

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO - UAPPG
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO INTERINSTITUCIONAL-MINTER UNISINOS/FACID
NÍVEL MESTRADO**

MARIANNE DA SILVEIRA BONA

**DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO:
uma resposta hermenêutica.**

SÃO LEOPOLDO/TERESINA

2014

Marianne da Silveira Bona

DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO:
uma resposta hermenêutica.

Dissertação apresentada como requisito parcial
para a obtenção do título de Mestre, pelo
Programa de Pós-Graduação em Direito da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos -
UNISINOS.

Área de concentração: Hermenêutica,
Constituição e Concretização de Direito

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

São Leopoldo/Teresina

2014

B697d Bona, Marianne da Silveira

Do princípio da legalidade à supremacia da constituição: uma resposta hermenêutica. / Marianne da Silveira Bona. - Teresina: 2014.

164 f.

Dissertação – Mestrado em Direito - Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS – 2014.

Orientador: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira

1. Legalidade. 2. Administração. 3. Constituição 4. Supremacia. 5. Hermenêutica. I. Título.

CDD 340

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE À SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO: uma resposta hermenêutica**”, elaborada pela mestranda **Marianne da Silveira Bona**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 07 de agosto de 2014.

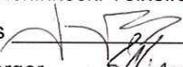


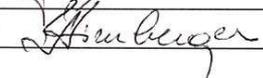
Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira 

Membro: Dr. Juarez Freitas 

Membro: Dra. Têmis Limberger 

Dedico Esta Glória à Maior, Mais Límpida e Escorreita Raiz da Minha Vida;

Dedico ao Amor Eterno que Ficou e Fica – a Saudade;

Dedico ao Amor que Deixou Pegadas Eternas e Marcantes Em Meu Ser, Em Minha Alma, Em Meu Espírito;

Dedico ao Olhar Brilhante Sobre Mim que Jamais Reencontrei e Senti, Salvo Quando Fecho os Olhos e Te Vejo Meu Pai;

Dedico a Ti, Edmar Luiz Motta e Bona, Meu Pai, Que me Proporcionou Ter Razão Para Viver, Superando e Suportando Todos os Obstáculos;

Dedico a Ti Meu Pai, Meu Guia, Meu Farol, Meu Caminho, Meu Destino, Com Todas as Honras Que Mereces.

ATÉ SEMPRE MEU AMADO PAI!

Dedico Também aos Meus Amados Filhos,

João Pedro e Maria Eduarda,

Como Sempre Digo:

AS MELHORES PARTES DE MIM!

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação nasceu das entranhas da inquietude do pensamento que aprisiona. Mas também, das entranhas do inevitável pulsar das horas de dias, noites e madrugadas que se emolduravam no cintilar da imensidão vista pela varanda de um céu, às vezes brilhante, às vezes sombrio com o passar do tempo, porém sempre iluminado pelo brilho do Altíssimo e da Mãe Santíssima irradiando sobre o meu ser, inspirações que me surpreendiam a cada linha expressa como ideia inundada de dinâmica existencial.

Obrigada Pai Querido, Altíssimo desejado das Colinas Eternas! Obrigada Nossa Senhora de Todas as Graças! A vocês todas as honras por terem me proporcionado passar por essa etapa gloriosa da minha história de vida, escrita com inspiração divina e sublime. Com todas as dificuldades, enfrentamos os desafios e as provações com muita fé, demonstrando que o impossível, se é que existe, deve ser encarado como apenas a especialidade a se superar.

Agradeço à Virgínia Conde Medeiros, por onde começar e terminar, é e, sempre será uma tarefa desafiadora. Apenas te digo, sem ti não teria conseguido. Fostes e és eterna companheira, paciente, amiga, fortaleza, essencial, indispensável, *condição de possibilidade*, *fusão de horizontes*, revisora, calma, alma e muita, mas muita paz! O amor é essencialmente um dom. Eu o tenho apenas com toda a intensidade de doação. Amo-te além de mim!

Agradeço aos meus filhos, João Pedro, meu essencial e indispensável revisor de inglês – o melhor – e Maria Eduarda, *as melhores partes de mim*, por terem compreendido a minha “ausência de atenção”, em especial nos meses dedicados à dissertação, inundada em livros e com olhos colados na tela do computador. Digo-lhes, mais uma vez, *apenas o saber liberta, este legado é o que deixo para vocês*. Saibam ainda que vocês são as partes de um todo que não tem substância isoladamente. O meu amor é único e abnegado, já nasceu absoluto e cresce em se dar. Amo-os com toda a intensidade do meu ser.

Agradecimento especial ao meu muito mais que orientador Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira, o qual desde o primeiro contato, ainda na entrevista de seleção para o ingresso no Mestrado, transmitiu-me segurança e calma. Aprovada na seleção, chegou o momento de escolha do orientador, não hesitei em buscar o teu apoio. Os diálogos que tivemos foram e são enriquecedores, tuas palavras foram e são como bálsamo para alma, fazendo-me escrever com a liberdade de um pássaro, com os olhos de um lince, com a inteligência de uma águia e com a sabedoria de um ser pensante questionador e justificador. A cada “Caríssima”, um alento; a cada questionamento, uma provocação instigativa para buscar “a” ou “uma” resposta. Fostes amigo, confidente, companheiro de horas difíceis e de

momentos angustiantes, revisor incomparável, orientador e iluminador de ideias inspiradoras. És, enfim, exemplo a ser seguido meu amigo. Para mim, já valeu à pena! Obrigada por tudo!

Agradeço à minha eterna Mestra Fides Angélica da Costa Veloso Mendes Ommati por acompanhar toda a minha trajetória desde a faculdade e incentivar o meu amor pela Ciência Jurídica, em especial pelo Direito Administrativo e Direito Constitucional. Quando me afligia, lembrava-me de suas palavras doces, do seu “Meu Anjo” e tudo se acalmava. Muito obrigada mais uma vez pelos conselhos e direcionamentos. Amo-te muito! Essa é para você também!

Agradeço ao meu tio Charles Carvalho Camillo da Silveira, homem íntegro e probo que desde o primeiro dia em que conversamos sobre essa trilha do mestrado foi um incentivador. Faltam-me palavras para agradecer a abertura que me concedestes para embarcar nas profundezas do conhecimento de tão renomados filósofos, sociólogos, juristas, enfim pensadores que me fizeram navegar e transcender toda e qualquer fronteira de espaço e tempo através da Biblioteca do Instituto Camillo Filho (ICF), honrando o título do homenageado como *o educador do século XX*, reconhecido no Estado do Piauí. Eu prometi e cumpri. Eis-me aqui, ao final de mais uma etapa. Como valeu! A glória é nossa!

Agradeço à toda minha família por entenderem a minha “ausência” nesses anos de dedicação ao que move também a minha vida, *a Ciência Jurídica*. Em especial, minha vó Terezinha; minha mãe Maria José Camillo; meus irmãos: Márcio, Edmar Filho e “minha mana” Myrcia; cunhada Joana Luíza e meus sobrinhos: Gabriel, Murilo e Maria.

Agradeço ao colega e grande amigo Procurador Federal Dr. Francisco Mauro de Sousa Carvalho, Chefe da Procuradoria Federal do INSS em Teresina/PI, pela confiança e palavras de incentivo em todos os momentos. Estamos e estaremos sempre juntos!

Agradeço a todos os que fazem parte do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, em especial ao Prof. Dr. Wilson Engelmann, que foi fundamental na elaboração do projeto da dissertação; ao Prof. Dr. Darci Guimarães Ribeiro que, em uma conversa franca de apenas vinte minutos, demonstrou virtudes humanitárias que iluminaram minhas ideias; à Prof^a Dra. Sandra Vial por ter sido maravilhoso descobrir que ainda existem pessoas lindas por natureza e únicas por essência; à Prof^a Dra. Maria Eugênia Bunchaft por ter sido determinante no desenvolvimento da dissertação com suas dicas glamorosas na banca de qualificação; e, por fim, ao caríssimo Ronaldo que, na reta final, foi um grande companheiro, sempre eficiente, educado, resolutivo e atencioso – um exemplo de profissional!

Jamais poderia deixar de reservar frases especiais às minhas amigas e irmãs de alma. Parafraseando Shakespeare, amigas que são, realmente, a família que escolhi para viver!

Oscar Wilde já afirmara que não é difícil encontrar pessoas que se compadeçam com nossas provações. Raras são aquelas que se alegram sinceramente com nossos triunfos, com nossas glórias. Essas pessoas têm natureza realmente muito pura. Sou abençoada, tenho a minha família do amor, da cumplicidade, do respeito, do apoio, de todas as horas, de todas as circunstâncias, de todos os momentos, sejam eles de tristeza ou de extrema alegria. Uma família completa, com mãe e irmãs de alma para todo o sempre.

Agradeço a vocês minhas irmãs-amigas de amor e alma. Sei que a saudade foi grande, às vezes até insuportável que eu tinha que abandonar tudo e encontrá-las por não aguentar ficar distante. Mas sabemos que os dois últimos meses foram difíceis e vocês entenderam e estiveram ao meu lado em alma, rezando e torcendo. A vocês, Ângela Fortes (“mana”), Bernarda Meneses, Conceição Lustosa (“minha prima”), Karen Carvalho (“companheira”), Lúcia Fortes (“Lucinha”), Maria Alzira Carvalho (“meu coquinho”), Neyreida Brito (“Ney”) e Rosália Silveira (“minha prima”) todo o meu amor, gratidão e honra de tê-las sempre ao meu lado. *Eu amo demais vocês!*

À minha mãe de alma, Lindalva Meneses (“minha Lindinha”), todo o meu amor. Desde o primeiro segundo quando fraquejei sem querer dar início ao mestrado, pelas dificuldades que sabemos, fostes a fortaleza que também me ergueu ao lado de Virgínia e disse: “Vai filha, segue teu caminho, estou ao teu lado!” Fostes e és essencial em todos os momentos. Conhece-me pelo avesso. És verso e reverso de amor. Trouxe-me paz quando precisei. Ouvia e ouve a minha voz, sentia e sente o pulsar do meu coração de onde estás e chegas ao meu lado quando estou mais precisando. Obrigada por estar sempre ao meu lado!

A todos, enfim, agradeço e finalizo ressaltando que aprendi muito, mas permaneço caminhando, às vezes correndo, escalando e dançando. Vou continuar o percurso da aprendizagem enfrentando as provas da vida para, com prudência, alcançar os níveis seguintes graduando passos com probidade e responsabilidade, pois como afirmara Nietzsche, *não se aprende a voar voando.*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal;
CF/88	Constituição Federal de 1988
DF	Distrito Federal
e.g.	<i>exempli gratia</i> – por exemplo
MS	Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
v.g	<i>verbi gratia</i> – por exemplo

RESUMO

A dissertação trata da importância de conhecimentos históricos e transdisciplinares para a sedimentação da compreensão e interpretação crítica do Direito. A axiologia e a supremacia da Constituição brasileira é o ponto fundamental para o desenvolvimento do conhecimento e da hermenêutica jurídica como um sistema aberto que irradia em todas as esferas do Direito, especialmente enfrentando o dogma da concretude do ordenamento jurídico afirmado pelos ideais do Positivismo Jurídico. O princípio da legalidade passa a ser interpretado de acordo com a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, alterando o modo de gestão dos administradores públicos em respeito ao direito fundamental à boa administração pública, obrigando-os a tomar decisões mais adequadas à Constituição diante da análise de circunstâncias não apenas da lei e do caso concreto, mas também da temporalidade e da historicidade, revisitando pré-compreensões de forma a fundir horizontes do sentido de ser no mundo. Diante da constitucionalização do Direito Administrativo ocorreram mudanças substanciais nos aportes da disciplina. O método fenomenológico-hermenêutico perpassa toda a pesquisa e aponta para o modo de abordagem do tema, ficando os métodos descritivo, histórico, comparativo e crítico-científico voltados para o trato específico de assuntos enfrentados nos capítulos que se seguem. O estudo se caracteriza como pesquisa bibliográfica a partir de leituras, fichamentos, resumos e confrontos de ideias de autores nacionais e estrangeiros com interpretações e análises sobre o assunto e, ao final, soluções e propostas para a dialética das questões postas.

Palavras-chave: Legalidade. Administração. Constituição. Supremacia. Hermenêutica.

ABSTRACT

The dissertation analyzes the importance of historical and transdisciplinary knowledge to the sedimentation of understanding and critical interpretation of law. The axiology and supremacy of Brazilian Constitution is the fundamental point to the development of knowledge and legal hermeneutics as an open system which radiates in all spheres of law, especially facing the dogma of the concreteness of law stated by the ideals of Legal Positivism. The principle of legality shall be construed in accordance with the direct and immediate effect of fundamental rights by changing the mode of governance managers in respect of the fundamental right to good administration, forcing them to make better decisions facing the Constitution analysis of circumstances and not just the law of the case, but also of temporality and historicity, revisiting pre-understandings in order to merge the sense of being in the world horizons. Facing the constitutionalization of Administrative Law occurred substantial changes in the basis of discipline. The phenomenological-hermeneutic method runs through all the research and points out the way to approach the subject, leaving the historical, comparative and critical-scientific descriptive methods, focused on the specific tract of issues faced in the chapters that follow. The study is characterized by bibliographic research from readings, record keeping, abstracts and clashes of ideas of national and foreign authors with interpretations and analysis about the subject and, at the end, solutions and proposals for the dialectic of the questions asked.

Keywords: Legality. Administration. Constitution. Supremacy. Hermeneutics.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 DESCORTINANDO A HERMENÊUTICA JURÍDICA: EVOLUÇÃO DE SUAS ESCOLAS E PRINCIPAIS MÉTODOS	16
2.1 Historicidade Jurídica	18
2.2 As Escolas Contemporâneas e o Positivismo Jurídico	20
2.2.1 Escola Histórica do Direito	21
2.2.2 As Origens do Positivismo Jurídico na França e a Escola da Exegese	23
2.2.3 Escola da Livre Investigação Científica do Direito	28
2.2.4 Escola do Direito Livre.....	31
2.3 O Positivismo Jurídico e os “Movimentos” ou Escolas da: jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores.....	35
2.3.1 Jurisprudência dos Conceitos (Begriffsjurisprudenz)	35
2.3.2 Vertente Anticonceitualista e Antiformalista - Jurisprudência Teleológica ou dos Interesses	38
2.3.3 Vertente dos Valores – Jurisprudência dos Valores	40
2.4 Hermenêutica Jurídica.....	43
2.5 Espécies de Interpretação	45
2.5.1 Quanto à Origem	45
<i>2.5.1.1 Interpretação Autêntica.....</i>	<i>45</i>
<i>2.5.1.2 Interpretação Doutrinária.....</i>	<i>46</i>
<i>2.5.1.3 Interpretação Judicial</i>	<i>46</i>
2.5.2 Quanto ao Resultado	46
<i>2.5.2.1 Interpretação Declarativa ou Enunciativa.....</i>	<i>46</i>
<i>2.5.2.2 Interpretação Extensiva.....</i>	<i>47</i>
<i>2.5.2.3 Interpretação Restritiva.....</i>	<i>47</i>
2.6 Métodos Hermenêuticos Clássicos	47
2.6.1 Gramatical, Literal ou Filológico	47
2.6.2 Racional ou Lógico	49
2.6.3 Sistemático.....	51
2.6.4 Histórico	51
2.6.5 Teleológico ou Sociológico	53

2.6.6 Integral (Sistêmica e Escalonada)	55
3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO	56
3.1 O Senso Comum Teórico	56
3.2 A Compreensão como Condição de Possibilidade para a Interpretação.....	60
3.2.1 Pré-compreensão e o Giro Hermenêutico	64
3.2.2 Supremacia da Constituição e Hermenêutica	72
3.3 Hermenêutica Constitucional – Métodos e Princípios de Interpretação.....	77
3.3.1 Métodos Interpretativos Constitucionais	78
3.3.1.1 <i>Método Jurídico ou Hermenêutico Clássico</i>	78
3.3.1.2 <i>Método Tópico-Problemático</i>	80
3.3.1.3 <i>Método Hermenêutico-Concretizador</i>	83
3.3.1.4 <i>Método Científico-Espiritual</i>	87
3.3.1.5 <i>Método Normativo-Estruturante</i>	88
3.3.1.6 <i>Método da Comparação Constitucional</i>	90
3.3.2 Princípios Hermenêuticos Constitucionais.....	91
3.3.2.1 <i>Princípio da Unidade da Constituição</i>	92
3.3.2.2 <i>Princípio do Efeito Integrador</i>	93
3.3.2.3 <i>Princípio da Máxima Efetividade; da Eficiência; ou da Interpretação Efetiva</i>	93
3.3.2.4 <i>Princípio da “Justeza”; da Conformidade Funcional; ou da Correção Funcional</i>	94
3.3.2.5 <i>Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização</i>	95
3.3.2.6 <i>Princípio da Interpretação Conforme a Constituição</i>	96
4 A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM PROVEITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO: CONSOLIDANDO A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	98
4.1 A Constitucionalização do Direito (Neoconstitucionalismo!?)	98
4.1.1 A Constitucionalização do Direito Administrativo	103
4.1.1.1 <i>Do Princípio da Legalidade à Juridicidade ou Supremacia da Constituição</i>	109
4.2 Interpretação Adequada à Constituição: como agir administrativamente frente às espécies normativas inconstitucionais?.....	115
4.2.1 Ato Vinculado versus Ato Discricionário: Subsiste a Dicotomia?	129
4.3 Supremacia da Constituição, Direito à Boa Administração e Gestão de Políticas Públicas.....	135
4.3.1 O Direito Fundamental à Boa Administração	136

4.3.2 Vício na Gestão de Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Boa Administração.....	142
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	151
REFERÊNCIAS	157

1 INTRODUÇÃO

A dissertação aborda a história e evolução do Direito e da hermenêutica como condição de possibilidade do pensamento crítico e do conhecimento em cotejo com o princípio da legalidade. Concentra-se, em especial no movimento de constitucionalização do Direito que se irradia por todos os ramos deste, arrimados na supremacia da Constituição, bem como na unidade de todo o ordenamento jurídico.

Dessa forma, na esfera da Administração Pública não poderia ser diferente, o que ocasiona fortes debates em torno de seus aportes *duros* que embasam toda a disciplina administrativa, como é o caso do princípio da legalidade, onde se enfatiza que sobre o mesmo há uma necessidade de ir além, ou seja, aferir a conformidade constitucional, rompendo, pois, o paradigma de Estado Liberal-Individualista, uma vez que o império do medo vem enfraquecendo a legitimidade do ato político *stricto sensu* amparado em “lei” que abandona preceitos fundantes constitucionais.

Analisa-se a atuação administrativa (ato político) arrimada no princípio da legalidade, confrontando com a legitimidade social, ou seja, dialogando direta e imediatamente com a Constituição e seus direitos fundamentais de forma a legitimar a decisão política como um mérito estatal por meio de uma análise sistemática hermenêutico-filosófica.

O problema que se enfrenta é em que medida, numa perspectiva hermenêutico-filosófica, o princípio da legalidade deve ser flexibilizado e ter o seu âmbito redefinido quando da tomada de decisão administrativa por meio da eficácia imediata dos direitos fundamentais, buscando caracterizá-la como ato político *stricto sensu* no Estado Democrático de Direito.

A busca por uma resposta quanto ao modelo pelo qual se vem agindo na esfera administrativa com respaldo em uma legalidade estrita quando da tomada de decisões, sob o império do medo que atinge os administradores públicos vem sendo a preocupação de juristas, doutrinadores, legisladores e operadores do direito face às novas pretensões que vêm surgindo no seio social.

Atualmente, constata-se uma grande aflição não apenas entre juristas e doutrinadores, mas também da própria população que está nas ruas com protestos das mais variadas demandas, o que demonstra que os atos políticos não correspondem aos seus anseios. Esta angústia não deve ser encarada de forma desestimuladora. Ao contrário, deve ser enfrentada como vetor da verdadeira conquista – como solução. Vetor direcionado à busca da resposta mais condizente com a defesa efetiva dos direitos fundamentais da Constituição da República

Federativa do Brasil, pedra de toque desta, pilar da preservação do Estado Democrático de Direito. Dito de outro modo, uma resposta mais adequada à Constituição é o pilar da concretude.

A resolução do dilema de como a ação política poderá responder a tanta aflição, inquietude e excessos de burocracia é a maior eficácia e concretude da Constituição Federal e dos direitos fundamentais nela postos, uma vez que os administradores por terem medo de ser punidos administrativamente preferem tomar a decisão mais cômoda, fulcrados em uma legalidade dita estrita, negando requerimentos administrativos constitucionalmente legítimos e, por consequência, o direito de todo cidadão à “boa administração”. Resultado: a demanda acaba por “bater às portas” do Poder Judiciário, este tido pela sociedade como solucionador de todos os problemas.

É preciso definir ou redefinir a ação administrativa como mérito estatal, pois a lei não tem condições de acompanhar a evolução histórica. Lembremo-nos do que já afirmara Heidegger: *o tempo é o nome do ser*.

A legalidade administrativa estrita não está mais em consonância com o Estado Democrático em que convivemos. Que os direitos fundamentais vinculam o Estado ninguém questiona, mas a legalidade estrita limitaria esta vinculação, estaria acima dos mesmos? Esse é um dos fatores que vem provocando a crise de legitimidade dos atos políticos, de forma que os administrados prejudicados vêm pleiteando a tutela jurisdicional para que o Poder Judiciário decida se devem ou não ser garantidos os seus direitos diante do excesso da burocracia estatal.

O percurso da dissertação foi elaborado de forma a introspectar e firmar um conhecimento concatenado e sedimentado, favorecendo o pensamento crítico evolutivo. No primeiro capítulo, aborda-se a história do Direito e da hermenêutica, porque se sobrepõem. Logo em seguida são demonstradas as formas clássicas da Hermenêutica. Os métodos utilizados foram o histórico, o comparativo e o descritivo.

No capítulo seguinte, passa-se a enfrentar um movimento de superação da legalidade estrita pelo movimento de constitucionalização do Direito diante da supremacia da Constituição. Trata-se de um capítulo de grande teor hermenêutico-filosófico, uma vez que descreve o giro hermenêutico e a importância da linguagem para o alcance do conhecimento. Em seguida, parte-se para a descrição dos métodos e princípios que dão supedâneo à interpretação constitucional. Os métodos utilizados foram: o fenomenológico-hermenêutico e o descritivo.

Por fim, no último capítulo, analisa-se o *direito à boa administração* e seus efeitos para o gestor público, mais precisamente quanto à sua atuação interpretativa frente aos cânones constitucionais ao se deparar com espécie normativa infraconstitucional e inconstitucional, bem como o dever de bem utilizar os recursos públicos para a realização de direitos fundamentais de natureza prestacional através de políticas públicas. O método utilizado foi o crítico científico.

Eis a importância do tema ora pesquisado dentro da linha de pesquisa “Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos” do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, uma vez que a referida linha de pesquisa busca dialogar sobre o Estado e responder às demandas sociais a partir da concretização dos direitos fundamentais sociais, apontando para a necessidade da investigação da efetividade do Direito e da aplicabilidade das normas, por meio de uma revisão dos conceitos predominantes na doutrina, jurisprudência, Teoria do Direito, Teoria da Constituição e Constitucionalização dos direitos.

2 DESCORTINANDO A HERMENÊUTICA JURÍDICA: EVOLUÇÃO DE SUAS ESCOLAS E PRINCIPAIS MÉTODOS

Inicialmente, propomos uma reflexão sobre a importância da evolução histórica do Direito e, mais precisamente, da hermenêutica jurídica por entendermos essencial para o jurista compreender o ordenamento jurídico sem se ater ao estudo exclusivo de códigos ou compilações de normas que alteram o seu sentido, mesmo sem alteração do seu texto com a dinamicidade intrínseca e imanente das sociedades. Deve-se buscar os valores jurídicos de sempre, desenvolvendo a sensibilidade crítica pensante, força motriz do intérprete do Direito, alargando os horizontes culturais que as análises históricas mutantes proporcionam.

Quando o ser humano se inquieta e fica perplexo e contestador com a finalidade de agir criticamente diante do real e da vida passa a filosofar, uma vez que adquire consciência de sua dignidade pensante. Não se pode negar que a filosofia, e por que não dizer a filosofia no Direito “é a ciência das causas primeiras ou das razões últimas”, uma orientação incontestada para uma “certeza última”, como forma de um princípio ou um pressuposto segundo determinada perspectiva, mas, jamais a “posse da verdade plena”,¹ tendo em vista que a busca sempre se renova e é dinâmica.

Nas faculdades de Direito, para que se possa conduzir a boa formação de novos juristas, deve ser incentivado o contato transdisciplinar com outras ciências do conhecimento, visto que o Direito é objeto de uma ciência social. Apesar de ser clara a resistência a este modelo em detrimento da primazia exegética, os estudos devem primar pelo conhecimento de sociologia, filosofia e antropologia, posto que as leis são editadas por seres humanos para regular e se auto regular em sociedade na preservação do bem estar de gerações presentes e futuras. Trata-se de uma simbiose em constante evolução. Hespanha² sintetiza que:

[...] a missão Histórica do Direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o *racional, o necessário, o definitivo*. A história do Direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre em sociedade e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, econômicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou *ambiente*). São, neste sentido, sempre *locais*. (grifo do autor).

¹ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 06-07.

² HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 15.

Trecho da Carta aos Jovens do russo Pavlov³ que atravessa e desafia os limites de tempo e espaço, demonstra a importância de se ter conhecimentos de base para entender e solucionar eficazmente questões que surjam a qualquer tempo:

Aprendam o ABC da Ciência antes de tentar galgar seu cume. Nunca acreditem no que se segue sem assimilar o que vem antes. Nunca tente dissimular sua falta de conhecimento, ainda com suposições e hipóteses audaciosas. Como se alegra nossa vista com o jogo de cores dessa bolha de sabão - no entanto ela, inevitavelmente, arrebenta e nada fica, além da confusão.

Mormente os institutos jurídicos podem até ter a mesma nomenclatura, porém com a evolução tecnológica e social os seus significados somatizam conteúdos, complexidades e profundidades ou até mesmo se alteram, de forma que a Lei, em sentido formal, não consegue acompanhar. Tudo isso pode ser minimizado com o conhecimento da história, da realidade, da transdisciplinaridade e da centralidade do Direito e do ser humano como condição *sine qua non* para compreender o mesmo em sociedade, o que não se confunde com interpretar a sociedade isoladamente.

Parafraseando Hespanha⁴ os valores jurídicos podem até perdurar no tempo ou até mesmo assumir outras significações, isso reflete o dinamismo devido aos textos normativos que, na medida do possível, apesar de ser produzida uma única vez, são constantemente reinterpretados e, modernamente, recepcionados e integrados com novos significados no universo intelectual de acordo com a realidade contextual.

Sem embargo, isso é possível diante do conhecimento de uma “certa circularidade na hermenêutica histórica dos textos”,⁵ de forma que o intérprete do Direito seja dinâmico, pensante e em conexão com outras ciências sociais, desconfiando de suas certezas, disposto a dialogá-las, questioná-las, empreendendo uma busca cooperativa da verdade⁶ que atravesse fronteiras estritamente dogmáticas, duras e inflexíveis.

Passemos, pois, a percorrer a história do Direito com a finalidade de adentrarmos na origem da Hermenêutica jurídica clássica e seu inicial apego ao “positivismo jurídico”.⁷

³ CASTRO, Cláudio M. **A prática da pesquisa**. McGraw-Hill, 1977 (FCE: 001.8 / C 355 p). Retirado de texto elaborado pelo Prof. Henrique Freitas e sua equipe do GESID-PPGA/EA/UFRGS. Disponível em: <http://gama.urisan.tche.br/~hreis/Pet_I/bibliografia.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

⁴ HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 25.

⁵ *Ibid.*, p. 26.

⁶ COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**: fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

⁷ Destacamos que todas as vezes que utilizarmos *positivismo jurídico*, faremos com base nas Lições de Filosofia do Direito de Norberto Bobbio. BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

2.1 Historicidade Jurídica

Iniciamos com um delineamento histórico partindo, mesmo que *en passant*, da época clássica, percorrendo a Idade Média e o Estado Moderno. Nos primórdios, até fins do século XVIII, o Direito era dicotomicamente dividido em duas espécies: o natural e o positivo, sem diferenciação quanto à qualidade, mas sim quanto ao grau de superioridade, onde o primeiro era tido como “Direito comum” e “o positivo como Direito especial ou particular de uma dada *civitas*. Assim, baseando-se no princípio de que o particular prevalece sobre o geral”,⁸ o Direito Positivo prevalecia diante de um conflito de normas.

Já na Idade Média ocorria o contrário, o Direito natural passou a prevalecer sobre o positivo, visto que o primeiro não era mais concebido como Direito comum, mas sim advindo da vontade de Deus, “escrita por Deus no coração dos homens”.⁹

Com a dissolução da sociedade medieval, por consequência ocorre a dissolução da concepção jusnaturalista para a positivista dando ensejo, já no século XIX e no decorrer do século XX, à formação do Estado Moderno. Assim, como esclarece Bobbio:¹⁰

Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito; o direito natural não é direito. A partir deste momento o acréscimo do adjetivo ‘positivo’ ao termo ‘direito’ torna-se um pleonasma mesmo porque, se quisermos usar a fórmula sintética, *o positivismo jurídico é aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo.* (grifo do autor).

Nessa esteira a sociedade passa a ter uma estrutura monista, em que o Estado concentra todos os poderes. Com o judiciário não foi diferente, este era totalmente subordinado ao legislativo em suas decisões, mesmo sendo, ambos, órgãos estatais. Porém, só quem detinha o poder de criar o Direito era a função legislativa estatal. Nestes termos, é que se torna explícita a característica mais forte do positivismo jurídico, ou seja, a lei *stricto sensu* vinculava totalmente o julgador, pois apenas as normas postas pelo Estado legislador poderiam fundamentar as suas decisões.

A importância de entendermos a evolução histórica demonstra até mesmo a alteração de comportamentos, a forma de julgar, bem como entender a própria evolução do Direito sem

⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 25.

⁹ *Ibid.*, p. 25.

¹⁰ *Ibid.*, p. 26.

termos que nos ater apenas aos textos de lei ou códigos, mas sim à sua gênese, e ousamos afirmar à própria hermenêutica jurídica.

Utilizando o fato acima demonstrado podemos aferir que a conduta do julgador nas três eras é diferente, mas todas em conformidade com o Direito ao compreendermos a questão em sua profundidade. Hespanha,¹¹ neste contexto, afirma-nos que “por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade de sentido”.

Dando seguimento, a conduta, v.g., de um juiz na época clássica, ou até mesmo na Idade Média, como as regras de Direito natural e positivo se encontravam válidas, seja no mesmo patamar ou, no segundo caso, com grau de prevalência diferenciado, era mais “livre”, visto que “podia obter norma a aplicar tanto de regras preexistentes na sociedade (Direito Positivo) quanto de princípios equitativos e de razão (Direito Natural)”.¹² Já no Estado Moderno, o Direito realizado pelo Estado é tido “como o único e verdadeiro direito”.¹³

Bobbio¹⁴ demonstra a importância histórica para a compreensão dessa ideologia positivista exegética máxima com ênfase em governos absolutistas. Rememora obra de Hobbes em que o mesmo define o Direito como somente o advindo de quem detém o poder soberano, proclamado em público e de forma clara. Restam evidentes as características do formalismo e da imperatividade. Ato contínuo, explica a concepção hobbesiana em bases históricas como reação ao estado de anarquia constante na Inglaterra (e na Europa como um todo), diante das constantes guerras de cunho religioso, o que para Hobbes, redundaria no retorno ao estado de natureza. Daí a necessidade de um Estado com poder absoluto para devolver e restabelecer a ordem social.¹⁵

O fato de Hobbes ser um defensor do absolutismo concedia, sob sua ótica, segurança à sociedade, visto que eliminaria poderes intermediários e arbitrariedades de julgadores, pois estes teriam que decidir conforme leis previamente postas para todos. Nisso é que Bobbio ressalta que se aproximava de pensamentos liberais, porém Hobbes teria pecado por conceder plenos poderes ao “príncipe”, daí vindo a contribuição de Montesquieu com a separação dos poderes (onde o Poder Legislativo, vinculativo para o Poder Judiciário, ambos de Estado, porém não exercidos pelo príncipe) e a representatividade política (esta não mais

¹¹ HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 19.

¹² BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 28.

¹³ *Ibid.*, p. 29.

¹⁴ *Ibid.*, p. 34-36.

¹⁵ Para uma análise mais aprofundada sobre a história e origem do positivismo jurídico de forma mais detalhada na Inglaterra, França e Alemanha. *Ibid.*

representativa de oligarquia, mas de toda a nação). Destacando, no entanto, que ambos os pensamentos mantêm a mesma ideologia de que a decisão deve ser a reprodução fiel da lei.¹⁶

É inconcebível pensar em interpretação jurídica sem ter um entendimento da evolução histórica do próprio Direito. Para interpretar é preciso ter compreendido. Parafraseando Guastine,¹⁷ interpretar juridicamente é atribuir sentido ou significado a um texto normativo, este tido como fonte de Direito posto dentro de um sistema jurídico dado.

De fato, o século XVIII é marcado por uma “onipotência” legislativa, mas ainda sobrevivia o Direito Natural, não chegando ao positivismo jurídico propriamente dito.¹⁸ Logo após, a história foi entrecortada com idas e vindas de várias influências de teorias de Escolas que movimentaram a fase de prevalência do positivismo jurídico. Interessante, pois, passarmos *a navegar por essas águas* que, desde já afirmamos, não ocorreu de uma forma sucessiva, nem significa que uma superou a anterior por completo. Apenas para efeito didático organizamos, apresentamos e abordamos na forma com está posta, ancorada pelos doutrinadores e historiadores apontados para melhor compreensão.

2.2 As Escolas Contemporâneas e o Positivismo Jurídico

Abordaremos as escolas contemporâneas, estas compreendidas a partir do final do século XVIII / início do século XIX até o século XX, visto que o objetivo é partir deste “corte” da história e seguir até os dias atuais para enfrentar o problema da legitimidade da legalidade, ou seja, desde a era do positivismo jurídico marcante do século XVIII até o estado atual.¹⁹

Pode-se afirmar que o positivismo propriamente dito teve início na primeira metade do século XIX com o movimento também chamado de “dessacralização” do Direito Natural e seus mitos corolários como: contrato social; lei natural; e estado de natureza (filosofia racionalista iluminista), tendo como marco a “Escola Histórica do Direito”, no fim do século

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 37-40.

¹⁷ GUASTINE, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-24.

¹⁸ Cabe destacar inclusive que os juspositivistas dos séculos XVII e XVIII já previram “as lacunas do direito”, dando conta que a solução deveria ser buscada nas normas de Direito natural. BOBBIO, op. cit., 1999. p. 42-44.

¹⁹ Caso se deseje aprofundar sobre a história do Direito desde os seus primórdios, com noções de Direito Canônico, Direito Romano, escolas jusnaturalistas e escolas medievais, além das aqui demonstradas, sugerimos: HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

XVIII e início do século XIX, sobressaindo-se com expoência Savigny, difundindo-se na Alemanha²⁰.

2.2.1 Escola Histórica do Direito

Essa escola não se confunde com o positivismo jurídico. Na verdade, ela é “fio condutor” deste, uma vez que a *escola histórica* tem como característica principal a crítica ao Direito Natural como imutável e universal, deduzido da razão, rompendo com a dicotomia Direito Natural e Direito Positivo, fulcrando, pois, “na consciência nacional e nos costumes jurídicos oriundos da tradição”.²¹

O cerne das obras firmava o entendimento de que o Direito Natural deveria ser visto como filosofia do Direito Positivo, direcionando conceitos jurídicos gerais de qualquer Estado, como uma espécie de “teoria geral do direito”, marcando a passagem da filosofia jusnaturalista para a juspositivista.²²

O pressuposto político do positivismo jurídico (legalismo propriamente dito) era a organização da sociedade em um Estado-nação. Ocorre que a Alemanha, berço dessa escola histórica, inicialmente não conheceu o Estado nacional.

Por isso a consciência nacional se manifestou de forma mais intensa na Alemanha, valorizando suas culturas, reagindo contra a ideia de que o Estado e o seu Direito fossem ou pudessem ser a única forma de identidade da nação, tendo em vista o seu “universalismo e artificialidade”, o que entrava em choque com a “sensibilidade cultural e político-jurídica” dos defensores da escola.²³

Afirmou-se sim, que o Direito Positivo é o “direito posto pelo Estado”, porém não se testifica que o mesmo seja obra exclusiva do legislativo, como sustenta a corrente do positivismo jurídico em sentido estrito, uma vez que admite a busca em outras fontes como “costume de um povo”, “direito consuetudinário, doutrina científica ou jurisprudência”.²⁴ “O povo é que cria o seu Direito, entendido como povo não somente a geração presente, mas as gerações que se sucedem”.²⁵

²⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 45.

²¹ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 40.

²² BOBBIO, op. cit., 1999. p. 46.

²³ HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 181-182.

²⁴ BOBBIO, op. cit., p. 46-47.

²⁵ HERKENHOFF, op. cit., p. 41.

Na verdade, como ratifica Warat,²⁶ o que une o povo alemão são os costumes, a tradição comum, a história, o espírito e não um código, um texto legal em que se renda um “culto reverencial”, como ocorreu na França com o Código de Napoleão. E acrescenta que “o direito não está na lei escrita, mas se origina no povo, em sua história, em seus costumes, e é a projeção e encarnação de seu espírito, segundo Puchta, discípulo de Savigny”.

Disso tudo, algumas consequências, “do ponto de vista da teoria do direito”, são elencadas como: antilegalismo (especialmente contra a codificação); valorização de outras fontes do Direito (esta escola atribuía grande importância aos intelectuais e literatos – “Direito dos professores”, também enaltecido por Savigny); revalorização da história do Direito e seu papel dogmático, “como um passado que fecundava o presente”; “sistematicidade e organicidade da jurisprudência”.²⁷

Dentre as características típicas dessa escola, Bobbio²⁸ destaca: a) “*variedade da história devida à variedade do próprio homem*” (o problema que surge é o fato de que o Direito é produto da história, pois, mutável, conforme tempo e espaço); b) *irracionalidade de sentido da história* (cada sentimento e agir depende de circunstâncias de tempo e espaço, ou seja, “história não é razão [...], mas sim a não-razão); c) *pessimismo antropológico* (descrença na evolução da sociedade pelo homem); d) *apego e amor pelo passado* (decorre da característica anterior, como não crê no homem, apega-se a um ideal passado, desejando transplantá-lo para o presente); e) *apego pela tradição* (o que tem valor é o que é formado pelo tempo, no curso da história, onde o costume tem grande primazia).

Além de Savigny, houve outros expoentes nessa escola histórica que, por sua vez, intercederam no sentido de enaltecer a codificação na Alemanha sob os auspícios de conceder maior “segurança jurídica” e conter as arbitrariedades, dentre eles citamos Thibaut.

Costa e Zolo²⁹ identificam essa última corrente como de “vacuidade da legalista do Estado de Direito legal, de uma ‘tautológica’, cerimonial redução de puro ‘Estado legal’”, identificado “por um conceito de lei puramente técnico-formal”, sem vinculação a valores éticos e políticos, e sem submissão a controles, portanto, paradoxalmente arbitrários. Completa enfatizando:

²⁶ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 71.

²⁷ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 183-184.

²⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 47-53.

²⁹ COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O estado de direito**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 19.

O possível uso arbitrário do poder legislativo não é, obviamente, levado em consideração por essa teoria do Estado de Direito, já que se assume a perfeita correspondência entre vontade estatal, legalidade e legitimidade moral e se supõe como certa a confiança dos cidadãos nessa correspondência.

Savigny, em resposta à polêmica, ressalta que todos desejam um Direito certo e seguro e, pois, não arbitrário e injusto. Porém, é cético quanto a uma compilação codificada, tendo em vista as constantes mutações humanas. Defendia, ato contínuo, que “as fontes do direito são substancialmente três: o direito popular, o direito científico, o direito legislativo”. Para ele, o ponto de equilíbrio do Direito deveria ter como pilar “uma ciência do direito organizada, progressiva, que pode ser comum a toda a nação”, enfim, um Direito científico de juristas mais vigorosos, de modo a reverter qualquer inclinação tendente à decadência³⁰. Para Savigny, a Lei deve ser interpretada como realidade histórica, situada, pois, na progressão do tempo.

Nessa perspectiva é que Herkenhoff³¹ sustenta que embora haja princípios básicos norteadores dessa Escola Histórica, a mesma se subdivide em duas outras: Escola Histórico-Dogmática (onde o intérprete não deveria se ater apenas à letra da lei, mas sim a um processo sistemático para garantir a higidez do Direito, uma vez que se o povo era o seu criador, o intérprete deveria buscar a intenção do legislador – representante da consciência coletiva) e Escola Histórico-Evolutiva (em defesa da pesquisa *a posteriori* do sentido da lei posta, acrescentando ao intérprete uma função criadora para que o Direito acompanhasse as transformações sociais, ou seja, o intérprete deveria investigar não apenas o que o legislador quis dizer, mas também o que desejaria dizer à aplicação da lei, adaptando-se às mutações sociais, isto é, “dando vida aos códigos”). Nesta percepção da Escola Histórico-Evolutiva se perquire a vontade do legislador na atualidade que pode ser diversa da *mens legis* real.

2.2.2 As Origens do Positivismo Jurídico na França e a Escola da Exegese³²

Como pressuposto do positivismo jurídico propriamente dito, há o movimento de codificação do Direito, obra do pensamento iluminista, já na segunda metade do século XVIII, sobretudo na França.

