compactuar com a teoria da univocidade, a discricionariedade administrativa e a margem de liberdade na conformação dos conceitos jurídicos indeterminados não se encontram imunes ao controle judicial, muito embora o julgador não esteja sempre em condições de firmar, com total convicção e sem resistências, se a decisão da autoridade pública está ou não em harmonia com o ordenamento. E assim o é, porque, entre as áreas de certeza jurídica positiva e negativa, mensuradas a partir da concepção social dominante, em que se reconhece, respectivamente, uma atuação em compasso ou não com o Direito, há uma zona circundante, em que pairam dúvidas quanto às condições de possibilidade da prescrição normativa, sendo relegada à Administração maior margem de liberdade.

Logo, na seara de revisão judicial, há se cogitar do julgador apenas como um “administrador negativo”, em analogia à expressão cunhada por Kelsen (1998) atinente ao “legislador negativo”. Com efeito, passa-se a defender a fiscalização do demérito do ato administrativo. Esse demérito resulta caracterizado, na hipótese de exercício da competência discricionária, como

¹⁰ ADI n. 4277, Relator: Min. Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 Divulg. 13-10-2011, Public. 14-10-2011, Ement. VOL-02607-03, PP-00341, RTJ VOL-00219, PP-00212.

aquele desconforme aos ditames impostos pela ordem jurídica, nada mais representando senão arbitrariedade do agente público, de sorte que se o mérito não é diretamente controlável, o demérito e a antijuridicidade o serão inescapavelmente (FREITAS, 2009).

Nesse aspecto, é importante pontuar, a partir do paradigma do Estado Democrático de Direito e do processo de constitucionalização, que a conduta administrativa deve amoldar-se não ao texto da lei formal, mas ao ordenamento como um todo, ao conjunto de regras e princípios que informam o regime jurídico-administrativo, maiormente os de timbre constitucional (princípio da juridicidade). Impõe-se, portanto, uma filtragem constitucional¹¹ do Direito Administrativo no intuito de abandonar o dogma da onipotência da lei por uma leitura que perpassa toda a ordem de disposições da Constituição Federal.

Para Martins (2008), em situações em que não há consenso social sobre a melhor forma de se atingir o interesse público, sobressaindo um campo de incerteza, vicejará a discricionariedade e a escolha do administrador, se realizada dentro dos parâmetros de razoabilidade, devendo prevalecer sobre a opinião do magistrado, por força do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa, decorrente da separação de Poderes.

Sublinhe-se que essa primazia creditada à solução eleita no plano administrativo deve-se também ao fato de que é a Administração que detém a melhor expertise e os conhecimentos específicos envolvidos para, através do aparelhamento dos seus órgãos competentes, realizar juízos prospectivos de caráter técnico e tomar as decisões estatais mais corretas e sensíveis às necessidades do mundo exterior.

Por tais razões, nessas circunstâncias marginais e periféricas, a atuação administrativa não pode ser positivamente colocada sob o crivo do Judiciário, já que não lhe é facultado, a pretexto de haver encontrado uma solução

¹¹ Na terminologia empregada por Schier (1999).

que repute mais correta, suplantando avaliações administrativas inteiramente defensáveis, pena de afronta à relativa independência e autonomia entre os Poderes. Aliás, é o que prenota Lima (2003, p. 211-212, grifo do autor), ao recordar de uma passagem do sermão do padre Antônio Vieira (1608-1697):

[...] se os tribunais constitucionais e seus juízes [...] se vissem como a serviço das sociedades e da vontade constitucionalmente articulada, abandonassem eles talvez a tentação de serem deuses como lembra Antônio Vieira: “(...) porque nenhum se contenta com crescer dentro da espécie: a andorinha que subir a águia; a rêmora quer crescer a baleia; a formiga quer inchar a elefante; (...) desenganemo-nos que o crescer fora da própria espécie, não é aumento, é monstruosidade; ao menos benção não é” [...].

Assim, tão nocivo quanto a ausência de controle jurisdicional é o excesso deste, fazendo, frequentemente, o Judiciário as vezes de Poder Executivo. O que se anseia é a existência de uma sindicabilidade apta a atestar a legitimidade da escolha administrativa, em vista de sua compatibilidade com o Direito como um todo.