³⁰ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 57-62.

³¹ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 41-43.

³² Cabe destaque que, igualmente à Escola Exegética, na Inglaterra, por mais paradoxal que possa parecer, tendo em vista a tradição de país de família optante pela cultura da *common law*, houve a Escola Analítica, tendo como principal expoente John Austin (1790/1859), onde o mesmo, diferenciam, em síntese, o Direito positivo da moralidade humana, sendo um fervoroso defensor da codificação. BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 330-331.

Para os iluministas, o Direito é historicamente “constituído por uma selva de normas complicadas e arbitrárias”, um Direito “fenomênico”, criticando que, além dele, “fundado meramente na natureza das coisas cognoscíveis pela razão humana, existia o verdadeiro direito”.³³

Afirma-se que duas codificações influenciaram esse movimento jurídico: justiniana (que, na verdade, não é uma codificação propriamente dita, mas sim uma compilação de leis esparsas) e a napoleônica³⁴ (que teve a versão final codificada do *Code Civil* em 1804, sob a influência direta de Napoleão I, seguido pelo Código de Processo Civil em 1806, Código Comercial em 1807 e Código Penal em 1810), sob o dogma de que perante eles, nada valia.³⁵

Antes da promulgação em 1804, houve projetos de codificação apresentados em Convenções com caráter iluminista, mas nenhum deles obteve êxito. Adiantamo-nos para citar o último projeto de 1799 do juiz Jacqueminot que sequer foi discutido. Nessa fase, destacou-se Cambacérès (1753-1824) que sempre permaneceu fiel a Bonaparte, tendo apresentado três projetos de Código Civil de cunho jusnaturalista e iluminista-revolucionário.³⁶

Em 1793 Cambacérès apresentou o seu primeiro projeto, aduzindo que era inspirado em três princípios fundamentais: reaproximação da natureza, unidade e simplicidade, com 719 artigos, dividido em duas partes: às pessoas e aos bens. Porém, encontrou muita resistência por ser taxado de demasiado “jurídico” e muito pouco “filosófico”. Já em 1794, entrega um segundo projeto com apenas 287 artigos, qualificado pelo mesmo como “código de leis fundamentais”, inspirado em princípios básicos do homem em sociedade. São eles: ser senhor da própria pessoa; possuir bens para satisfazer suas necessidades; e poder dispor de seus bens no interesse próprio e de sua família (este projeto recebeu bastante hostilidade). O terceiro e último de seus projetos foi apresentado em 1796, ressaltando, por um lado, maior elaboração técnica (compunha-se de 1.004 artigos) e, por outro, grande redução das ideias jusnaturalistas. Contudo, não foi aprovado, apesar de sua grande importância, pois influenciou o projeto final do Código Civil de 1804.³⁷

Destaca-se que somente em 1807, em sua segunda edição, foi que o referido código passou a ser nominado de *Code Napoléon* (Código de Napoleão), em que o principal expoente

³³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 65.

³⁴ *Ibid.*, p. 46-47.

³⁵ HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 178.

³⁶ BOBBIO, op. cit., p. 68 e 70.

³⁷ *Ibid.*, p. 67-70.

da comissão aprovativa foi Jean Etienne Marie Portalis (1746-1807), com abandono total da tradição jusnatural racionalista.³⁸

No Código de Napoleão já surge a proibição do *non liquet* (proibição do juiz de não decidir alegando obscuridade, insuficiência ou silêncio da lei), mais precisamente no art. 4º quando enfatiza que o mesmo poderá ser “culpável de justiça denegada”. Entretanto, caso o julgador se depare com alguns desses casos, deverá buscar no interior do sistema legislativo a solução, sendo-lhe vedada a utilização de outras fontes de Direito.³⁹ Hespanha também dispõe nesse sentido:

Não o direito doutrinal, racional, suprapositivo, porque ele tinha sido incorporado nos códigos, pelo menos na medida em que isso tinha sido aceito pela vontade popular. Não o direito tradicional, porque a Revolução tinha cortado com o passado e instituído uma ordem política e jurídica nova. Não o direito jurisprudencial, porque aos juízes não competia o poder de estabelecer o direito (poder legislativo), mas apenas o de aplicar (poder judicial). A lei – nomeadamente esta lei compendiada e sistematizada em códigos – adquiria, assim, o monopólio da manifestação do direito. A isto se chamou *legalismo* ou *positivismo legal* (*Gesetzpositivismus*).⁴⁰

Daí se falar nos dogmas da onipotência do legislador e, por consequência, da completude do ordenamento jurídico, marcos da Escola da Exegese, muito embora Portalis tenha defendido que a integração da lei deveria acontecer pelo julgador, mediante juízos de equidade, chegando a afirmar que “o arbítrio aparente da equidade é ainda melhor do que o tumulto das paixões”. Mas o artigo 9º do Livro preliminar do projeto que previa o juízo de equidade foi eliminado pelos redatores do Código de Napoleão, deixando-se claro que o art. 4º do referido código, já citado alhures, deveria ser interpretado sob os dogmas da Escola exegética, esta acusada de ter como fetiche a Lei, devendo o juiz buscar a solução de quaisquer questões na *intenção do legislador*.⁴¹

Barroso⁴² sintetiza que a Escola da Exegese impõe o apego a interpretações clássicas da lei, quais sejam, gramatical e histórica; “cerceando a atuação criativa do juiz em nome de uma interpretação pretensamente objetiva e neutra”.

³⁸ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 71-72.

³⁹ *Ibid.*, p.74.

⁴⁰ HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 177.

⁴¹ BOBBIO, op. cit., p. 74-77.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 116.

Fica claro que o papel da doutrina e da jurisprudência fica submetida à vontade do legislador. Suas atuações devem estar conforme o que reza a lei. Em apertada síntese, de mera subsunção, “*interpretação passiva e mecânica dos códigos*”,⁴³ tendo em vista que a lei é reconhecidamente legítima politicamente, mais ainda em virtude da desconfiança vigente à época no corpo de magistrados e juristas.

Warat formula suas lições relatando essas ideologias como “tendências formalistas” de interpretações em que se concebe uma ordem jurídica completa e sem lacunas, de forma a garantir “ideologicamente o valor da segurança: um direito positivo auto-suficiente, preciso, claro e neutro”. Aduz o autor que estimulam uma ilusão diante de duas afirmações: uma de que a ordem jurídica oferece segurança e, por conseguinte, que o legislador é sempre racional em suas determinações.⁴⁴

Pois bem, Warat⁴⁵ é um severo crítico dessa ideologia, chega a ironizar ressaltando que se trata de “‘O sonho americano’ do direito”. E arremata que para essa corrente uma decisão só será justa se for legal, derivada de normas legais escritas. E sentencia:

Em consequência, são desqualificadas, de plano, as possibilidades de introduzir-se soluções fundadas em critérios extralegais, baseados na realidade social, o que, evidentemente, não deixa de ser uma visão idealizada da atividade judicial e científica do direito. [...] Através da exaltação deste valor (segurança) busca-se legitimar o exercício do poder socialmente dominante, o qual se apresenta como seu legítimo guardião sendo todos os seus atos intrinsecamente justos por serem legais, vale dizer, não arbitrários porque contidos nos marcos das normas gerais.

Dentre as principais causas que deram origem à Escola exegetica, destaca Bobbio: a) *o advento da codificação* (a busca de respostas nesta fonte organizada e sistematizada é mais simples e mais curta para solucionar uma questão); b) primazia enraizada do *princípio da autoridade* (no sentido de que as leis foram editadas e promulgadas por autoridades competentes, pois, legítimas); c) respeito ao dogma da *separação dos poderes* (estrutura basilar do Estado moderno, onde cada órgão possui a sua função com a respectiva competência atribuída); d) *princípio da certeza do direito* (onde o ser humano sabe antecipadamente as consequências de seu comportamento); e) *pressões exercidas pelo regime napoleônico* (onde nas instituições de ensino superior fosse ensinado apenas o Direito

⁴³ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 78.

⁴⁴ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 52-53.

⁴⁵ Ibid., p. 53.

positivado, deixando-se ao largo outras concepções, ou seja, deveria ser ensinado o Direito através da dissecação de artigo por artigo do código).⁴⁶

Por sua vez, as características marcantes da Escola são: a) *Inversão das relações entre o Direito Natural e o Direito Positivo*, em que o primeiro não representa um corpo completo de preceitos absolutos e imutáveis, visto que tais preceitos só podem ser determinados pelo Direito Positivo, sob a máxima de que o Direito Natural “é irrelevante para o jurista enquanto não for incorporado à lei”, ficando claro que vige a primazia do “princípio da completude da lei”; b) *Concepção rigidamente estatal do direito*, onde normas jurídicas são apenas as que foram emanadas pelo Estado legislador, implicando no princípio da *onipotência do legislador*; c) A interpretação também deve levar em conta *a intenção do legislador*, ou seja, a busca da *vontade do legislador* nos casos de obscuridade ou lacunas da lei, utilizando técnicas de hermenêutica, na busca tanto da vontade real como da vontade presumida; d) *Culto ao texto da lei* de forma rigorosa; e) Respeito ao *princípio da autoridade*, ao legislador e aos primeiros comentadores do Código, “cujas afirmações foram adotadas pelos juristas posteriores como se fossem outros tantos dogmas”.⁴⁷

Nader⁴⁸ não poupa em críticas, relacionando a Escola da Exegese a um positivismo ceticista:

Em relação à justiça, a atitude positivista é a de um ceticismo absoluto. Por considerá-la um *ideal irracional*, acessível apenas pelas vias da emoção, o positivismo se omite em relação aos valores. Sua atenção se converge apenas para o *ser* do Direito, para a lei, independente de seu conteúdo. Identificando o Direito com a lei, o positivismo *é uma porta aberta aos regimes totalitários*, seja na fórmula comunista, fascista ou nazista.

Bittar afirma que “a Escola da Exegese advoga o princípio da completude do ordenamento jurídico, e não deixa espaço para o Direito natural. As lacunas da lei devem ser resolvidas pelo próprio sistema jurídico”.⁴⁹

Acrescenta Reale⁵⁰ que esse otimismo elevado da Escola da Exegese encontrava em si mesma o princípio de sua negação, tendo em vista a inquestionável mutação da vida social e econômica que causou o desequilíbrio da codificação, pois “quanto mais esta se renovava, sob

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 78-83.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 83-89.

⁴⁸ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 371.

⁴⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 330.

⁵⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 417.

impacto da Técnica e da nova Ciência, quanto mais se aprofundavam os abismos no mundo dos interesses econômicos, mais se sentia a necessidade de se recorrer ao subterfúgio ou ao expediente da ‘intenção presumida’ do legislador”.

Afere-se que as correntes exegéticas puseram limites às atuações doutrinárias e jurisprudenciais. Porém, Hespanha faz uma ressalva quando afirma que os códigos contemporâneos não deixam de ter incorporado em seus textos a síntese de estudos doutrinários de longos períodos, daí os expoentes da escola da exegese defenderem a completude da lei, arrematando que a “inovação só podia provir de modificações de vontade política, e esta competia exclusivamente ao legislador”.⁵¹

2.2.3 Escola da Livre Investigação Científica do Direito⁵²

Essa *Escola Científica* teve como principal expoente os trabalhos do francês Francois Géný (1861/1959), tendo como marco inicial o ano de 1899, quando o mesmo publicou *Métode d’Interprétation et Sources em Droit Privé Positif*.⁵³

A teoria de Géný parte da premissa que o Direito é composto por duas categorias de elementos: os “dados” e os “construídos”. Os *dados* (*le donnes*) são os elementos não criados pelo legislador, mas resultantes da natureza, da vida social e, por sua vez, são impostos aos legisladores e aos intérpretes. Já os *construídos* (*le construit*) são as normas que o legislador disponibiliza a partir dos *dados*. Portanto, envolvem todos os fatores sociais, culturais, morais e econômicos que também estarão compreendidos na “livre investigação científica do Direito” quando necessário ao juiz criar uma norma para um caso concreto posto à sua análise.⁵⁴

Observa-se, da análise dos pressupostos da Escola, que o juiz quando da interpretação e aplicação do Direito em casos concretos, ao se deparar com a ausência de disposição expressa no ordenamento jurídico, como lhe é vedado alegar o *silêncio eloquente* da norma, não deve tentar retirar da mesma o que ela não expressa, mas sim recorrer a outras fontes para agir e encontrar a solução mais justa para cada caso, trazendo, pois, bases revolucionárias de interpretação.

Nesse contexto, Warat interpreta as teses intermediárias em contraste com as ditas extremas: formalista (legalista) e realista (“direito livre”). De acordo com o autor, nada

⁵¹ HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 180.

⁵² Destacamos que há outras denominações para essa Escola a depender do autor a ser analisado, porém se trata da mesma teoria. Podem ser encontradas as seguintes: Escola da Livre Pesquisa Científica; Escola Científica do Direito; Escola Científica de Géný; Escola Científica Francesa.

⁵³ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 48.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 50.

impede que o juiz possa se desvincular da norma para a solução do caso concreto sempre que, *a priori*, a norma pareça não poder se apartar, desde que crie efeito que não se aliene à mesma. Na verdade, desde que o juiz se adapte ao sistema jurídico vigente, a solução será adequada. Acentua Warat:⁵⁵

A tensão valorativa entre a segurança e a equidade dilui-se argumentativamente na medida em que se preserva uma aparente segurança, na medida em que se mostra retoricamente que as soluções de equidade, as divergências decisórias, são produtos derivados e controlados pelo próprio sistema. Os componentes irracionais das decisões não criam insegurança enquanto podem ser ideologicamente sentidos como racionais. [...] Nem as normas gerais determinam toda a significação, nem contrariamente são vazias de sentido. Elas assumem sua significação plena no ato de sentenciar. Isto ocorre porque todo processo comunicacional é integrado por duas instâncias: a abstrata e a conceitual. A abstrata é a significação comunitariamente elaborada para servir como código à produção específica de mensagem, e a contextual, de comunicação efetiva, é aquela onde esse sentido de base completa-se com os propósitos dos emissores e receptores, assim como de seus condicionamentos sociais.

Nesse sentido, Gény⁵⁶ afirma que sempre vai existir:

un momento en que el intérprete, desprovisto de todo apoyo formal, debe entregarse a si mismo para hallar la decisión que no puede rehusar [...] Sus facultades propias entran em acción para descubrir y emplear, a proposito, de la formula que se aplica, los elementos objetivos de todo género que la comunican valor y la fecundan.

Afirma Reale⁵⁷ que se estava em uma fase de transição, já com poucos resquícios da Escola da Exegese, visto que “o que passava a ter vigor era a função positiva do intérprete e, até certo ponto, sua função criadora”, tudo pelo desajustamento entre as leis e os fatos sociais, desabrochando, com clareza, a necessidade de concretizar a relação entre os fatos e as exigências éticas, “em contraste com as insuficiências do *normativismo* abstrato da Jurisprudência conceitual”.

Herkenhoff⁵⁸ acrescenta que para Gény “o direito não estava contido na lei; esta, dispondo para o futuro, não poderia prever todas as situações”. Entretanto, o autor enfatiza que a lei é a fonte mais importante do Direito, mas diante das lacunas, deve o intérprete

⁵⁵ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 62-64.

⁵⁶ GÉNY, Francisco. **Metodo de interpretacion y fuentes em derecho privado positivo**. Madrid: Reus, 1925. p. 520-521.

⁵⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 429-430.

⁵⁸ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 48-49.

buscar respostas nos costumes, jurisprudência e doutrina. Ainda não sendo possível dar a resposta, o aplicador do Direito deve decidir através da “livre investigação científica”. E pontifica:

A livre pesquisa científica é assim denominada: a) porque o intérprete está liberto de toda influência exterior, não está submetido a nenhum texto legal ou fonte do Direito (pesquisa livre); b) porque se funda em critérios objetivos, não é arbitrária (pesquisa científica).

Outro expoente dessa Escola é Kantorowicz que ao tempo em que destaca e rechaça a plenitude do ordenamento jurídico, defende a ação criadora do juiz, afirmando ser similar, nesses casos, a de um legislador. Montoro⁵⁹ comenta essa posição aduzindo ainda que Kantorowicz advoga a tese de que o juiz pode inclusive decidir contra disposição expressa de lei, quando à procura de direito justo.

Por sua vez Reale,⁶⁰ também com base em ensinamentos de Gény, enfatiza que “não se deve deturpar a interpretação legal lançando artifícios como o método histórico-evolutivo”, chegando à conclusão de que, *a priori*, a tese de Gény é de fidelidade à lei, porém identificada a lacuna da lei, deve-se recorrer aos costumes, que conquista “dignidade de *fonte formal*”, além do Direito Natural ou Objetivo (realidade moral), na insuficiência do costume.

No mesmo sentido Warat enfatiza que Gény afirmava que somente diante da “imperfeição da lei, o intérprete pode recorrer à livre investigação científica”, deixando claro que sua ação se resumia aos casos de lacunas. Aduz o autor que a escola teve maior importância pelos efeitos produzidos do que pelo seu conteúdo, uma vez que não abandonou o culto à lei escrita, mas atacou o dogma da perfeita racionalidade da lei e sua univocidade significativa, porém sem renunciar, também, ao mesmo tempo, o mito da neutralidade do juiz. Arremata que: “revitaliza mais a dogmática, mas não a abandona. Constitui um marco na história da metodologia interpretativa. Assinala o caminho para a leitura ideológica do discurso jurídico, mas não o realiza”.⁶¹

O grande legado de Gény foi conceder maior dinamismo à atividade judicial sob a forma de integrar o Direito no suprimento de lacunas da norma jurídica, rechaçando a imagem

⁵⁹ MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: 1971. v. 2, p. 132.

⁶⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 430-431.

⁶¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 76-77.

de mero intérprete da lei, pesquisador da *mens legis* ou da possível futura vontade do legislador diante de mutações sociais.

2.2.4 Escola do Direito Livre

Até o movimento da *Escola do Direito Livre*, restou claro que à norma jurídica positivada rendia-se uma obediência mais ou menos “às cegas”, a depender da ótica da escola analisada. Isso não significa que com a Escola do Direito Livre negou-se obediência à lei, mas sim ser possível que o intérprete e aplicador da norma enfrente e utilize valores e princípios no momento da tomada de decisões. Estes também inseridos no ordenamento jurídico, podendo, até mesmo, decidir *contra legem* diante de casos concretos.

Herkenhoff⁶² também denomina a escola como “Escola do Direito Justo”, tendo em vista as tendências de “insubmissão à lei [...] sufragados pelos juízes, na aplicação do Direito”. A escola surgiu na Alemanha em 1906, tendo abalado o positivismo jurídico.

É certo que Azevedo⁶³ não trata expressamente da Escola de Direito Livre, porém enfatiza que para se cogitar e “chegar a uma concepção totalizadora do direito, são também indispensáveis as perspectivas propiciadas pela Filosofia e Sociologia do Direito”, defendendo uma “indagação crítico valorativa”, não significando, pois, que o jurista deva questionar as instituições, mas apenas os “fundamentos e potencialidades da ordem jurídica diante das progressões sociais”.

Entretanto, Azevedo⁶⁴ deixa claro que o afastamento da lei *injusta* diante de um caso concreto decerto, pois, a decisão *contra legem*, deve conter limites explícitos, amparando-se nas palavras de Helmut Coing que rechaça o arbítrio judicial. Senão vejamos:

O mesmo Coing, cuja perspectiva é jusnaturalista, traça limites claros à atuação do juiz nessa situação. Na realização de seu trabalho, ‘que deve aspirar a uma síntese de justiça e de direito positivo’, o juiz tão somente se recusaria a obedecer a uma norma deste quando indefensável sob qualquer ponto de vista de justiça, mesmo que o legislador não o tenha tido em conta, especialmente quando a lei se fundamenta em considerações de arbitrariedade, restringindo-se sempre a decisão aos limites do caso concreto. ‘A decisão justa do caso particular, segundo os princípios do direito, constitui sua verdadeira obrigação e, simultaneamente, o fundamento

⁶² HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 51-52.

⁶³ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 36.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 39.

inarredável de sua resistência ao direito positivo em caso de injustiça material deste'.⁶⁵

Maximiliano⁶⁶ aduz que apesar de Kantorowicz ser filiado à Escola da Investigação Científica, como foi demonstrado no subitem anterior, já induzia o magistrado a buscar o Direito justo, mesmo *contra legem*: “não se preocupe com os textos; despreze qualquer interpretação, construção, ficção ou analogia; [...] tome como guias os ditames imediatos do seu sentimento, do seu tato profissional, da sua consciência jurídica”. Um pouco mais moderado, também cita Eugene Ehrlich que proclama: “Na personalidade do juiz está o único perigo no exercício do Direito, mas também na mesma se encerra a garantia real da verdadeira justiça”. Mas o autor deixa transparecer que:

a escola ultra-adiantada liberta de todo o limite ou critério objetivo o aplicador do Direito, o que parece perigosíssimo e destoante da concepção do Estado moderno, sobretudo inconciliável com o regime de freios e contrapesos adotado pelo Brasil, Estados Unidos e República Argentina.

Outro autor que trata este movimento com denominação diversa é Warat.⁶⁷ Este ressalta as tendências realistas, contrapondo-se às tendências formalistas positivistas. No realismo de Warat, “a figura do Deus legislador é transladada para a instituição onde o juiz cumpre o papel de um criador divino”. Aduz que “os realistas chegam a produzir um exagerado ceticismo frente a ditas normas gerais”, negando-lhes todo o valor. Entretanto, o autor afirma que o ponto positivo dessa tendência foi facilitar o “surgimento de interessantes teses intermediárias”, denotando a posição do mesmo.

A Escola do Direito Livre teve como principal alvo o combate ao princípio da plenitude orgânica do Direito positivo e a “*jurisprudência dos conceitos*” (esta em que, nas lacunas da lei, perdia-se em conceitos abstratos). “A lei não é a única fonte de Direito e o juiz não deve ser inteiramente submisso a ela. A vida social é mais rica que a norma, a realidade movimenta-se em contínua emergência”.⁶⁸

Herkenhoff⁶⁹ esclarece que houve duas correntes nessa Escola, ressaltando que uma delas foi mais radical e extremada, tendo por representante Kantorowicz e Ernest Fuchs, pretendendo a criação de norma, quando a existente fosse considerada injusta (Escola do

⁶⁵ AZEVEDO, Plauto Faraco. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 39.

⁶⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 60-63.

⁶⁷ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 57-60.

⁶⁸ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 54.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 54-56.

Direito Justo); e a mais moderada, tendo como representante máximo Ehrlich (1862-1922), defensor de criação de norma apenas nos casos de lacunas nas fontes de Direito.

Outro expoente da ala moderada foi Gustav Radbruch que em suas ponderações afirmou que “a interpretação não se dirige ao já pensado, mas consiste em pensar, posteriormente, o já pensado em um momento anterior; diversamente, é pensar o sentido objetivamente válido do preceito jurídico”.⁷⁰

Warat⁷¹ expõe que além de Kantorowicz, outro expoente da escola de Direito Livre foi Erlich, enfatizando que ambos tiveram tendências bem extremas de oposição ao positivismo e ao formalismo jurídico. O mote da escola seria a de que “os intérpretes dos fenômenos jurídicos teriam a missão de eliminar os ingredientes ultrapassados das leis, provocando a maturação dos que florescem a partir da práxis social”. Enfim, a atividade do intérprete seria criadora e livre.

Observa-se que a escola repudia a da Exegese e amplia os poderes do aplicador do Direito, com grande margem de subjetividade, aproximando a atividade judicial à atividade legislativa, uma vez que o magistrado, pela corrente mais radical, afasta norma incidente no caso concreto e cria outra, sem submissão a limites de integração: costumes, analogias ou princípios gerais de direito, mas sim a ideais de justiça pessoais do julgador, comprometendo a segurança jurídica. As críticas a essa escola, em apertada síntese, são nesse sentido.

Maximiliano⁷² é um dos críticos e assevera que apesar da norma positiva não trazer preceitos cadavéricos, também não se justifica que sob o argumento da adaptação à realidade e ao progresso seus preceitos sejam desprezados ou que se julguem casos concretos em total contraste aos mesmos. Aduz ainda que:

Deve o magistrado decidir de acordo, não somente com os parágrafos formulados, mas também com os outros elementos de Direito. [...] A verdade é que exageram; não recorrem aos princípios gerais, ou à equidade, somente para compreender e completar o texto; mas também para lhe corrigir as disposições, injustas segundo o critério pessoal do julgador. Alegam os guias da corrente revolucionária que o juiz não é um executor cego e, sim, um artista da aplicação da lei. Deveriam saber que também o artista obedece a normas; [...]. É lamentável o exagero em que incide, com pretender o uso menos imperfeito das regras jurídicas, chega ao perigoso despropósito de admitir que as desprezem [...].

⁷⁰ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 55.

⁷¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 80.

⁷² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 65-67.

Ráo⁷³ enfatiza o viés impossível de prevalecimento da vontade do juiz sobre a vontade coletiva ao adotar a doutrina da Escola do Direito Livre nos seguintes termos: “equivale a entronizar a vontade do juiz, sobrepondo-a à vontade coletiva; importa menoscar em extremo a consideração devida à lei e, o que é mais grave, à segurança do Direito e à avaliação prévia, a que todos temos direito, das consequências de nossos atos”.

Friede⁷⁴ cita, ademais, a corrente do *Direito Alternativo* que defende a afastabilidade das normas de Direito Positivo em nome de um direito mais justo, porém com severas críticas, nos seguintes termos:

Por efeito, devemos concluir não ser possível – a título de aplicação do denominado *Direito Alternativo* ou qualquer outro – produzir-se uma verdadeira subversão à ordem legal – na qualidade de garantidora última da estabilidade social –, criando (sem legitimidade e competência para tanto) um verdadeiro Direito paralelo, absolutamente divorciado das normas legais vigentes e da técnica jurídica própria, efetivamente vinculativa (e, portanto, restritiva) de sua correta interpretação.

Já França⁷⁵ denomina a linha dessa escola como defensores de atitudes “românticas”, realçando que:

A livre criação de cunho romântico encontramos encarnada no denominado fenômeno Magnaud. É assim que os compêndios se referem à figura do magistrado desse nome, cujas sentenças ficaram célebres pela total libertação de peias legais: ‘o Direito por ele distribuído – diz Serpa Lopes – tinha a coloração de suas ideias políticas ou cunho dos seus pendores sentimentais’. Como se vê, não se trata propriamente de um sistema científico, senão de uma atitude antijurídica que, se generalizada, comprometeria a paz e a segurança públicas.

Decerto que a Escola do Direito Livre mexeu com conceitos e supostas verdades estabelecidas, representando um avanço no pensamento jurídico, visto que abriu um leque de diálogos construtivos dentro da ciência jurídica, porém é discutível a sua legitimidade tendo em vista a sua característica, muitas vezes radical de abandono da lei diante de juízos subjetivistas.

Da análise das Escolas, afere-se que sempre há uma preocupação com a defesa do positivismo jurídico e, de alguma forma, a época foi marcada pela *ode à legalidade*.

⁷³ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 519.

⁷⁴ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 42-43.

⁷⁵ FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 18.

2.3 O Positivismo Jurídico e os “Movimentos” ou Escolas⁷⁶ da: jurisprudência dos conceitos, jurisprudência dos interesses e jurisprudência dos valores

Três grandes movimentos marcaram a história do Direito e da hermenêutica jurídica e, mais especificamente o positivismo jurídico, ponto este que passaremos a tratar, tendo em vista a sua importância para a ciência.

2.3.1 Jurisprudência dos Conceitos (Begriffsjurisprudenz)

A vertente “*formalista ou conceitualista*”, também denominada como “*Jurisprudência dos conceitos (Begriffsjurisprudenz) ou Pandectística (Pandektenwissenschaft)*”, decorre, na escola histórica, da característica da construção sistemática do Direito, como emanção do “espírito do povo” como um todo orgânico, em que a “verdade científica” deixaria de ser uma mera adequação do intelecto à realidade externa (*adequatio intellectus rei*), mas sim à “coerência interna das categorias do saber” com valorização relativa das leis e honras aos professores. Consequentemente, o trabalho dos juristas devia consistir “na construção de um sistema de conceitos jurídicos não puramente pensados (como no jus-racionalismo), mas extraídos pelo tratamento formal do direito positivo”.⁷⁷ Daí uma característica que ecoou desta época para a dogmática jurídica contemporânea, qual seja, a regra da subsunção.

Assim, “o Direito erudito dos séculos anteriores continuou a predominar e a Alemanha entrou em uma fase na qual os professores de Direito romano experimentaram sua última e mais gloriosa apoteose, na escola predominante dos chamados pandectistas”.⁷⁸

Diante desse tratamento formal, elaboravam-se princípios gerais verdadeiros do ponto de vista formal e ontológico, que deveriam ser identificados, descritos e aplicados ao caso posto, com o fim de evitar criações arbitrárias por parte do juiz, em função de pontos de vista filosóficos, morais ou políticos.⁷⁹ Pelos postulados de Puchta (1798-1846), o mais célebre discípulo de Savigny, defensor da concepção da jurisprudência dos conceitos baseada em sua

⁷⁶ Destacamos que há doutrinadores que classificam como Escolas: Eduardo C. B. Bittar, em sua obra. BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁷⁷ HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 185-186.

⁷⁸ CAENEGEM, R. C. van. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985 / R. C. Caenegem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 37.

⁷⁹ HESPANHA, op. cit., p. 187.

“pirâmide de conceitos”, enfatizou o “caráter lógico-dedutivo do sistema jurídico, enquanto desdobramento de conceitos e normas abstratas, da generalidade para a singularidade, em termos de uma totalidade fechada e acabada”.⁸⁰

Bobbio afirma que “a escola histórica já compartilhava da crítica benthamiana⁸¹ ao direito judiciário”, mas a solução que essa vertente escolheu foi que a ciência jurídica seria a solução mais eficaz, ao contrário da codificação (ideal de Bentham), uma vez que a primeira teria “maior maleabilidade e maior adaptabilidade do direito”, diante da própria rigidez do Direito legislativo.⁸²

Para a vertente pandectística o trabalho intelectual de interpretação e elaboração de conceitos e princípios realmente existentes ficava a cargo dos juristas doutrinários, aduzindo que “a construção jurídica do Estado não deve ser influenciada pelos aspectos políticos ou sociológicos, devendo se ater exclusivamente a categorias conceituais do Direito. O método deve sobrepor-se à política”.⁸³ Em decorrência disso, tendo o formalismo e a cientificidade como pilares e valores supremos, as decisões seriam sempre neutras e objetivas.

Pode-se concluir três dogmas dessa vertente: a) *a teoria da subsunção* (o que reduz a atividade judicial a uma ação automática e estéril. Entretanto, não se nega que foi um avanço contra o arbítrio e subjetivismo jurisprudencial); b) *plenitude lógica do ordenamento jurídico* (equipara-se ao legalismo, uma vez que o magistrado não poderá deixar de julgar em qualquer caso, porém deverá estender os conceitos pré definidos pelos juristas doutrinários nos casos de lacuna da lei, mas sempre com fulcro na mesma); c) interpretação *objetivista* (sob o pressuposto de que o Direito forma um sistema coerente de conceitos, onde o sentido das normas não decorre de intenções subjetivas do legislador histórico, mas sim dos sentidos objetivos de seu contexto).⁸⁴

Como se observa, essa vertente está intimamente ligada à Escola da Exegese, uma vez que não se admite a busca de resposta fora da lei, mas apenas nela mesma ou em uma *Jurisprudência Conceitual* preestabelecida, cabendo ao jurisconsulto meramente uma análise

⁸⁰ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 328-329.

⁸¹ No que tange a Jeremy Bentham, este elaborou a mais ampla teoria da codificação, sendo conhecido como o “Newton da legislação”. Bentham era inglês, entretanto não conseguiu fazer valer a sua teoria em seu país, visto que na Inglaterra o Direito não era (e ainda não é) codificado, sendo que as normas eram de cunho eminentemente judicial, fundadas em questões levadas a juízo, segundo sistema de precedente obrigatório (família da *common law*). Para aprofundamento: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 91-100.

⁸² *Ibid.*, p. 121.

⁸³ HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 191.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 192-192.

metódica e cuidadosa dos textos, desenvolvida no tríplice plano gramatical, lógico e sistemático, por meio da interpretação em caso de lacuna aparente. Trata-se de labor declaratório, sem quaisquer acréscimos, aclarando as palavras do legislador.⁸⁵

As construções pandectísticas dependiam de uma dominação conceitual-lógica em que a verdade dependia sempre de uma interpretação cunhada na logicidade atrelada ao dever de coerência conceitual pré-estabelecida, o que resultava em uma ação passiva de julgadores, uma vez que tinham o dever de agir apenas de forma autômata. Assim, a situação foi se tornando insustentável, o que ocasionou alterações diante do formalismo exacerbado.

Relação entre texto e norma, remete-nos a Müller,⁸⁶ uma vez que demonstra a ingenuidade da relação positivismo e jurisprudência dos conceitos enquanto sistema fechado em si mesmo, sem contradições e autossuficiente. Como afirma, “passou despercebido o fato de que só foram apreendidos textos de normas, só dados de linguagem, mas não as normas. [...] Subjaz a isso *a confusão das normas com os seus textos*, ainda predominante”. E arremata:

Considera-se metajurídico o que deveria ser abordado fora do texto da norma. Só o exame de palavras deve conduzir a informações sobre a ‘essência jurídica’, e.g., de um instituto jurídico. Mas a pergunta pelo papel da realidade no direito não pode ser solucionada pela sua eliminação. Contra tal acepção *a norma jurídica* apresenta-se ao olhar realista como uma estrutura composta pelo resultado da interpretação de dados linguísticos (*programa da norma*) e do conjunto dos dados reais conforme ao programa da norma (*âmbito normativo*). Nessa estrutura a instância ordenadora e a instância a ser ordenada devem ser relacionadas por razões inerentes à materialidade da questão. O *texto da norma* não é aqui nenhum elemento contextual da norma jurídica, mas o dado de entrada/*input* mais importante do processo de concretização, ao lado do *caso* a ser decidido juridicamente.

Todo esse enfoque é fulcrado pelo dogma da completude, ou seja, de que as normas previam todas as situações fáticas possíveis, cabendo ao aplicador da lei apenas exercer um labor autômato, visto que não havia conflitos reais, mas sim aparentes. Outrossim, sequer levavam em consideração as várias significações dos textos das normas, e, até mesmo, das palavras.

⁸⁵ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 415-417.

⁸⁶ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 96-98.

2.3.2 Vertente Anticonceitualista e Antiformalista - Jurisprudência Teleológica ou dos Interesses

Como se observou a gênese da vertente pandectística foi a de construir um Direito isolado dos fatos sociais e atrelado apenas aos rigores lógico-conceituais. Entretanto, os movimentos socialistas começam a mobilizar a Alemanha, uma vez que com o advento do capitalismo, exsurge, de forma mais clara, a máxima de que numa luta entre fortes e fracos economicamente (luta de classes), a liberdade aprisiona e o Direito é que liberta, este devendo ocorrer de forma intervencionista e fazendo prevalecer a estabilização social.

“É princípio básico da *escola* [como informamos inicialmente, alguns autores denominam o movimento de escola] que a investigação dos interesses, e não a lógica, é que deve presidir ao trabalho hermenêutico”, visto que toda controvérsia posta para análise vem a ser uma delimitação de interesses contrapostos. A escola, como enfatiza Herkenhoff, *ou o movimento*, surgiu na Alemanha e teve como principal expoente Philipp Heck.⁸⁷

Com esse panorama, o discurso científico do Direito teve que se adequar aos novos acontecimentos, incluindo a inexorável dinamicidade social para que se tornasse legítimo. Esse novo cenário marcou uma visão voltada para a interpretação finalística, obrigando os aplicadores da lei a observar os objetivos da norma, de acordo com o momento histórico em que ocorresse o fato posto em análise, sendo este o marco da *jurisprudência de interesses* que preparou a trilha para a *jurisprudência dos valores*.

Reale⁸⁸ utilizando a denominação “valores” retrata que os mesmos são determinantes das condutas dos seres humanos, sendo vetores da personalidade. Na verdade, são os fins perseguidos que determinam as condutas humanas. “Exatamente porque os valores possuem um sentido é que são determinantes da conduta. A nossa vida não é espiritualmente senão uma vivência perene de valores. [...] Só o homem é capaz de valores, e somente em razão do homem a realidade axiológica é possível”.

No entanto, os valores de uma sociedade podem ser evidenciados e esclarecidos pela interpretação, daí a contribuição da *jurisprudência dos interesses* avançando sobre a mera *jurisprudência de conceitos*, visto que os ciclos culturais da história humana são mutantes.⁸⁹

Na interpretação do Direito, deve-se buscar as finalidades da norma no momento em que a mesma está sendo aplicada, tendo por fundamento todo o seu arcabouço histórico,

⁸⁷ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 63.

⁸⁸ REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 190-191.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 191.

porém de forma evolutiva, baseada num positivismo sim, não de sê-lo, porém de cunho sociológico.

Nessa esteira surge Rudolf V. Jhering (1818-1892), “dominado pela ideia de que a finalidade e o interesse são entidades geradoras do direito”,⁹⁰ visto que a vontade é o fato gerador das ações humanas em que se ocupa o Direito, desde que o mesmo seja tutelado pelo ordenamento jurídico com fulcro na proteção individual ou de interesses transindividuais. A importância de Jhering foi a introdução da interpretação teleológica.⁹¹

Registra-se as ponderações de Warat enfatizando que a jurisprudência dos interesses “se remete ao direito privado”, uma vez que se utiliza como “eixo metodológico o interesse das partes”. Esse interesse supera a barreira meramente econômica, pontifica.⁹²

Bittar⁹³ confirma a visão sociológica de Jhering: “A vida não é o conceito; os conceitos é que existem por causa da vida. Não é o que a lógica postula que tem de acontecer; o que a vida, o comércio, o sentimento jurídico postulam é que tem de acontecer, seja isso logicamente necessário ou logicamente impossível”.

Em 1877, Jhering delineou as linhas mestras da jurisprudência dos interesses, onde para o mesmo, a finalidade do Direito é “a tutela dos interesses”. Direito deve ser empregado em sentido duplo: objetivo (leis fundamentais editadas pelo Estado); e subjetivo (direitos pessoais a serem protegidos). Em ambas as oposições devem ser controlados, numa luta contínua para vencê-la ou protegê-la. E conclui: “Se a luta é forma, o meio pelo qual os direitos são protegidos e conquistados, o interesse é o que motiva a ação, dos seres humanos, em prol do direito”.⁹⁴

Decerto que a jurisprudência dos interesses é menos abrangente, visto que trata apenas dos casos de lacuna da lei, aceitando os mesmos pressupostos básicos do positivismo jurídico, ou seja, afirma que um conflito de interesses deve ser solucionado diante de uma “ponderação que se guie pelos critérios de avaliação explícita ou implicitamente feita na lei”. Como se afere, “não deixa de se reconhecer na lei a única fonte de direito”.⁹⁵

Outra passagem que demonstra o enraizamento de Jhering à lei, à codificação, confirma-se quando o mesmo dispõe que uma das principais tarefas da ciência jurídica é a

⁹⁰ HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. p. 196.

⁹¹ *Ibid.*, p. 197-198.

⁹² WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 81-82.

⁹³ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 332.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 333-334.

⁹⁵ HESPANHA, op. cit., p. 199.

“simplificação dos materiais jurídicos”, tanto quantitativa (“fazer o máximo possível, com o menor número de elementos possível, esta é a sua lei: quanto mais restrito for o material, mais fácil será manuseá-lo”), como qualitativa (“valor científico da jurisprudência [...]. É a construção que permite distinguir uma *jurisprudência superior* de uma *jurisprudência inferior*”), no que coincide com os defensores da codificação.⁹⁶

Entretanto, Herkenhoff⁹⁷ destaca:

O juiz deve guiar-se menos pelas palavras e mais pelas estimativas do legislador. Nos casos em que surgem conflitos de interesses que não foram previstos pelo legislador, nem em termos gerais, deve o juiz basear-se em suas próprias estimativas, guiando-se, quando possível, pela pauta das convicções sociais vigentes em sua época. [...] A Escola da Jurisprudência dos Interesses contribuiu para proporcionar uma compreensão melhor da tarefa hermenêutica sobrelevando o interesse, na aplicação do Direito, e mostrando a supremacia desse valor sobre os conceitos jurídicos.

A concepção da jurisprudência dos interesses também se caracteriza pela obediência à lei e, quando houver aparente conflito, deverão prevalecer os interesses da higidez da vida em sociedade, como mérito extraído dos valores culturais e sociais materializados na mesma lei.

2.3.3 Vertente dos Valores – Jurisprudência dos Valores

Afirma-se que essa vertente vem a ser um passo diante das contradições do positivismo jurídico, visto que se rompe a cisão entre regras e princípios, ou seja, deixando-os no mesmo patamar como normas de direito com eficácia imediata e incidente na aplicação dos intérpretes diante de casos concretos.

Decerto que Alexy e Dworkin concordam que regras e princípios não se diferem apenas em grau, mas sim de tipo qualitativo e conceitual, visto que regras exigem cumprimento pleno (Sim ou Não – por subsunção); já os princípios, dependem de realização na maior e melhor medida do possível, sendo “mandados de otimização”, podendo ser cumpridos em diversos graus (regra da ponderação)⁹⁸.

Por outro lado Habermas⁹⁹ pondera:

⁹⁶ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. p. 124.

⁹⁷ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 64-65.

⁹⁸ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria, 2002. p. 267.

⁹⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1: Entre faticidade e validade, p. 258.

Tanto as regras (normas), como os princípios, são mandamentos (proibições, permissões), cuja validade deontológica exprime o caráter de uma obrigação. A distinção entre esses tipos de regras não pode ser confundida com a distinção entre normas e determinação de objetivos. Princípios e regras não têm estrutura teleológica. Eles não podem ser entendidos como preceitos de otimização – conforme é sugerido pela ‘ponderação dos bens’ nas demais doutrinas metodológicas -, porque isso suprimiria o seu sentido de validade deontológica. Regras e princípios também servem como argumentos na fundamentação de decisões, porém o seu valor posicional na lógica da argumentação é diferente.

Na Jurisprudência dos valores, em casos de lacunas na lei e “leis injustas”, a interpretação se baseia no melhor sentido que se pode conceber ao caso concreto, levando em consideração os valores postos, portanto, sob o primado dos princípios, em especial a Constituição que passa a ser o vetor da interpretação de todas as normas, sempre na busca dos objetivos sociais.

Para que não haja comparação é preciso deixar claro que essa vertente em nada se relaciona com a Escola de Direito Livre, pois a jurisprudência dos valores não nega a imperatividade da lei e do Direito. Outro fator relevante é que regras e princípios estão no mesmo patamar hierárquico, salvo no que tange à disposição no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, na Constituição ou em leis infraconstitucionais.

Na verdade, ao contrário, a jurisprudência dos valores possui mais proximidade com a jurisprudência dos interesses em que o principal expoente foi Philipp Heck, e contrapondo a corrente de decisões *contra legem*, podendo até ser reconhecida como uma “ala moderada do Direito Livre”.¹⁰⁰

Heck também criticava a jurisprudência dos conceitos, mais especificamente no sentido da possibilidade de se deduzir sempre conceitos indefinidamente uns dos outros com a ideia falaciosa de completude do sistema jurídico. Por sua vez, defendia a análise concreta dos interesses postos em conflito, demonstrando que apenas com a aferição sociológica é que se poderiam preencher as lacunas da lei. Já na jurisprudência dos valores, vai-se mais além, a solução do conflito dar-se-á por meio da regra da ponderação (*Abwägung*), de forma a determinar o interesse prevalecente, sendo, pois, um aperfeiçoamento e continuação da jurisprudência dos interesses.¹⁰¹

Outro ponto de diferenciação se encontra no “ator principal” da discussão, ou seja, enquanto na jurisprudência dos interesses de Heck se centra na atividade do legislador

¹⁰⁰ LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2, p. 164.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 164.

(reconstrução e ponderação dos interesses na edição da lei); na jurisprudência dos valores, centra-se na atividade jurisdicional, na decisão final.

Por outro lado não se pode deixar de citar a crítica de Streck¹⁰² no que tange à recepção da tese da Jurisprudência dos Valores alemã no Brasil, uma vez que se trata de realidades totalmente distintas, segundo o autor:

Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina e dos tribunais. [...] De consignar, por fim, que esse uso da ponderação, como um verdadeiro princípio decorre de um fenômeno muito peculiar à realidade brasileira, que venho denominando *panprincipiologismo*. Em linhas gerais, o *panprincipiologismo* é um subproduto do neoconstitucionalismo que acaba por minar as efetivas conquistas que formaram caldo de cultura que possibilitou a consagração da Constituição brasileira de 1988.

Observa-se que as variantes das escolas analisadas sempre giram em torno das lacunas da lei e formas de solução, por sua vez da completude do sistema jurídico em seu conjunto. Segundo Guastini¹⁰³ a tese mais aceita entre os teóricos do Direito é pela real completude do sistema, em especial após a difusão do “positivismo jurídico” no seio da cultura jurídica europeia do século XIX. Completa que isso advém de três dogmas principais: princípio do *non liquet* – o juiz tem a obrigação de julgar qualquer controvérsia a ele submetida, existente desde o código napoleônico (1804), em seu art. 4º; princípio da legalidade da jurisdição, o juiz é obrigado a motivar todas as suas decisões em normas, *lato senso*, preexistente; e o princípio da separação dos poderes. E arremata:

A completude do ordenamento, além disso, garante a assim chamada ‘certeza do direito’ (num dos significados dessa expressão), ou seja, a possibilidade de prever as consequências jurídicas das próprias ações. Por outro lado, sendo a criação jurisprudencial de direito necessariamente uma espécie de legislação *ex post facto*, a completude do ordenamento garante, ademais, a não retroatividade do direito.

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48 e 50.

¹⁰³ GUASTINE, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 176-178.

Outras escolas são objeto de análise mais aprofundada. Entretanto, para a nossa pesquisa essas escolas foram escolhidas de forma a examinar a evolução do instituto da legalidade.¹⁰⁴

Não se pode negar que todas as escolas examinadas, de alguma forma, têm algo em comum, *a ode à legalidade*, com exceção da Escola do Direito Livre, esta porém, já se entrega ao radicalismo obtuso de desprezar a lei, comprometendo a segurança jurídica, o sistema Republicano e o princípios da separação de poderes de forma desarrazoada e desproporcional. Com essa análise inicial não desejamos, nesse momento, fazer nenhum juízo de valor com relação ao correto ou incorreto e nem balizas de direcionamento, trata-se apenas de uma constatação. O nosso objetivo é desvendar a condição de legitimidade do princípio da legalidade na atualidade a partir de todo esse enunciado histórico para, ao final, podermos construir uma solução para o problema ventilado.

Uma coisa é certa, para conceder uma resposta adequada diante de uma interpretação a qualquer tempo ou espaço e sob quaisquer ordenamentos jurídicos, deve-se ter noções intersubjetivas, interdisciplinares e transdisciplinares, de forma que os intérpretes do Direito convertam o seu ponto de partida não em respostas pré-concebidas isomorficamente, mas em problemas a serem solucionados com legitimidade. Passemos, então, a aferir a hermenêutica jurídica.

2.4 Hermenêutica Jurídica

Na investigação da interpretação jurídica não é incomum deparar-se com o brocardo jurídico *in claris cessat interpretatio*. Entretanto, devemos analisá-lo com bastante parcimônia, visto que o texto da lei pode conduzir a diversas interpretações. Afirmar que o mesmo possui interpretação unívoca chega a ser uma utopia hermenêutica.

Desde já esclarecemos que a Hermenêutica é uma ciência, uma teoria científica. Já a interpretação é a arte que se utiliza da teoria científica e dos princípios da hermenêutica, sendo aquela, mera aplicação desta.¹⁰⁵

¹⁰⁴ Para uma análise mais aprofundada de outras escolas do direito desde os primórdios até a modernidade, sugerimos: BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998. HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹⁰⁵ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 134.

Assim quando se afirma que diante da clareza de um texto não há o que interpretar, verdade não há, pois o que existirá para a análise do caso, são métodos interpretativos menos dificultosos para a compreensão do texto, mas a interpretação sempre terá que existir.¹⁰⁶

Hermenêutica é um instituto da modernidade, apesar de ter sua origem grega. Todos os doutrinadores enfatizam a história grega de Hermes, filho de Zeus e da ninfa Maia, de onde se origina a nomenclatura. Hermes era reconhecido por toda a comunidade como um semideus, elo entre os deuses e os homens, ou seja, Hermes era o “responsável” por fazer a intermediação da comunicação. Assim, jamais se soube o que os deuses disseram ou diziam, mas sim o que Hermes disse ou dizia como intérprete.

Como se afere da própria origem histórica, até mesmo a interpretação do relato de Hermes, na antiguidade, pode ter tido, para alguns, um sentido, já para outros, sentido completamente diverso. Nessa senda é que Bittar¹⁰⁷ afirma “que o sentido de um texto está sujeito ao buraco negro da(s) interpretação(ões), de um lado, a interpretação restringe-se ante o imperativo da decidibilidade”.

Nesse contexto Bittar¹⁰⁸ contempla que não há como sustentar a completude do sistema jurídico em si mesmo, mas apenas por meio do *sujeito-da-interpretação* ou ao usuário da linguagem que atribui sentido aos textos normativos, concluindo que a interpretação representa a forte válvula de funcionamento do sistema jurídico, ou seja, “a interpretação é construtiva para o Direito. Não cabe ao legislador, mas ao *sujeito-da-interpretação*, [...] atribuir sentido aos textos normativos”.

Como a subjetividade é marca inerente ao ser humano que interpreta, a hermenêutica traça algumas formas de resolver objetivamente os conflitos postos. A Hermenêutica oferece meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir o *alcance, a extensão* de uma lei.¹⁰⁹

Quando se fala em hermenêutica, estamos falando em Ciência do Direito em que se deseja chegar a uma adequada e provável verdade, quando da interpretação de um texto jurídico. Nesse sentido, manifesta-se Friede:¹¹⁰

A *interpretação* e, assim, por efeito conclusivo, a crítica interna da lei, que lhe permite uma verdadeira ‘transparência’, com o consequente

¹⁰⁶ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 138.

¹⁰⁷ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 488.

¹⁰⁸ Ibid., p. 488-489.

¹⁰⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 14.

¹¹⁰ FRIEDE, op cit., p. 134.

conhecimento científico da norma jurídica, em todas as suas dimensões, em pleno e necessário complemento ao próprio estudo da norma jurídica em termos gerais.

Decerto que a marca do positivismo é o culto ao texto legislativo, bem como a possibilidade de identificação ou não do Direito com o ordenamento jurídico estabelecido, movendo estudos sobre métodos de interpretação.¹¹¹ Passemos, pois, à análise das espécies de interpretação e métodos hermenêuticos clássicos.

2.5 Espécies de Interpretação

Para balizar a interpretação jurídica a doutrina tradicional divide as várias espécies ou métodos de interpretação. Algumas, pela própria nomenclatura, são auto-explicativas, motivo pelo qual não nos aprofundaremos.

2.5.1 Quanto à Origem

Refere-se à fonte que emana a interpretação que será realizada.

2.5.1.1 Interpretação Autêntica

É a interpretação oriunda do próprio órgão que editou a norma. Pode ocorrer que a norma traga um parágrafo que explicita o que significa determinada expressão possivelmente ensejadora de várias conotações e o próprio legislador afirme qual o sentido expressamente desejado. Isso pode acontecer também por intermédio de outra norma posterior.

Interessante a ponderação de Maximiliano:¹¹²

Não há propriamente interpretação autêntica; se o Poder Legislativo declara o sentido e o alcance de um texto, o seu ato, embora reprodutivo e exemplificativo de outro anterior, é uma verdadeira norma jurídica, e só por isso tem força obrigatória, ainda que ofereça exegese incorreta, em desacordo com os preceitos basilares da Hermenêutica.

¹¹¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 65-66.

¹¹² MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 75.

2.5.1.2 Interpretação Doutrinária

Trata-se da interpretação dada pelos cientistas jurídicos, os que estudam em profundidade a matéria legislada.

Segundo Maximiliano,¹¹³ apenas essa espécie seria forma de interpretação porque ato do livre intelecto humano, dividindo-a em três espécies: “*judiciária ou usual*” - originada dos tribunais; *doutrinal* propriamente dita, privada ou *científica* – produto das lucubrações dos particulares – *communis opinio doctorum*; e *precedentes parlamentares*.

Barroso¹¹⁴ adita ainda as interpretações realizadas pelos advogados, quando elaboram suas teses jurídicas de forma criativa na defesa dos interesses de seus representados.

2.5.1.3 Interpretação Judicial

É a interpretação que analisa a lei diante de casos concretos e em caráter definitivo, seja por um juiz singular ou por um órgão colegiado, sendo externada por meio de sentenças ou acórdãos, respectivamente.

Barroso¹¹⁵ realça que a interpretação judicial é, em regra, final e vinculante para os outros Poderes, aduzindo que “não é incomum que a interpretação judicial venha sobrepor-se à interpretação feita pelo Legislativo – como se passa quando declara uma lei inconstitucional – ou pelo Executivo”.

2.5.2 Quanto ao Resultado

Nesta classificação, fixa-se no objeto da interpretação: o texto ou a norma interpretada, podendo ser meramente declarativa, restritiva ou extensiva.

2.5.2.1 Interpretação Declarativa ou Enunciativa

Ocorre quando o legislador diz exatamente o que consta no texto da lei, cabendo ao intérprete apenas aplicar a regra da subsunção.

¹¹³ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 76-77.

¹¹⁴ BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 97.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 97.

2.5.2.2 *Interpretação Extensiva*

O intérprete afere que o texto da lei, em cotejo com todo o sistema jurídico, disse menos do que deveria, estando em desequilíbrio a “*mens legis e o verba legis*, em benefício do primeiro”.¹¹⁶ Dessa forma, o aplicador aumenta o alcance do dispositivo de forma a garantir a hegemonia do sistema jurídico.

Nesses casos é que se diz: “a lei é mais sábia que o legislador”. O intérprete passa a ler nas entrelinhas, tendo como base o sistema jurídico em sua totalidade.

2.5.2.3 *Interpretação Restritiva*

Neste caso ocorre exatamente o oposto do item anterior, ou seja, o legislador disse mais do que deveria, onde a “*mens legis é menor que a verba legis*”.¹¹⁷ O aplicador diminuirá o alcance do dispositivo para garantir o mesmo efeito.

2.6 Métodos Hermenêuticos Clássicos

Como já se afirmou, a partir de todos esses mecanismos o que se objetiva é identificar o significado da lei sob um enfoque de reduzir as subjetividades para a correta aplicação da norma diante de casos concretos, por meio de cinco métodos hermenêuticos clássicos que se somatizam: gramatical, racional, sistemático, histórico e sociológico.

2.6.1 Gramatical, Literal ou Filológico

Apesar de haver doutrinadores afirmando ser esse o único método hermenêutico, aduzindo que qualquer outra interpretação que escape à literalidade da lei não existe, a esmagadora maioria afirma que esse método é apenas preambular em matéria de interpretação para que se busque o significado da norma jurídica.¹¹⁸

¹¹⁶ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 145.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 147.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 142.

Nesse mesmo sentido Maximiliano¹¹⁹ ressalta que nenhum cultor experimenta em primeiro lugar a exegese verbal, por entender atingir a verdade por esse processo, mas sim para ter contato com as palavras e depois definir os próximos passos.

Barroso¹²⁰ também não nega a importância desse método, afirmando que toda e qualquer interpretação deve passar inicialmente pela revelação do conteúdo semântico das palavras. Aduz que “o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete”. Porém, chama atenção para o cuidado que se deve ter em não “estancar a linha de raciocínio na interpretação literal. [...] cumpre evitar o excesso de apego ao texto, que pode conduzir à injustiça, à fraude e até ao ridículo”.

Warat¹²¹ tem a mesma posição no que tange a ser o método literal apenas um estágio da interpretação:

O método gramatical é empregado implicitamente em toda interpretação da lei, constituindo o mito de sua suficiência. O método literal oculta o viés ideológico, por isso, resulta manifesta a sua ineficácia e sua impotência para a resolução dos problemas jurídicos, que não se apresentam unicamente no plano abstrato e conceitual.

Há os que afirmam ser esse o método mais cauteloso, uma vez que busca corrigir a imperfeição do intérprete, pois jamais esta reside na lei, posto que a ideia central do método é de que “as palavras da lei têm um sentido unívoco que o intérprete deve descobrir e sistematizar”.¹²²

Por sua vez, Herkenhoff¹²³ chama atenção que esse método realmente tem a sua importância, porém não pelo sentido unívoco, mas pelo que pode passar despercebido ao intérprete, mais precisamente porque “nem sempre a palavra é fiel ao pensamento, afora as impropriedades da redação, frequentes nas leis”.

Warat¹²⁴ enfatiza com outras palavras que esse método, em sua versão mais primitiva, determina procedimento de sentido legítimo para vagezas e obscuridades dos textos legais, mediante “estratégias sintáticas de substituição” por textos equivalentes.

¹¹⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 98-99.

¹²⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 102.

¹²¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 68.

¹²² Ibid., p. 66.

¹²³ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 17

¹²⁴ WARAT, op. cit., 1994. p. 66.

2.6.2 Racional ou Lógico

Maximiliano¹²⁵ conceitua como: “procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões do Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, com aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à Lógica geral”. Pelo simples estudo das normas defende raciocínio meramente dedutivo para obter a interpretação correta.

Warat¹²⁶ denomina esse método como “exegético”, sob o dogma da significação unívoca do texto legal, onde o intérprete, no máximo, deve “desentranhar a intenção do legislador e indagar a sua vontade, expressa na lei escrita”. O autor relaciona os métodos, sempre que possível, a uma escola do Direito. Neste caso a da Exegese, afirmando que por esse método, a referida escola titula a “fórmula mágica” para reproduzir o mito da perfeita racionalidade legislativa. Arremata o autor:

Na realidade, o ato de interpretação da lei para a escola exegética é um ato de conhecimento e não de vontade. [...] O método exegético serve de instrumento à dogmática para a redefinição dos termos, alterando as significações dos textos legais, em forma não confessada, sob a aparência de conservar seu dogma principal cingindo-se estrita e unicamente à lei escrita.¹²⁷

Warat¹²⁸ ainda cita um método comparativo, que, a nosso sentir e como o próprio autor se manifesta, não deixa de ser “outra variedade do método exegético”, que não se restringe em buscar a resposta apenas na lei pátria, mas também no Direito comparado de forma a ampliar as bases de sustentação da tese interpretativa, ou seja:

O método comparado somente amplia o âmbito conceitual da significação jurídica no processo interpretativo da lei escrita, estendendo seus limites por todo o universo do direito comparado, mas não atende os fluxos de sentido que atravessem a lei desde os diversos lugares do poder social.

¹²⁵ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 100.

¹²⁶ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 68-69.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 70.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 74-75.

Por sua vez, defende Friede¹²⁹ que esse método deve ser seguido imediatamente após o literal, mesmo que diante deste último já se tenha chegado a uma solução quanto ao significado da norma jurídica.

Afirma ainda que esse método se subdivide em cinco itens a serem analisados: *mens legis* (“o que realmente o legislador disse, independente de suas intenções”); *mens legislatoris* (o que o legislador queria dizer, independente do que disse); *ocasio legis* (conjunto de circunstâncias que ocasionaram a edição da lei, independente da intenção e objetivos do legislador); argumento *contrario sensu* (interpretação lógica – conclusão pela exclusão, tendo em vista que as exceções devem vir expressas); argumento *a fortiori* (“quem pode o mais pode o menos”).¹³⁰

No que tange à *mens legis*, registramos Maximiliano¹³¹:

Na verdade, a ideia de indagar apenas qual o pensamento dos elaboradores de uma norma é de tal modo difícil de sustentar em toda a linha que até mesmo apologistas de largo prestígio científico preferem conciliá-la com a evolução, admitir que o espírito, o conteúdo da lei se altera sem ser modificada a forma. [...] A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentimento imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira.

Já França,¹³² ao contrário de Friede, afirma que o método lógico busca a *mens legislatoris* e não a *mens legis*.

Nader¹³³ ao tratar do elemento lógico enfatiza a necessidade de se embasar a interpretação em três subespécies: *interno* (nesta, o intérprete submete a lei à ampla análise, considerando a *inteligência* do texto, alheio a elementos *extra legem*, por métodos dedutivos, indutivos e silogísticos, abstraindo-se, inclusive de fatos sociais); *externo* (analisa os acontecimentos que provocaram a formação do fenômeno jurídico, observando os fins das normas jurídicas); e *a do razoável* (analisa sob o ponto de vista estimativo, em que a solução não poderá ser *contra legem*, defende-se a fidelidade à *mens legis* – *Recaséns Siches*). De certa forma coincide com os elementos de Friede, apenas com outra nomenclatura.

¹²⁹ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 142.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 142-143.

¹³¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 23.

¹³² FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 08.

¹³³ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 268-269.

2.6.3 Sistemático

As normas, quando organizadas em códigos, possuem capítulos, títulos, parágrafos, incisos e alíneas. Em regra, seguem uma sistemática que proporcionam a resolução de possíveis conflitos que possam surgir, podendo-se concluir que os que foram editados em primeiro lugar têm preferência sobre os últimos e vice versa.¹³⁴

Outro fator que pode ser solucionado sob a ótica da sistematicidade diz respeito às especificidades, cronologias e hierarquias de normas, visto que o sistema jurídico como um todo deve ser harmônico.

Nesse sentido Nader¹³⁵ afirma que “o intérprete, por este processo, distingue a regra da exceção, o geral do particular. A natureza da norma jurídica revela-se também pelo elemento sistemático. O estudo leva a conclusão se a norma é *cogente ou dispositiva, principal ou acessória, comum ou especial*”.

Herkenhoff¹³⁶ chama atenção que em países de Constituição rígida, este método deve ser analisado com primazia, ou seja, supremacia dos dispositivos constitucionais.

Normas de um sistema jurídico possuem o mesmo “espírito”. Conciliando as palavras antecedentes com as consequentes, além de examinar o seu conjunto, por dedução, pode-se chegar ao sentido das normas com mais facilidade.¹³⁷ “O processo sistemático tem a função de preservar a harmonia do sistema legal, zelar por sua coerência”.¹³⁸

Decerto que não se pode compreender algo – “seja um texto legal, uma história ou uma composição” – sem entender como estão dispostas as suas partes, ou seja, só é possível aferir a parte, se conhecemos o todo.¹³⁹

2.6.4 Histórico

Para que se interprete uma lei na atualidade, faz-se necessário que se busque a *atual idade* dessa lei, a época em que ela foi editada, quais os valores vigoravam, que mutações ocorreram ao longo do tempo para que se busque na *real idade* o verdadeiro significado da lei, para que não se utilize de conceitos já ultrapassados na aplicação moderna.

¹³⁴ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 144.

¹³⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 270.

¹³⁶ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 20.

¹³⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 104.

¹³⁸ HERKENHOFF, op. cit., p. 20.

¹³⁹ BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 107.

De acordo com Warat esse método apresenta leve traço de anti-dogmatismo, visto que admite o concurso de costumes como fonte originária do Direito, com grande relevo ao aspecto histórico como pedra de toque na interpretação da lei. A lei escrita não deixa de ter a sua importância, porém tem relevo o fato de que “o Direito Positivo é produto da história e sofre as mudanças e as transformações que impõe o tempo”.¹⁴⁰

Decerto ademais, que o método histórico também faz valorações lógicas, dogmáticas e sistêmicas na aplicação e interpretação da lei escrita. “O método histórico mantém a neutralidade do juiz, que fica submetido à lei, sustentando-se, portanto, a significação unívoca da norma legal”. Nisso coincidindo, pois, com o método racional ou exegético, tendo como única exceção a história, os costumes, porém não sob o prisma libertador, mas sim para a análise das normas contrárias ao “espírito do povo”, as quais devem ser consideradas injustas. Arremata Warat que: “Aprofundando nossa reflexão, diríamos que o costume é visto pela escola histórica como uma entidade metafísica, uma estrutura eterna e presente em nosso espírito, eticamente incorruptível”.¹⁴¹

Como vimos no estudo das escolas do Direito, grande importância teve a Escola Histórica, tendo havido, inclusive, a sua ala evolutiva. Nader¹⁴² chama atenção ao comentar esse método:

Com força viva que acompanha as mudanças sociais, o Direito se renova, ora aperfeiçoando os institutos vigentes, ora criando outros, para atender os desafios dos novos tempos. Em qualquer situação, o Direito se vincula à história e o jurista que almeja um conhecimento profundo da ordem jurídica, forçosamente deverá pesquisar as raízes históricas do Direito Positivo. A Escola Histórica do Direito, concebendo o fenômeno jurídico como um produto da história, enfatizou a importância para o processo de interpretação.

No mesmo sentido Herkenhoff:¹⁴³

A lei apresenta uma realidade cultural que se situa na progressão do tempo. Uma lei nasce, obedecendo a determinadas aspirações da sociedade ou da classe dominante da sociedade, traduzidas pelos que a elaboram, mas o seu significado não é imutável. É necessário verificar como a lei disporia se, no tempo de sua feitura, houvesse os fenômenos que se encontram presentes, no momento em que se interpreta ou aplica a lei.

¹⁴⁰ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 71-72.

¹⁴¹ Ibid., p. 72-73.

¹⁴² NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 271.

¹⁴³ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 21.

Significa que se formos aplicar um dispositivo da Constituição Federal brasileira de 1988, em 2018, devemos fazê-la examinando o seu texto mais 30 anos, essa é a forma correta. Não existe mais a Constituição Federal brasileira de 1988, existirá sim a mesma mais 30 anos! O que significa que determinadas expressões que tinham um sentido há 30 anos, poderão não tê-lo mais no momento da aplicação do dispositivo.

2.6.5 Teleológico ou Sociológico¹⁴⁴

Na moderna hermenêutica é o elemento teleológico que assume papel privilegiado, uma vez que se busca, na interpretação, a finalidade da lei quando de sua aplicação.¹⁴⁵

Warat enfatiza que esse método detém uma concepção antinormativista, tendo Jhering seu principal precursor. No método teleológico o fim toma o lugar do valor, captando o Direito em sua atividade funcional, qual seja o alcance dos objetivos políticos e sociais da norma de acordo com as expectativas e/ou necessidades da sociedade que mereça ser protegido.¹⁴⁶

Entretanto, chama-se atenção para o fato de que “a *ideia do fim não é imutável*”, ou seja, este não é o pensado pelo legislador, pode até sê-lo, mas desde que esteja compatível com as necessidades sociais, atendendo ao bem comum. Ademais, a finalidade não está à disposição e discricionariedade do intérprete, mas sim atrelado aos princípios do ordenamento jurídico.¹⁴⁷

A arbitrariedade não pode nem deve ser confundida, nesse ponto, com o método teleológico moderno da hermenêutica. A atividade do magistrado, nessa seara, é ponto fulcral para a garantia do bem comum, esse sim, fim colimado por toda e qualquer norma jurídica. Nesse desiderato, colacionamos Herkenhoff.¹⁴⁸

De independência e coragem os juízes sempre precisarão, caso queiram ser úteis ao povo, e dóceis instrumentos da dominação de poucos. Independentes e corajosos, ao aplicarem teleologicamente o Direito, tendo em vista as exigências da finalidade social e do bem comum, os juízes não poderão obscurecer que o bem comum é, até etimologicamente, felicidade coletiva,

¹⁴⁴ Terminologia utilizada como sinônima apenas por Fredie. FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

¹⁴⁵ NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 271.

¹⁴⁶ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 81-84.

¹⁴⁷ NADER, op. cit., p. 272.

¹⁴⁸ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 26-27.

bem geral, e nunca o individualismo, a pressão, que uma lei particular ou artigo de lei consagrar.

Por sua vez, Friede traz esse método como se fora interpretar a lei objetivando sua melhor aplicação na sociedade a que está voltada. Acrescenta ser este método o mais perigoso, uma vez que investe o intérprete na condição de legislador, pois acaba por criar normas que não existem ou deturpa o verdadeiro significado das já existentes.¹⁴⁹

A nosso sentir, o autor Friede confundiu os termos e conceituou apenas o método sociológico isoladamente. Esse mesmo método, para Herkenhoff,¹⁵⁰ possui classificação autônoma, enfatizando que, nessa modalidade, o intérprete passa a investigar os motivos e efeitos sociais da lei, com olhos postos para o futuro e não para o passado, de acordo com as aspirações do meio.

Conclui Herkenhoff¹⁵¹ ser o método sociológico bem inovador, visto que:

É a conceituação do Direito como fato social, atinente à conduta humana em sociedade – diversamente das concepções de Direito como valor, ou Direito como norma –, que dá base teórica à interpretação e aplicação jurídico-sociológica. [...] Ao lado de uma perspectiva fenomenológica, que permite harmonizar o Direito com o homem – um Direito para o homem –, a perspectiva sociológica poderá ensejar o reencontro do Direito com o povo.

Warat¹⁵² é adepto da sistemática diferenciada, ou seja, subdivide os métodos teleológico e sociológico em categorias distintas, tendo este último como principal expoente Duguit, fulcrados nos elementos ideológicos e sociológicos das normas jurídicas no momento da interpretação, baseada na observação, experimentação e comparação de dados.

O método sociológico substitui o culto à lei pelo culto aos dados. O direito está integrado nos fatos; é a realidade social, que se expressa no discurso jurídico. Se para Savigny o direito é produto da história, para Duguit o direito é produto dos fatos sociais, dos sentimentos de sociabilidade e de justiça, não assumidos como conceitos ou valores, mas como dados reais, como fatos sociais.¹⁵³

Como se afere o método sociológico valoriza o conteúdo social da norma, sendo, pois, um discurso ideológico e empirista sobre a interpretação da lei. Já o método teleológico

¹⁴⁹ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 145.

¹⁵⁰ HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 27.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 30.

¹⁵² WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 77-78.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 78.

explicita o seu caráter político, pois a interpretação deve ressaltar as consequências sociais da própria decisão interpretativa para a sociedade.¹⁵⁴

2.6.6 Integral (Sistêmica e Escalonada)¹⁵⁵

Como afirma Friede, o método integral não chega a ser um método hermenêutico, mas sim um procedimento a ser observado pelo intérprete para que se chegue a uma decisão adequada. Sugere um escalonamento para reduzir as subjetividades: literal > lógica > sistemática > histórica > teleológica.

Ao fim e ao cabo, afere-se que os métodos hermenêuticos clássicos são encontrados em inúmeros manuais de Direito como forma de introduzir estudos propedêuticos inundados de axiomas advindos do senso comum, oferecendo aos estudantes e futuros operadores do Direito pré conceitos básicos de dogmática “positivista dura”, como ideal “correto” de pensar o Direito, inculcando posturas acríticas e isentas de incentivos a debates em que a linguagem deve ser o fio condutor do *ir e vir das visitas e revisitas* às pré-compreensões que conduzem a uma verdadeira fusão de horizontes do conhecimento.

¹⁵⁴ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 79 e 82.

¹⁵⁵ FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 145.

3 A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL E A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

Diante do que já se analisou no primeiro capítulo, constata-se como foi se enraizando a cultura legalista na evolução histórica do Direito, bem como os movimentos que foram surgindo em favor do antipositivismo ou do *antimetodismo* sobre os processos de compreensão do Direito que, por certo, estão distantes de chegar a um consenso.

Some-se a tudo isso o fato de que a força normativa da Constituição, bem como a sua concretização e eficácia frente à compreensão e aplicação de uma lei infraconstitucional está indissociável da pré-compreensão (do sujeito cognoscente com o objeto do conhecer) que se dispensa à Constituição.¹⁵⁶

O certo é que há um grande movimento de juristas e aplicadores do Direito que rechaçam o acolhimento às cegas de dogmas do “senso comum teórico”, furtando-se “à crítica e ao debate ideológicos” da “comunidade jurídica racionante”. Deve ser enfrentada a pressão da filosofia analítica e da teoria da linguagem; tomar partido em debates sobre a hermenêutica, a dialética e o raciocínio crítico, iluminando semioticamente a linguagem constitucional, enfrentando “o problema da substituição ou complementação de uma teoria da norma a favor de uma teoria da decisão”.¹⁵⁷

3.1 O Senso Comum Teórico

A cultura do senso comum teórico é paralisante, pois não provoca a crítica do posto, do supostamente correto, único e verdadeiro, visto que se pauta em conceitos predeterminados, em dogmas rígidos que “devem” ser replicados, provocando uma postura passiva, atávica do receptor, uma vez que apenas repete o que lhe é apresentado, ou seja, as noções do senso comum que a todos agradam.

Os conselhos que se adaptam ao senso comum seriam: o de não discutir dogmas; decorar conceitos e definições; aprender e apreender verdades estabelecidas; e primar pelo princípio da legalidade, conhecendo as leis. Esses seriam os conhecimentos de que todos precisariam para a introdução ao estudo do Direito.¹⁵⁸

Porém, todos os conceitos dependem das pré-compreensões que idealizamos sobre a *res*

¹⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 12.

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 08-09.

¹⁵⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 14.

analisada, da forma como interagimos com a sociedade, dos valores aos quais estamos vinculados, o que significa afirmar que a ética está intrínseca na interpretação e aplicação de uma norma jurídica e não o mero tecnicismo. Entretanto, cabe destacar que as noções do senso comum são decisivas no processo de compreensão, visto que a partir das suas concepções são traçadas as reflexões, seja para reafirmá-las ou não de forma fundamentada.

Deve-se, pois, ao invés de estimular uma conduta passiva de verdades supostamente estabelecidas, “aliar o domínio da técnica à consciência dos valores éticos ligados ao direito”,¹⁵⁹ para que se propicie a capacidade de reflexão sobre a manutenção ou não, bem como aplicação ou não, do Direito imposto pelo Estado na forma como se encontra por meio de instrumentos legítimos de alteração e aplicação da lei para que se coadunem e se adaptem a uma interpretação/aplicação conforme a Constituição.

Trata-se do *ir e vir* do conhecimento, novas teses são lançadas e confrontadas aos *pré conceitos*, gerando novas informações em uma ação contínua e desprendida de apegos, ocorrendo um ciclo do conhecimento que se vale da linguagem como condição de possibilidade para que se fundam os horizontes, que para Gadamer, é a fórmula da compreensão através da hermenêutica filosófica.

Segundo Rocha, o primeiro jurista a introduzir a Filosofia Analítica do direito no Brasil foi Warat, onde aquela “privilegia a linguagem vista como pressuposto epistemológico fundamental para o entendimento do conhecimento”. No entanto, enfatizando aspectos de indeterminação da linguagem jurídica, o que, por sua vez, frontalmente critica a teoria do “senso comum teórico”, titulando seus dogmas como “mitos”. Rocha define o senso comum como “um conjunto de crenças seguido pelos juristas como se fossem verdades científicas”.¹⁶⁰

O senso comum teórico é composto, segundo Warat, por um “neologismo proposto para que se possa contar com um conceito operacional que sirva para mencionar a dimensão ideológica das verdades jurídicas”. Parafraçando-o, *todos*, no exercício do mister relacionado ao Direito, deveriam replicar o “eco de representações e ideias” de aceitabilidade real e dominante velada, como se fora uma para-linguagem do “senso comum teórico dos juristas”.¹⁶¹

¹⁵⁹ COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 15.

¹⁶⁰ ROCHA, Leonel Severo. Prefácio. WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 09-10.

¹⁶¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 13-15.

Streck pontua que Warat faz parte da “categoria de gente” que desvela as máscaras do “óbvio”, mostrando que “as obviedades, certezas e verdades transmitidas pela dogmática jurídica não passam de construções ideológicas”.¹⁶²

Para Warat, o fundamento ideológico das crenças e verdades que conformam a discursividade é o “sentimento oceânico” dito por Freud, sendo este sentimento, também, a sua base de sustentação retórica. Esta *oceanía* impede a reflexão porque fascina com suas utopias perdidas que tranquilizam. Daí o motivo de a utopia perder toda a sua eficiência, uma vez que funciona como “calmante” para os desenganos e frustrações interiores que possam inquietar e questionar.¹⁶³

O sentido “oceânico” é a presunção de alcance da relação com o mundo, sentido como vínculo com a totalidade que se interioriza subjetivamente de forma alienante, como algo já dado e aceito e não como algo a conquistar. “O ‘eu’ fica então, prisioneiro do mundo circundante por um jogo de crenças que modelam a maneira como o homem se pensa, a si mesmo e a sociedade”.¹⁶⁴

Ao contrário dessa ideologia, os indivíduos devem construir sonhos suficientemente férteis permitindo que os espaços em que vivem se apoiem em suas crenças e transformem a história. “Desta maneira, os saberes e as instituições seriam despojadas de suas significações como produtores de uma subjetividade alienada, para adquirir o valor político de um instrumento de transformação”. Apenas assim, permitir-se-á medir a coragem de uma utopia, pois perderá a sua compulsão de perfectibilidade, assumindo uma postura dialógica da história.¹⁶⁵

Para o embasamento teórico do senso comum, a epistemologia do Direito não tem como aceitar as práticas científicas da diferenciação entre *doxa* (opinião) e *episteme* (conhecimento), não passando, pois, de uma *doxa* politicamente privilegiada, ou seja, “a ordem epistemológica de razões é substituída por uma ordem ideológica de crenças que preservam a imagem política do Direito e do Estado”. Nesse sentido é que Warat define o senso comum teórico dos juristas como “o conjunto de opiniões comuns dos juristas manifestados como ilusão epistêmica”.¹⁶⁶

¹⁶² STRECK, Lenio Luiz. A revelação das obviedades do sentido comum e o sentido (in)comum das obviedades reveladas. In: BALTHAZAR, Ubaldo César (Coord.); OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Sub-coord.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luiz Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 53.

¹⁶³ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 23.

¹⁶⁴ Ibid., p. 24.

¹⁶⁵ Ibid., p. 23.

¹⁶⁶ Ibid., p. 16.

Entretanto, ainda há defensores de obviedades, de certezas, bem como da exata e escorreita linha a ser seguida por um método. Atual, portanto, o conceito waratiano do *senso comum teórico*, bem como dos dogmas dele advindos a serem utilizados como paradigma para reflexões acerca da importância para a postura ativa e crítica do Direito.

Secularmente já se repete que *é duvidando que se pode chegar à verdade*. Entretanto, por meio do senso comum teórico, deseja-se o entranhamento de costumes intelectuais aceitos como verdades para ocultar o componente político da investigação de verdades, canonizando imagens e crenças para preservar o segredo que esconde as verdades. Assim, assegura Warat que o senso comum teórico “é o lugar do secreto”.¹⁶⁷

Streck,¹⁶⁸ na mesma senda, defende que se deve constantemente:

[...] (re)pensar o Direito com urgência, porque cada decisão judicial, cada interpretação de uma lei, tem uma necessária e inexorável inserção social. Não é uma simples abstração. E o jurista (jurista, promotor, advogado) deve entender que não está lidando com ficções. Caso contrário, correrá o risco de confundir as ficções da realidade com a realidade das ficções.

Resta claro que o senso comum teórico sufoca a vivacidade do conhecimento e as possibilidades interpretativas, visto que rechaça a inovação, reagindo e banalizando a crítica, pois abre apenas possibilidades de dissidências solucionáveis, desde que não deslegitimem os seus dogmas, ou seja, permite o debate, tão somente periférico, mediante a elaboração de respostas que não superem o *teto hermenêutico* prefixado inicialmente.¹⁶⁹

Dentre outras distorções distantes de uma ideologia mais crítica do Direito, o senso comum se apegua a ficções, fetiches, fórmulas e métodos contrários a critérios de compreensão, uma vez que aposta em autoridade argumentativa de pessoas sobre outras de forma cogente, imposta e representativa do poder de uma classe dominante. Streck segue os passos de Warat, quando este arremata que “é necessário fazer terapia do conhecimento. Existem poucas ousadias e muitas fantasias que recobrem as teorias sobre o Direito. Há um

¹⁶⁷ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 15.

¹⁶⁸ STRECK, Lenio Luiz. A revelação das obviedades do sentido comum e o sentido (in)comum das obviedades reveladas. In: BALTHAZAR, Ubaldo César (Coord.); OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Sub-coord.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luiz Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 59.

¹⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 84.

mundo a ser despertado, um mundo mostrando que as contradições íntimas são as que levam à claridade do saber”.¹⁷⁰

O que se deseja é demonstrar que métodos interpretativos postos pelo senso comum teórico como imprescindíveis para a interpretação e aplicação do Direito não são a fórmula milagrosa, não contêm rigor técnico a ser seguido. Ao contrário,

[...] o Direito e suas crenças secularmente consagradas estão hoje favorecendo a desintegração do tecido social e as entidades fragmentadas. Estou falando de crenças que se sustentam numa reivindicação de objetivismo como possibilidade de compreensão do social e de sua lei. Vale dizer, numa perspectiva que parte do pressuposto de que Direito pode ser entendido como conjunto objetivo e coerente apreendido conceitualmente.¹⁷¹

O mais importante é que se entenda a problemática jurídica em sua profundidade, em sua gênese, pois, daí sim resolver-se-á qualquer questão jurídica posta com fundamentação jurídico-filosófica.

3.2 A Compreensão como Condição de Possibilidade para a Interpretação

O simples fato de uma opinião (*doxa*) ser em um determinado momento dominante, não significa que seja verdadeira e incontestável. O relacionamento vivaz entre as pré-noções particulares do ser humano com as ideias do contexto em que se está inserido mediante uma dialética contínua no campo filosófico é que determina a verdadeira compreensão, sendo esta a perspectiva base da teoria hermenêutica de Gadamer.

Segundo Gadamer, “compreender significa, de princípio, entender-se uns aos outros”, ou seja, compreender é diálogo, é acordo, é entendimento sobre algo. Por isso é que o mesmo autor¹⁷² afirma que diante de um mal entendido em que se expressa uma opinião contrária ou que cause estranheza ao interlocutor por ser incompreensível, deve-se procurar chegar a um acordo, e não somente forçar a introspecção e adequação de ideias. Enfatiza ainda:

¹⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. A revelação das obviedades do sentido comum e o sentido (in)comum das obviedades reveladas. In: BALTHAZAR, Ubaldo César (Coord.); OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Sub-coord.). **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luiz Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 59-60.

¹⁷¹ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 27.

¹⁷² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. p. 248-249.

O verdadeiro problema da compreensão aparece quando o esforço de compreender um conteúdo coloca a pergunta reflexiva de como o outro chegou à sua opinião. Pois é evidente que um questionamento como este anuncia uma forma de estranheza bem diferente, e significa, no fundo, a renúncia a um sentido comum.