8. Considerações finais

O presente trabalho foi conduzido pela proposta de uma nova visão da hermenêutica jurídica, estranha às metodologias formalistas e positivistas. É momento de se abandonar o discurso ainda vigente de que a conformação da norma abstrata ao caso concreto é autômata e redutível a uma operação silogística, circunscrita à averiguação de um significado único e objetivo do direito posto (*voluntas legis*) ou do propósito subjetivo do legislador (*mens legis*). A interpretação do texto legal não é algo asséptico, representado pelo emprego de um conjunto de técnicas e métodos. O intérprete, por se encontrar inserido dentro meio social e histórico, é sempre integrante do objeto cultural a ser investigado, de modo que o resultado de sua compreensão já se

encontra pré-moldado a um horizonte de significados e intenções já aceites pelo mesmo dentro da sua realidade e de suas experiências.

Ponderou-se que o resultado de um esforço hermenêutico sempre revelará uma verdade contestável, já que continuamente haverá a possibilidade de se alterar a interpretação e a compreensão feita de um texto, mormente no terreno axiológico da consciência jurídica. Dessarte, a atividade interpretativa é de ordem construtiva e não reprodutiva de sentido ou parametrizada, havendo de se conferir uma margem de livre ação ao aplicador do direito, dentro dos limites traçados pelo comando legal.

Percebeu-se, na dinâmica do mundo jurídico moderno, que o grande desafio consiste em conciliar a obediência à legalidade com algum espaço de liberdade decisória ao agente público, para responder com mais eficiência na ordenação dos serviços públicos e no atendimento às múltiplas e imprevisíveis demandas sociais.

Foi possível também prever que a discricionariedade no nível da norma (estática) é consideravelmente superior à discricionariedade no plano singular (dinâmica). A propósito dos conceitos jurídicos indeterminados, demonstrou-se a existência de duas grandes vertentes teóricas entre os juristas: a da multivalência, para aqueles que pregam que estes podem franquear discricionariedade à Administração, quando de sua aplicação na esfera factual; e a da univocidade, para os convencidos de que, diante deles, só há se falar em labor interpretativo, que leva a uma única resposta válida frente às nuances da hipótese prática. Ora bem, obtemperou-se que a escolha legítima realizada pelo agente competente, de antemão, já se encontra afunilada pelas fronteiras fornecidas pela própria fórmula aberta do enunciado legal, mas não engessada a uma solução unívoca, devendo ser superada a lógica do tudo ou nada (*tertium non datur*). Assim, imperioso foi reconhecer que a atividade interpretativa sobre termos imprecisos pode não resultar em uma definição exata do seu sentido, restando uma zona cinzenta em que é forçoso o reconhecimento de certa margem de liberdade

decisória para Administração, não se podendo demarcar onde termina a interpretação e começa a discricionariedade. Nessa oportunidade, constatou-se o vínculo íntimo entretido entre liberdade na interpretação e a discricionariedade administrativa, porquanto em ambas se faz presente a alma do exegeta como positivador e vivificador do Direito, mesmo diante de enunciados descritos exaustivamente. Bem por isso, sustentou-se que as competências vinculada e discricionária não podem ser encaradas como noções fixas e díspares, havendo entre ambas mera diferença quantitativa e não qualitativa, porquanto nenhuma das duas está imune a um processo de mediação hermenêutica.

Inferiu-se que, nas circunstâncias marginais em que pairam dúvidas e não há consenso social, não pode a avaliação administrativa plenamente legítima e plausível ser colocada sob o crivo positivo do Judiciário, a pretexto de suplantá-la por outra que repute melhor, pena de afronta à relativa independência e autonomia entre os Poderes. Na revisão judicial, há de se fiscalizar o demérito do ato administrativo, representado como aquele arbitrário e desarmônico com os ditames impostos pela ordem jurídica.

Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Curso de direito administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Presidência da República. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159,

de 8 de janeiro de 1991. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em: 10 ago. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Jurisprudências*. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

CARVALHO, Aurora Tomazini. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2013.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A resposta correta: incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GADAMER, Hans-George. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. v. 1. Original alemão publicado em 1960.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução Benno Dischinger. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 1999.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução Antonio de Oliveira Sette-Câmara. 2ª tiragem. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Título original alemão Reine Rechtslehre (1934).

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. Jurisdição constitucional: um problema da teoria da democracia política. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 199-261.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma processual 2006/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. (Curso de processo civil, v. 1).

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

REALE, Miguel. *Introdução à Filosofia*. 3. ed. Saraiva: São Paulo, 1994.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

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

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. Malheiros: São Paulo, 2010. p. 215-254.