O sentimento individualista, as amarras, o apego às pré-noções deve ser exposto à dialética, bem como às formas dinâmicas de compreensão, uma vez que: “Hermenêutica é, justamente, uma arte e não um procedimento mecânico”.¹⁷³

De fato, o apego aos dogmas do senso comum teórico possui um liame com a epistemologia da filosofia da consciência, que se fundamenta na lógica do sujeito cognoscente, “onde as formas de vida e relacionamentos são reificadas e funcionalizadas, ficando tudo comprimido nas relações sujeito-objeto, carente e/ou refratária à viragem linguística de cunho pragmatista-ontológico”, em que as relações devem ser sujeito-sujeito.¹⁷⁴

A proposta da filosofia da consciência tem a concepção de replicar a verdade como a relação do sujeito e objeto, de forma que este último não faça parte da valorização do ser humano no desenvolvimento do conhecimento. A atividade do ente é passiva e não questionadora. Nessa perspectiva, Heidegger critica a posição Kantiana de afastar o objeto que chega até nós antes de uma objetivação da experiência. Para Heidegger, a representação do objeto pode advir de dois elementos constitutivos do conhecimento: intuição (sensibilidade) – o dado; e o pensado (pensamento).¹⁷⁵

A inovação de Heidegger foi, além de admitir que o ente possui suas pré-compreensões, enfatizar a importância e a imprescindível interação do sujeito com o objeto e com o que lhe é posto/dado ou pensado, sob uma perspectiva fenomenológica de modo a enfrentar a questão relativa ao ser, levando em conta *Ser e Tempo*. Passa o filósofo a considerar o “ser no mundo”, antecipando as coisas, ou seja, projetando a vivência anterior aos fatos que ocorrem na atualidade, um “jogo da vida”. Fica claro que se separa dos pressupostos da filosofia da consciência, aproximando-se da relação sujeito com outro sujeito.¹⁷⁶

¹⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes. Bagança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. p. 262.

¹⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 70.

¹⁷⁵ ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 91.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 94-95.

Streck¹⁷⁷ acresce a importância do “giro ontológico-linguístico”, em que o sujeito não mais é fundamento do conhecimento: “O sujeito da subjetividade assujeitadora – instituidor da filosofia da consciência – não tem mais lugar nesse giro”, visto que os sentidos se dão na linguagem, é nesta que “o mundo se descortina”; “é pela linguagem que os objetos vêm à mão”.

[...] com a ontologia fundamental quem morre é o sujeito (o arbítrio do sujeito) que se coloca como fundamento do mundo. [...] nesse novo paradigma, a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o (ou um) sujeito e o (ou um) objeto e, sim, como condição de possibilidade. [...] A hermenêutica será, assim, esta incômoda verdade que se assenta entre duas cadeiras, quer dizer, não é nem uma verdade empírica, nem uma verdade absoluta – é uma verdade que se estabelece dentro das condições humanas do discurso e da linguagem. A hermenêutica é a consagração da finitude.¹⁷⁸

Contudo, conforme a epistemologia da filosofia da consciência, a compreensão e, por sua vez, a interpretação fica prejudicada, visto que a “idolatria” é concentrada no individualismo, passando a linguagem a ser componente meramente secundário em todo o processo de compreensão.

Outro fator evidente é que para o desenvolvimento de estudos sobre uma determinada ciência, pode-se seguir vários enfoques. A partir do escolhido, o percurso é determinado e complexo, fazendo o analista chegar a um resultado. Isso ocorre também com a zetética e a dogmática, enfoques teóricos que podem ser utilizados nos estudos das ciências jurídicas. A distinção entre os dois foi inicialmente proposta pelo alemão Theodor Viehweg, tendo em Tércio Sampaio Ferraz Júnior o difusor no Brasil.¹⁷⁹

Segundo Ferraz Júnior é necessário saber que a linguagem pode ser utilizada em duas finalidades: informativa e diretiva. Acresce que a comunicação possui sentido informativo quando se utiliza da linguagem para descrever o estado das coisas [ousamos adicionar, em um determinado momento, espaço, condições e circunstâncias]. Por sua vez, possui sentido diretivo quando a linguagem é utilizada para direcionar o comportamento de outrem, como indução de ação. Assim, o sentido informativo é ligado à esfera do ser, enquanto o diretivo do dever ser.¹⁸⁰

¹⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 223-226.

¹⁷⁸ Ibid., p. 227-228.

¹⁷⁹ COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 157-158.

¹⁸⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão dominação. São Paulo: Atlas, 1988. p. 41.

Importando os conceitos de zetética e dogmática, podemos afirmar que a filosofia da consciência está calcada em conceitos dogmáticos da ciência jurídica, uma vez que a mesma não busca, em regra, descrever a realidade, mas responder perguntas e tomar decisões.

De fato, um dos compromissos de uma ciência deve ser com a descrição da realidade, tendo que deixar os seus conceitos fundamentais abertos à dialética, com relação intrínseca com a zetética.¹⁸¹

Não se deseja com a afirmação anterior radicalizar que a formação de juristas deve abandonar o método dogmático, mas sim que as questões zetéticas também são de fundamental importância para a prática e vivacidade do estudo, interpretação e prática do Direito, uma vez que as sociedades mudam constantemente e se faz necessária a adaptação das normas às novas realidades, sendo este o papel da zetética, ou seja, criticar os dogmas dos modelos estabelecidos, bem como investigar e conceder fundamentos aos mesmos. Assim, “dogmática e zetética precisam andar juntas”, visto que nem a dogmática se sustenta isoladamente por não possuir a flexibilidade exigida pelas mutações sociais, nem a zetética pura oferece segurança e estabilidade que a sociedade necessita.¹⁸²

De fato, deve-se perder a ingenuidade da recepção de conceitos da tradição a serviços de nossos próprios pensamentos, conduzindo-nos a verdades intangíveis. Como consequência, chegaremos à honestidade de nossos pensamentos, com consciência crítica, acompanhando um filosofar responsável, pondo os costumes de linguagem e pensamento que se formam para o indivíduo na comunicação com o mundo circundante em dialética com a tradição histórica, da qual fazemos parte.¹⁸³

Maximiliano já afirmara que as instituições jurídicas devem ser entendidas e postas em função de correspondência às necessidades políticas, às tendências gerais de nacionalidade, à coordenação dos anelos elevados e justas aspirações do povo.¹⁸⁴

Como condição de possibilidade da compreensão é necessário que se tenha ao menos uma noção a respeito do que se deseja dialogar. Costa refere que Ausubel desenvolveu a noção da chamada *aprendizagem significativa*, que em apertada síntese, significa que as informações para serem compreendidas, partem de um prévio relacionamento com conceitos

¹⁸¹ COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 159.

¹⁸² Ibid., p. 178-179.

¹⁸³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. p. 33.

¹⁸⁴ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 249.

similares ou diversos sobre a *res* abordada. O que não deixa de guardar certa semelhança com a pré-compreensão enfatizada por Gadamer.¹⁸⁵

3.2.1 Pré-compreensão e o Giro Hermenêutico

Abstraindo os métodos rígidos já demonstrados no capítulo anterior e desmitificando os dogmas *duros* do *sensu comum teórico*, bem como as linhas retílineas do positivismo, *a priori*, temporariamente, concitamos para uma análise jusfilosófica da hermenêutica de visão crítica para posteriores conclusões que poderemos trilhar em conjunto.

Para que se possa cogitar uma compreensão sobre um tema a ser abordado, faz-se necessário que tenhamos ao menos alguma noção básica sobre o caso posto em análise. Esse ancoradouro que forma a base de toda a nossa compreensão foi o que Gadamer chamou de juízos prévios ou pré-compreensões.¹⁸⁶

A bem da verdade, a ideia matriz de pré-compreensão é de Heidegger, porém como enfatiza Gadamer, aquele filósofo só se interessou pela problemática da hermenêutica e da crítica histórica com a finalidade ontológica de desenvolver a estrutura da prévia compreensão, visto que de acordo com a linha de pensar de *Ser e tempo* heideggeriana, o tempo se revela o horizonte do ser, conquistando uma etapa mais elevada de reflexão. Por outro lado, Gadamer buscou compreender como a hermenêutica pôde fazer jus à historicidade da compreensão.¹⁸⁷

Com a quebra do paradigma da primazia da subjetividade, pilar da filosofia da consciência, surgem movimentos denominados *giros hermenêuticos*, que de certa forma “libertam” a filosofia do *fundamentum*, passando da essência para a consciência.¹⁸⁸

Nessa senda, trata-se mesmo de uma nova maneira de compreender o sistema jurídico, ultrapassando *passivismos e emotivismos* encaminhando para o desestímulo do intérprete focado apenas no texto legislado que é, por natureza, fugaz e episódico. Por consequência, a ação do jurista deve ser a resultante do diálogo construtivo, ativo e produtivo com o texto da lei e com a realidade em suas diversas dimensões.¹⁸⁹

¹⁸⁵ COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 22.

¹⁸⁶ Ibid., p. 24.

¹⁸⁷ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 344 e 354.

¹⁸⁸ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 14.

¹⁸⁹ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65-66.

Em Heidegger, pode-se aferir o giro de movimento inicial quando o filósofo atrela a estrutura circular da compreensão a partir da temporalidade da pre-sença,¹⁹⁰ bem como diante da “estrutura prévia do modo ser ligado ao compreender”.

Habermas também é citado como um dos filósofos que contribuiu para o giro hermenêutico, em especial com sua crítica à razão prática que pretendia orientar o indivíduo em seu agir, dando primazia ao individualismo, estando, pois, intrinsecamente ligado aos ideais da hermenêutica da consciência, à filosofia do sujeito. O mesmo autor, por sua vez, sugere a superação dessa razão prática pela razão comunicativa, esta não adscrita a nenhum ator singular ou macrossujeito político, aduzindo, outrossim, que a razão comunicativa só é possível através da linguagem (“*médium* linguístico”).¹⁹¹

Streck reconhece a importância de Habermas para a filosofia, em especial os avanços com relação aos dissabores da “teoria da representação e da teoria da consciência solipsista, isolada e autista”. Entretanto, pondera que a teoria habermasiana peca ao dizer substituir a razão prática pela comunicativa, visto que na verdade, apenas alterou a sua forma de acontecer e sua nomenclatura, ou seja, a fundamentação que dantes se dava *a posteriori*, com o agir comunicativo, passa para uma fundamentação prévia racional às normas de ação do mundo prático, como pressuposto pragmático contrafactual, servindo de molde para ações cotidianas. Arremata Streck que a contradição de Habermas estaria exatamente no fato de que o autor ao tempo em que define dogmaticamente as regras do discurso ideal prévio não comunicativo, apenas no fim, põe a questão da ação comunicativa.¹⁹²

Gadamer,¹⁹³ sobre o processo de reflexão nomeado como Círculo Hermenêutico, afirmara que uma ideia só poderia ser compreendida diante de um contexto de pré-compreensões onde se aprofundam em um processo de conhecimento. São suas palavras:

Quem quiser compreender um texto realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete projeta um sentido para o texto como um todo. O sentido inicial só se manifesta porque ele está lendo o texto com certas expectativas em relação ao seu sentido. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente no desenvolvimento dessa projeção, a qual tem que ir sendo constantemente revisada, com base nos sentidos que emergem à medida que se vai penetrando no significado do texto.

¹⁹⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 354.

¹⁹¹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1: Entre faticidade e validade, p. 17-20.

¹⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97-100.

¹⁹³ GADAMER, op. cit., p. 402.

No entanto, Streck¹⁹⁴ expressa que Gadamer “reconhece que seu projeto filosófico retira da obra heideggeriana seu elemento mais fundamental: a descoberta da estrutura prévia da compreensão”. E aduz: “adotar Gadamer e esquecer Heidegger é ignorar – deliberadamente ou não – a construção da matriz teórica que nasce na filosofia hermenêutica e desemboca na hermenêutica filosófica”.

Heidegger já afirmara que quem busca compreender deve estar exposto a erros de opiniões prévias, uma vez que se as prévias convicções forem arbitrárias, labora-se contra o próprio processo de conhecimento, pois se deve “escapar ao circuito fechado das próprias opiniões prévias”. Tal posicionamento não se confunde com neutralidade ou anulamento, mas sim abertura à dialética e ao problema hermenêutico em sua mais profunda e real agudeza.¹⁹⁵

O giro hermenêutico de Heidegger e depois seguido e reposicionado por Gadamer leva em conta a transcendência temporal do mundo, ou seja, a temporalidade (historicidade) que possui um horizonte, sendo possível, pois, a atualidade se temporalizar nos horizontes do futuro e do passado. Nessa *fusão de horizontes* é que o mundo transcende e se dá, ou seja, a *fusão de horizontes* “é como um raio que permite o encontro do ser com a coisa que retorna numa compreensão atualizada e o horizonte significa o âmbito da visão que abarca e encerra o visível como um raio a partir de um determinado ponto da história”. Isso não significa que ele se esgote, visto que projetado e limitado pelo *Dasein* ¹⁹⁶ com o fim de constituir as possibilidades da compreensão. Assim, decerto que “obter um horizonte é sempre poder ver além”.¹⁹⁷

Quando se tem a postura aberta para a fusão de horizontes, fundem-se tradições do passado e presente. Assim, o intérprete atual conscientiza-se da história e processa o diferente (o mundo), passando esta postura a integrar a sua identidade, amadurecendo a sua compreensão.

¹⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62.

¹⁹⁵ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I:** traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 356-360.

¹⁹⁶ Heidegger, na busca incansável pelo sentido do ser, conceitua-o como existencial (*Dasein*), portanto, significa “ser-aí, presença”, na verdadeira expressão de “situação existencial circunstanciada na própria realidade, na medida em que a existência nunca é um dado isolado do restante do mundo. Ao contrário, o lugar, o tempo, as condicionantes históricas, culturais, espirituais estão sempre integrados no ser. Por conta disso é que o filósofo o denomina de ser-aí, ou seja, enquanto ser que se manifesta e se compreende situacionalmente”. VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionariedade administrativa:** uma releitura a partir do constitucionalismo do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 179-180.

¹⁹⁷ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 291.

Quando supera o diferente, não se trata de relação de superioridade, mas de capacidade de resolução da tensão do horizonte do texto, tendo adentrado na comunicação pela linguagem, fundindo os horizontes do problema posto e do intérprete no horizonte da temporalidade/historicidade, não havendo necessidade de buscar a *mens auctoris* (vontade do autor) ou a *mens legis* (vontade da lei).¹⁹⁸ Também rechaçando a ideia de busca da vontade do legislador, Müller aponta que há muito tempo a sociologia do Direito já chamara atenção ao fato de que a compreensão de um enunciado de Direito fulcrado nessa busca “desconhece a parcela da faticidade social presente no teor da norma”.¹⁹⁹

Como se afere, os sentidos estão na base da compreensão para que se possa passar para o estágio de uma interpretação, visto que pré-compreensões possuídas do mundo ou de fatos nos auxiliam no processo de compreensão, harmonizando as novas informações surgidas, onde o conhecimento se torna complexo e mais refinado, sendo um ir e vir constante, estando presente, pois, o giro hermenêutico.

Temos, na verdade, um grande horizonte de compreensões a nosso dispor. Nesse passo, Costa²⁰⁰ afirma que “à medida que nossas pré-compreensões são enriquecidas, esse horizonte é ampliado e nos tornamos capazes de compreender novos tipos de informações”. Trata-se da verdadeira “fusão de horizontes” do compreender, do interpretar, do conhecimento.

Silva²⁰¹ arremata enfatizando que Gadamer afirma que o intérprete deve estar consciente da história, buscando realizar o projeto de um horizonte histórico que se desdobra na sua fusão e se atualiza na compreensão e conclui:

O que ele tem descrito como fusão de horizontes, em suma, é esta maneira como se realiza a unidade, que não permite ao intérprete falar de um sentido original de uma obra, sem que na compreensão da mesma não se tenha introduzido já sempre o sentido próprio do intérprete. Pois, pensar que pode *romper* o sentido próprio do intérprete por meio do método histórico-crítico significa, em realidade, ignorar a estrutura hermenêutica fundamental: o círculo hermenêutico. Elaborar o horizonte histórico de um texto implica sempre em uma fusão de horizontes, o que é conhecido também como pré-compreensão na hermenêutica atual.

¹⁹⁸ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 291.

¹⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 39.

²⁰⁰ COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito**: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001. p. 28.

²⁰¹ SILVA, op. cit., p. 292.

A metodologia passa a ter uma importância secundária, enquanto que a linguagem surge como “abertura e acesso ao mundo”.²⁰² Streck²⁰³ ratifica que não se interpreta por fases ou etapas, sendo enfático ao afirmar que *Verdade e Método* deve ser lido como *Verdade contra o Método*.

Enfim, o problema normativo da relação entre direito e realidade somente pode ser entendido e solucionado por uma teoria da prática, investigadora das condições essenciais para a realização do Direito, sem se perder em uma análise meramente de técnica metodológica.²⁰⁴

O que se pode aferir de comum na maioria dos filósofos é que a linguagem, de uma forma ou outra, supedaneou o movimento de viragem hermenêutica, pois está presente em suas ideias. Por muito e longo tempo o sujeito foi *assujeitado* em sua forma de pensar ou agir pela filosofia da consciência, sendo a linguagem apenas uma terceira coisa posta entre o indivíduo e o objeto. O elemento central do giro hermenêutico de Streck é a linguagem:

A invasão da filosofia pela linguagem, ao proporcionar a superação do esquema sujeito-objeto, coloca a linguagem como condição de possibilidade, sendo vedado utilizá-la – sob pena de um paradoxo de cunho paradigmático – como um instrumento, enfim, como uma terceira coisa que proporcione a hipostasiação de discursos [...] e uma procedimentalização argumentativa, que deixa em segundo plano o desiderato final da norma: a aplicação [...].²⁰⁵

Nessa esteira, Streck prefere nomear como viragem ontológico-linguística, uma vez que se transfere para a linguagem a própria razão do conhecimento, pois é nela que o mundo se descortina e tem sentido.²⁰⁶

Passa-se, enfim, da essência para o significado, onde o importante e decisivo não está em se saber o que são as coisas em si, mas *saber o que dizemos quando falamos delas*, o que queremos dizer com, ou que significado têm as

²⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 183.

²⁰³ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 75.

²⁰⁴ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 20.

²⁰⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 14.

expressões linguísticas (a linguagem) com que manifestamos e comunicamos esse dizer das coisas.²⁰⁷

Gadamer já alertara que não se pode mais aceitar a concepção romancista de que os conceitos de interpretação migram para a compreensão segundo a necessidade, caso a última não seja imediata. Ao contrário, “*a linguagem é o medium universal em que se realiza a própria compreensão. A forma de realização da compreensão é a interpretação*”.²⁰⁸

De mais a mais, Heidegger também já afirmava que *a linguagem é a casa do ser*. É, pois, não apenas condição de possibilidade, mas tanto constituinte como constituidora do saber, do compreender e do agir. Sem a linguagem não há como se falar em mundo. Isso não significa que a linguagem cria o mundo; este existe independente dos seres humanos. As coisas do mundo também têm sua existência. Porém lhes faltam sentido e significado quando vistas *de per se*, ou seja, isoladamente. Estes só se perfazem com a compreensão; e esta só se efetivará se interpretada por meio da linguagem que sempre nos precede.²⁰⁹

Häberle, na linhagem de utilização da linguagem como fio condutor da interpretação, preleciona que “*todos estão potencial e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional*”,²¹⁰ titularizando a denominada “*sociedade aberta de intérpretes da Constituição*”, donde a interpretação será mais aberta quanto mais pluralista for a sociedade, visto que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou co-interpretá-la em uma democracia.²¹¹

Gadamer, em seus prolegômeros, de certa forma, já deu conta da necessidade de estarmos sempre abertos para experiências exteriores, uma vez que as transformações tendem a chamar mais atenção do que aquilo que permanece como sempre foi. Dessa forma, a necessidade de interagirmos aguça a nossa compreensão e o nosso conhecimento, sendo que não é apenas a tradição histórica e a ordenação natural da vida que constituem a unidade do mundo, mas também o modo como nos relacionamos com o outro, como experimentamos as tradições históricas, as ocorrências da vida e do mundo. Tudo isso é que forma um “universo

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 71.

²⁰⁸ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 503.

²⁰⁹ STRECK, op. cit., p. 255-256.

²¹⁰ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 43.

²¹¹ Ibid., p. 13-14.

verdadeiramente hermenêutico”, sendo vedado, pois, ficarmos encerrados como barreiras intransponíveis. Devemos, sim, estarmos sempre abertos para o mundo.²¹²

Pode-se afirmar que Häberle introduziu a ideia da interpretação democrática com a ampliação do círculo de intérpretes com participação efetiva da sociedade no processo hermenêutico constitucional, afirmando que “a interpretação não é um ‘evento exclusivamente estatal’, seja do ponto de vista teórico, ou do ponto de vista prático”.²¹³

Limitar a hermenêutica constitucional aos intérpretes “corporativos” ou autorizados jurídica e funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento ou um auto-engodo. De resto, um entendimento experimental da ciência de normas e da realidade não pode renunciar à fantasia e à força criativa dos intérpretes “não corporativos”.²¹⁴

Indiretamente ratificando a posição de Häberle contra o fechamento da discursividade, também se manifestara Warat sobre a “discursividade magnética” dos juristas inundados em uma utopia alienante diante da apologia ao estabelecido pela ordem do juridicismo: a lei e sua ordem simbólica. Entretanto, diante do fio condutor da compreensão – linguagem, “podem-se alterar o sentido da lei, tomar decisões, controlar as aplicações da lei, sem que as funções da repressão simbólica e os sentimentos culpabilizadores sejam alterados”.²¹⁵

Para Häberle²¹⁶ “a interpretação é um processo aberto” na medida em que não há estrita correspondência entre vinculação à Constituição e legitimação diante de novos conhecimentos. Interpretar não é um processo passivo de submissão, devendo-se estar aberto a alternativas diversas. “A vinculação se converte em liberdade”, reconhecendo a moderna fórmula hermenêutica de contrariar a regra da mera subsunção.

O alargamento da interpretação constitucional de Häberle para uma sociedade aberta nos fez estabelecer uma ligação com Hegel quando o mesmo relaciona formação prática e formação teórica. Com sua formação prática afirma que o ser deve “reconciliar-se consigo mesmo e reconhecer a si mesmo no ser-outro”, bem conduzido ao aprendizado de que “também o diferente tem sua validade”, desembocando no encontro de pontos de vista

²¹² HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1: Entre faticidade e validade, p. 32.

²¹³ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 23.

²¹⁴ Ibid., p. 34.

²¹⁵ WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação, p. 25-26.

²¹⁶ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 30.

universais, a fim de apreender a coisa, “isto é, ‘o que há de objetivo na sua liberdade’, isento de interesses egoísticos”.²¹⁷

Müller, por sua vez, afirma a importância da linguagem que intermedeia a relação, sendo condição de possibilidade para a interpretação das normas que podem advir de um único texto. Aduz, que pela “força da polissemia natural da linguagem o ‘significado’ só existe no plural”, diante da plurissignificância da semântica de palavras isoladas. Fazendo um *link* com a ação complexa jurídica, o uso da semântica da frase, do texto ou contexto deve ser utilizado na complexa ação de análise jurídica.²¹⁸

Sem embargo a todas as críticas, Habermas²¹⁹ também eleva a linguagem a uma posição diferenciada diante de sua tese do agir comunicativo, tendo em vista afirmar que em uma troca discursiva são resgatadas pretensões de validade criticáveis que não deixam de ser pré-compreensões. Nesse desiderato, a tensão entre as pré-compreensões, faticidades e validades podem enfraquecer ou fortalecer as primeiras. Assim,

[...] a tensão entre a faticidade e validade, que reside na linguagem e no seu uso, se introduz na sociedade. Sua integração social, na medida em que se apoia em convicções, é propensa ao efeito destabilizador de argumentos desvalorizadores [...]. A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto.²²⁰

Para Gadamer o sustentáculo do projeto hermenêutico é a linguagem, mediante uma hermenêutica filosófica e não metódica, responsável pelo surgimento da compreensão, tendo como *conditio sine qua non* a faticidade e a historicidade do intérprete como *locus* da pré-compreensão.²²¹

Explica Gadamer que interpretar é um ato produtivo e construtivo, tanto que assevera: “a atividade hermenêutica que entenda a compreensão como a reconstrução do original não passa de um exercício de transmissão de um sentido morto”. Em seguida cita Hegel que corrobora com essa assertiva, afirmando que expõe uma “verdade categórica” ao *sentenciar*

²¹⁷ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1: Entre faticidade e validade, p. 49.

²¹⁸ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 11-12.

²¹⁹ HABERMAS, op. cit., p. 57.

²²⁰ Ibid., p. 57.

²²¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 271.

que “a essência do espírito histórico não consiste na restituição do passado, mas na *mediação com a vida atual feita pelo pensamento*”.²²²

Entretantes, para que se tenha uma interpretação adequada, o que mais interessa ao intérprete é a concretização dos mandamentos constitucionais. O fio condutor, pois, para uma interpretação condizente com o Estado Democrático de Direito é o respeito à supremacia da Constituição Federal. Por esse motivo é que há defensores de métodos hermenêuticos específicos de normas constitucionais.

3.2.2 Supremacia da Constituição e Hermenêutica

A doutrina especializada elenca vários métodos de interpretação, sendo certo que à exegese constitucional e, no que tange aos direitos fundamentais, exaltam-se mais os princípios do que as regras.

A supremacia da Constituição e o respeito devido aos seus preceitos que devem ser cumpridos pelos criadores de todas as regras e normas infraconstitucionais é de clareza solar. Entretanto, como ainda há a “permanência promíscua de ordenamento infraconstitucional não filtrado constitucionalmente”²²³ o tema continua latente, sendo frequentemente debatido na comunidade jurídica com o fim de se solapar de vez, os legisladores, executores e juízes que insistem em se intitularem Hércules.

Canotilho traz os elementos diferenciais característicos dos textos normativos dispostos na Constituição: forma, procedimentos de criação e posição hierárquica. A posição *hierárquico-normativa superior*, acrescenta, “apresenta três expressões”: (1) é norma superior que recolhe fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) todas as suas normas são “*normas das normas*” (*normae normarum*), sendo fonte obrigatória de outras regras; (3) o que implica a necessária conformidade de todos os “actos dos poderes públicos com a Constituição”.²²⁴

Existem os que rechaçam a ideia de uma hermenêutica constitucional diferenciada, ou até mesmo de uma hermenêutica dos direitos fundamentais como é o caso de Bulos:²²⁵ “Logo

²²² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 234 e 236.

²²³ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 30.

²²⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1112.

²²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 26.

inexiste interpretação com foros de especificidade. O que há é uma interpretação jurídica das normas constitucionais”.

Streck²²⁶ também discorda de uma hermenêutica particular e específica para o Direito Constitucional, visto que “hermenêutica não é uma ‘questão filosófica’, mas, sim, *epistemológica*”. Acrescenta que ao se admitir essa tese, deve-se aceitar outras diversas “hermenêuticas regionais”, onde interpretar o Direito não passaria de mera técnica.

Noutra banda há os que defendem uma hermenêutica mais acurada, inundada de axiologia, como é o caso da hermenêutica constitucional, e mais ainda, a hermenêutica dos direitos fundamentais:

A técnica da interpretação muda, desde que se passa das disposições ordinárias para as constitucionais, de alcance mais amplo, por sua própria natureza e em virtude do objeto colimado redigidas de modo sintético, em termos gerais. O Direito Constitucional apóia-se no elemento político, essencialmente instável, a esta particularidade atende, com especial e constante cuidado, o exegeta. Naquele departamento da ciência de Papiniano preponderam os valores jurídico-sociais. Devem as instituições serem entendidas e postas em função de que correspondam às necessidades políticas, às tendências gerais da nacionalidade, à coordenação dos anelos elevados e justas aspirações do povo.²²⁷

De modo especial, as normas constitucionais não aparecem na prática como juízos hipotéticos logificados ordenados pelo seu teor literal, mas sim como regulações que podem até ser solucionadas por métodos tradicionais de hermenêutica, porém requerem elementos procedentes da realidade social, os quais não podem ser extraídos pelas regras clássicas da interpretação nem do contexto sistemático de seu significado atual. Assim, “as clássicas regras de interpretação não são métodos de validade universal, senão pontos de vista auxiliares mais ou menos fecundos, segundo a natureza dos preceitos jurídicos por concretizar”.²²⁸

A afirmação que surge para os adeptos de uma hermenêutica constitucional diferenciada é a de que a técnica da interpretação muda diante do seu alcance mais amplo, forma de redação das normas e objetivo colimado, ou seja, o estatuto supremo tende a condensar princípios e regras asseguradoras do progresso, da liberdade e da ordem

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 53-54.

²²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 304.

²²⁸ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 20 e 22-23.

procurando evitar minuciosidade, de forma a poder adaptar-se a épocas e circunstâncias diversas, já que destinado a uma longevidade excepcional.²²⁹

Coelho²³⁰ corrobora com o pensamento de Maximiliano, não só admitindo, mas também trazendo argumentos advindos da própria estrutura do texto constitucional, isto é, como a Constituição traz normas materiais abertas e expansivas, devem existir métodos hermenêuticos diferenciados. Dispõe o autor:

24. Os textos constitucionais, pela sua estrutura normativo-material aberta e pelos seus objetivos macro-institucionais, são mais afeitos a interpretações expansivas e criadoras, sem que isso signifique liberdade para que os seus operadores possam usá-los ao invés de aplicá-lo, por mais amplo que seja o sentido que se empreste ao verbo aplicar.

25. Em sede de direitos fundamentais, cujas normas, extremamente abstratas, possuem múltiplos significados, mais do que de interpretação – que é um olhar para trás, indagando sobre o conteúdo e o sentido de algo precedente – o de que se trata é de concretização, de um preenchimento, criativo e voltado para o futuro, dos respectivos enunciados, à luz dos métodos e princípios da chamada hermenêutica especificamente constitucional. (Böckenförde).

Hesse²³¹ já enunciava a força normativa da Constituição, bem como que a sua interpretação está submetida à ótima concretização das normas nela inseridas. “A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (*Sinn*) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação”.

A supremacia da Constituição é fato, daí porque a sua rigidez. Bonavides²³² ratifica a relação com a rigidez e a consequência de que dela advém “a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do poder constituído, um poder inferior de competência limitada pela Constituição mesma”.

A constitucionalização do Direito é vetor intransponível e sem retorno, o que mitiga e até mesmo rompe barreiras dicotômicas de Direito, como por exemplo, público e privado. Pois bem, Steinmetz²³³ registra a sua finalidade, naquele momento de não adentrar na problemática da dicotomia, mas sim que o verdadeiro *nó górdio* vem a ser o de uma dogmática constitucional correta, de uma teoria constitucional adequada. E arremata:

²²⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 248.

²³⁰ COELHO, Inocência M. **Pressupostos hermenêuticos**. Brasília, DF, 2008. p. 04. Material da 4ª aula, ministrada no Curso ENAD de Técnicas Logísticas da Advocacia.

²³¹ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23.

²³² BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 221.

²³³ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

Desde a dogmática constitucional, o que importa é o princípio da supremacia da Constituição, a posição dos direitos fundamentais na Constituição – e, por consequência, no ordenamento jurídico como um todo –, a função dos direitos fundamentais e uma definição, oferecida por uma teoria constitucional adequada, acerca do conceito de e das funções da Constituição no marco do paradigma do constitucionalismo (social e) democrático da contemporaneidade.

Ao lado dessa constitucionalização do Direito, intrínseca está a necessidade de solidificar a evolução hermenêutica como a “melhor” forma de analisar um caso concreto e se chegar a uma decisão fundamentada nos moldes exigidos em um Estado Democrático de Direito. Não se trata de uma hermenêutica que tem por base a filosofia da consciência, especialmente no que tange à relação sujeito/objeto, seja aquele como submisso ou como assujeitador, mas sim levando em conta preceitos filosóficos, destacando o papel relevante da linguagem como condição de possibilidade do conhecimento e, por sua vez, do dever de demonstrar a decisão motivadamente, em especial administrativa, resgatando a legitimidade do ato político *stricto sensu*, tendo como pilar não a legalidade estrita, mas sim a Constituição como modo de ser, como modo de vida do administrador e intérprete.

A retórica antiga já afirmava que a melhor forma de interpretação era a comparação a um corpo orgânico, ou seja, não se pode compreendê-lo separando corpo e membros. Assim, Lutero e seus seguidores transferiram os ensinamentos para a compreensão, pois, para a interpretação que segue *a posteriori*, segundo a qual aspectos individuais só podem ser compreendidos a partir de um contexto (do conjunto) e a partir do “sentido unitário para o qual o todo está orientado, o *scopus*”. Não podendo ser esquecido do contexto do todo, necessariamente, a “restauração histórica do contexto da vida a que pertencem os documentos”.²³⁴ O *scopus* do sistema jurídico é a Constituição, toda e qualquer interpretação que a ela confronte é ilegítima, visto que atinge a *espinha dorsal* de todo o ordenamento jurídico.

Nessa esteira, uma interpretação só é legítima desde que respeite os cânones dispostos na Constituição, pois ela é a égide da paz, a garantia da ordem. Entrementes, necessário é acompanhar a evolução e adaptá-la às circunstâncias da *real(idade)*, preferencialmente sem alterar o seu texto.

Para a preservação da força normativa e vinculante da Constituição, a interpretação tem significado decisivo e primordial, tendo-se como foco a ótima concretização de seus preceitos. Some-se a isso o fato de que a dinâmica da interpretação é necessária, pois a mesma

²³⁴ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 243 e 245.

deve ser construtiva para que se preserve a condição fundamental da força normativa e sua estabilidade na sociedade, visto que a Constituição jurídica está condicionada à realidade histórica concreta de seu tempo, devendo o intérprete estabelecer e restabelecer, sempre que necessário, a força viva capaz de proteger a vida do Estado contra as desmedidas investidas do arbítrio, fazendo valer a vontade da Constituição.²³⁵

Entrementes, lembre-se de mais uma lição disposta na obra de Gadamer que o verdadeiro hermenauta jamais deveria esquecer: “o artista que cria uma obra [ouso acrescentar: ou o legislador que cria uma lei] não é seu intérprete qualificado”.²³⁶ Com isso, os intérpretes devem procurar compreender um autor melhor do que ele próprio se entendeu; não no sentido de desqualificar o criador, mas sim de tornar o que ele criou menos “confuso”,²³⁷ mais acessível e até mesmo adequado às circunstâncias da criação e do tempo. Não se deve esquecer, no *processo* hermenêutico, da máxima de Ortega e Gasset de que o homem não pode ser aferido isoladamente, pois ele é: *o homem e suas circunstâncias*.

Freitas defende que toda interpretação jurídica é sistemática, sob pena de deixar de ser interpretação, sendo aquela apenas a compreendida em novas e realistas bases, em consonância com a rede hierarquizável, “*máxime a Constituição, tecida de princípios, regras e valores considerados dialeticamente e em conjunto na interação com o intérprete, positivador derradeiro*”,²³⁸ demonstrando a supremacia, a força normativa e irradiante da Lei Fundamental, bem como seu grau hierárquico e vinculante em toda e qualquer interpretação. Também acrescenta o autor que “toda interpretação sistemática é interpretação constitucional”.²³⁹

Sundfeld ao tratar sobre a supremacia da Constituição afirma que esta é a norma jurídica fundamental. Fundamental porque todos os atos de autoridades e dos indivíduos submetem-se à mesma. Dessa forma, a lei produzida pelo Estado, “*tira seu fundamento de validade da Constituição*”. Somente vale e deve ser obedecida se respeitados os ditames constitucionais.²⁴⁰

²³⁵ HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 23-25.

²³⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 264.

²³⁷ *Ibid.*, p. 268.

²³⁸ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76 e 83.

²³⁹ *Ibid.*, p. 185.

²⁴⁰ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40.

Nesse sentido, Häberle afirma que a Constituição é “um espelho da publicidade e da realidade (*Spiegel der Öffentlichkeit und Wirklichkeit*)”. Acrescenta que não só o espelho, mas também a luz. Possuindo, pois, “uma função diretiva eminente”.²⁴¹

Parafraseando Bergson, é necessário “romper o gelo das palavras” e compreender o seu sentido, claro que sem fugir do *bons sens*.²⁴² Assim, pois, atentando-se para a Constituição, sua axiologia, além de sua força normativa e irradiante, passaremos a aferir o que há de diferencial a ser demonstrado pelos métodos e princípios de interpretação específicos.

3.3 Hermenêutica Constitucional – Métodos e Princípios de Interpretação

Pelo diferencial que as normas constitucionais possuem, seja pela carga axiológica, seja pela forma procedimental que surgem, seja pela posição suprema que têm em relação a todas as demais espécies normativas do ordenamento jurídico, passaremos ao detalhamento de alguns métodos e princípios de interpretação constitucional, tendo por base as lições de, Barroso;²⁴³ Canotilho;²⁴⁴ e Mendes, Coelho e Branco.²⁴⁵ Isso não significa que a pesquisa ficou restrita aos mesmos, tanto que se verá adiante a citação de outros autores e de suas ideias.²⁴⁶

Sem embargos às críticas e até mesmo concordando com algumas delas como se verá, em especial com relação a reducionismos da hermenêutica constitucional a metodismos ou principiologismos, preferimos adotar a postura de disseminação da cultura jurídica, mais especificamente relativa a uma maior pluralidade de caminhos e trilhos hermenêuticos a serem seguidos, sempre conscientes de um fato: que a pluralidade de opções a seguir é

²⁴¹ HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 34.

²⁴² GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 64.

²⁴³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁴⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

²⁴⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁴⁶ Sugerimos ademais, a leitura das obras seguintes que também dispõem sobre os métodos e princípios: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 488-524. BULOS, Uadi. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 446-475. CUNHA JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010. p. 215-232.

saudável e irriga ainda mais a compreensão e o pensamento crítico na sua mais elevada agudeza.

Acrescenta-se, ademais, que os métodos e princípios aqui delineados não são *numerus clausus*, podendo ser encontrado na doutrina outros aqui não abordados por entendermos que estão relacionados a outros temas e não especificamente à hermenêutica, como é o caso, por exemplo, do princípio da razoabilidade e proporcionalidade (utilizados na aplicação da regra da ponderação de Alexy) e do princípio da presunção de legitimidade dos atos legislativos (ligado à temática do controle de constitucionalidade das normas).

3.3.1 Métodos Interpretativos Constitucionais

Iniciaremos a descrição com os métodos interpretativos destacando, desde já, que a ordem disposta não interfere na prática a ser seguida quanto ao processo hermenêutico, uma vez que os métodos e princípios se interpenetram e se sobrepõem e, ainda, parafraseando Gadamer, uma das respostas mais adequadas deve ser encontrada contra metodologias rígidas.

Assim, o manejo dos métodos e princípios na prática da hermenêutica, “nem sempre de forma consciente, reflete a conexão – recíproca e constante – entre objeto e método, no caso, entre os diferentes métodos e princípios da hermenêutica constitucional, de um lado, e, de outro, os diferentes conceitos de Constituição”.²⁴⁷

3.3.1.1 Método Jurídico ou Hermenêutico Clássico

Para o *método jurídico*, as formas de interpretar a Constituição são as mesmas utilizadas para a interpretação de uma lei infraconstitucional fazendo, pois, o uso dos métodos tradicionais de hermenêutica, mesclando e utilizando-os conforme a necessidade do caso concreto, a despeito da posição suprema/hierárquica que ocupa a Lei Fundamental.

Os adeptos desse método rechaçam a ideia de desconsiderar o caráter legal da lei, adotando a dogmática da completude. “Interpretar a Constituição é interpretar uma lei. (*Tese da identidade*: interpretação constitucional = interpretação legal)”.²⁴⁸

Conforme sinaliza Canotilho o método se adapta às *posições interpretativistas*, em que os intérpretes da Constituição devem captar o sentido expresso na norma, seja de forma

²⁴⁷ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 92.

²⁴⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1174.

explícita ou, ao menos, claramente implícita. O limite é imposto com fulcro no princípio democrático (valor fundamental da Constituição), em que a decisão interpretativa não deve e nem pode substituir a decisão política legislativa da maioria democrática.²⁴⁹ Ademais, permitir alterações “subterrâneas, de viés interpretativo”, ofenderia o texto da lei constitucional, comprometendo a finalidade estabilizadora, “transformando o Estado de Direito num Estado de Justiça, onde o juiz, em vez de servo, faz-se ‘senhor da Constituição’”.²⁵⁰

No *método jurídico*, segundo Barroso, o papel do intérprete é caracterizado como relativamente simples, uma vez que se parte do pressuposto que a resposta já está contida na norma, estando reservado ao juiz apenas uma função técnica de conhecimento e não um papel de criação do Direito. Nessa senda, a interpretação se desenvolve pela regra da subsunção.²⁵¹

A busca de soluções *ad hoc* através de um emaranhado metodológico realmente não é a forma de se chegar a uma solução adequada à Constituição. Essa forma crê em um alcance da “interpretação correta”, no encontro do “exato sentido da norma” a ser extraído pelo intérprete na própria norma, trabalhando com o texto no “plano meramente epistemológico, olvidando o processo ontológico da compreensão”, deixando de lado, ademais, “a reflexão acerca dos fenômenos que engendram os referidos casos”.²⁵²

Uma concepção totalmente centrada na norma considera a ordem jurídica de modo asséptico e estático, desprezando e falseando seu aspecto evidentemente dinâmico, razão mesma de sua existência que somente se desvela no momento em que as normas são aplicadas.²⁵³

Como se afere, esse método em muito se assemelha aos ideais da filosofia da consciência, de cunho objetivista, vinculando a noção de verdade à conformidade, diante da utopia de um encontro da vontade da lei (*mens legis*), da vontade do legislador (*mens legislatoris*), do espírito da lei, da intenção da lei ou outras nomenclaturas que a criatividade permitir nomear.

²⁴⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1159-1160.

²⁵⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 93.

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 321.

²⁵² STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 69.

²⁵³ AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 11.

Partem da ideologia de que o intérprete deve respeito, no sentido mais forte possível, à ideologia da separação de poderes, onde o legislador é soberano e o juiz é apenas a boca que pronuncia meramente as palavras da lei.²⁵⁴

Ferrenho crítico desse *método jurídico*, Streck²⁵⁵ expõe os malefícios e vícios que o mesmo provoca para o desenvolvimento da hermenêutica jurídica, deixando claro que não se interpreta por fases, métodos ou etapas, sendo necessária sim, e sempre, uma “reflexão filosófica”, rechaçando procedimentos alienantes duros e inflexíveis.

De fato, diante de a norma constitucional possuir hierarquia superior frente às outras demais, não aferimos contrassenso na utilização dos métodos tradicionais hermenêuticos, ao menos em tese. Muito pelo contrário, caso seja necessário o uso para a solução de uma questão posta à análise, não vemos embargo em sua utilização, porém sem amarras e apego a nenhum deles. Entretanto, discordamos da tese da *completude dogmática fechada*, uma vez que os fatores históricos, as pré-compreensões, a dialética, a temporalidade e a faticidade devem ser sempre sopesadas para que se tome a decisão mais adequada para o caso concreto, num ir e vir constante de horizontes, que mesmo inicialmente díspares, dialogam e se fundem.²⁵⁶

3.3.1.2 Método Tópico-Problemático²⁵⁷

Ao contrário do anterior, o *método tópico-problemático* possui caráter de abertura das normas constitucionais, admitindo a indeterminação da lei constitucional, concedendo, pois, preferência à discussão de problemas em virtude dessa abertura quando as mesmas não permitem a solução do caso concreto por mera subsunção, mas sim recorrendo aos tópicos para posterior problematização. Relevante anotar que se usa os *topoi* para a solução das questões, significando aqueles, esquemas de pensamento, raciocínio ou argumentação, enfim,

²⁵⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.

²⁵⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 68-72.

²⁵⁶ Para uma análise mais aprofundada sobre o *método jurídico ou hermenêutico clássico* sugerimos a leitura da defesa do mesmo em face do método científico-espiritual da interpretação realizada por Forsthoff em ANDRADE, José Carlos Vieira de, **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 116 e ss.

²⁵⁷ Com relação ao *método tópico-problemático*, sugerimos para mais especificidades, a leitura da obra: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília, DF: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. Ao prefaciar o livro que traduziu, Ferraz Jr afirma que: “a tópica não é propriamente um método, mas um estilo. [...] um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção deles”. Ainda para maior profundidade recomendamos a leitura do Capítulo 2, “*A tópica e o raciocínio jurídico*” em: ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica – Perelman, Tolmin, MacCormick, Alexy e outros**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002. p. 59-80.

possíveis lugares em comum ou pontos de vista alcançados para posterior problematização e solução a ser tomada, mediante escolha da opção mais adequada.²⁵⁸

A tópica seria, assim, uma arte de invenção (*inventio*) e, como tal, técnica do pensar problemático. Os vários tópicos teriam como função: (i) servir de *auxiliar* para o intérprete; (ii) constituir um *guia de discussão* dos problemas; (iii) permitir a decisão do problema *jurídico* em discussão.²⁵⁹

Por meio desse método, afere-se que o ponto alto se fulcra no pensar. Ao se tratar de tópica, seguindo as pegadas de Heck,²⁶⁰ relevante citar Theodor Viehweg e sua obra *Topik und Jurisprudenz*, datado de 1954. Viehweg esmiúça a tópica e seus objetivos, enfatizando, em apertada síntese, que o ponto mais alto da reflexão sobre a mesma é o que reside do seu objeto que é a “técnica de pensar o problema”.²⁶¹

Segundo as próprias palavras de Viehweg, “o ponto mais importante da tópica constitui a afirmação de que se trata de uma *techne* do pensamento que se orienta para o problema”, entendo este como toda e qualquer questão que admita mais de uma resposta, o que requer do intérprete conhecimentos abertos e preliminares.²⁶²

Entretanto, adverte Canotilho sobre o perigo de casuísmos sem limites mediante o uso desordenado de *topoi*, alertando que “a interpretação não deve partir do problema para a norma, mas desta para os problemas”, preservando, pois, a primazia da norma.²⁶³

Os adeptos desse método partem do pressuposto de que a Constituição é um sistema aberto de regras e princípios, admitindo grande diversidade de interpretações, ou seja, diante de um problema posto à análise, pode haver mais de uma resposta inicialmente possível, sendo necessário recorrer à tópica para se chegar a um consenso da decisão mais adequada aos preceitos constitucionais.²⁶⁴

Heck realça os conceitos trazidos por Viehweg segundo os quais *a tópica precisa somente mostrar uma vez, como se acha premissas, enquanto a lógica as toma e trabalha.*

²⁵⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1175.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 1175.

²⁶⁰ HECK, Luís Afonso. Hermenêutica da constituição econômica. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, DF, ano 29, n. 113, p. 428, 1992.

²⁶¹ *Ibid.*, p. 428.

²⁶² VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília, DF: Ministério da Justiça co-edição com a EdUnb, 1979. p. 34-35.

²⁶³ CANOTILHO, op. cit., p. 1175-1176.

²⁶⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 94.

Assim, conclui que *a Tópica corrige a Lógica*, visto que aquela problematiza as premissas, estabelecendo uma correta relação entre as mesmas e a conclusão, resultando em um argumento lógico mais correto, visto que essa lógica é ligada diretamente à relação entre premissas e conclusão.²⁶⁵

Dito de outro modo, a tópica revela como se encontram as premissas; e a lógica, por sua vez, recebe-as e as elabora. No entanto, finaliza Viehweg realçando que “coisa distinta de legitimar ou de provar uma premissa é demonstrá-la ou fundamentá-la. Esta última é uma questão puramente lógica”, pois, total dedutiva. Diferente do que ocorre com a tópica, visto que ao se manter vinculada ao problema, deve “manter a redução e a dedução a limites modestos”.²⁶⁶

Pondera Coelho que diante da abertura textual e material dos enunciados da Constituição, bem como de seu pluralismo axiológico enquanto objeto hermenêutico, ela se mostra mais problemática do que sistêmica, fato implicador da necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar como válidos, até convencimento em sentido contrário pelo melhor argumento, todos os *topoi* que, racionalmente, forem trazidos pela comunidade hermenêutica.²⁶⁷

Nessa senda, a interpretação jurídica é uma tarefa essencialmente prática, e tendo as normas constitucionais estrutura “*aberta, fragmentária e indeterminada*”, decorre daí que sua efetivação exige, necessariamente, o protagonismo dos intérpretes/aplicadores, transformando a *leitura* constitucional num processo *aberto de argumentação*”, em que participam todos os operadores da Constituição.²⁶⁸

Bonavides faz um elo comparativo desse método com os métodos clássicos de interpretação de Savigny ressaltando a necessidade de hidratação que já era latente no sistema hermenêutico, especialmente no que pertine às normas constitucionais, diante da necessidade de uma análise mais percuciente e escorreita, tendo em vista os valores sociais e políticos negligenciados quando se utiliza meramente *o emprego da hermenêutica tradicional*.²⁶⁹ Assim, arremata o autor:

²⁶⁵ HECK, Luís Afonso. *Hermenêutica da constituição econômica*. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, DF, ano 29, n. 113, p. 428, 1992.

²⁶⁶ VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília, DF: Ministério da Justiça co-edição com a EdUnb, 1979. p. 43.

²⁶⁷ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 95.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 95.

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. **Revista do Curso de Direito**, Fortaleza, n. 22, p. 68, jul./dez. 1981.

[...] A tópica parece haver chegado assim na hora exata, quando mais prementes e angustiantes exigências metodológicas põe claramente a nu o espaço em branco deixado pela hermenêutica constitucional clássica, característica do positivismo lógico-dedutivo.²⁷⁰ [...] A tópica representa, enfim, o tronco de onde partem na Alemanha as direções e correntes mais empenhadas em renovar a metodologia contemporânea de interpretação das regras constitucionais.²⁷¹

O método aqui descrito está intrinsecamente relacionado com o ideal de Häberle no que tange à sua teoria de Sociedade Aberta de Intérpretes da Constituição. A sua tese propõe, em síntese, que: “no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição”. Isso decorre do fato de que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, ao menos, co-interpretá-la, seja direta ou indiretamente.²⁷²

Trata-se de abrir-se ao diálogo, ao diferente, às posições díspares, a deslocar-se para outros horizontes, não significando submissão de padrões próprios, mas sim submissão a uma dimensão de universalidade mais elevada porque compartilhada e aberta. Só se tem a ganhar, uma vez que somar horizonte “quer dizer sempre aprender a ver além do que está próximo, [...] em um todo mais amplo e com critérios mais justos”.²⁷³

3.3.1.3 Método Hermenêutico-Concretizador

A pré-compreensão é condição de possibilidade do *método hermenêutico-concretizador*, muito embora a atividade interpretativa deva permanecer vinculada à norma. Dessa forma, mesmo com a Constituição, não se foge à regra. Assim, a interpretação dependerá da pré-compreensão que o intérprete possui sobre a Lei Fundamental.

No fundo, este método vem realçar e iluminar vários pressupostos da tarefa interpretativa: (1) os pressupostos subjectivos, dado que o intérprete desempenha um papel criador (pré-compreensão) na tarefa de obtenção de sentido do texto constitucional; (2) os pressupostos objectivos, isto é, o *contexto*, actuando o intérprete como operador de mediações entre o texto e a situação em que se aplica; (3) relação entre o *texto e o contexto* com a

²⁷⁰ BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. *Revista do Curso de Direito*, Fortaleza, n. 22, p. 68, jul./dez. 1981.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 70.

²⁷² HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 13.

²⁷³ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 403.

mediação criadora do intérprete, transformando a interpretação em <<movimento de ir e vir>> (círculo hermenêutico).²⁷⁴

Segundo Canotilho, esse método resolve o perigo existente no método tópico-problemático, uma vez que enquanto este último admite o foco no problema perante a norma, o método concretizante firma o primado no texto constitucional em face do problema posto.²⁷⁵

Todavia, mesmo ciente de que se deve primar pelo texto constitucional de forma vinculativa, não se pode olvidar sobre o que esteja ocorrendo de conflito entre o direito e a realidade constitucionais, “porque a condição de possibilidade para o desenvolvimento do direito não é outra senão a dissolução do isolamento entre *Constituição e realidade*”, pois as normas são destinadas e relacionadas com as particularidades da vida concreta.²⁷⁶

Coelho assevera que por meio deste método a leitura de qualquer texto normativo, apesar de iniciar pela pré-compreensão do intérprete/aplicador, ao fim e ao cabo, dever-se-á resolver o caso “à luz da *Constituição* e não segundo critérios pessoais de justiça”, sendo este o limite da concretização, sem perder de vista a realidade a regular, ou seja, apoiado nas descobertas de Gadamer: “*aplicar o direito significa pensar, conjuntamente, o caso e a lei, de tal maneira que o direito propriamente dito se concretize*”.²⁷⁷

Barroso entende que o intérprete realmente possui papel de destaque nesse método, “pois sua pré-compreensão do mundo, do Direito e da realidade imediata irá afetar o modo como ele irá apreender os valores da comunidade”, fato que intervirá na interpretação constitucional. É certo que a norma jurídica não é o relato abstrato contido no texto legal, mas sim “produto da integração entre texto e realidade”, devendo, pois, o intérprete, com base em valores éticos os mais elevados da sociedade, atualizar o sentido das normas constitucionais (interpretação evolutiva) e “produzir o melhor resultado possível para a sociedade”, daí sim realizará uma interpretação constitucional *concretizadora* (com interação entre o sistema, o intérprete e o problema) e, ao mesmo tempo, *construtiva* (ultrapassando a mera letra da lei).²⁷⁸

Porém, cabe a ressalva sobre a possível confusão de significado de pré-compreensão e preconceito ou opinião, uma vez que estas últimas é que têm conteúdo tipicamente subjetivo. Quando se fala em pré-compreensão ligada à hermenêutica, a referência para que se recorra

²⁷⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1176.

²⁷⁵ *Ibid.*, p. 1176.

²⁷⁶ SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000. p. 357.

²⁷⁷ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96.

²⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 310-311.

ao seu significado é Heidegger. Até mesmo Gadamer, na construção de sua hermenêutica filosófica que se utiliza do pressuposto da pré-compreensão, ressalta que o seu significado é uma descoberta heideggeriana.²⁷⁹

Pré-compreensão é compreender, pois, de nível hermenêutico-estruturante; ao contrário de entender, que é de nível lógico-argumentativo. Quando se afirma que a hermenêutica é contra o método, não se trata de todo e qualquer método, mas sim o “método acabado e definitivo” que o subjetivismo epistemológico construiu, “*filosofia não é lógica*”.²⁸⁰

Quando se critica a pré-compreensão, não é difícil perceber o apego a métodos e que a dogmática jurídica busca encontrar, na interpretação da lei, a essência das palavras, como uma tendência de retorno à “jurisprudência dos conceitos” de modelos já acabados, como um dicionário²⁸¹ de resolução para todos os casos, sejam fáceis, difíceis ou outros adjetivos que ainda venham se somar como forma de *neologizar* os casos concretos e as resoluções com fórmulas prontas.

Ressalta Streck que Heidegger já criticava qualquer falácia sobre uma suposta “filosofia da linguagem”, uma vez que demonstrou que o enunciado é um modo derivado da interpretação, que por sua vez foi possibilitada por uma [pré] compreensão existencial. No parágrafo 34 de *Ser e tempo* há a afirmação: “*das significações brotam as palavras; estas, porém, não são coisas dotadas de significados*”. Resta claro que as palavras servem como instrumento para significar as coisas já dimensionadas pela pré-compreensão,²⁸² e aqui o Direito Constitucional. Segue Streck: “Nessa medida, a questão da significância, da estrutura prévia do enunciado e da constituição existencial (prévia) da compreensão são as questões nucleares para a correta introdução ao problema da pré-compreensão e sua relação com a verdade”.²⁸³ Ressalta Gadamer, “o ser que pode ser compreendido é linguagem”.²⁸⁴

Coelho também expressa a dificuldade em produzir resultados consistentes por meio de uma proposta hermenêutica porque a pré-compreensão do intérprete pode distorcer a realidade e o sentido da norma constitucional, porém afirma que os adeptos do método hermenêutico-concretizador garantem que quando o mesmo é utilizado corretamente enseja concretizações controláveis. Aduz, entretanto, que toda pré-compreensão possui algo de

²⁷⁹ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 354.

²⁸⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 232-234.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 235.

²⁸² *Ibid.*, p. 235.

²⁸³ *Ibid.*, p. 235.

²⁸⁴ GADAMER, *op. cit.*, p. 612.

irracional, deixando os adeptos a dever algum “*critério de verdade* que lhes avalize as interpretações”.²⁸⁵

As críticas a esse método, como se afere, giram em torno de que as pré-compreensões teriam/têm conteúdo subjetivo que conduz a decisionismos e arbitrariedades. Gadamer²⁸⁶ expõe a problemática aliando-se às ideias de Heidegger de que toda interpretação correta tem que se proteger da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, arrematando que a compreensão do que há no texto “consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido”, de forma que projetos “rivais” possam estar lado a lado na análise e na revisão de sentido, com a ciência de que:

[...] a interpretação comece com conceitos prévios que serão substituídos por outros mais adequados; justamente todo esse constante reprojeter que perfaz o movimento do sentido do compreender e do interpretar é o processo descrito por Heidegger. Quem busca compreender está exposto a erros de opiniões prévias²⁸⁷ que não se confirmam nas próprias coisas. [...] A compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias com as quais inicia não forem arbitrárias. Por isso, faz sentido que o intérprete não se dirija diretamente aos textos a partir da opinião prévia que lhe é própria, mas examine expressamente essas opiniões quanto à sua legitimação, ou seja, quanto à sua origem e validade.²⁸⁸

O certo é que não há como se falar em conhecimento, compreensão e interpretação sem a pré-compreensão, pois toda e qualquer investigação ou análise tem que partir de algo pré-concebido. Cabe aqui recordar Ortega y Gasset quando afirma que: “O homem nunca começa do zero e sim apoiado na experiência e no legado das gerações anteriores, que lhe transmitem sua cultura, sua técnica, seus usos sociais, etc”.²⁸⁹

O dilema sobre a racionalidade/irracionalidade e objetividade/subjetividade da pré-compreensão é um problema a ser enfrentado e combatido pelos adeptos do método hermenêutico-concretizador, a fim de reduzir qualquer carga de subjetividade que a nenhuma sociedade interessa na busca da verdade mais adequada à Constituição.

²⁸⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 96-97.

²⁸⁶ GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 355-356.

²⁸⁷ Entretanto, entendemos que apesar de ter sido colacionado *ipsis literis* como consta na obra utilizada, com todo o respeito ao tradutor, onde se lê *opiniões prévias/opinião prévia/opiniões deve-se ler pré-compreensões/pré-compreensão/compreensão*.

²⁸⁸ Ibid., p. 355-356.

²⁸⁹ KUJAWSKI, Gilberto de Melo. **Ortega y Gasset**: a aventura da razão. São Paulo: Moderna, 1994. p. 53.

3.3.1.4 Método Científico-Espiritual

Através do *método científico-espiritual*, a interpretação deve buscar demonstrar, em todos os casos, o conteúdo axiológico intrínseco e último da norma constitucional, o seu “espírito” que está por detrás, nas entrelinhas, na profunda agudeza do texto da lei, tendo como base de sustentação do método a Constituição como instrumento de integração. Coelho sintetiza:

[...] o que dá sustentação material ao método científico-espiritual é, [...] a ideia de Constituição como instrumento de *integração*, em sentido amplo, [...], não apenas do ponto de vista jurídico-formal, enquanto norma-suporte e fundamento de validade do ordenamento, segundo o entendimento kelseniano, por exemplo, mas também [...], em perspectiva política e sociológica, enquanto instrumento de regulação (= absorção/superação) de conflitos e, por essa forma, de construção e de preservação da unidade social.²⁹⁰

Esse método deve levar em conta bases de valoração subjacentes ao texto constitucional, combinando o sentido e a realidade da Constituição como elemento de integração. Nessa senda, a interpretação visa não diretamente dar a resposta ao sentido dos conceitos do texto, mas descortinar o sentido e a realidade da lei constitucional, articulando-a com a integração espiritual real da comunidade.²⁹¹

Trata-se de método que busca encontrar o real sentido substancial da Constituição, em especial utilizando-se de princípios jurídicos abertos como *justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade*, dentre outros fluidos, em que se adere a um fundamentalismo valorativo (introspectando a ordem de valores como a melhor teoria), com fulcro em uma “leitura ética” da Constituição.²⁹²

Os adeptos desse método afirmam ser da busca do *espírito* da Constituição que se comprova a constante vivacidade da mesma, uma vez que como se trata de um “fenômeno espiritual em permanente configuração, no âmbito de um processo que pode ser valorado, indistintamente, como progresso ou como deformação”, o Estado é uma real(idade) que só existe por meio dessa revivescência contínua.²⁹³

²⁹⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 97.

²⁹¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1177.

²⁹² *Ibid.*, p. 1161-1162.

²⁹³ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 98.

Assim, considerando o *Direito Constitucional* como a normatização das possibilidades e funções próprias do mundo do espírito, o intérprete tem que rechaçar a ideia de *Constituição como um momento estático e permanente da vida do Estado*, entendendo-o como dinâmico, que se renova de acordo com as transformações da realidade que regula. Como consequência, a interpretação das normas constitucionais tende a ser extensiva e flexível, tendo em vista as características de seus enunciados, elaborados de forma a possibilitar a autotransformação, regeneração e preenchimento de lacunas, o que denota que a integração possui valor supremo nesse método. Entretanto, pondera Coelho que: “impõe compensar esses excessos integracionistas reafirmando, uma vez mais, a *dignidade humana* como premissa antropológico-cultural do Estado de Direito e valor de toda a experiência ética”.²⁹⁴

3.3.1.5 Método Normativo-Estruturante

O idealizador do *método normativo-estruturante* foi Friedrich Müller, tendo como base de sustentação o fato de que a normatividade de uma lei não é encontrada no seu texto em sua literalidade, mas sim no desenvolvimento da concreção da norma diante de casos postos à análise por meio de seus intérpretes.

Coelho, sobre o *método normativo-estruturante*, em apertada síntese, ressalta que:

Na tarefa de concretização da norma constitucional, o intérprete-aplicador deve considerar tanto os elementos resultantes da interpretação do programa normativo, quanto os decorrentes da investigação do domínio normativo a que correspondem na doutrina tradicional, respectivamente, a norma propriamente dita e a situação normada, o texto e a realidade social que o mesmo intenta.²⁹⁵

Esse método encontra seu amparo nos enunciados de Müller, em especial quando o autor afirma que: *uma norma jurídica é mais que o seu teor literal*, traçando uma linha que separa o texto da lei com a norma que dela emana, afirmando que há possibilidade plena de que de um mesmo texto possa advir mais de uma norma.²⁹⁶

Nesse passo, a Constituição contém apenas formas preliminares das normas constitucionais, ou seja, os seus textos. Assim, a norma constitucional concreta deve ser

²⁹⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 98-99.

²⁹⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 90.

²⁹⁶ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 123 e 195.

produzida em cada decisão jurídica (seja ela administrativa, legislativa ou jurisdicional), tendo, pois, um conceito complexo, composto de programa e âmbito (área) da norma.²⁹⁷

O *programa da norma* deve ser elaborado por meio de todas as determinantes de concretização das leis, desde os métodos tradicionais de hermenêutica (gramatical, histórico, teleológico, sistemático, etc.) até diferentes formas interpretativas de outras áreas de Direito nacional e comparado. No que tange ao(à) *âmbito (área) da norma*, este(a) é tido(a) como parte integrante da prescrição jurídica, devendo ser identificado(a) empiricamente,²⁹⁸ expressar o “recorte da realidade social na sua estrutura básica que o programa da norma ‘escolheu’ para si ou em parte ‘criou’ para si como seu âmbito de regulamentação”; e pertencer ao mesmo grau hierárquico do programa da norma, com *status* de entidade jurídica, apesar de poder ser ou não gerado pelo Direito.²⁹⁹

Colocando a temática de outra forma, o *método normativo-estruturante*, a partir da premissa da implicação necessária entre *programa e âmbito* normativo, bem como entre os preceitos jurídicos e realidade que desejam regular, passa-se a ideia de que a normatividade teria se afastado dos textos, buscando apoio fora do regramento. Portanto, esta normatividade seria resultado de dados extralinguísticos de tipo estatal-social; da atualidade efetiva do ordenamento constitucional perante a sociedade analisada empiricamente não encontradas, pois, no texto da norma. O intérprete, por consequência, com o apoio dos meios metódicos auxiliares, é que, efetivamente, regulamenta o caso concreto, e não o texto da lei.³⁰⁰

Canotilho traça sete postulados básicos do método: 1) tem a tarefa de investigar as *funções de realização do direito constitucional*; 2) está ligada à solução de problemas práticos; 3) a preocupação com a estrutura e texto das normas tem relação com a conexão da concretização normativa e com as funções jurídico-práticas; 4) para compreender a estrutura da norma é decisivo *separar norma e texto normativo*; 5) o texto da lei é apenas parte da descoberta do *iceberg* jurídico, sendo este, em geral, *o programa normativo*; 6) além do texto, a norma abrange um <<*domínio normativo*>>, ou seja, <<*um pedaço de realidade social*>> “que o programa normativo só parcialmente contempla”; 7) a *concretização normativa* deve

²⁹⁷ MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 123-125.

²⁹⁸ Ibid., p. 195.

²⁹⁹ MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Trad. Peter Nawman. 2. ed. São Paulo: Max limonad, 2000. p. 57.

³⁰⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 99-100.

utilizar dois elementos: a) um resultante da interpretação do texto da norma; b) outro, proveniente da “investigação do referente normativo (domínio ou região normativa)”.³⁰¹

3.3.1.6 Método da Comparação Constitucional

Lado a lado com os métodos gramatical, lógico, histórico e sistemático desenvolvidos por Savigny, o *método comparatista constitucional* é defendido por Häberle como devendo ser o quinto método de interpretação de todo o Direito ou, ao menos, do Direito Constitucional que demanda espécies diferenciadas, ou seja, na interpretação constitucional deve o aplicador analisar o Direito comparado, em especial a jurisprudência das Cortes Constitucionais estrangeiras para aproximar-se da solução mais adequada.

Na visão desse método, afere-se uma intenção/tendência transnacional de garantia de preceitos constitucionais, fundados nos dogmas dos direitos de liberdade, igualdade e fraternidade, tendo como pilar de sustentação o respeito à dignidade da pessoa humana.³⁰²

Para Häberle, o reconhecimento de direitos humanos universais é o ponto de partida para a integração entre os Estados. A partir desse parâmetro, entende o autor que o método comparativo não só pode como deve ser utilizado pelos intérpretes, sem menoscabo ao multiculturalismo, conforme se pode evidenciar quando afirma que: "Sin importar lo que se piense de la sucesión de los métodos tradicionales de la interpretación, en el Estado constitucional de nuestra etapa evolutiva la comparación de los derechos fundamentales se convierte en ‘quinto’ e indispensable método de la interpretación".³⁰³

Aduz que o método comparatista deve utilizar o diálogo como fio condutor de ligação e interação entre as constituições de forma a fortalecer a ideia de um único tipo de Estado Constitucional em que todos os indivíduos sejam protegidos, desimportando circunstâncias de espaço e tempo.³⁰⁴

Coelho entende ser forçoso considerar o método comparatista como autônomo de interpretação constitucional, apesar de reconhecer suas virtualidades hermenêuticas. Justifica seu posicionamento pelo fato de que, na análise do Direito comparado, o intérprete buscará

³⁰¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1177.

³⁰² É o que podemos também somar com a leitura da obra de HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

³⁰³ HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 162.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 163.

pontos comuns e divergentes em um estudo paralelo das normas constitucionais para firmar entendimento e posterior confronto. Assim, os comparatistas irão utilizar os mesmos métodos dos constitucionalistas. Daí não se poder falar na independência do *método comparativo*, “quando muito será um recurso a mais, entre tantos outros, a ser utilizado pelo intérprete da Constituição para otimizar seu trabalho hermenêutico”.³⁰⁵

Em apertada síntese, o método da comparação constitucional alia os métodos da interpretação propostos por Savigny ao Direito comparado com a finalidade de buscar em vários ordenamentos jurídicos a melhor direção interpretativa das normas constitucionais de um Estado,³⁰⁶ de forma a otimizar a concretude da norma mais adequada ao caso concreto.

3.3.2 Princípios Hermenêuticos Constitucionais

A Constituição é um sistema aberto de regras e princípios com força normativa. Dentre os princípios, alguns servem como vetor de *toda* interpretação jurídica, cabendo destacar que os mesmos são implícitos diante da sistemática do ordenamento jurídico brasileiro. Reiteramos, vinculam *toda* interpretação jurídica, tendo em vista que a Constituição é *suprema*, sendo que qualquer norma que for contrária ao que emana de seus princípios é ilegítima e inconstitucional, desobrigando subordinação à disposição.

Diante da relevância temática, passaremos a analisar os princípios instrumentais da interpretação constitucional.

Antes, porém, ressalta-se que o emprego da nomenclatura *princípio*, refere-se ao que antecede, ou seja, ao que deve ser analisado *a priori* pelo intérprete em seu trabalho intelectual, *não* se referindo ao conteúdo, estrutura ou aplicação mediante a *regra da ponderação*. Por fim, nenhum deles consta expressamente no texto constitucional, mas não são questionados, seja pela doutrina ou jurisprudência.³⁰⁷

Outra observação a ser feita é que a exemplo dos métodos de interpretação, os princípios também podem e/ou devem ser aplicados conjuntamente. Sobrepõem-se e interligam-se, seja com outros princípios, seja com outros métodos, bastando que o intérprete entenda ser compatível.

³⁰⁵ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 101.

³⁰⁶ BULOS, Uadi. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 458.

³⁰⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 322.

3.3.2.1 Princípio da Unidade da Constituição

O princípio da unidade da Constituição age especialmente para evitar contradições, visto que a Lei Fundamental deve ser sempre interpretada de forma a evitar todo e qualquer tipo de antinomia e antagonismos entre suas próprias normas, entre sua norma e norma infraconstitucional e entre normas infraconstitucionais. Enfim, o princípio tem a finalidade de preservar todo o sistema jurídico como uma unidade.

A Constituição é que dá unidade a todo o sistema jurídico, irradiando seus princípios a todas as searas infraconstitucionais. Portanto, o princípio da unidade é que fundamenta a interpretação sistemática, tendo como parâmetro o respeito à supremacia da Constituição.³⁰⁸

O princípio referido serve como “ponto de orientação, guia de discussão e factor hermenêutico de decisão que obriga o intérprete a considerar a constituição em sua globalidade”,³⁰⁹ procurando harmonizar tensões existentes entre normas constitucionais a concretizar. Assim, o aplicador jamais deverá considerar as normas isoladamente, mas como preceitos integrados “num sistema interno unitário de normas e princípios”.³¹⁰

Afirma Barroso que o grande dilema não se refere a conflitos entre normas infraconstitucionais ou entre estas e a Constituição, mas sim entre disposições da própria Lei Fundamental. Nesse último caso, deve-se partir de algumas premissas básicas: a primeira é a de que não há hierarquia entre normas constitucionais; a outra, que não poderá ser declarada a inconstitucionalidade de uma norma constitucional em face da outra do mesmo texto da Constituição em análise. A partir disso, poderá o intérprete: a) promover “a *concordância prática* entre os bens jurídicos tutelados, preservando o máximo possível de cada um”; b) “recorrer a categorias como a teoria dos limites determinantes” (os direitos de uma das partes limitam-se pelo exercício do direito do *alter* – compatibilidade para o exercício dos direitos em concomitância); ou, até mesmo, c) aplicar a regra da ponderação, “com concessões recíprocas e escolhas”.³¹¹

Com a aplicabilidade imediata desse princípio, o intérprete pode afastar aparentes conflitos ou contradições alegadas, posto que:

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 326.

³⁰⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1186-1187.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 1186-1187.

³¹¹ BARROSO, op. cit., p. 327-328.

[...] a Constituição só pode ser compreendida e interpretada corretamente se nós a entendermos como unidade, do que resulta, por outro lado, que em nenhuma hipótese devemos separar uma norma do conjunto em que ela se integra, até porque – relembre-se o *círculo hermenêutico* – o sentido da parte e o sentido do todo são interdependentes.³¹²

Através do princípio da unidade resta patente que qualquer interpretação jurídica deve tê-lo como suporte, uma vez que ele estampa a unidade de todo o sistema jurídico, bem como denota a consequência de não aplicabilidade de qualquer norma que saia do raio de irradiação dos preceitos constitucionais, descortinando a solução hermenêutica de preservação da integridade não só da Constituição, mas de todo o ordenamento jurídico.

3.3.2.2 *Princípio do Efeito Integrador*

Muitas vezes atrelado ao princípio da unidade, há o *princípio do efeito integrador*, que, em síntese, significa que na resolução de questões jurídico-constitucionais, o intérprete deve privilegiar critérios que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, já que a Constituição é o principal corpo de integração comunitária. Afirma ainda Canotilho, que o princípio não tem concepção integracionista de Estado e da sociedade “(conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflituosidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras”.³¹³

3.3.2.3 *Princípio da Máxima Efetividade; da Eficiência; ou da Interpretação Efetiva*

Diante do que já foi analisado supra, o *princípio da máxima efetividade* é decorrência direta da força normativa da Constituição bastante decantada, reafirmada e ratificada. O intérprete, pois, no seu trabalho hermenêutico circular, deve ter em mente que as normas constitucionais devem ser efetivadas em seu maior grau em toda e qualquer interpretação, enfim, maior operatividade concreta.

Os atos jurídicos são analisados a partir de planos clássicos: existência, validade e eficácia. Entretanto, mesmo pouco antes da promulgação da Constituição em 1988 e durante toda a sua vigência, um quarto plano exsurge, consolidando, de forma irrefutável, o plano da

³¹² MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 107.

³¹³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1187.

efetividade na apreciação das normas constitucionais, onde o mesmo significa a real atuação da norma, fazendo prevalecer, no mundo dos fatos, os valores e interesses tutelados de forma concreta. Sob essa premissa o intérprete deve estar comprometido com a efetividade da Constituição, o que segundo Barroso³¹⁴ significa: “entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento de não autoaplicabilidade da norma ou de omissão do legislador”.

A interpretação em respeito ao princípio da máxima efetividade significa que a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que lhe dê a maior eficácia possível, em especial, quando pairarem dúvidas com relação a direitos fundamentais, deve-se optar pela maior eficácia destes.³¹⁵

Quando se enfatiza a máxima efetividade e eficácia, subliminarmente fica claro que a interpretação, em especial no que se refere a direitos fundamentais, deve ser extensiva, porém alerta Coelho para a não alteração do conteúdo da norma. Ademais, sugere o autor que, em se tratando de choque de direitos fundamentais entre dois indivíduos, o intérprete concilie o princípio da *máxima efetividade* com os princípios da *unidade da Constituição* e o da *harmonização*.³¹⁶

3.3.2.4 Princípio da “Justeza”;³¹⁷ da Conformidade Funcional; ou da Correção Funcional

A *conformidade funcional* é mais um princípio que procura assegurar a repartição de competências delimitadas constitucionalmente, orientando o intérprete para que não *saia das raias* de sua competência e invada a competência de outra entidade federativa, vindo a causar uma perturbação em todo o sistema organizatório político instaurado, em especial verticalmente, no Estado de Direito.

Canotilho sintetiza: “o *princípio da conformidade constitucional* tem em vista impedir, em sede de concretização da constituição, a alteração da repartição de funções

³¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 329.

³¹⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1187.

³¹⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112.

³¹⁷ CANOTILHO, op. cit., p. 1187.

constitucionalmente estabelecidas”. Aduz que é um princípio a ser observado em especial pelo Tribunal Constitucional nas relações com o Executivo e Legislativo.³¹⁸

Também um princípio derivado da unidade da Constituição (cânone hermenêutico), Coelho afirma que o princípio possui grande relevo no controle de constitucionalidade das leis e nas relações em torno do mesmo, isto é, entre Judiciário e Legislativo, que não raras vezes entram em conflito quanto às interpretações. No entanto, apesar dos legisladores arguirem a sua legitimidade democrática, ressalte-se que há notícias de acusação aos agentes políticos do Poder Judiciário de “agirem irracionalmente, com faccionismo ou predisposição”.³¹⁹

O certo é que, de fato, o princípio da conformidade funcional deve ser respeitado pelos intérpretes no sentido de manter incólume a repartição de funções estabelecidas constitucionalmente para a salutar realização da ordem, progresso e desenvolvimento pacífico do Estado Democrático de Direito.

3.3.2.5 Princípio da Concordância Prática ou da Harmonização

Quando se verificam direitos fundamentais em conflito, o *princípio da concordância prática ou da harmonização* é imprescindível para guiar a interpretação, uma vez que o mesmo impede o sacrifício de um direito em detrimento de outro, sugerindo ao aplicador a utilização da harmonização dos direitos de forma que as partes em conflito possam exercê-los simultaneamente.

Cabe destacar que a utilização do referido princípio não pode se separar de outros já detalhados, como é o caso dos princípios *da unidade e do efeito integrador*. Canotilho expressa que o campo de eleição desse princípio tem sido mais precisamente quando estão em conflito direitos fundamentais, mesmo que apenas em um dos lados, enfatizando que não se poderá estabelecer hierarquia entre normas constitucionais.³²⁰

Ligado ao princípio da unidade da Constituição, o *da harmonização* consiste no fato de que o aplicador, ao se deparar com situação de conflito de normas constitucionais, deverá adotar a postura de realizar o exercício de direito por ambas as partes,³²¹ na medida da possibilidade. Uma coisa é certa: não deverá sacrificar um direito constitucional em detrimento de outro.

³¹⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1187-1188.

³¹⁹ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109.

³²⁰ CANOTILHO, op. cit., p. 1188.

³²¹ MENDES; COELHO; BRANCO, op. cit., p. 106.

3.3.2.6 Princípio da Interpretação Conforme a Constituição

Conforme Barroso, o princípio foi desenvolvido amplamente pela doutrina e jurisprudência alemãs, destinando-se à preservação de validade de normas infraconstitucionais, bem como pela atribuição de sentido sobre o qual essas normas devem ser interpretadas, ou seja, em consonância com os preceitos constitucionais. Trata-se, pois, simultaneamente, de uma “técnica de interpretação e um mecanismo de controle de constitucionalidade”.³²²

Como técnica de interpretação, deve-se optar sempre pela mais adequada aos valores e fins constitucionais, mesmo que seja necessário realizar uma interpretação extensiva. Já no mecanismo de controle de constitucionalidade, o intérprete deverá primar pela preservação da norma, declarando inconstitucional(is) a(s) forma(s) de interpretação(ões) que não se coaduna(em) com a Constituição, afirmando a(s) interpretação(ões) válida(s). Em todos os casos ocorrerá sem redução de texto.³²³

Cabe destaque que o fato de se dever preservar a lei, não significa que a mesma seja *salva a qualquer custo, muito menos da Constituição, nem contrariar o sentido inequívoco da lei para constitucionalizá-la de qualquer forma*, agir dessa forma seria como inverter os papéis, isto é, interpretar a Constituição conforme a lei, o que seria contrassenso. Ademais, estar-se-ia criando uma norma, pois, legislando e, em sede de controle de constitucionalidade se deve agir como “legisladores *negativos*”.³²⁴

Em muitos casos os intérpretes se deparam com atos normativos que possuem termos polissêmicos, de conceitos fluidos e abertos. Nessa toada, seria incongruente declarar a inconstitucionalidade de uma lei quando, apesar da mesma poder ser interpretada de acordo com a Suprema Carta, houver interpretações inconstitucionais da mesma norma.

Assim sendo, a interpretação de qualquer espécie normativa em conformidade com a Constituição é o meio que os intérpretes possuem para neutralizar as interpretações que violem a lei suprema, determinando qual a alternativa interpretativa conducente a um juízo de compatibilidade do ato normativo com a Constituição.³²⁵

³²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 325.

³²³ *Ibid.*, p. 325.

³²⁴ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112-113.

³²⁵ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 924.

Coelho pondera que esse *princípio da interpretação conforme a Constituição* reforça o princípio da unidade e o princípio da correção funcional.³²⁶ Com relação a este último, em razão do problema que estamos enfrentando, entendemos de grande importância abrir um parêntese.

Todas as espécies normativas infraconstitucionais, para que sejam legítimas, inicialmente devem passar pelo filtro de constitucionalidade. Membros do Poder Legislativo e, em especial, do Poder Executivo vêm extrapolando suas competências normativas, editando regras que desrespeitam os mais mezinhos direitos dispostos na Constituição fazendo com que meras disfunções de competência precisem ser declaradas pelo Poder Judiciário, elevando a crise da confiança no Executivo e a crise da legalidade que vem se aquebrantando em face da irracionalidade despótica de agentes políticos, ou até mesmo omissão na realização de atos para dar efetividade ao que reza a Lei Maior.

Voltaremos à temática no próximo capítulo, porém, desde já, fiquem as palavras de Streck sobre a compreensão da especificidade do campo jurídico que implica, necessariamente, entendê-la como “*mecanismo prático que provoca mudanças na realidade*. No topo do ordenamento, está a Constituição. Esta Lei Maior deve ser entendida como *algo-que-constitui-a-sociedade, é dizer, a constituição do país depende de sua Constituição*”.³²⁷

³²⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 112.

³²⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 270.

4 A SUPERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM PROVEITO DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO: CONSOLIDANDO A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Neste capítulo abordaremos os reflexos da força normativa da Constituição, esta entendida como sistema de regras e princípios que irradiam sua axiologia por toda a razão de ser do ordenamento jurídico brasileiro, devendo nortear toda a atuação do Estado no exercício das três funções integradoras (Executivo, Legislativo e Judiciário) e que infirmam a estabilidade e segurança da sociedade no Estado Democrático de Direito.

A temática terá início, fixando-se nos efeitos do movimento de constitucionalização do Direito, vetor este escorreito e legítimo, supedaneada nos cânones hermenêuticos já analisados nos capítulos antecedentes a serem seguidos por todos os intérpretes na aplicação das normas de qualquer área jurídica. Em especial, abordaremos o desenvolvimento analítico crítico dos efeitos da constitucionalização do Direito Administrativo no que tange ao princípio da legalidade; na dicotomia de classificação dos atos administrativos em ato vinculado *versus* ato discricionário, bem como no direito fundamental dos administrados à boa administração pública.

4.1 A Constitucionalização do Direito (Neoconstitucionalismo!?)

Como se demonstrou no primeiro capítulo, a história foi marcada por uma *ode à legalidade* que atravessou fronteira secular, desembocando no movimento intitulado de Positivismo Jurídico, sob os dogmas da completude do ordenamento jurídico e da ingênua neutralidade utópica dos intérpretes das normas.

Cabe destaque aqui a afirmação de Grau que ratifica a ingenuidade de se conceber a completude jurídica da norma apenas em seu texto expresso, quando o autor afirma que o *Direito é alográfico*, ou seja, a interpretação, aplicação e concretização do Direito não se restringem ao texto das normas: deve-se ir dos textos aos fatos e, em seguida, à norma da decisão, trata-se de nova expressão dada pelo intérprete com caráter constitutivo e não somente declaratório.³²⁸

A lei como epicentro do sistema jurídico perdurou até poucos anos após a Segunda Guerra Mundial, a qual passou a ser questionada diante dos massacres havidos e “legitimados” por lei. A normatividade constitucional veio aproximar o Direito aos ideais éticos, morais, sociais e democráticos.

³²⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 163.

Seguindo as pegadas de Canotilho, a partir do *Estado Constitucional* deve-se ter como primazia a “defesa ou garantia da Constituição e não defesa do Estado”, isto porque no Estado Constitucional o objeto de proteção não é apenas o Estado, mas sim a sua forma normativo-constitucionalmente conformada, qual seja, o Estado Constitucional Democrático de Direito.³²⁹

Assim, o movimento de constitucionalização do Direito, *apesar de recente em solo brasileiro*, traduz ações que deveriam ser realizadas diante da própria estrutura e força normativo-vinculante da Constituição. Porém, no Brasil há que se conviver com ações de se supostamente descortinar até mesmo as obviedades.

Nessa passagem foi impossível não recordar as palavras de Grau quando criticara qualquer manifestação de que as normas constitucionais teriam caráter meramente programático, não estando na seara das normas jurídicas, *na medida em que define direitos que não garante*, pois os mesmos só passam a ter eficácia quando implementados pelo legislador ordinário ou por meio de ato do Poder Executivo, fato que tipifica instrumento retórico de dominação,³³⁰ e ousou acrescentar, jamais de garantismo do cidadão.

Nessa toada, Barroso também ressalta que, no Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo recente, muito embora intenso. Afirma que a partir de 1988, “e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos”,³³¹ a Constituição somou à sua supremacia formal, a supremacia axiológica, potencializada pela normatividade de seus princípios que interferem na interpretação de todos os ramos do Direito (*filtragem constitucional*).³³²

Cabe destaque que o movimento de constitucionalização do Direito na Europa já estava consolidado e teve seu nascedouro desde meados da década de 1950, quando a técnica dos princípios gerais de direito supera a técnica do positivismo meramente legalista que pretendia reduzir todo o Direito a uma simples exegese de leis escritas.³³³

Para que se concretize o respeito à supremacia da Constituição é imprescindível que todo ato normativo respeite e não viole o sistema em sua formalidade constitucionalmente estabelecida (quando da produção dos atos, tem-se o dever de não contrariar nem positiva ou negativamente as

³²⁹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 859.

³³⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 41.

³³¹ Por inteligência do contexto, como a publicação da obra se deu em 2008, supõe, pois, que, segundo Barroso, a constitucionalização no Brasil teria se iniciado, no máximo, em 1997 ou 1998. Assim, dez anos depois de promulgada a Constituição.

³³² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 41-43.

³³³ ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 5. ed. amp. reimp. Navarra: Thompson Civitas, 2005. p. 158.

regras ou princípios), bem como os parâmetros materiais de sua abrangência (sejam das regras ou dos princípios).³³⁴

A Constituição é um sistema³³⁵ jurídico aberto de princípios e regras que serve de suporte e fundamento para todas as normas infraconstitucionais, sendo a norma das normas que deve ser concretizada permanentemente por todos os aplicadores do Direito sempre de forma dialética e dinâmica. Por isso mesmo, as normas constitucionais aderem a interpretações extensivas, sem que o intérprete fuja do conteúdo traçado pelo bom senso hermenêutico circular filosófico sistêmico.

Grau é enfático ao afirmar que o sistema jurídico é aberto, jamais fechado. E aberto no sentido de ser incompleto, evoluindo e modificando-se diante da provisoriedade do conhecimento. Aduz que o sistema objetivo é dinâmico e sujeito a aperfeiçoamento, uma vez que o Direito é produto da história e da cultura,³³⁶ portanto, em constante evolução.

Dito de outro modo, Freitas ressalta que o intérprete sistemático deve assumir a postura de protetor dos princípios constitucionais, lutando bravamente contra arbitrariedades e desproporcionalidades, seja no que tange às relações privadas ou públicas, sendo este *o melhor remédio para curar graves déficits de força vinculante dos objetivos fundamentais da República*.³³⁷

A própria redação dos dispositivos constitucionais propicia interpretações adaptáveis às mutações que se perfazem com o decurso do tempo. Essa é a finalidade da abertura hermenêutica de seu texto, ou seja, proporcionar a sua adaptação às mudanças e sua permanente legitimidade perante a sociedade.

Assim, sempre que possível, sem fazer demasiada violência às palavras, pois para salvar uma lei também não se pode dar significado que não se possa extrair, o intérprete deve examinar a linguagem da lei com reservas tais que se torne constitucional à medida que dela se deriva.³³⁸

Jamais será demasiado afirmar que, ao contrário das regras, os princípios, quando de sua aplicação, não obedecem à técnica da subsunção, à regra “do tudo ou nada”, mas sim da máxima efetividade, da opção mais adequada proporcionalmente diante do caso concreto. Parafraseando

³³⁴ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 862.

³³⁵ Por relevante, colacionamos o conceito de sistema jurídico de Freitas: “*uma rede axiológica e hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, normas escritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando e superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição*”. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 56.

³³⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 24.

³³⁷ FREITAS, op. cit., p. 238.

³³⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 251.

Dworkin, em caso de conflito entre princípios, deve o intérprete se utilizar das *dimensões de peso e importância*, levando em conta a força relativa de cada um diante do caso posto.³³⁹

Como ponto nodal dessa constitucionalização do Direito está a supremacia da Constituição, significando, em poucas palavras, que a mesma é a Lei Fundamental de todo o ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, toda e qualquer espécie normativa que se intente criar, deve respeitar seus pressupostos explícitos e implícitos. O filtro constitucional é condição de validade de qualquer regramento.

Sobre a supremacia constitucional, Steinmetz ressalta o destaque e a importância que a Constituição concedeu aos direitos fundamentais dentro da mesma e sobre todo o ordenamento jurídico, afirmando que toda e qualquer ação para ser adequada deve respeito a esse marco paradigmático do constitucionalismo social e democrático da contemporaneidade.³⁴⁰

Ainda sobre os direitos fundamentais, Sarlet destaca a sua relevância, ressaltando, outrossim, que a garantia, preservação, respeito e eficácia a que todos estão vinculados é condição de possibilidade e estabilidade do próprio Estado Democrático de Direito. Aduz que os referidos direitos são, simultaneamente, a base e o fundamento de um Estado no exercício de seu mister onde os limites de suas ações estão limitados na Constituição.³⁴¹ Arremata, por fim, que:

[...] além da íntima vinculação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, estes sob o aspecto de concretizações do princípio da dignidade da pessoa humana, bem como dos valores da igualdade, liberdade e justiça, constituem condição de existência e medida da legitimidade de um autêntico Estado Democrático e Social de Direito, tal qual como consagrado também em nosso direito constitucional positivo vigente.³⁴²

A esse movimento de constitucionalização do Direito, a doutrina vem denominando como *Neoconstitucionalismo*, reconhecendo ser a Constituição a peça fundamental para a convivência harmônica e justa. No Brasil, sob a égide da Constituição de 1988, pela disposição de seus preceitos, os pilares de sustentação são os valores comunitários da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.³⁴³

³³⁹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Néelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 42.

³⁴⁰ STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 28.

³⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 68.

³⁴² Ibid., p. 72.

³⁴³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 55-57.

Apesar de discordar da nomenclatura de *Neoconstitucionalismo*,³⁴⁴ doutrinadores assim classificam o movimento, como se tivessem descoberto “o novo”. Os nossos motivos de desacordo são os declinados no início desse capítulo, em especial pelo fato de o movimento de constitucionalização do Direito nada mais ser do que o desvelamento de uma evidência, isto é, por ser a Constituição norma suprema do ordenamento jurídico, é o fundamento de validade para todas as ações desenvolvidas no e pelo Estado, seja nas relações entre o Estado e particulares ou entre particulares. Assim, seguimos os passos de Bulos que é crítico dessa denominação, afirmando, ademais, que a mesma tem uma infinidade de significados³⁴⁵ (outros movimentos jurídicos), e dentre elas a de uma “constituição extremamente invasora” (constitucionalização do direito), com denso conteúdo normativo que influencia toda a ordem jurídica e vincula “a atividade dos Poderes Públicos e dos particulares”.³⁴⁶

O certo é que não importando a denominação dada, a constitucionalização do Direito ganha cada dia mais fôlego e potência, em especial por características associadas ao contexto filosófico pós-positivista, dentre elas o epicentrismo da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, o desenvolvimento da hermenêutica crítica, a normatividade cogente dos princípios, a abertura do sistema,³⁴⁷ dentre outros fatores que têm militado em favor da concretização de todos os preceitos do ordenamento jurídico, apenas quando em conformidade com a Constituição.

Barroso enfatiza que com o movimento de constitucionalização do Direito alguns temas definirão o futuro da Constituição como:

³⁴⁴ Na doutrina podem ser encontradas várias obras que relacionam o movimento de constitucionalização do Direito como sinônimo de neoconstitucionalismo ou como uma das vertentes do mesmo, em alguns casos, os autores tecem críticas no mesmo sentido à nomenclatura, mas a utilizam, dentre eles: BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a Constituição teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Forum, 2013. p. 30-33; BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 61-68; JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 17-23.

³⁴⁵ Bulos assevera que o *Neoconstitucionalismo* é plurissignificativo nos seguintes termos: a) pode equivaler a uma nova teoria do Direito Constitucional; b) pode promover a decodificação do Direito (ramos que saiam da órbita infraconstitucional para a Constitucional); c) pode inaugurar um novo período hermenêutico constitucional; d) pode refletir a força normativa da Constituição; e) pode corresponder a uma nova ideologia ou método de análise do Direito; f) pode retratar o advento de um novo sistema jurídico e político; g) pode inaugurar novo modelo de Estado de Direito; e h) pode reunir novos valores. Para maior profundidade no tema, sugerimos a leitura. BULOS, Uadi. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 79-90.

³⁴⁶ Ibid., p. 80-81.

³⁴⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109.

[...] o papel do Estado e suas potencialidades como agente de transformação e de promoção dos direitos fundamentais; a legitimidade da jurisdição constitucional e da judicialização do debate acerca de determinadas políticas públicas; a natureza substantiva ou procedimental da democracia e o conteúdo das normas constitucionais que a concretizam, para citar apenas alguns exemplos.³⁴⁸

O movimento de constitucionalização do Direito também provocou transformações e mutações no Direito Administrativo. Muito embora, encontre algumas resistências, o caminho é inexoravelmente sem retorno, visto que o respeito ao documento Magno é pressuposto de validade e sobrevivência de qualquer ramo do Direito, tendo em vista a irradiação cogente dos seus preceitos de forma a conservar a unidade do ordenamento jurídico (cânone hermenêutico).

4.1.1 A Constitucionalização do Direito Administrativo

Como já se afirmou, *o movimento de constitucionalização do Direito em solo brasileiro é recente*.³⁴⁹ Aduziu-se, por outro lado, a sua intensidade e envergadura. Chegando ao Direito Administrativo essa constitucionalização do Direito altera e provoca uma transformação nos aportes desse ramo, fato este que vem inquietando os juristas administrativistas, tendo em vista os defensores dos dogmas precedentes deixando ao largo várias questões que ainda estão sem resolução definitiva.

³⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 109.

³⁴⁹ Como já se ressaltou, Enterría realçou que desde 1950 a constitucionalização do Direito já iniciava a sua sedimentação em solo europeu. Na esfera do Direito Administrativo não foi diferente. No Conselho de Estado francês, já logo após a segunda guerra mundial, os princípios constitucionais interferem e possuem concretude na jurisprudência do Conselho como controle da Administração e de sua atuação discricional. Para deixar bem clara a adesão do Conselho de Estado francês à técnica de abordagem dos princípios gerais do direito e aos valores constitucionais, contrastando com uma exegese fria da lei escrita, Enterría coleciona várias jurisprudências confirmando a assertiva e arremata: “La ley española de la jurisdicción contencioso-administrativa acogió resueltamente esta corriente, al sustituir sistemáticamente la expresión <<infracción del ordenamiento jurídico>> por la tradicional de <<infracción de la ley>>, y explicar luego en su Exposición de Motivos que <<lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y la normatividad inmanente em la naturaleza de las instituciones>>. Parece innecesario precisar cómo la jurisprudência há seguido fielmente esta concepción”. Assevera o autor que o movimento ganha cada vez mais fôlego com o passar dos anos. Com a Constituição espanhola de 1978 a técnica da jurisprudência dos valores constitucionais fica isenta de qualquer questão ou dúvida, visto que passa a constar expressamente no texto da Constituição referida. Nas palavras de Enterría: “La Constitución instala una jurisprudencia de valores, entre los cuales se califican de <<superiores>> todos los derechos fundamentales –la libertad, la igualdad- (art. 1.1), además de la justicia misma. Hay um mandato expreso a todos los poderes públicos, y por lo tanto al juez, de hacer esos valores <<reales y efectivos>> y de <<remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud>> (art. 9.2). Por outra parte, em fin, la Constitución formula expressamente <<principios>>, así llamados (art. 9.3), los cuales, expessos em esa enumeración o dispersos por otros lugares de su articulado, tienen pleno valor normativo, como el Tribunal Constitucional se ha cuidado de establecer desde su primera Sentencia de inconstitucionalidad, la de 2 de febrero de 1982 (<<valor aplicativo y no meramente programático>>). ENTERRÍA, Eduardo García de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 5. ed. amp. reimp. Navarra: Thompson Civitas, 2005. p. 159-160.

Abordaremos alguns desses aspectos com a finalidade de contribuir para o debate acadêmico, em especial no que tange à *reserva vertical da lei* (princípio da legalidade) e seus efeitos administrativos e judiciais para os administradores; a possibilidade ou não de se defender a classificação binária de atos administrativos em vinculados *versus* discricionários frente ao direito fundamental à boa administração.

Decerto que o Direito Administrativo é um ramo não codificado, tendo-se consolidado em meados do século XIX através de preceitos que foram garantidos a partir de remédios jurisdicionais. Daí afirmar-se que se trata de um Direito pretoriano ou jurisprudencial, com influência marcante do Conselho de Estado francês. No Brasil, o ponto de partida do Direito Administrativo situa-se na criação da Cátedra da matéria na Faculdade de Direito de São Paulo e do Recife, em 1851.³⁵⁰

No entanto, em solo brasileiro, é da Constituição que o Direito Administrativo retira as suas bases de sustentação. Nessa linha, não há supedâneo para as ações administrativas que confrontem os pilares fundamentais do documento Magno, sob pena de se perder a pilastra do próprio Direito Administrativo.

Barroso realça que o Direito Constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX, embalado por questionamentos sobre a sua força normativa e sua aplicabilidade direta e imediata, enquanto que o Direito Administrativo desenvolveu-se autonomamente e arrebatou a disciplina da Administração Pública.³⁵¹

De fato, apesar de sua base advir da Constituição, o Direito Administrativo tomou rumo diverso. Enquanto se questionava normatividade direta dos preceitos constitucionais, o Direito Administrativo passou a ter “vida própria”, com regras exorbitantes, arrimadas na preservação do “interesse público”, repleto de prerrogativas com o seu regime jurídico-administrativo permeado por normas híbridas de direito público e privado, uma vez que seus preceitos norteariam a estrutura e o funcionamento da Administração Pública, resguardando, ademais, os interesses de toda a sociedade.

³⁵⁰ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 32-37. Para uma análise mais aprofundada de toda a história do Direito Administrativo, recomendamos a leitura das seguintes obras, além da citada: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e atual. até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo, Malheiro, 2004. p. 35-44; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteiro Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 35-57; GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 86-95.

³⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 47.

Diante dessa hibridez de regras características de direito público somadas às regras de direito privado, Binjenbojm se manifesta em relação a essa gestão pública privatizada, diante de um regime jurídico flexibilizado como uma gestão privada publicizada e conclui que essa interpenetração entre as esferas pública e privada representa um dos elementos da crise de identidade do Direito Administrativo.³⁵²

Entretanto, não se pode fechar os olhos para o fato de que as regras que marcaram essa “caminhada” ou rumo diverso do Direito Administrativo foi excessivamente conservadora. Moreira Neto assevera que:

[...] a evolução divergente explica porque a Administração Pública acabou por tornar-se o ramo mais conservador do Estado, sempre o mais impérvio a modificações, o que mais se beneficiou com o período de hipertrofia estatal experimentada neste século, e porque veio a ser justamente aquele em que as conquistas liberais foram mais demorada e penosamente absorvidas.³⁵³

Na mesma toada Binjenbojm, demonstra a paradoxalidade dessa acidentada evolução do Direito Administrativo, concordando que se realizou uma fuga do Direito Constitucional, na linha de pensamento de Sebastian Martín-Retortillo, uma vez que as normas administrativistas se nutriram, ao longo do tempo, de categorias, institutos, princípios e regras próprias, mantendo-se, de certa forma, alheias às sucessivas mutações constitucionais.³⁵⁴

A “filtragem constitucional” é dever de todo intérprete do Direito. Segundo Schier, a filtragem é um processo pelo qual deve passar toda e qualquer ordem jurídica, *sob a perspectiva formal e material, e assim seus procedimentos e valores*. Segundo ainda o autor, o filtro axiológico da Constituição Federal é permanente e necessário em toda aplicação do Direito, uma vez que desencadeia a releitura e a adequação da norma aos seus preceitos fundantes.³⁵⁵

Assim, todas as manifestações da atividade do Estado administrador, inclusive as que outrora puderam se considerar como supremas, estão hoje submetidas à Constituição, ao filtro de constitucionalidade. Trata-se de passo importante para o posterior desenvolvimento do

³⁵² BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 20.

³⁵³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 11.

³⁵⁴ BINENBOJM, op. cit., p. 18-19.

³⁵⁵ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 104.

Direito Público sobre a base dos princípios constitucionais e não apenas legais ou regulamentares.³⁵⁶

Barroso em análise sobre o tema da constitucionalização do Direito Administrativo ressaltou o que, para ele, seriam os três pontos de superação a serem enfrentados nessa viragem hermenêutica que deve ser dada na interpretação/aplicação das normas administrativas de regência: a redefinição da supremacia do interesse público sobre o privado frente aos direitos fundamentais, um dos cânones axiológicos da Constituição Federal; a superação do princípio da legalidade frente à vinculação direta à Constituição; e o repensar dos moldes da discricionariedade, abandonando o paradigma da insindicabilidade do mérito administrativo.³⁵⁷

Decerto que as instituições oitocentistas do Direito Administrativo não mais se compatibilizam com os tempos modernos e contemporâneos. Não podemos negligenciar que seu modelo foi criado em momento de inspiração liberal que não mais persiste. A sociedade evoluiu, bem como o próprio Estado. Mudanças, pois, são imprescindíveis para o resgate da legitimidade estatal frente aos anseios sociais modernos.

Como afirma Moreira Neto dois fatores merecem destaque como “importantes concausas” do resgate liberal da Administração Pública tardiamente ocorrido que são: “o advento da sociedade participativa e da afirmação do constitucionalismo”.³⁵⁸ Aduz ainda o autor que como as constituições eram omissas quanto às atuações administrativas do Estado para fazer valer as aspirações do liberalismo (impessoalidade e eficiência), “*o ponto crucial da atual mudança, de uma administração imperial para uma administração cidadã, situa-se no processo de constitucionalização da Administração Pública*”,³⁵⁹ com elevado destaque concedido aos princípios da transparência e consensualidade no agir administrativo.³⁶⁰

Coadunando-se às disposições acima, Justen Filho é enfático ao enfrentar a questão e *sentenciar* que “a supremacia da Constituição não pode ser mero elemento de discurso político”. Acrescentando ainda que a Lei Maior deve sim constituir o núcleo concreto e real da ação administrativa, rejeitando-se categoricamente o enfoque tradicional que a põe sob um

³⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 41-42.

³⁵⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 31-33, abr./jun. 2005.

³⁵⁸ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 12.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 16.

³⁶⁰ *Ibid.*, p. 25-28.

invólucro de controle das atividades por meio de soluções opacas e destituídas de transparência, na contramão da dimensão democrática constitucional.³⁶¹

Canotilho, enfatizando a força heterodeterminante das normas constitucionais afirma que, cada vez de forma mais intensa, o Direito Constitucional é concebido como parâmetro material de e para o Direito Administrativo como direito concretizado.³⁶²

Dentre outras, duas características são marcantes na constitucionalização do Direito Administrativo. Uma é a de que o movimento fornece fundamento de validade para que a Administração Pública, por meio de seus agentes, pratiquem atos fundados direta e imediatamente na Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário; a outra é a de que a partir da centralidade e da necessária preservação dos direitos fundamentais, inegavelmente houve uma mutação na qualidade das relações entre a Administração e administrados, com superação ou, no mínimo, reformulação de paradigmas tradicionais do modelo liberal.³⁶³

Nessa temática, Binjenbojm acrescenta o papel central dos direitos fundamentais e da democracia como fundamentos do Estado Democrático de Direito que irradiam influências sobre todas as instituições jurídicas, incluindo, portanto, a Administração Pública e toda a configuração do Direito Administrativo.³⁶⁴

Deve-se registrar a ponderação de Otero sobre a assunção e perigo de um Direito Administrativo de princípios que poderá transferir para os tribunais a função de limitação de poder e de proteção dos particulares que a lei, enquanto regra do *tudo ou nada*, desempenhava.³⁶⁵

Barroso, com outras palavras, também esboça essa mesma inquietude ressaltando que uma “constitucionalização exacerbada pode trazer conseqüências negativas” e pondera que o movimento deve ter por fim retirar ramos do direito da política cotidiana, sendo indispensável que os intérpretes adotem um rigor dogmático com ônus argumentativo, contendo os conceitos jurídicos indeterminados ou princípios jurídicos fluidos. Aduz ainda que se deve dar preferência à lei ou regra quando houver manifestação inequívoca de sua validade, pois o

³⁶¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 15.

³⁶² CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1114.

³⁶³ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 33 e 49.

³⁶⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 61.

³⁶⁵ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 2. reimpressão da ed. maio/2003. Coimbra: Almedina, 2011. p. 168.

móvel não é o de que a Constituição ocupe todo o espaço jurídico em um Estado Democrático de Direito. Dito de outra forma, *“havendo lei válida a respeito, é ela que deve prevalecer. A preferência da lei concretiza os princípios de separação dos poderes, da segurança jurídica e da isonomia”*. Apenas se houver dúvida quanto à constitucionalidade da lei ou na omissão de regramento, deve-se recorrer à Constituição.³⁶⁶

Seria teratológico negar que a Constituição instalou um dever de cumprimento de valores e princípios superiores como os direitos fundamentais e outros dispersos em todo o seu texto normativo, visto que normas de aplicação cogente e efetiva a toda e qualquer esfera do poder público. Como realça Enterría, *“hay un mandato expreso a todos los poderes políticos”*, os quais têm a obrigação de tornar os valores constitucionais reais e efetivos, removendo todos os obstáculos que possam impedir ou dificultar a plenitude da realização dos mesmos. Arremata Enterría: *“En esse sentido entiendo que aciertan quienes consideran que em la actualidad los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que deben perseguir los poderes públicos”*.³⁶⁷

Ressalta-se a inquietude de Cassagne³⁶⁸ ao realçar o contexto jurídico-cultural e histórico da função administrativa, rechaçando a mera aplicação automática e fria da lei editada pela função legislativa. São palavras suas:

La finalidad esencial de la Administración es la satisfacer las necesidades públicas de las personas que habitan en el territorio del Estado y aun, de sus nacionales fuera de él. Em suma, la medula de la Administración es la de constituir una actividad servicial o vicarial para la realización del interes público o bien común.³⁶⁹

Contudo, veio o movimento de constitucionalização que irradia os preceitos em todos os aportes do Direito Administrativo, exigindo uma releitura de todas as suas instituições, obrigando uma nova sistematização, uma nova forma de organização, enfim uma nova forma de administrar diante das mutações à luz dos preceitos, das regras e dos princípios constitucionais que devem lhe outorgar vigência imediata. A primeira análise que passaremos a fazer é sobre as alterações atinentes ao princípio da legalidade administrativa.

³⁶⁶ BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 60-61.

³⁶⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. MENÉNDEZ, Aurélio. **El Derecho, la ley e el juez**: dos estudios. Madri: Civitas Ediciones, 2000. p. 87.

³⁶⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad u el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009. p. 180.

³⁶⁹ Ibid., p. 180.

4.1.1.1 Do Princípio da Legalidade à Juridicidade ou Supremacia da Constituição

Pois bem, na seara administrativa a constitucionalização é um caminho sem retorno, em especial, no que pertine ao princípio da legalidade estrita e seus contornos. A juridicidade, a constitucionalidade, a supremacia da Constituição toma o espaço da legalidade estrita para que se garanta uma decisão administrativa adequada aos anseios sociais. A hermenêutica constitucional, pois, é necessária para garantir e resgatar a legitimidade do ato político *stricto sensu*.

Quando o tema é princípio da legalidade, logo nos vem à memória a frase de Seabra Fagundes de que *administrar é aplicar a lei de ofício*. Ocorre que não foi o desiderato do autor afirmar que a atividade administrativa era e deveria ser mecânica. Binjenbojm nos demonstra que Antônio Carlos Cintra do Amaral é enfático em afirmar que Seabra Fagundes quando formulou a referida frase, apenas “teve por objeto distinguir a função administrativa da função jurisdicional e não simplesmente limitar a função administrativa a uma atuação mecânica”.³⁷⁰

Já se afirmou que o princípio da legalidade é produto da filosofia inspiradora do movimento liberal, sendo que surgiu em torno dos ideais nucleares de que a lei expressaria a vontade geral; que o poder executivo encontraria na lei o critério de decisão; e que o respeito à lei seria a garantia da liberdade, pois só se permitia a ação administrativa conforme os ditames da mesma.³⁷¹

No entanto, o mito da legalidade foi se desconstruindo como uma espécie de erosão, em especial, segundo Otero, por dois principais fatores: a) evolução do significado e valor da Constituição; b) mudança de modelo do Estado. Some-se a isso o movimento ativista constitucional sobre a Administração Pública.³⁷²

O princípio da legalidade, pois, em seu formato liberal resta superado em tempos atuais diante do processo interpretativo e da hermenêutica crítica avançada, no que tange às relações: Lei *versus* Particulares; e Lei *versus* Entes Públicos. Exige-se cada vez maior agilidade do Poder Público de forma a garantir e resgatar a sua legitimidade e confiabilidade.

³⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Renovar: Rio de Janeiro, 2014. p. 133.

³⁷¹ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. reimpressão da ed. maio/2003. Coimbra: Almedina, 2011. p. 45 e 51.

³⁷² *Ibid.*, p. 154-156.

Pois, atualmente, a legitimidade, confiança e segurança da sociedade estão concentradas no Poder Judiciário. Vejamos a posição de Zagrebelsky:³⁷³

Em la actualidad, ya no vale como antes la distinción entre la posición de los particulares y la de la Administración frente a la ley. Hoy sería problemático proponer de nuevo com carácter general la doble regla que constituía el sentido del principio de legalidad: libertad del particular em línea de principio, poder limitado del Estado em línea de principio. Esta regla está ya erosionada en ambas direcciones, em reacción com los particulares y com la Administración.

Assim, toda a unidade do sistema jurídico se sente ameaçada diante de regulamentos ou normas administrativas que contrariem, em qualquer medida, as normas constitucionais e seus princípios fundantes, sendo que a ação ativa e antecipada da Administração Pública deve se alterar e garantir a higidez do sistema com o vetor direcionado à realização dos cânones constitucionais resgatando a legitimidade do ato político *stricto sensu*. Dessa forma complementa Zagrebelsky:

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo Del derecho, dece así el paso a la Constitución y se convierte Ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior e concurrenciales. Uma función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en si misma, unida y pacífica. Em la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.³⁷⁴

Decerto que nem o excesso de exegetismo ou o excesso de voluntarismo seria a solução. Porém, também é certo que uma resposta hermenêutica e constitucionalmente adequada jamais seria questionada, visto que fundamental e democraticamente embasada.

Nessa passagem nos vem à memória as palavras de Streck quando afirmara que, atualmente, ao nos referirmos à “legalidade”, devemos lhes alinhar as fundições dos horizontes do tempo, portanto falamos de outra legalidade. Com suas palavras: “uma legalidade constituída a partir dos princípios que são o marco da história institucional do direito; uma legalidade, enfim, que se forma no horizonte daquilo que foi, prospectivamente, estabelecido pelo texto constitucional”.³⁷⁵

³⁷³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 9. ed. Madri: Trotta, 2009. p. 34.

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 40.

³⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 50.

Emoldurando hermeneuticamente a interpretação, revisitando ainda os ensinamentos de Kelsen para aplicarmos uma norma, mesmo que ela possua conceitos fluidos ou indeterminados, é possível encontrarmos a solução mais adequada ao permanecermos dentro do “quadro ou moldura” do ordenamento jurídico,³⁷⁶ visto que da polissemia das palavras não podemos fugir. Porém, na busca do sentido mais adequado podemos sim fugir das subjetividades e realizar uma interpretação dialógica da norma conduzindo-a aos horizontes de seu sentido, entrecortando circunstancialidade, faticidade, historicidade e temporalidade.

Dentro dessa moldura do ordenamento jurídico jamais se condenará uma interpretação e aplicação da lei adequada à Constituição. Não se pode conceber uma ação passiva do administrador público arrimado em um princípio da legalidade disposto apenas a analisar uma suposta vontade do legislador ou da lei. Tal atividade é conceber o agir administrativo a um mero serviço da lei, incluso na simples exegese desta. Legítimo é a busca de soluções mais adequadas à Constituição, é preciso *entrar por las amplias puertas constitucionales y por los intersticios del ordenamento jurídico* para que se encontre soluções inspiradas em critérios de justiça e equidade.³⁷⁷

Oliveira, por sua vez, enfatiza que o princípio da legalidade assume novos contornos, devendo ser denominado de princípio da juridicidade. Aduz o autor que quando se fala em princípio da juridicidade o foco é no Direito como um todo, sendo consequência o respeito à legitimidade do mesmo. Conclui assim que a atuação da Administração Pública deve se nortear pela efetividade da Constituição pautada por parâmetros não apenas de legalidade, mas especialmente de legitimidade, corolário inafastável do Estado Democrático de Direito,³⁷⁸ respeitados os pilares constitucionais.

Verifica-se, por certo, um fenômeno de *deslegalização ou deslegifcação* em prol da juridicização ou constitucionalização administrativa, ou seja, uma legitimação da atuação da Administração Pública por vinculação direta e imediata à Constituição e seus direitos fundamentais e demais normas e princípios, como um núcleo de condensação de valores permeado de axiologia democrática e humanista do direito público contemporâneo.³⁷⁹

³⁷⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 366.

³⁷⁷ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. MENÉNDEZ, Aurélio. **El Derecho, la ley e el juez**: dos estudios. Madri: Civitas Ediciones, 2000. p. 88-89.

³⁷⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: oprincípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 74.

³⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 36-37.

Canotilho, expressando esse movimento de deslegalização afirma que a prevalência e precedência da Constituição substituem a dita *reserva vertical da lei*, em que esta deve ser alterada pela *reserva vertical da Constituição*, sendo o documento Magno “a lei habilitante do agir administrativo”.³⁸⁰

Nessa linha de raciocínio contra os valores e/ou espírito da Constituição Federal, não prevalece não só a lei, mas também resoluções, decretos, ou outras espécies normativas³⁸¹ de quaisquer das esferas de poder.

Nessa toada, resta superado o dogma de restrita vinculação positiva do administrador à lei na inteligência convencional do princípio da legalidade administrativa. Atualmente, o administrador pode e deve atuar tendo por fundamento a Constituição, independente até, em muitos casos, da intermediação do legislador ordinário. Assim, o princípio da legalidade transmuda-se em princípio da constitucionalidade ou da juridicidade, vinculando-se à Constituição e à lei, nesta ordem.³⁸² Isso porque se a lei for inconstitucional não deverá ser aplicada.

De outro modo se manifestava Justen Filho (em sua obra datada de 2009, 4ª edição) para quem não se devia falar em princípio da constitucionalidade ao invés de princípio da legalidade, pois esta última expressão é a que precisava ser mantida, apenas com a advertência ao intérprete que os direitos e obrigações inseridos na lei não só poderiam como deveriam estar em conformidade com a Constituição, a qual modela toda a ordem jurídica.³⁸³

No entanto, o mesmo autor Justen Filho em obras posteriores altera a sua posição e, mais precisamente, na mais atual, 10ª edição de 2014, logo na apresentação de seu curso afirma que “o critério fundamental norteador da atividade do Estado não pode ser dissociado do reconhecimento da supremacia dos direitos fundamentais da pessoa”. Concluindo que toda a abordagem foi reformulada e modificada para refletir a aplicação desse ideal.³⁸⁴

Significa que o *campo da legalidade administrativa* se alargou. Dessa forma, como regra, a ação administrativa deve se pautar: a) pela lei, quando esta for constitucional (*secundum legem*); b) com fundamento na Constituição, independente ou além da lei (*praeter legem*); e c) contra a lei, hermeneuticamente analisada com as regras e princípios

³⁸⁰ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 814.

³⁸¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 256.

³⁸² BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 50.

³⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127.

³⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 09-10.

constitucionais, resultando em uma interpretação com fundamento expreso e claro na adequada aplicação da Constituição (*contra legem*).³⁸⁵

Relevante ressaltar, nesse ponto, a eficácia dos direitos fundamentais quando em confronto com disposição de lei. A absolutização do princípio da legalidade nos parece afronta à razão de valores primados pela Constituição. Parafraseando Néelson Rodrigues, *como todo radicalismo é idiossincrático*, a solução não deve ser tida como um *a priori*, mas sim buscada hermeneuticamente da forma mais adequada. A análise substancial do caso, sem tendências subjetivas ou solipsistas prévias parece ser, como bem pondera Freitas:

[...] a melhor postura, em vez de absolutizações incompatíveis com pluralismo nuclearmente concretizador dos Estados verdadeiramente democráticos, nos quais os princípios absolutos são usurpadores da soberania da Constituição como sistema. Com efeito, a soberania da Constituição, de que fala Gustavo Zagrebelsky, deve ser vista, antes de tudo, como soberania de princípios à procura da síntese no intérprete constitucional”.³⁸⁶

Freitas, em obra diversa, ressalta que a boa interpretação do Direito Administrativo é a sistemática que sacrifica o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais, sem excesso e sem inoperância, adotando uma visão proporcional. Dito de outro modo, a boa interpretação é a mais adaptável evolutivamente.³⁸⁷

Justen Filho também se manifesta no sentido de que os direitos fundamentais impõem o dever de atuar da Administração Pública a despeito da omissão da lei, afirmando que não se trata de dispensar a submissão da Administração à lei, mas sim de aplicação do princípio da proporcionalidade e aduz que: “Observados os subprincípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, a Administração Pública pode produzir atos referidos diretamente à Constituição”.³⁸⁸

Denota-se que houve um redimensionamento do princípio da legalidade para que realmente se faça valer a supremacia da Constituição e seus valores fundantes da democracia e direitos fundamentais. Não se trata, pois, de “morte” do princípio da legalidade, mas sim de uma nova interpretação a ser dada à sua força vinculante, ou seja, dentro dos cânones constitucionais para que “ande” sempre unida à legitimidade.

³⁸⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 38.

³⁸⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 45.

³⁸⁷ FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 244-245.

³⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 198.

Moreira Neto³⁸⁹ com reflexões sobre a nova hermenêutica e suas implicações sobre o Direito Administrativo e, em especial, sobre a legitimidade da atividade administrativa ressalta que apenas serão consideradas *constitucionais as ações políticas referentes à função de prestação, que respeitem os limites impostos pelos direitos fundamentais*. Ao contrário, serão *inconstitucionais, as ações que os excedam*. Por outro lado, também sob o critério de *legitimidade*, serão consideradas *constitucionais, as ações públicas relativas à propulsão, que se norteiem pela realização otimizada dos direitos fundamentais, e inconstitucionais, as que por eles não se orientem*. O mesmo autor, em outra passagem, é mais incisivo quanto à importância da legitimidade para a democracia. Arremata o autor:

Por outro lado, a *democracia* viria a se tornar um postulado do próprio constitucionalismo pós-moderno, pois que havia ficado patente, até mesmo pelo uso abusivo do termo, que a *legalidade* não seria suficiente para fundar um Estado valioso, pois que, sem *legitimidade*, não existiriam senão Cartas meramente declarativas e formais, que se imporiam não mais que pela força, sem qualquer diferença entre a *lei* e o *direito*.³⁹⁰ (grifos originais)

Bobbio não deixa de se manifestar sobre o quanto o apego ao positivismo empobreceu e subverteu a questão da legitimidade. Afirma o autor que todas as teorias que antecederam o positivismo jurídico [donde se retira também a base do princípio da legalidade] foram sustentadas por uma justificação ética para ter relativa permanência. Assim, a legitimidade é condição de possibilidade da efetividade.³⁹¹ Dessa forma, a legalidade só terá efetividade se for legítima, e esta só se consagra a partir da otimização da crescente aproximação entre a atuação estatal com as aspirações sociais.

Com esse desiderato é que Freitas defende, nessa linha, que a interpretação das normas de Direito Administrativo devem ser sistemáticas, o que pressupõe, desde o início para o intérprete, que “os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais sejam reconhecidos como base e ápice da ordem jurídica, com a possibilidade de cortar a eficácia de determinadas regras”, quando necessário à eficácia do sistema. Aduz, por sua vez, que o primado da segurança jurídica é fundamental. Assim, o cuidado na interpretação é imprescindível, bem como o dever de sempre fundamentar juridicamente com suficiência e explicitude a serviço da cidadania e do desenvolvimento humano, isento de solipsismo, pois somente assim “a

³⁸⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 159.

³⁹⁰ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade – finalidade – eficiência – resultados**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 23.

³⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004. p. 91-92.

sociedade poderá começar a ser parceira da Administração Pública, em vez do indiferente dar de ombros”.³⁹²

Registra-se a posição de Mello³⁹³ contrária à acima exposta, uma vez que para o autor: “O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina”. Com relação aos particulares, defende que podem fazer “tudo o que a lei não proíbe”.

Como já afirmado *supra*, seguindo os passos de Ferraz Júnior, quando se intenta analisar um fenômeno ou uma ciência como a jurídica, pode-se partir de dois enfoques: o zetético ou o dogmático. Já afirmamos, ademais, que não se defende o abandono da dogmática, mas o que instiga o pensamento crítico é o enfoque zetético, que deve ser somado àquele. Um exemplo, segundo o autor, de uma premissa dogmática, ou seja, de *inegabilidade dos pontos de partida* é encontrada no princípio da legalidade que limita e obriga o intérprete a pensar os problemas da lei, “a partir da lei, conforme a lei, para além da lei mas nunca contra a lei”.³⁹⁴ Isso vai de encontro ao enfoque zetético, *de per se*, questionador, aberto e problematizador. A conduta passiva e paralisante não se adapta aos fins colimados pela razão de existência do Direito Administrativo. A conduta tranquilizante e oceânica enfatizada por Warat não mais condiz com os preceitos e valores que devem ser concretizados no Estado Democrático de Direito, que tem como espinha dorsal de todo o sistema normativo brasileiro o respeito à dignidade da pessoa humana. Dignidade é revivescência e não passividade.

4.2 Interpretação Adequada à Constituição: como agir administrativamente frente às espécies normativas inconstitucionais?

A assunção do movimento de constitucionalização do Direito Administrativo pelos administradores causa uma grande inquietude tanto no seio da Administração Pública como entre os juristas quanto à forma de agir diante da constatação de que uma lei, instrução normativa, portaria ou outras espécies normativas infralegais que os vinculam vão de encontro às disposições constitucionais, mas permanecem em vigência. Sempre surge o questionamento: o que fazer? Abandono o preceito normativo inconstitucional e decido

³⁹² FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 242-244.

³⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e atual. até a Emenda 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 95.

³⁹⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1994. p. 48.

conforme a constituição ou aplico a norma administrativa? Pode parecer simples, mas tudo é bem complexo.

O medo que assola os agentes públicos de serem penalizados por desrespeito à norma administrativa e, por conseguinte, submetidos a um processo administrativo disciplinar, na maioria das vezes, emperra o desenvolvimento de atos de agentes da Administração Pública, levando os conflitos ao Poder Judiciário, uma vez que os direitos garantidos constitucionalmente são solapados.

Atualmente, diante do *império do medo* comum entre os administradores, decisões fulcradas no princípio da legalidade estrita, com total questionamento sobre a sua legitimidade, vêm solapando direitos fundamentais que passam a ser solucionados, via de regra, pela intervenção do Poder Judiciário. É inquestionável que se deve definir a ação administrativa como mérito para o Estado, jamais como demérito, de forma a resgatar a confiança social no Poder Público e suas políticas públicas.

Enfatizando esse medo que vem imperando na esfera administrativa, impossível não relacioná-lo aos preceitos de Bauman. É certo que quando agimos sob o domínio do medo, e fazendo analogia com os atos administrativos, os servidores, com base no princípio da legalidade, adotam “mecanismos totalmente cegos”³⁹⁵ no que diz respeito aos ditames constitucionais, chegando a obter uma “espécie de ‘tranquilização ética’ de tudo”. Esquece-se, porém, que: “O preço a pagar pelos ‘tranquilizantes éticos’ é a transferência do controle ético para o reino do ‘grande desconhecido’ [...]”.³⁹⁶ O certo é que devemos assumir nossa responsabilidade e deixar de sermos míopes ou, até mesmo, cegos diante da supremacia da Constituição para que não continuemos diante de uma postura ilegítima sob o dogma de Bauman de que: “*O mais horripilante dos medos adicionados é o de ser incapaz de evitar a condição de estar com medo ou de escapar dela*”.³⁹⁷

Freitas³⁹⁸ ressalta como esse comportamento burocrático e paralisante é prejudicial à Administração Pública, progredindo-se apenas o atraso parasitário, além de se chocar com todos os princípios fundantes da Constituição, uma vez que “embaraçar ou embargar empreendimentos pelo só gosto kafkiano de retardar ou pelo medo de decidir de acordo com o melhor direito” vem sendo a conduta mais testemunhada nos gabinetes/salas de órgãos públicos.

³⁹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 118.

³⁹⁶ Ibid., p. 118-119.

³⁹⁷ Ibid., p. 124.

³⁹⁸ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 208-209.

Estando a Constituição no ápice do sistema jurídico é imperioso destacar que o argumento da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, além do princípio da legalidade que ilusoriamente dariam suporte para a decisão da prevalência da norma administrativa não se sustenta. A Lei Fundamental põe em sua centralidade os direitos fundamentais e a sua estrutura *maleável* dos princípios constitucionais inviabilizando qualquer regra absoluta de supremacia *a priori*.

Ademais, a ideia de que interesses públicos são superiores e inconfundíveis com os interesses pessoais dos integrantes da sociedade política, não resiste à emergência do constitucionalismo e à consagração dos direitos fundamentais e da democracia como fundamentos de legitimidade e elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito.³⁹⁹

Dentro do sistema jurídico brasileiro, por inteligência constitucional, não há espaço para uma teoria meramente individualista. Assim, “a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais é matizada por sua dimensão objetiva”, ou seja, a cada previsão de direito acaba existindo, seja na Constituição ou por autorização de regulamentação desta, a relativização do conteúdo do direito em prol de outros direitos ou interesses gerais da coletividade. Por isso é que não há que se falar em primazia *a priori* de quaisquer dos direitos.⁴⁰⁰

Além dessas incongruências relatadas inicialmente, qualquer resolução mediante o argumento da supremacia do interesse público como um *a priori*, vai de encontro ao dever constitucional de fundamentar todas as decisões de forma clara a favorecer o direito fundamental do administrado à ampla defesa e ao contraditório, disposto no inciso LX, do art. 5º, da Constituição Federal.⁴⁰¹ Outrossim, também ao inciso III, do art. 3º, da Lei 9.784/99,⁴⁰² que dispõe sobre os direitos que o administrado possui, sem prejuízo de outros, o de “formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, *os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente*”.

³⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 30.

⁴⁰⁰ Ibid., p. 88.

⁴⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2014.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o *contraditório e ampla defesa*, com os meios e recursos a ela inerentes; (grifo nosso).

⁴⁰² BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 27 abr. 2014.

Ainda nessa trilha, o aplicador da norma, como já foi analisado no capítulo anterior, quando da interpretação deve se pautar também nos princípios. Na sua decisão final deve, pois, dar preferência à opção que tenha sustentação na maior efetividade da norma analisada, depois da passagem por todo o processo hermenêutico levando em consideração as circunstâncias da faticidade, historicidade e temporalidade.

Cabe ressaltar que não se pode mais conceber, em uma análise pós-moderna, crença utópica que relaciona a generalidade da lei à justiça equânime, visto que normas podem não fazer nenhuma referência a justiça, como também podem converter-se em modo de organização antijurídica, com a intenção de perverter o próprio ordenamento jurídico. Dito de outro modo e utilizando as palavras de Enterría: “La Ley en si misma es, pues, un puro pabellón formal que puede cobijar cualquier clase de mercancía”.⁴⁰³ Assim, leis com estes conteúdos não asseguram qualquer valor de fundo, não se tendo que temer seu afastamento por se tratar de atentados à própria força organizatória do Estado de Direito.

Como se afere, o princípio da legalidade estrita deve ceder espaço para a incidência direta dos princípios constitucionais hermenêuticos, concedendo uma ideia ampla de juridicidade à atividade administrativa, fazendo com que a legalidade se tonalize em toda a sua envergadura de legitimidade, aproximando-se dos anseios da sociedade, pois daí, parafraseando Freitas, os membros da sociedade passarão a deixar de dar de ombros para *andar ombro a ombro*, sendo verdadeiros parceiros.

A nossa Constituição é arrimada no princípio da dignidade da pessoa humana, sendo este um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal - CF). A pessoa é fim e o Estado o meio, o instrumento para a garantia dos direitos fundamentais. Incongruente, portanto, extrair o princípio da supremacia do interesse público como absoluto do nosso sistema jurídico. Tal fato é o mesmo que sucumbir à inconsistência sistêmica e afrontar a constante busca pela unidade constitucional.⁴⁰⁴

Ademais, outra questão se coloca. Partindo da premissa de que interesse público engloba tanto os interesses públicos *stricto sensu* como os privados, uma vez que a Constituição tutela ambos, na solução de um determinado caso concreto resta evidente que para a preservação do interesse público, poder-se-á concluir que a solução mais adequada seja a de preservar o interesse privado. Exemplifica Binenbojm com o caso da manipulação de

⁴⁰³ ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2004. p. 88-89.

⁴⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 98.

tudo o aparato policial em defesa de um cidadão, situação que mesmo privilegiando a segurança individual é legítima.⁴⁰⁵

Bulos expõe que diante da posição hierárquica da Constituição todos devem praticar atos dentro dos parâmetros congruentes com a Lei Maior, aduzindo que “os destinatários primordiais dessa exortação são os próprios agentes” dos três poderes do Estado de quaisquer níveis e escalões. Afirma que “o acatamento às normas supremas do Estado, por parte das autoridades da *res publica*, é o primeiro passo de toda a obediência ao ditame da superioridade hierárquico-normativa da Carta de outubro”. Com sua forma peculiar *sentencia* que “*supremacia constitucional e cumprimento da Carta Maior* são olho e pálpebra, veia e sangue, carne e unha, forma e substância, respeito e acatamento”.⁴⁰⁶ Nesse desiderato, resta clara a posição do autor no que tange à real possibilidade de afastamento de lei inconstitucional em face da possibilidade de o administrador pautar decisão administrativa com fulcro direto e imediato na Constituição.

Confirmando que o entendimento de Bulos é este, subscrevemos trecho de discurso proferido pelo Ministro Celso de Melo na solenidade de posse da Presidência do STF em 19/04/2012, o qual o autor finaliza suas considerações:

Os desvios jurídicos constitucionais eventualmente praticados por qualquer instância de poder – mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos – não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como *se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou da fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de comandos estabelecidos na própria Lei Fundamental do Estado*, como aqueles que asseguram direitos e garantias ou que impõem limites intransponíveis ao exercício do poder. O que se mostra imperioso proclamar, Senhor Presidente, é que *nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos ou privados de quaisquer pessoas*, eis que, na fórmula política do regime democrático, *nenhum dos Poderes da República é imune ao império das leis e à força hierárquica da Constituição*.⁴⁰⁷ (grifo nosso).

Defensor da tese de que o administrador deve aplicar a Constituição ao invés da lei quando esta for incompatível com os cânones constitucionais, Binenbojm defende que o princípio hermenêutico da interpretação conforme a Constituição não só pode empregado por

⁴⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 106.

⁴⁰⁶ BULOS, Uadi. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 136.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 137.

todas as autoridades públicas e não apenas pelo Poder Judiciário, desde que lhe caibam a tarefa de aplicar normas jurídicas. Refere que isso decorre do fato de todos os órgãos do Estado encontrarem-se vinculados positiva e negativamente à Constituição, tendo o dever de concretizar, em todas as circunstâncias, os valores nela inseridos.⁴⁰⁸

Com a afirmação de que a Constituição também é uma lei com o *plus* da superioridade, Santos Neto ressalta que o documento Magno é a fonte mais importante de todo o Direito Administrativo, visto que estatui as normas e os princípios supremos do ordenamento positivo, impondo-se a todos os atos da Administração Pública, sendo que o fato de esta encontrar-se vinculada ao princípio da legalidade maximiza o dever de respeito aos dogmas constitucionais. Dessa forma, completa que a “Administração Pública ‘há de poder’ ou ‘há de dever’ interpretar essa lei de conformidade com aquela (Constituição), ‘adaptando-se à própria evolução constitucional’”.⁴⁰⁹

Com efeito, relevante dar destaque às palavras de Streck no que tange à sua concepção de que “a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição”, mesmo porque para o autor “não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela”.⁴¹⁰ Como bem aduz Streck, já em outra obra de sua autoria, “sendo mais enfático, o hermeneuta não consegue pensar em uma decisão que deixe de lado a efetividade das normas constitucionais”.⁴¹¹ Entendemos, pois, apesar de não estar expressamente posto nestes trechos, que Streck admitiria uma interpretação hermenêutica e filosoficamente fundamentada diretamente na Constituição pela Administração Pública, afastando a aplicabilidade de qualquer espécie normativa inferior, constatada a inconstitucionalidade.

Freitas segue a trilha de que o agente público tem o magno dever de rejeitar as ordens manifestamente contrárias às diretrizes axiológicas superiores do ordenamento jurídico brasileiro, algo que supõe liberdade e juízo de valor.⁴¹²

⁴⁰⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 68.

⁴⁰⁹ SANTOS NETO, João Antunes dos. **O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 230.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 573-574.

⁴¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 520.

⁴¹² FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11.

Os ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do MS nº 14.107/DF, da Relatoria de Herman Benjamin, já afirmaram a superação ortodoxa do princípio da legalidade, chancelando decisão administrativa arrimada em preceitos constitucionais, nos seguintes termos:

[...] 5. No Direito Constitucional contemporâneo, inexistente espaço para a tese de que determinado ato administrativo normativo fere o Princípio da Legalidade, tão-só porque encontra fundamento direto na Constituição Federal. Ao contrário dos modelos constitucionalistas retórico-individualistas do passado, despreocupados com a implementação de seus mandamentos, no Estado Social brasileiro instaurado em 1988, a Constituição deixa em muitos casos de ser refém da lei, e é esta que, sem exceção, só vai aonde, quando e como o texto constitucional autorizar. 6. A empresa defende uma concepção ultrapassada de legalidade, incompatível com o modelo jurídico do Estado Social, pois parece desconhecer que as normas constitucionais também têm status de normas jurídicas, delas se podendo extrair efeitos diretos, sem que para tanto seja necessária a edição de norma integradora. 7. A Constituição é a norma jurídica por excelência, por ser dotada de superlegalidade. No Estado Social, seu texto estabelece amiúde direitos e obrigações de aplicação instantânea e direta, que dispensam a mediação do legislador infraconstitucional. [...] (MS 14.017/DF, rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 27.05.2009).⁴¹³

Cabe destaque, ademais, a manifestação dos ministros do Supremo Tribunal Federal que acolheram a tese do princípio da juridicidade como aporte do Direito Administrativo. Entretanto, não como substitutivo do princípio da legalidade, mas sim como *um ver além* do intérprete que não pode ficar restrito ao que reza a lei, tendo que estar atento ainda ao fato de que a regulamentação legal não poderá restringir os direitos garantidos pela Constituição Federal e nem a mercê da omissão de atos legislativos para dar efetividade aos direitos. O voto teve como Relatora a Ministra Carmen Lúcia, no RE 627412, julgado em 05/11/2010:

[...]“01. Colocação do tema. *Princípio da juridicidade* versus separação de poderes. A ausência de legislação específica (espécie normativa primária) a reger o termo inicial dos efeitos da decisão que defere, no caso de professores de Universidade Federal, o adicional por titulação é insuficiente para autorizar, com base no argumento da separação de poderes, a modulação indefinida, pró-futuro, do início do pagamento. Como ente administrativo, a Universidade Federal *está jungida ao princípio da juridicidade, do qual, por desdobramento, a legalidade estrita impede a restrição de direitos por meio de ato infralegal. Também por desdobramento da juridicidade, a eficiência determina que decisões a respeito de interesses de administrados não sejam adiadas ou postergadas imoderadamente por deficiências logísticas ou de ordem material do corpo burocrático. Mais um desdobramento da juridicidade, a moralidade impede que os efeitos de*

⁴¹³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 158-159.

reconhecimento de direitos de servidores possam ser manobrados por voluntarismo ou simples falta de disposição dos órgãos encarregados quanto à edição do ato decisório. Em suma, pelo princípio da juridicidade, os efeitos de tais decisões devem observar um marco temporal objetivo, refratário a qualquer deslocamento por razões que nada tocam ao administrado. [...] Nada há a prover quanto às alegações da Recorrente. 7. Pelo exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).⁴¹⁴ (grifo nosso).

De fato, os casos enfrentados pelos tribunais superiores tratam de omissões da lei regulamentar. Entretanto, resta claro que os ministros já sinalizaram no sentido de que o administrador poderá arrimar sua decisão em preceitos constitucionais. Ao conceberem a assunção do princípio da juridicidade, e que este deve ser respeitado pelos agentes da Administração Pública, interpretação diversa seria teratológica e contrária à unidade constitucional que se busca, uma vez que a supremacia da Constituição invalida a própria razão de ser de uma lei inconstitucional, o que não significa que o administrador a declare como tal, apenas deixará de aplicá-la, o que é bem diverso, não fugindo, pois, de suas atribuições e invadindo competências definidas constitucionalmente.

Segundo Binenbojm não só pode como é dever da Administração Pública deixar de aplicar leis incompatíveis com a Constituição, sob pena de menoscabo à sua supremacia, elencando cinco motivos para sua conclusão: a) a vinculação direta e primária da Administração à Constituição; b) dever de não dar cumprimento à lei inconstitucional para preservar a superioridade da Constituição; c) dever de auto-executoriedade dos preceitos constitucionais, a despeito da possibilidade de propositura de ação direta de inconstitucionalidade pelo Presidente da República e pelos Governadores de Estados, [e ouso acrescentar do Distrito Federal], tendo em vista que ao Supremo Tribunal Federal reserva-se a última palavra, mas jamais o monopólio sobre a interpretação e aplicação da Constituição; d) como se justificaria, mesmo se assim não fosse, a ausência de legitimidade de Chefes de outros Poderes como Prefeitos Municipais e Tribunais de Contas? Trata-se de desigualdade injustificável, aduz; e) conforme as disposições sobre a ação declaratória de constitucionalidade instituída pela Emenda 03/93 e reformulada pela Emenda 45/2004, deixou-se clara a possibilidade de descumprimento de lei pelos órgãos administrativos,

⁴¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO extraordinário RE n. 627412**. Partes: UFS - Universidade Federal de Sergipe; Procurador-Geral do Estado de Sergipe. Ricardo Scher e outro(a/s). Thiago D'avila Melo Fernandes e Outro(A/S). Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, julgamento: 05 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17341361/recurso-extraordinario-re-627412-stf>>. Acesso em: 28 maio 2014.

quando maculada de inconstitucionalidade, mesmo inexistente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal.⁴¹⁵

Oliveira, com um fundamento evolutivo da legalidade, justifica sua posição pela possibilidade de afastamento de lei inconstitucional em prol de uma interpretação com fulcro na Constituição. Dispõe que de acordo com a ideia liberal-positivista a lei deveria ser exaustiva, sendo a atuação do Executivo meramente regulamentar e não criativa. Acrescenta que esse pensamento não se coaduna com a atual realidade, se é que algum dia se adequara. Não se pode exigir que a lei predetermine toda a ação administrativa. Dessa forma, a ação dos administradores deve ser criativa para legitimar as decisões necessárias à realização dos preceitos constitucionais.⁴¹⁶

De mais a mais, Barroso também enfrenta o tema sendo taxativo em afirmar que o administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição, completando que o princípio da legalidade transmuda-se em princípio da juridicidade, “compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”.⁴¹⁷

Não tão enfático no que tange à problemática exposta, Rocha afirma que a razão de ser da Administração Pública é fazer com que os efeitos determinados pelas normas jurídicas se concretizem, por essa razão a atividade administrativa é função, ou seja, faz “funcionar” a norma jurídica “que, quando de sua produção, põe-se estaticamente e ainda sem vida efetiva. É apenas um instrumento, que somente cumpre a finalidade quando operacionalizada”. Aduz, ademais, que a aplicação do princípio da juridicidade administrativa tem o seu conteúdo marcado pela adequação perfeita entre “o posto no Direito e o quanto realizado pela entidade competente na seqüência daquela disposição”.⁴¹⁸ Como visto, apesar de não deixar clara a possibilidade de um agir com base direta na Constituição, a autora entende que o intérprete deve buscar o conteúdo da norma além dela mesma, ou seja, na moldura do ordenamento jurídico.

Pode-se entender que no mesmo sentido Medauar afirma que o princípio da legalidade deve ser compreendido como submissão do legislador não apenas à lei formal votada pelo Poder Legislativo, mas também aos preceitos decorrentes do Estado Democrático de Direito,

⁴¹⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 184-185.

⁴¹⁶ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.72-73.

⁴¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 402-403.

⁴¹⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 82-83.

observando os demais princípios e fundamentos de base constitucional.⁴¹⁹ No entanto, não deixa clara a sua posição sobre a possibilidade de afastamento de uma lei inconstitucional para aplicação da Constituição de forma direta e imediata.

Como um alento aos adeptos do dogmatismo Aragão esclarece a inquestionabilidade, na sua concepção, da evolução da Administração Pública como não mais vinculada apenas à lei, mas sim ao que denomina de “bloco de legalidade” que incorpora valores, princípios e objetivos jurídicos mais elevados da sociedade, submetendo o aparato administrativo expressamente “à lei e ao direito”, o que restaria implícito na Constituição e expresso na Lei 9.784/1.999 (Lei do Processo Administrativo Federal), em seu art. 2º, parágrafo único, inciso I.^{420 421}

Assim, dito de outra forma, quando a norma que regula o Processo Administrativo Federal abre a interpretação não apenas para que, quando da decisão final, deva-se partir não apenas de postulados estritos da análise de lei, mas também, e, sobretudo, do direito, outra interpretação é indissociável da sistemática e da conservação da unidade do ordenamento jurídico como cânone hermenêutico universal da manutenção da higidez do mesmo. Visitando as palavras de Freitas a boa interpretação sistemática do Direito Administrativo é também aquela que se pretende coerente e aberta, favorável à democracia real com a salvaguarda do direito fundamental à participação e concedendo consistência à ordem jurídica com a “premissa de que se faz inadiável a exegese que favoreça o aprofundamento do controle democrático do exercício do poder”, proporcionando o efetivo diálogo e consagrando o direito participativo correlato da cidadania.⁴²² É determinante ressaltar que a legalidade só tem razão de ser quando e se conectada aos princípios e aos direitos fundamentais. Assim, unindo a lei, o Direito, os seus valores fundamentais e a participação democrática a uma hermenêutica concreticista, a solução mais adequada será consequência.

Moreira Neto também partilha do ideal de que normas administrativas que não se coadunem com valores máximos de uma administração consensual, e dito de outra forma, participativa e democrática, devem ser afastadas, tendo-se que, com suas palavras, “repudiar, portanto, com firmeza e veemência a mera sugestão de que o Direito Administrativo deva

⁴¹⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 144.

⁴²⁰ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: I - atuação conforme *a lei e o Direito*; (grifo nosso).

⁴²¹ ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 64. abr./jun. 2004.

⁴²² FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 248-250.

servir a esse falso avanço”. O avanço ao qual o autor menciona se refere aos valores de segurança e justiça.⁴²³

Segundo Binenbojm,⁴²⁴ sob a perspectiva da possibilidade de afastamento de aplicabilidade de norma inconstitucional pela Administração Pública com preferência à aplicação direta da Constituição, são favoráveis ainda os seguintes autores: Lúcio Bittencourt, Miguel Reale, Themistocles Brandão Cavalcanti, Vicente Ráo, José Frederico Marques, Carlos Maximiliano, Caio Tácito, Ronaldo Poletti, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Alexandre de Moraes e Clèmerson Merlin Clève.

Também, no mesmo sentido: Andreas J. Krell,⁴²⁵ Felipe Faiwichow Estefam,⁴²⁶ Germana de Oliveira Moraes,⁴²⁷ José Manoel Sérvulo Correia⁴²⁸ e Julieta Mendes Lopes Vareschini.⁴²⁹

Por outro lado, há doutrinadores que inadmitem o afastamento da lei pela Administração Pública, dentre outros motivos, sobressai-se o do perigo da concessão de amplos poderes aos administradores públicos, uma vez que pela submissão à lei formal a delegação de poderes seria controlada, bem como pelo risco de transferência de todas as decisões definitivas para o Poder Judiciário, tendo em vista a abertura das interpretações de decisões oriundas dos agentes da Administração Pública baseadas em princípios.

Otero admite que a abertura do sistema constitucional reflete o pluralismo político das sociedades modernas. Todavia, relaciona esta mesma abertura diretamente a uma transformação da “legalidade administrativa numa legalidade principialista” que envolve incerteza e insegurança jurídica nas ações da Administração Pública, uma vez que os princípios, em muitos casos, são contraditórios resultando na transferência aos tribunais a função de limitação de poder. Aduz que a Administração Pública passa a ser e será apenas uma estrutura intermédia de aplicação do Direito, resguardando ao Poder Judiciário a função

⁴²³ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 35.

⁴²⁴ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 185-186.

⁴²⁵ KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54-55.

⁴²⁶ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 111.

⁴²⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 29-31.

⁴²⁸ CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987. p. 58 e ss.

⁴²⁹ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionariedade administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 78.

político-decisória diante de conflitos de princípios e normas deixados em aberto pela Constituição. Fala, por arremate, em um “governo de juízes”, o qual carece de legitimidade político-democrática.⁴³⁰

No entanto, mesmo sendo contrário à posição de interpretação direta da Constituição diante de lei inconstitucional por parte de agentes da Administração Pública, Otero enfatiza que os órgãos administrativos deverão sempre preferir a interpretação de regulamentos harmônicos com as normas constitucionais, estando cientes da possível submissão de suas decisões ao controle judicial.⁴³¹

Para Justen Filho a proposta de se conceder uma interpretação ampliativa ao princípio da legalidade para o princípio da constitucionalidade é válida, porém deve ser analisada caso a caso e com cautela, tendo em vista que em muitos casos a Constituição brasileira atribui a regulamentação de um direito à edição de lei em sentido estrito, não sendo, pois, totalmente suficiente a arguição do princípio da constitucionalidade para assegurar a atuação da Administração Pública. No entanto, ressalta: “É evidente que toda a atividade administrativa deve ser compatível com a Constituição”. E arremata: “A expressão *princípio da legalidade* deve ser mantida sempre com a advertência de que os direitos e obrigações podem constar na Constituição, a qual modela toda a ordem jurídica.” Assim, para que haja validade da ação ou omissão administrativa em respeito à legalidade, o determinante, em última análise, é a compatibilidade com os cânones constitucionais.⁴³²

De forma enfática Carvalho Filho afirma que “só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto em lei”, ressaltando que este postulado tem por origem a consagração do Estado de Direito, ou seja, o Estado que deve respeitar as próprias leis que edita.⁴³³ No mesmo sentido Mello, para quem o princípio da legalidade significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina,⁴³⁴ restando claro que ambos os autores inadmitem que os administradores deixem de cumprir a lei mesmo que ela tenha o vício de inconstitucionalidade enquanto a mesma ainda estiver em vigor.

⁴³⁰ OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. reimpressão da edição de maio/2003. Coimbra: Almedina, 2011. p. 168-169.

⁴³¹ *Ibid.*, p. 650-651.

⁴³² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 230-231.

⁴³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Até 30/06/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 17.

⁴³⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev e atual. até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 95.

Sempre se afirmou que Meireles adotara a teoria mais firme com relação à legalidade, entretanto, entendemos que, ao menos por inteligência da interpretação às atualizações realizadas em sua obra, afere-se uma evolução. Senão vejamos: apesar de o autor permanecer afirmando que o administrador público está vinculado aos mandamentos da lei, acrescenta que o mesmo também estaria submetido às exigências do bem comum e ao Direito, conforme o que reza a Lei 9.784/99 (art. 2º, parágrafo único, inciso I, *supra* citado). Aduz, ademais, que “cumprir a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”, completando que se deve orientar, em interpretação, pelos princípios de Direito e da Moral “para que ao *legal* se ajunte o *honesto e o conveniente* aos interesses sociais”.⁴³⁵

Dentre os que também adotam a tese de que a Administração deve respeitar a potestade da lei, segundo Estefam,⁴³⁶ estão: Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, José Roberto Pimenta Oliveira, Mariano Bacigalupo e Ricardo Marcondes Martins.

Filiamo-nos à corrente de que os administradores públicos de quaisquer dos escalões, no uso de suas atribuições, por exercerem atividade executiva para, pelo e em prol do Direito, exercendo função *de Estado, jamais do Governo*, com o dever-poder de concretizar os comandos constitucionais preservando os interesses dos administrados de acordo com suas necessidades dentro dos limites dispostos pela Lei Fundamental, não só podem como têm o dever de deixar de aplicar qualquer espécie normativa com vício de inconstitucionalidade, desde que para se chegar à decisão, tenha sido percorrido um caminho hermenêuticamente adequado levando-se em conta as circunstâncias da lei, do tempo, da história e do caso concreto, arrimando a decisão na Constituição.

Cabe destaque que não se está a afirmar que o administrador público declarará a espécie normativa inconstitucional. Muito ao contrário, interpretar/aplicar tem conceito bem diverso de declarar inconstitucional. O administrador apenas deixará de aplicar a norma para o específico caso concreto. Assim, a norma permanecerá em vigor não interferindo na seara de competências atribuídas constitucionalmente.

No que tange à segurança jurídica e certeza da decisão, deve-se ressaltar, seguindo as pegadas de Grau, que o Direito não é uma ciência, mas sim o objeto de estudo da ciência do Direito. Isso significa que não é possível, através do Direito, definirmos uma solução exata ou

⁴³⁵ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 86-87.

⁴³⁶ ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 114-120.

única decisão correta, mas sim um rol de decisões corretas, onde o intérprete, com prudência, dentre as possíveis decisões, opta pela mais adequada de forma justificada e não demonstrada, uma vez que Direito não é demonstração, mas sim justificação. Por isso, fala-se em *juris prudentia* e não *juris scientia*.⁴³⁷

Também não estamos afirmando que a Administração Pública não mais se submete ao princípio da legalidade. Nada disso! Tudo deve permanecer como está. Não vemos necessidade de alteração de nomenclatura, mas apenas cumprimento do que já é dito desde a razão de ser do Estado de Direito. Estado de Direito significa submissão do Estado ao Direito, não significando, pois, reduzir a submissão do Estado à lei *stricto sensu*. Submissão do Estado ao Direito é submissão do Estado a todas as normas do ordenamento jurídico. Parafraseando Grau, ao *direito posto*,⁴³⁸ o que inclui, logicamente a Constituição, norma suprema do ordenamento jurídico pátrio juntamente com todos os seus valores e princípios que a legitimam, *o direito pressuposto*.⁴³⁹ Apenas, deve-se aduzir que o princípio da legalidade é desdobramento do princípio da juridicidade, este inerente ao Estado de Direito.

Decerto que a atividade administrativa mais dialética, filosófica e aberta do sistema contemporâneo moderno exigirá maior eficiência dos administradores e qualificação para que as decisões sejam as mais legítimas possível, uma vez que os administrados têm direito à boa administração. Daí a importância da hermenêutica para a fundamentação das decisões de forma a justificar e garantir a legitimidade dos atos administrativos e resgatar a confiança da sociedade no ato político *stricto sensu*. Para que isso ocorra, é imprescindível que os valores constitucionais estejam no ápice de toda interpretação/aplicação administrativa, pois assim, ficará complicado até mesmo para o Poder Judiciário anular a decisão administrativa.

Já para Germana Moraes, com a constitucionalização do Direito Administrativo, houve a mutação do princípio da legalidade para o princípio da juridicidade, demandando uma redefinição da discricionariedade administrativa, o que conduziu a uma nova delimitação do controle jurisdicional da Administração Pública.⁴⁴⁰

⁴³⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 41.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 44-83. Para Grau, **direito posto** (criado pelo Estado - legisladores) e **direito pressuposto** (produto cultural, regras adotadas pela sociedade *de per se*) estão sempre sobrepostas, além de condicionadas e interpenetradas reciprocamente, ou seja, sendo o primeiro o Direito criado pelo Estado, “o legislador não é livre para criar qualquer direito posto (direito positivo)”, visto que é condicionado pelo direito pressuposto que o legitima e/ou legitimará. Acrescenta que “o direito pressuposto condiciona a elaboração do direito posto, mas este modifica o direito pressuposto. O direito que o legislador não pode criar arbitrariamente é o direito positivo”. (*Ibid.*, p. 63-65).

⁴³⁹ *Ibid.*, p. 44-83.

⁴⁴⁰ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 30

Outros autores também demonstram preocupação similar, ou seja, pelo fato de se ter aberto a interpretação administrativa, a discricionariedade da mesma teria também passado de insindicável para sindicável nos casos afetos ao mérito administrativo. Pela importância temática, passemos a analisar.

4.2.1 Ato Vinculado versus Ato Discricionário: Subsiste a Dicotomia?

Uma das pedras de toque do Direito Administrativo, pode-se afirmar, é a decantada discricionariedade administrativa que, em apertada síntese, refere-se também à parte insindicável dos atos praticados pelos administradores públicos (mérito) no exercício de seu mister, tendo em vista que a norma regulamentadora deixou a solução aberta, ou seja, para a valoração da Administração Pública, conforme a análise do caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade com a finalidade de tomar a decisão mais adequada.

Segundo Mello, uma das classificações que pode ser dada aos atos administrativos é: vinculados e discricionários, afirmando que o ato vinculado seria o que a lei não deixou para o administrador nenhuma margem de liberdade para decidir, tipificando, em sua totalidade, o único comportamento possível. Por outro lado, para o ato discricionário, a lei dispôs ao administrador certa margem de liberdade para decidir, deixando campo para a apreciação subjetiva, segundo critérios de conveniência e oportunidade.^{441 442}

Completa Mello que o fato de o ato ser discricionário não significa que o administrador desfrute de liberdade total. O que há é juízo discricionário para aferir situações que possam justificar opções discricionárias, tendo por fim a realização do interesse público *in concreto* dentro dos limites da lei.⁴⁴³

Na dicção de Fagundes as questões que envolvem mérito administrativo são de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e complementou que o “Poder Judiciário, nele

⁴⁴¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev e atual. até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 389.

⁴⁴² Para uma análise mais aprofundada há também outras obras sugeridas: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Até 30/06/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 42-45; JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 141-164, e 498-500; MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 125-133; MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Dêlcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 114-119 e 162-166.

⁴⁴³ MELLO, op. cit., p. 397.

penetrando, ‘faria obra de administrador, violando, destarte, o princípio da separação e independência dos poderes’.⁴⁴⁴

Ocorre que além de a insindicabilidade não se coadunar com os preceitos de um Estado de Direito, com o movimento de constitucionalização do Direito Administrativo a não sindicabilidade do ato discricionário vem perdendo cada vez mais fôlego. Uma pelo fato de os atos administrativos serem arrimados na Constituição; duas pelo fato de as necessidades dos administrados mudarem de forma constante e rápida, onde nenhuma norma seria capaz de acompanhar, resultando que quase toda atividade administrativa passa a ser solucionada através de atos discricionários e não vinculados; três pelo fato de que toda norma, por mais completa que aparente ser, requer interpretação.

Há muito tempo a decantada e reafirmada insindicabilidade do ato administrativo nos inquieta frente aos cânones hermenêuticos. Conforme assevera Moreira Neto não há liberdade ou vinculação absoluta a qualquer legalidade, uma vez que sempre restará apreciabilidade de um resíduo que seja em face do interesse público.⁴⁴⁵ Freitas também enfrenta o tema ressaltando que mesmo o ato vinculado, aparentemente ausente de discricionariedade volitiva ou avaliativa pode comportar ambiguidades e aspectos que transcendem a aplicação acrítica das condições de aplicação das regras.⁴⁴⁶

Nesse diapasão é que mais um paradigma se afirma supostamente quebrado com o movimento de constitucionalização do Direito Administrativo, qual seja o da possível inexistência de dicotomia entre atos vinculados e discricionários ou se o que há, na verdade, são diferentes graus de vinculação dos atos administrativos vinculados e discricionários às normas de regência. Sendo que um fato é certo: todos os atos estão submetidos à sindicabilidade, uns em maior grau, outros em menor, a depender das disposições normativas sobre os mesmos, sejam eles vinculados ou discricionários.

Binenbojm afirma que a discricionariedade administrativa é carecedora de legitimação, uma vez que pautada em escolhas subjetivas do administrador. Ao contrário do que deveria ser, todo ato público e concretizador de políticas públicas, como é o caso do ato

⁴⁴⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 181-182.

⁴⁴⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 15.

⁴⁴⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11.

administrativo, deve ser arrimado em parâmetros jurídico-constitucionais. Assim, para ser legítimo, o mesmo possui diferentes graus de vinculação à juridicidade, no que de acordo com o caso, haverá a relação com a sua controlabilidade judicial, não admitindo hipótese de ato discricionário.⁴⁴⁷

Os adeptos da teoria da ausência de dicotomia entre atos discricionários e vinculados enfatizam a importância de se deixar claro que os graus de vinculação do ato devem ser analisados sob vários aspectos tanto pelo Executivo como pelo Judiciário, visto que desarrazoada seria a intervenção deste último Poder quando a decisão tomada tiver sido relevantemente apreciada pelas características intrínsecas da Administração Pública, como por exemplo, sua estrutura orgânica, a preparação técnica de seus agentes, os meios e procedimentos de sua atuação, dentre outros fatores.⁴⁴⁸

Aliando-se a Krell e Eduardo García de Enterría, Binensbojm inadmite que sob a pilastra de combate às supostas arbitrariedades e imunidades do poder se assista a uma judicialização administrativa, sem levar em conta a *especialização técnico-funcional* da Administração Pública e os pilares do princípio da separação de poderes na atuação do Poder Executivo, onde a ação do Poder Judiciário deve ceder espaço de acordo com a análise das especificidades do caso concreto.⁴⁴⁹

Como o mérito administrativo dantes era intocável, Binensbojm defende o afastamento da classificação dicotômica entre atos discricionários e vinculados, tendo em vista que todos os atos administrativos estão submetidos à sindicância jurisdicional com base em preceitos constitucionais. Assim, sugere alguns *standards* para propiciar um fundamento teórico adequado ao controle judicial sobre os atos administrativos proporcionais às especificidades da Administração Pública: a) quanto maior o grau de objetividade da espécie normativa sobre o ato, mais intenso deve ser o controle judicial; b) quanto maior o grau de tecnicidade da matéria em que a Administração Pública obtenha aparato específico, menos intenso deve ser o controle judicial; c) quanto maior o grau de politicidade da matéria a ser decidida por agente político legitimado eleitoralmente, menos intenso deve ser o controle judicial; d) quanto maior o grau de efetiva participação social no processo de deliberação que resultou na decisão final,

⁴⁴⁷ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 39. No mesmo sentido se posiciona Krell para quem: “o ato administrativo ‘vinculado’ não possui uma natureza diferente do ato ‘discricionário’, sendo a diferença no grau de liberdade da decisão concedida pelo legislador quantitativa, mas não qualitativa”. KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 22.

⁴⁴⁸ Ibid., p. 45-46.

⁴⁴⁹ BINENBOJM, op. cit., p. 41.

menos intenso deve ser o controle judicial; e e) quanto maior o grau de restrição imposto aos direitos fundamentais, mais intenso deve ser o controle judicial.⁴⁵⁰

Por outro lado, Freitas *ressalta que é totalmente refutável a “tese discricionariedade nula”, uma vez que “implausível sustentar ‘a’ única solução correta”*.⁴⁵¹ Deve-se pôr fim é ao paradigma de uma discricionariedade sem controle, sem sindicabilidade, fruto de uma mentalidade obtusa.⁴⁵² Como aduz, a discricionariedade legítima é a que o administrador exerce a liberdade deixada pela lei em conformidade com as regras e além delas, com fulcro nos princípios e objetivos fundamentais constitucionais. Fora disso, trata-se de abominável arbitrariedade.⁴⁵³

Severo crítico da discricionariedade judicial, Streck, ao menos em tese, segundo nossa interpretação de sua manifestação na obra *Verdade e Consenso*, parece não questionar a existência da discricionariedade administrativa. Senão vejamos:

[...] E não confundamos essa discussão – tão relevante para a teoria do direito – com a separação feita pelo direito administrativo entre atos discricionários e atos vinculados, ambos diferentes de atos arbitrários. [...] Daí a necessária advertência: não é correto trazer o conceito de discricionariedade administrativa para o âmbito da interpretação do direito (discricionariedade judicial).⁴⁵⁴

Quando trata da discricionariedade administrativa Mello se dedica aos conceitos vagos, fluidos ou indeterminados de termos que admitiriam interpretações com margem de liberdade ao administrador que devem ser solucionados conforme a análise do caso concreto, com aplicação do ato mais adequado dentro dos contornos que as normas da *moldura* da lei permitem.⁴⁵⁵

Isso não significa que a opção tomada pelo administrador delimite por completo o âmbito de imprecisão dos conceitos fluidos, como se em todos os casos posteriores a mesma

⁴⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 253-254.

⁴⁵¹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 10-11.

⁴⁵² Ibid., p. 21.

⁴⁵³ Ibid., p. 16.

⁴⁵⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 39.

⁴⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22-23.

solução já tomada valha como ‘a’ verdadeira. Mello enfatiza que isto pode até acontecer, mas em outras inúmeras vezes não, pois diferentes intelecções seriam razoavelmente admissíveis. O certo é que, como afirma o autor, a margem de liberdade apesar de possuir conteúdo variável, contém balizas de certezas positivas e negativas. Dito de outra forma, há, diante de um conceito indeterminado, uma *zona de certeza positiva* dentro da qual ninguém duvida do cabimento da aplicação do termo ou da palavra que se busca designação; como também existe uma *zona de certeza negativa* em que é descabida a inserção do termo ou da palavra para que se decida com adequação. Assim, a discricionariedade administrativa já fica reduzida a essas zonas certas em que o ato tenderá a ser legítimo ou arbitrário, conforme o caso.⁴⁵⁶

Entretanto, apesar de toda a argumentação de Mello, Grau ressalta que o administrativista não teria absorvido a distinção entre *juízos de legalidade e juízos de oportunidade*, além de identificar *a atividade discricionária da Administração Pública com a atividade de interpretação do direito*.⁴⁵⁷ Divergências à parte, apesar de relevante e instigante o debate entre os juristas, para não fugirmos ao tema, sugerimos a leitura dos argumentos de ambos.⁴⁵⁸

O certo é que Grau, retirado o juízo de oportunidade, é assente com a admissibilidade de o ato administrativo discricionário, apresentando-o como concessão de margem de liberdade concedida por lei ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um entre ao menos dois comportamentos cabíveis perante casos concretos, com o fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação posta, uma vez que essa última é, em muitos casos, incognoscível para o atendimento do interesse consagrado pela norma.⁴⁵⁹

Pois bem, a discricionariedade apenas é revisitada em seus preceitos tradicionalistas passando a se tornar legítima quando refletir a competência administrativa e não apenas mera faculdade de avaliar e escolher dentre as opções possíveis no plano concreto, a solução mais adequada, mediante justificação válida, coerente, jurídica e consistente de conveniência ou

⁴⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 22-29.

⁴⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 192-193.

⁴⁵⁸ *Ibid.*, p. 189-221.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 208-209.

oportunidade, desde que aceitáveis, respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade e da moralidade do direito fundamental à boa administração.⁴⁶⁰

Correlacionar tais premissas ao *Estado da proporcionalidade*⁴⁶¹ de Freitas é um “casamento” ideal, em que se consagra, ademais, o direito fundamental à boa administração pública que se consubstancia:

*[...] direito fundamental à boa administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.*⁴⁶²

É fato que o Estado tem o dever de proceder com eficiência e efetivar escolhas legítimas. Coadunando-se com Freitas, Vareschini destaca que o Estado da escolha administrativa legítima deve ser o da proporcionalidade, interpretada como vedação ao excesso e à omissão, “do controle de legitimidade, ao lado da eficiência e da eficácia, exigindo-se a motivação dos atos discricionários e vinculados”.⁴⁶³

Por sua vez o argentino Cassagne, ao se debruçar sobre a discricionariedade administrativa, enfatiza que há uma característica marcante no Direito Público dos países europeus quanto à efetividade e aplicabilidade plena da supremacia constitucional, figurando como norma máxima e básica imposta sobre a totalidade do ordenamento jurídico de inferior hierarquia, sendo vetor intransponível da interpretação direta de todos os órgãos estatais. Prossegue ser esta a ideia da legitimidade democrática, bem como dos fenômenos participativos que se aproximam a formas de democracia direta.⁴⁶⁴ E, finaliza:

De esse modo, el sistema jurídico, apoyado en un basamento constitucional superior, adquiere una mayor estabilidad, la cual, como es sabido, no solo protege los derechos e intereses individuales o colectivos de las personas,

⁴⁶⁰ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 24.

⁴⁶¹ Ibid., p. 19.

⁴⁶² Ibid., p. 22.

⁴⁶³ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionariedade administrativa**: uma releitura a partir da constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 108.

⁴⁶⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad u el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009. p. 178.

sino que es el motor de las inversiones que precisa todo Estado para su desarrollo económico.⁴⁶⁵

Como se afere, correlato a tudo que vem sendo exposto, resta patente dentro desse movimento de constitucionalização do Direito Administrativo o direito fundamental à boa administração pública, consubstanciado no fato de que todos os administrados possuem o direito subjetivo de que seus interesses sejam tratados pelas instituições públicas de forma a preservar todos os demais direitos fundamentais que lhes são garantidos constitucionalmente, impedindo tanto ações comissivas como omissivas por parte da Administração Pública. Passemos a analisar, pois, a relação do direito fundamental à boa administração com a gestão devida das políticas públicas e seus efeitos em caso de omissão.

4.3 Supremacia da Constituição, Direito à Boa Administração e Gestão de Políticas Públicas

Refletir e ir além do que está escrito no texto da lei ou do que existe em lei, mas constante na Lei Maior, não significa ignorar a primeira, mas sim interpretá-la e dar vivacidade tanto à lei, caso exista, como à Constituição dentro de um sistema jurídico em consonância com os princípios fundamentais prestacionais. Enfim, é tornar o sistema jurídico “vivo” dentro do seio social. Tão importante quanto cumprir a lei é fazer valer os direitos fundamentais prestacionais por meio de políticas públicas que são capitaneadas pelos gestores públicos. Tanto quanto o agir em desconformidade com a Constituição Federal, a inércia é um mal que assola, massacra e solapa toda a razão de ser da vida: a dignidade. Esta que é princípio fundamental da República brasileira, causando males e danos, que em alguns casos, são irreparáveis para o indivíduo.

O resgate da legitimidade da ação administrativa, se é que algum dia se pode falar que existiu, só será possível com políticas públicas efetivas e, desde que vigore a precaução para evitar a ocorrência de danos no seio social. Freitas⁴⁶⁶ enfatiza que há um direito fundamental à boa administração atrelado ao dever/poder dos administradores públicos de forma a conter

⁴⁶⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad u el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009. p. 178.

⁴⁶⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 09.

discricionariedades desproporcionais e desarrazoadas, ou seja, exercidas fora dos limites (ações), como também aquém dos limites (omissões). Seguindo essa trilha, pretendemos demonstrar os principais pontos dessa encruzilhada que vem *irritando* a relação entre a Administração Pública, indivíduos e o Poder Judiciário.

4.3.1 O Direito Fundamental à Boa Administração

Enfrentar o tema do direito fundamental à boa administração ao tempo em que nos desafia, glorifica-nos.

Desafia-nos pela forma em que as políticas públicas são desenvolvidas em solo brasileiro, como meio de manutenção de grupos políticos no poder e não pela sua verdadeira razão de ser. Dito de outro modo, as políticas públicas devem concretizar os direitos fundamentais prestacionais dispostos constitucionalmente, realizando o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, porém são utilizadas como moeda de troca.

No entanto, glorifica-nos pelo marco que o Direito e a sociedade brasileira vem passando, demonstrando que o pensamento crítico se avança com desejo de mudança. A pujança do movimento faz com que as ideias floresçam, derrubando paradigmas antes jamais imaginados, além de restar pacífico que a democracia não se faz apenas com o voto ou com o que resulta dele (representação executiva e parlamentar), sendo este apenas um dos galhos de uma árvore de raiz bem mais profunda e vivaz: o próprio indivíduo diariamente *democrateando* e participando ativamente do processo decisório.

Salta aos olhos como a compartimentação dos interesses reflete no Parlamento e a representação já não corresponde ao ideal de atender ao *interesse comum*, pois é fatiada entre setores de influência que se comprometem na defesa de interesses bem localizados. Por isso a lei constitui, na verdade, resposta aos focos *influentes* e somente tangencialmente corresponde aos interesses do bem comum. Daí a importância da ciência jurídica, bem como dos juristas e operadores do Direito nas Faculdades espalhadas em todo o Brasil em propiciar um “redesenho do mapa jurídico do povo brasileiro” reformulador das regras, reduzindo diferenças, estimulando a cidadania, *retirando do papel a Democracia Participativa* e aportando com o conhecimento capaz de fazer valer as proclamações da *Carta Cidadã*.⁴⁶⁷

Relevante destacar as ponderações de Ribeiro referente à participação democrática e o discurso que se faz ao utilizar o povo como baluarte para tentar legitimar atos estatais arbitrários

⁴⁶⁷ NALINI, José Renato. **Por que filosofia?** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

manifestamente contrários aos interesses constitucionalmente resguardados. O autor, seguindo os passos de Roberto Amaral de que *a democracia participativa está prostrada em seu leito de morte, incuravelmente corroída pela ilegitimidade*, ressalta que não se pode mirar a democracia apenas pelo voto depositado nas urnas, tampouco pelas *regras do jogo* que se alteram ao bel prazer dos interesses políticos. A requalificação do povo é necessária para que o mesmo deixe ser mero ator coadjuvante e passe a ator principal,⁴⁶⁸ participando ativamente das decisões políticas.

Como se afere, a realização das políticas públicas é dever de Estado e não “*favor*” de política pública a ser realizada conforme a conveniência e oportunidade desproporcional ou de política pública oportunista. Entretanto, o ser humano para ter o seu direito concretizado, uma vez que já é garantido, precisa recorrer ao Poder Judiciário, visto que, isoladamente, sob a ótica dos gestores públicos, não gera oportunidade ou conveniência para a *política pública do governo*, o que, por outro lado, *é lúdima dentro das raias das políticas públicas de Estado*.

Some-se a tudo isso, as ponderações de Nalini quanto à igualdade [ouso acrescentar, ou sua ausência] no Brasil. O autor afirma que a igualdade só será atingida em um estágio longínquo se os indivíduos aprenderem a lutar pelos seus direitos e exigir responsabilidade e correção de qualquer agente público em suas ações, atuando em uma contínua reelaboração do pacto social. Igualdade é apenas e somente a que a reconhece como: “*igualdade em dignidade*”. É comum aferirmos tratamentos diferenciados perante órgãos da Administração Pública meramente diante de distinções que implicam em claro preconceito, o que caracteriza violações concretas aos direitos fundamentais.⁴⁶⁹ Nessa esteira, tudo isso acontece em total confronto com o dever da “boa administração” devido a todos os indivíduos, violando um objetivo fundamental da República brasileira: a dignidade da pessoa humana. Por isso é que arremata Nalini: “há um infinito a ser alcançado numa Pátria de desigualdades como é o Brasil”. Dito de outra forma, “não há outro caminho senão o de *libertar os direitos humanos*”.⁴⁷⁰ Será preciso o Poder Judiciário intervir, em todos os casos, para que os direitos fundamentais se concretizem?

Nesse desiderato, Valle demonstra ser imprescindível uma reflexão sobre o deslocamento da discussão referente às políticas públicas e à efetividade dos direitos

⁴⁶⁸ RIBEIRO, Darci Ribeiro. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 99-100.

⁴⁶⁹ NALINI, José Renato. **Por que filosofia?** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66-67.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 68.

fundamentais de natureza prestacional que vêm sendo sistematicamente transferidos da função administrativa para o judiciário nesses termos:

A premissa nesse quadro de agressiva judicialização é de que a administração pública que se tem não é ‘boa’ – ao menos sob a perspectiva do cidadão, que se crê beneficiário de deveres de agir por parte do Estado; e o efeito é hoje, uma secundarização da função administrativa, substituída pelas escolhas judiciais, numa prática que, em última análise, milita contra o próprio ideal democrático, que pretende a valorização de cada função do poder e não a ação corretivo-substantiva entre ele como prática cotidiana.⁴⁷¹

O direito fundamental à boa administração pública é mais que princípio, é dever do Estado de praticar atos com juridicidade aliada à legitimidade e, sobretudo, direito dos indivíduos, só se concretizando com escolhas que ponham em prática políticas públicas que fortaleçam os laços de cidadania dos entes da sociedade, *elevando a democracia* ao seu mais alto grau e *realizando a dignidade humana como a valor supremo* no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Visualizando o momento preocupante e paradigmático, Valle o caracteriza como crise do Estado e do Direito, ressaltando que a Administração Pública e a função de seus diferentes órgãos não tinham como ficar imunes, uma vez que resta clara a provocação para que se ofereçam respostas adequadas aos desafios propostos pelo ser humano. Contudo o caráter individualista e a desconfiança do *homem* nas instituições do Estado, pretende-se proteção para enfrentamento das dificuldades derivadas da vida em sociedade. A autora assevera que o direito fundamental à boa administração decorre do texto da Carta de Nice (art. 41),⁴⁷² o qual provoca reflexões em solo brasileiro, tendo como pioneiro na discussão o jurista Juarez Freitas.⁴⁷³

Em pleno século XXI, toda e qualquer afirmação que desvincule as políticas públicas ao controle é condenável. Isso decorre do direito fundamental à boa administração como enfatiza Freitas. Não se trata de controle direto e substitutivo de políticas públicas, mas sim de sindicar a juridicidade da implementação ou não (nos casos de omissão) do direito fundamental à boa

⁴⁷¹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 24.

⁴⁷² “Art. 41 – Direito a uma boa administração: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das suas respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”. VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 62.

⁴⁷³ *Ibid.*, p. 21-23.

administração. Especialmente ao se tratar do cumprimento de direitos fundamentais de natureza prestacional, intrinsecamente ligados ao direito fundamental à boa administração. A liberdade do administrador público na seara da discricionariedade “não há de ser apenas política, mas constitucionalmente defensável”.⁴⁷⁴

Duas distintas lógicas acompanham o direito fundamental à boa administração, são elas: a) a ênfase ao Direito, em um diálogo com os direitos fundamentais; b) apoiado em conhecimentos da Administração Pública como disciplina autônoma, atribui-se grande relevo à existência objetiva do ideal de “boa administração”, com dedicação e definição do conteúdo e requisitos para sua efetiva concretização.⁴⁷⁵

Por um dever da administração de *resultados*, onde apenas dessa forma restaria implementada a legitimidade devida, dando ainda ênfase à importância da hermenêutica moderna, Moreira Neto⁴⁷⁶ também concede enfoque ao direito do administrado à boa administração, o que reclama uma interpretação propositivista, voltada à *eficiência* e aos *resultados* esperados da aplicação constitucional. Esclarece o autor que a expressão *resultados*, embora oriunda das ciências administrativas, não deve ser analisada sob o prisma meramente econômico, mas, “com muito maior amplitude, ser *coerentemente adaptada em referência aos imperativos de efetiva realização das diretrizes constitucionais que orientam e balizam os Poderes Públicos*”.

Para se falar em boa administração, devem-se atrelar ao conceito os aportes da moderna administração. Portanto, a governança⁴⁷⁷ é atributo inafastável, sobretudo pelo que

⁴⁷⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 13 e 29.

⁴⁷⁵ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 23.

⁴⁷⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade – finalidade – eficiência – resultados. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 27 e 135.

⁴⁷⁷ Para Valle, mesmo considerando a grande importância e a imprescindibilidade do reconhecimento de um cenário em que múltiplos atores participam das decisões, aptos a contribuir com desenvolvimento das funções públicas, não se pode deixar de incluir outros elementos de não menos importância: 1. Respeito às regras formais (constituição, leis e regulamentos) e informais (códigos de ética, costumes); 2. Abertura de concurso de estruturas que extrapolam as relações de mercado, admitindo que não só as redes de cooperação, mas também as hierarquias possam concorrer como facilitadores nas circunstâncias apropriadas; 3. Aplicação não só da lógica de meios e resultados, assumindo que as características dos principais processos de interação social (transparência, integridade, inclusão) possam se apresentar como valor em si mesmas; e 4. Reconhecimento de que o processo de escolha pública é inerentemente político, voltado à mediação de distintos segmentos que desejam fazer valer suas escolhas – portanto, não se pondera exclusivamente no âmbito do *managerialismo* ou de elites profissionais. E arremata: “Como se vê, sem abdicar da importância do concurso da técnica, a ideia de governança atrai a noção de pluralismo, a valorização da interação social e o caráter político das escolhas públicas, como elementos indissociáveis de um modo de desenvolver a administração pública, trazendo à reflexão os meios institucionais e relacionais nesse modo de gerir a coisa pública”. VALLE, op cit., p. 42-43.

representa em termos de democratização do seu exercício, assevera Valle. Mesmo porque algumas das raízes da crise que vem passando a Administração Pública são a desesperança na representação e o desalento democrático no ato político *stricto sensu*, devendo, pois, a Administração Pública revisitar e remodelar esses ideais, sem abdicar de uma conquista histórica da humanidade,⁴⁷⁸ resgatando a sua legitimidade, prestigiando a gestão pública compartilhada incentivando uma cidadania ativa.

O dever da “boa administração” é um imperativo moral do administrador público, cuja violação, embora possa escapar das raias da legalidade e submetê-lo à responsabilização penal, civil e administrativa, pode, sem dúvida, prender-se nas peias da licitude. Nesse desiderato é que Moreira Neto entende que é não apenas permissível, mas cogente tipificar um ato mesmo que legal, porém imoral (art. 37, *caput*, da CF/88) e condenável ao confrontá-lo também com o *standard* da boa administração adequado à espécie explícito e implícito ao interesse público.⁴⁷⁹

Pondera Valle que a despeito das críticas à expressão “boa administração”, o que se tem em conta não é a aferição de bondade ou maldade do modelo administrativo, mas sim a sua *adequação* às finalidades do Estado,⁴⁸⁰ à concretização dos direitos fundamentais prestacionais dispostos na Constituição através da implantação de políticas públicas efetivas e imparciais.

Dito de outro modo, Moreira Neto afirma que não é necessário compartilhar da opinião de que o dever da *boa* administração se confunda com o da *melhor* administração, como se apenas uma única escolha pudesse ser adotada. O princípio da razoabilidade resolverá a posição da legalidade e legitimidade da ação administrativa, tendo por fim a satisfatoriedade do alcance do interesse público.⁴⁸¹

A Administração Pública está submetida aos princípios da precaução e da prevenção. Pode parecer lógico ao se relembrar os aportes e princípios que dão supedâneo ao Direito Ambiental, donde se deve garantir a gerações presentes e futuras um meio ambiente saudável. Ocorre que não apenas com relação ao meio-ambiente os referidos princípios regem todo o agir administrativo, mas também diante do dever de implantação de políticas públicas para a efetivação dos direitos fundamentais de natureza prestacional.

⁴⁷⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p. 25.

⁴⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações de direito administrativo**. 3. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 72.

⁴⁸⁰ VALLE, op. cit., p. 24.

⁴⁸¹ MOREIRA NETO, op. cit., p. 73-74.

Nesse desiderato, Freitas sentencia “o *Estado Sustentável não pode chegar tarde*”. Aduz que o Poder Público tem a obrigação de trabalhar para o ambiente, tanto institucional como natural, sob pena de responsabilidade extracontratual, uma vez que o Estado deve zelar pela natureza em sua multidimensionalidade (nela incluída a espécie humana), sendo que qualquer omissão será inconstitucional, pois “afetará o âmago dos direitos fundamentais, com a quebra da prevenção⁴⁸² ou da precaução^{483,, 484}”.

Para que se deixe de reclamar de ativismos do Poder Judiciário e abandone-se o discurso “deitado em berço nada esplêndido”, é necessário que a própria Administração Pública seja ativista de ofício dos direitos fundamentais “sem que o mérito sirva de biombo para a falta de mérito republicano, na implementação de políticas públicas”. Que fique claro de uma vez por todas “que o Estado existe para os direitos fundamentais e não o contrário”, como enfatiza Freitas. E completa: “Existe para a consciência cidadã ativa, não para enganar consumidores vulneráveis das políticas públicas, especialmente das governamentais”.⁴⁸⁵

⁴⁸² Para Freitas, prevenção se consubstancia nos seguintes elementos centrais: “(a) alta e intensa probabilidade (certeza) de dano especial e anômalo; (b) atribuição e possibilidade de o Poder Público evitar o dano social, econômico ou ambiental; e (c) ônus estatal de produzir a prova da excludente do nexo de causalidade intertemporal”. E completa: “Presentes os pressupostos, antevê-se, com segurança, o resultado insustentável e, correspondentemente, nos limites das atribuições, configura-se a obrigação de o Estado tomar as medidas necessárias e adequadas, interruptivas da rede causal, de sorte a impedir o dano antevisto”. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 285. Ainda sobre a prevenção Freitas, em outra obra em que relaciona diretamente o referido princípio ao direito fundamental à boa administração afirma que: “O princípio da prevenção, no Direito Administrativo, estatui que a administração pública, ou quem faça as suas vezes, na certeza de que determinada atividade implicará dano injusto, se encontra na obrigação de evitá-lo, desde que no rol de suas atribuições competenciais e possibilidades orçamentárias. Quer dizer, tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de oportunidade, nos termos das concepções de outrora acerca da discricionariedade administrativa”. FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 99.

⁴⁸³ Quanto à precaução, Freitas assegura ser o princípio dotado de eficácia direta e imediata, impondo ao Poder Público “diligências não tergiversáveis, com a adoção de medidas antecipatórias e proporcionais, mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de verossimilhança)”. FREITAS, op. cit., p. 285. Em obra diversa de autoria de Freitas, ele relaciona o princípio da precaução à boa administração nos seguintes termos: “o princípio constitucional da precaução, igualmente dotado de eficácia direta e imediata, estabelece (não apenas no campo ambiental, mas nas relações da administração em geral) a obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundadamente temidos (juízo de forte verossimilhança). A não-observância do dever configura omissão antijurídica, que, à semelhança do que sucede com a ausência de prevenção cabível, tem o condão de gerar dano (material e/ou moral) injusto e, portanto, indenizável, dispendiosamente absorvido pela castigada massa dos contribuintes”. FREITAS, op. cit., p. 101.

⁴⁸⁴ FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 284-285.

⁴⁸⁵ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. p. 02-03.

No que tange ao *vício da discricionariedade insuficiente* (seja decorrente de ação arbitrária do administrador público ou por omissão), subsumida à hipótese em que se deixa de exercer a opção mais adequada ou a escolha é exercida com inoperância ou ainda sequer é tomada qualquer providência, faltando com deveres de precaução e prevenção, modalidade patológica que atinge o coração dos objetivos fundamentais constitucionais dispostos no art. 3º, da Lei Maior,⁴⁸⁶ há caso típico de descumprimento ao direito fundamental à boa administração que deve ser repreendido com rigor desde a esfera administrativa para o resgate da legitimidade e confiança da sociedade na Administração Pública. Contudo ainda não é o que vem acontecendo em solo brasileiro, sendo tais casos resolvidos na seara do Poder Judiciário.

4.3.2 Vício na Gestão de Políticas Públicas e o Direito Fundamental à Boa Administração

O Brasil é exemplo de proclamação e positivação de direitos fundamentais dignificantes, porém pouco efetivados. No que tange aos direitos de natureza prestacionais, os quais necessitam de políticas públicas para concretização, é que o problema se agrava com mais intensidade violando a Constituição Federal. É o que já afirmara Nalini: “o Brasil do discurso não corresponde ao Brasil da verdade”.⁴⁸⁷

Esse quadro patológico de irresponsabilidade e provocador de danos tem que ser combatido com uma postura hermenêutica superadora dessas inconstitucionalidades dolosas e culposas em matérias de políticas públicas⁴⁸⁸ que abalam todo o ordenamento jurídico e indignam a sociedade, uma vez que chega ao conhecimento de todos por meio da mídia sensacionalista ávida por alcance de topos de audiência, às custas de um Estado que desrespeita sistematicamente os mais mezinhos direitos fundamentais. *É preciso um choque de gestão.*

A administração da *res publica* é permeada por ações e omissões chapadas de inconstitucionalidade. Como afirma Freitas, Miguel Seabra Fagundes concedeu grande contribuição ao Direito brasileiro com suas enfáticas lições. No entanto, sua inesquecível máxima de que *administrar é aplicar a lei de ofício* deve ser reformulada para: *administrar é*

⁴⁸⁶ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 27.

⁴⁸⁷ NALINI, José Renato. **Direitos que a cidade esqueceu**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011. p. 08.

⁴⁸⁸ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. p. 01.

aplicar a Constituição em tempo útil de ofício, o que não exclui a preocupação com a legalidade. Como assegura o autor, o tempo é de reenquadrar a responsabilidade do Estado Constitucional, primando pela eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais através de uma postura hermenêutica realista e moralmente idônea, democrática e ativadora da Constituição.⁴⁸⁹

É comum aferirmos a negação pela Administração Pública de direitos fundamentais de natureza prestacional garantidos constitucionalmente, seja por juízos de conveniência e oportunidade, seja por omissão de regulamentação. Muitas vezes ainda, a alegação se arrima pelo princípio da reserva do possível. Este, por sua vez, deve ser analisado com bastante cautela sob pena de ineficácia dos direitos garantidos pela Carta Magna.

As normas que garantem os direitos fundamentais têm a função de realizar os objetivos da República brasileira, em especial a dignidade da pessoa humana. E esta, para ser efetivada, requer o cumprimento ao menos do mínimo existencial. As disposições constitucionais prescindem de lei formal anterior, devendo a Administração Pública, sem prejuízo da unidade normativa, baixar regulamentos para a garantia dos direitos fundamentais.⁴⁹⁰

Decerto que os direitos fundamentais não possuem apenas proibição de intervenção, mas também postulado de proteção. Dito de outro modo, não há somente proibição de excesso, mas há, especialmente, proibição de proteção insuficiente, afirma Mendes seguindo as pegadas de Canaris. Dessa forma, a análise da “reserva do possível” jamais pode estar dissociada do “mínimo existencial”.⁴⁹¹

O mínimo existencial é o que dá revivescência à vida. Portanto, não se trata de qualquer direito, por isso é também direito fundamental a ser garantido direta e imediatamente pela Administração Pública sob pena de perecer a própria vida. Dito com outras palavras, são direitos que dão honra e dignificam a vida.

Com essa dicção ficam fora do âmbito do mínimo existencial os direitos fundamentais das pessoas jurídicas, como assevera Torres e arremata:

O direito à existência deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí (*Da-sein*) ou no ser-no-mundo (*in-der-Welt-sein*). Integra ‘a estrutura de correspondências de pessoas ou coisa’, em que afinal consiste o ordenamento jurídico. Não se confunde com o direito à

⁴⁸⁹ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. -. 02/04.

⁴⁹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 283.

⁴⁹¹ MENDES, Gilmar. **Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

vida, que tem duração continuada entre o nascimento e a morte e extensão maior que o da existência, que é situacional e não raro transitória. A Corte Constitucional da Alemanha define o mínimo existencial como o que ‘é necessário à existência digna’ (*ein menschenwürdiges Dasein notwendig sei*).⁴⁹²

Dentre os objetivos primordiais do Estado está a realização dos direitos fundamentais sociais que possui as políticas públicas como meio para o alcance da finalidade. Assim, nenhuma política pública pode violar direitos fundamentais. As políticas públicas constituem, pois, os mecanismos estatais de efetivação de direitos fundamentais mediante a satisfação espontânea dos bens da vida por eles protegidos.⁴⁹³

Não se pode, por certo, desprezar argumentos firmados na alegação da “reserva do possível”. Entretanto, devem os mesmos ser analisados por excepcionalidade no que tange aos direitos dotados de fundamentalidade, uma vez que não podem ser preteridos ou ignorados pelo Estado, já que não fazem parte do campo discricionário dos entes públicos, não se podendo barganhar ou flexibilizar, salvo por questões de relevante ordem pública a serem sopesadas por juízo responsável de ponderação.⁴⁹⁴

Como se verifica para a efetivação de todas as dimensões dos direitos fundamentais é imprescindível a utilização de recursos públicos, o que evidencia a necessidade de os gestores realizarem escolhas alocativas levando a sério a escassez dos recursos, sem esquecer de levar a sério a concretização dos direitos fundamentais de natureza prestacional que se efetivam por meio da implementação de políticas públicas em tempo hábil.⁴⁹⁵

A escassez de recursos públicos não justifica a ausência de prestação do serviço público concretizante de direito fundamental. O dever da Administração Pública varia de acordo com a necessidade concreta de cada pessoa humana, tanto analisada em sua universalidade, como em função de sua necessidade individual de forma a manter a dignidade sempre íntegra. Isso significa, em muitos casos, prever que “gastar mais com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos” dos recursos públicos, ou seja, escolhas alocativas de justiça distributiva para a realização da dignidade da pessoa humana.⁴⁹⁶

Ademais, como enfatiza Freitas, em um país que arrecada mais de um terço do PIB em tributos, o argumento de falta de recursos para garantir o mínimo existencial dos indivíduos é

⁴⁹² TORRES, Ricardo Lobo. **O direito mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 36-37.

⁴⁹³ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58-59.

⁴⁹⁴ WÖTTRICH, Lisandro Luís. Impossibilidade de invocação por parte do município do princípio da reserva do possível frente ao dever de proteção integral do menor. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. p. 64.

⁴⁹⁵ MENDES, Gilmar. **Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 70-71.

teratológico e implausível, além de afrontar dentre outros, o direito fundamental à boa administração. As omissões inconstitucionais são, pois, inadmissíveis. A gestão pública que deve prevalecer *é a menos evasiva e mais assertiva*. Dito em outras palavras, o Estado, *em vez de adversário hostil à afirmação dos direitos individuais, sociais e da solidariedade*, deve atuar *como responsável garantidor dos objetivos fundamentais da República*.⁴⁹⁷

É inconteste que o orçamento do Estado jamais pode ser motivo obstador para a concretização dos direitos fundamentais sociais, mas sim instrumento de realização plena para a “boa administração” que é direito de todos. A suposta ausência de recursos não é motivo de alegação para que o direito fundamental de natureza prestacional não possa ser concedido, mas fator que determina “a redistribuição dos recursos existentes e a promoção das decisões políticas que elegerão os financiadores deste gasto público”.⁴⁹⁸

Mendes pondera que não se pode exigir do Estado, em especial no que tange ao direito fundamental à saúde, posturas ativas diante de prestações a tratamentos experimentais com resultados de eficácia cientificamente ainda não comprovada, bem como a obrigação de conceder medicamentos os quais a comercialização ainda não foi aprovada no Brasil e em outros países. Enfim, conclui que “medicamento ou tratamento em desconformidade” com os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Sistema Único de Saúde “deve ser visto com cautela, pois tende a contrariar consenso científico vigente”.⁴⁹⁹

Outros alertas devem ser expostos. Um se refere ao momento do juízo de ponderação, quando necessário, diante do princípio da proporcionalidade, uma vez que em tutelas de urgência de direitos fundamentais sociais, na medida em que interferem diretamente no orçamento do Estado, uma decisão pode causar distúrbios nas demais atribuições do ente federativo, em alguns casos, sem possibilidade de reversibilidade. A tutela, pois, deve constituir exceção e não regra. O outro alerta é o cuidado para que o Poder Judiciário não se transforme em “fila de atendimento” de órgãos da Administração Pública diante da certeza de concessão jurisdicional de direitos fundamentais sociais,⁵⁰⁰ como vem ocorrendo, em especial, em matéria previdenciária em todo o Brasil, sufocando os órgãos do judiciário brasileiro mesmo sem a negativa administrativa da pretensão alegada.

Dentro dessa sistemática de sindicalidade aprofundada, porém sob o enfoque de provocar

⁴⁹⁷ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. p. 17.

⁴⁹⁸ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 108.

⁴⁹⁹ MENDES, Gilmar. **Estado de direito e jurisdição constitucional: 2002-2010**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 72-73.

⁵⁰⁰ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104-105.

uma nova forma de agir administrativo-pública, especialmente voltada à aplicação direta dos direitos fundamentais em tempo hábil por meio de uma postura hermenêutica que rechace as inconstitucionalidades, Freitas, de forma mais abrangente, sinaliza com os “indícios confiáveis do avanço” do controle, demonstrando casos em que o Estado foi responsabilizado civilmente, visto que, em muitos deles, além de efetivar a prestação do serviço, teve que indenizar a parte lesionada. São questões, pois, que englobam: a) direito à educação (descumprimento do dever de matricular criança em creche); b) direitos da criança e do adolescente (deixar de implementar programas de atendimento a crianças vítimas de abuso sexual); c) inércia inconstitucional por negligência estatal que causa evento danoso (negligência sobre a vigilância do apenado que, após reiteradas fugas, prejudica criminosamente terceiro); e d) omissão do descumprimento do princípio constitucional da sustentabilidade, sequer à falta de lei regulamentadora que determina, em relação às gerações presentes e futuras, o pleno resguardo do direito ao futuro.⁵⁰¹

Como suporte ao dever de indenizar, Teixeira destaca que vigora a Teoria do Risco Administrativo consubstanciado no fato de que a *falha do próprio serviço ou da atividade administrativa que deveria ter sido prestada corretamente* [e ousou acrescentar, até mesmo a não prestabilidade do serviço (omissão)] pela Administração Pública caracteriza a *presunção iure et de iure de culpa* em seu desfavor.⁵⁰²

Em apertada síntese, para Freitas, o certo é que ao Estado é vedado agir com demasia ou de forma inoperante para a consecução dos direitos fundamentais de natureza prestacional, sob pena de inconstitucionalidade. A arbitrariedade por omissão ou por uso desproporcional dos meios é abuso, ambos na mesma escala de gravidade. Arremata o autor: “o agente público está obrigado a sacrificar o mínimo para defender o máximo dos direitos fundamentais e a realizar o máximo dos direitos fundamentais com o mínimo de ônus para a sociedade”. Porém, é imprescindível adicionar que: “o Poder Público tem de se abster adequadamente e apenas o necessário, sem praticar omissão causadora de dano iníquo”.⁵⁰³

⁵⁰¹ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. p. 04-05. Cabe destaque que Juarez Freitas possui substancial obra sobre o direito fundamental à Sustentabilidade, a qual sugerimos leitura. FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

⁵⁰² TEIXEIRA, Anderson V. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. p. 25.

⁵⁰³ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. p. 10.

Com isso, omissões desproporcionais que sacrificam a dignidade da vida ou a própria vida são inconstitucionais.

O teste da proporcionalidade albergado ainda em seus três subprincípios consagrados podem nortear a solução mais adequada constitucionalmente. São eles: subprincípio da adequação entre meios e fins;⁵⁰⁴ subprincípio da necessidade;⁵⁰⁵ e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito^{506 507}.

Seguimos as pegadas de Freitas⁵⁰⁸ quando enfatiza a relação intrínseca entre o direito fundamental à boa administração e o respeito ao princípio da proporcionalidade em sua dupla face de proteção, ou seja, *para mais ou para menos*, contendo ações administrativas que são claramente antijurídicas. Deve ser introspectado pelos agentes administrativos o agir sempre com proporcionalidade para que, ao mesmo tempo, abstenham-se de condutas comissivas e/ou omissivas inconstitucionais.

Convém ressaltar ainda que se dará efetividade ao direito fundamental à boa administração pública não apenas com a simples adequação meio-fim estatuído de forma rasa ao princípio da proporcionalidade. Essa mera interpretação não se basta. Como realça Freitas:

[...] a ofensa à proporcionalidade ocorre, não raro, quando, na presença de valores legítimos a sopesar, o agente dá prioridade indevida a um deles, em detrimento imotivado de outro. Não por mera coincidência, o princípio da proporcionalidade avulta no cotejo dos direitos fundamentais.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ O subprincípio da adequação “exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo administrador e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo. Guardando parcial simetria com o princípio da proibição de excesso (*Übermassverbotes*), a medida implementada pelo Poder Público precisa se evidenciar não apenas conforme os fins almejados (*Zwecktauglichkeit*). Igualmente se mostram inadequadas a insuficiência ou a omissão antijurídica e causadora de dano.” FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 70.

⁵⁰⁵ Atender ao subprincípio da necessidade impõe não tanto a necessidade dos fins, “mas a justificável inafastabilidade dos meios mobilizados pelo Poder Público. Quando há muitas alternativas, o Estado deve optar em favor daquela que afetar o menos possível os interesses e as liberdades em jogo. É que o ‘cidadão tem direito à menor desvantagem possível’ (*Gebot des geringstmöglichen Eingriffs*)”. Ibid., p. 70.

⁵⁰⁶ Para atender ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, “a cláusula da proporcionalidade *stricto sensu* decorre do reconhecimento de que os meios podem ser idôneos para atingir o fim, mas desproporcionais em relação ao custo/benefício. Sem incorrer no simplificador cálculo utilitário ou na mera análise econômica, a proporcionalidade em sentido estrito indaga pelo ‘preço a pagar’. Vale dizer, faz a conta dos ganhos e das perdas, ao apurar se os ônus não são desmesurados. Aqui, o princípio se entrelaça com os princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia”. Ibid., p. 70-71.

⁵⁰⁷ FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. São Paulo: Manole, 2012. p. 11.

⁵⁰⁸ FREITAS, op. cit., p. 65.

⁵⁰⁹ Ibid., p. 65-67.

Contudo Streck adverte que o “princípio da proporcionalidade” não pode ser utilizado sem criteriologia para a hermenêutica, uma vez que é apenas um modo de explicar da interpretação, ou seja, uma demonstração de que a mesma é e deve ser razoável, jamais solipsista. Enfim, deve obedecer a uma reconstrução integrativa do Direito, evitando interpretações discricionárias/arbitrárias sustentadas em uma espécie de “grau zero de sentido”, que, sob o manto do caso concreto, venham estabelecer sentidos para alguém ou para além da Constituição.⁵¹⁰

Resta patente que os grandes problemas que vêm prejudicando a sociedade e aumentando a crise de legitimidade do ato político *stricto sensu* é hermenêutico, tendo em vista que os gestores públicos insistem em preservar uma conduta burocrática e inconsistente de suposto respeito a metodologias duras e formalismos exacerbados, arrimados em espécies normativas infraconstitucionais, desrespeitando a supremacia da Constituição, sua eficácia imediata e direta, além dos direitos fundamentais que são a razão de ser do próprio Estado, ou seja, o Estado existe para a preservação e garantia da concretude e eficácia dos mesmos, não havendo qualquer razoabilidade em posturas administrativas que desrespeitem os postulados constitucionais. O giro hermenêutico já tarda, e muito, para impregnar a Administração Pública. Pondera Streck:

Trata-se na verdade de duas revoluções copernicanas ocorridas no século XX, que modificaram os caminhos do direito e da filosofia. No campo jurídico, a revolução copernicana do direito público mudou o centro gravitacional do direito: não mais os códigos do direito privado, mas as Constituições é que exercem, agora, a função capilarizadora da ordem jurídica. Essa alteração radical implicou, também, uma revolução metodológica: os métodos tradicionais do direito privado – permeados pela filosofia da consciência – não eram adequados para manipular os novos textos constitucionais, concebidos para fazer valer uma ordem democrática que, para além de qualquer solipsismo, deveria conduzir para uma esfera pública e intersubjetiva de legitimação dos atos de poder do Estado.⁵¹¹

Uniforme com esse entendimento, Teixeira concentrando-se no vício de inconstitucionalidade por omissão, analisa a conduta dos gestores públicos na esfera da Administração Pública. Afere que a concretização dos direitos fundamentais não se perfaz fundado em um falacioso argumento de ausência de normas regulamentadoras, a despeito das normas constitucionais de direitos fundamentais possuírem aplicabilidade direta e imediata. A ausência de norma regulamentadora *é menos um problema legislativo e mais um problema*

⁵¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 107-108.

⁵¹¹ *Ibid.*, p. 256.

hermenêutico, visto que as normas de direitos fundamentais devem ser aplicadas concretamente, devendo o intérprete/aplicador do direito *criar, realizar, encontrar a melhor – não a única! – resposta correta para o caso*, e não procurar através de métodos e da interpretação literal “a” solução. Daí se denota as deficiências hermenêuticas, visto que “está-se diante de *dever constitucional* que nenhum intérprete/aplicador pode tentar se furtar a obedecer”.⁵¹²

Não se pode admitir em um Estado de Direito como é o nosso que a Administração Pública permaneça com condutas omissivas inconstitucionais albergadas e arrimadas em argumentos falaciosos e lacônicos de “reserva do possível”, princípio da legalidade estrita, ausência de regulamentação infraconstitucional, princípio de separação de poderes, dentre outros, de forma a supostamente “legitimar” ações desconstituídas de razoabilidade e proporcionalidade e, até mesmo, justificativas. Como se tais expressões fossem a tábua de salvação de ações insípidas, oceânicas e esquizofrênicas frente à lucidez e clareza solar da imediatidade e irradiação das normas de direitos fundamentais, razão de ser da República brasileira e do próprio Estado.

Ressalta Canela Júnior, na “independência das formas de poder estatal que se destine a contrariar as suas obrigações constitucionais”, a independência constitucional “somente deverá ser reconhecida no exercício dos objetivos traçados no art. 3º da Constituição Federal”.⁵¹³ Dito com outras palavras, não pode ser invocado a independência e o respeito à separação de funções para descumprir obrigações que a própria Constituição impõe.

Como já se afirmou, o combate ao ativismo judicial, deve também *comungar* com a exigência de condutas ativas na base de qualquer interpretação jurídica, ou seja, não se podem perpetuar desrespeitos *desairosos* à Constituição, como sói ocorrer pelos gestores públicos na condução da *res publica*, solapando direitos fundamentais.

Afirmara Streck, estamos diante de um sério problema: “de um lado, temos a sociedade carente de realização de direitos e, de outro, uma Constituição que garante estes direitos da forma mais ampla possível”.⁵¹⁴ Essa crise do que está posto com o que é a realidade concreta precisa ser superada. Por isso é que já afirmamos que todos os gestores públicos e, nesse desiderato, sobretudo, os administradores públicos precisam de um *choque*

⁵¹² TEIXEIRA, Anderson V. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. São Paulo: Manole, 2012. p. 30-31.

⁵¹³ CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 87.

⁵¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 100.

de gestão para que todos os seus atos estejam arrimados na Constituição e não apenas na lei, construindo um percurso hermenêutico decisório em que se leva em consideração não apenas o caso concreto e a lei, mas, sobretudo, a Constituição, as circunstâncias da pré-compreensão, as históricas e o tempo, sempre partindo do pressuposto que a solução mais adequada surgirá a partir de uma fusão de horizontes de sentidos, em que o velho e o novo estão sempre em conexão, por meio do círculo hermenêutico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Historicamente, o exegetismo foi a pedra de toque nos estudos propedêuticos do Direito capitaneado pelo movimento do positivismo jurídico. As escolas movedoras dos séculos XVII e XVIII demonstram, em especial, essa fase da verdadeira “*ode à legalidade*”.

Através de um corte histórico inicial construímos um percurso metodológico tendente a demonstrar como a evolução do Direito, a partir de suas Escolas e dos métodos interpretativos clássicos, deixa clara a forte influência do movimento positivista clássico-metodológico e aprisionante, sob o dogma de que as leis se bastariam *de per se*, à revelia dos direitos e das normas fundamentais; à revelia da Constituição.

No entanto, restou patente que o Direito por ser uma ciência social, necessita dialogar com outras disciplinas. Assim, a transdisciplinaridade é essencial para a legitimidade e a vivacidade da própria ciência.

O conhecimento deve ser construtivo e, muitas vezes, será preciso desconstruir para construir mediante o alinhamento de outras interpretações. Trata-se de manter uma integração com outras disciplinas, mantendo-se forte e alinhado em sua Lei Maior, partindo-se para uma postura aberta e isenta de pré conceitos rígidos, portando-se com ousadia em um *jogo* de ideias onde prevaleça a racionalidade disposta por trás de um sentido meramente objetivo, mas com o dado de resultado objetivo.

Podemos afirmar que nossos objetivos foram atingidos uma vez que conseguimos demonstrar que através de um percurso histórico-evolutivo do Direito e da cultura das sociedades, desenvolve-se o saber crítico e consistente, com ação enraizada em pensamentos culturais que nutrem, podendo ser semeados e constantemente revisitados, visto que maleáveis a novos conhecimentos. Contrários, pois, à mera introspecção de supostas verdades duras e inflexíveis oriundas de um *senso comum teórico* que se contenta em repetir dogmas que a todos agradam.

Isso não significa que os dogmas não sejam importantes para o Direito. São sim, em medidas certas, uma vez que nem eles isoladamente e nem a zetética, trazem a segurança devida que a sociedade aspira. Porém, o que move o ser pensante, do início ao fim, é a zetética, a filosofia e seus questionamentos, as desamarras a métodos duros para que a formação de verdadeiros juristas, técnicos ou cientistas se transforme, sobretudo, em humanistas e críticos eternamente pensantes.

Esse deve ser o desafio nas faculdades e universidades de todo o Brasil para que se concretize o desenvolvimento e se realizem os direitos fundamentais firmados em nosso Estado Democrático de Direito.

As universidades são legítimas formadoras do pensamento da comunidade, seja na esfera espiritual, moral, intelectual, social, filosófica, ética, política, econômica, psicológica e sociológica. Sendo abissal e de grande agudeza a responsabilidade dos professores, mestres e doutores na formação da sociedade pensante que deve ter ideal crítico, transdisciplinar e, fundamentalmente, hermenêutico-filosófico para interpretar o ser no mundo, revisitando sempre suas pré-compreensões, dialogando e sobrepondo passado e presente, com vetor direcionado ao conhecer, pois apenas este liberta numa infindável *fusão de horizontes*.

Introspectar a cultura do pensamento crítico nos juristas faz com que se tornem eternos hermeneutas e capazes de resolver questões jurídicas de quaisquer natureza, independente da codificação vigente, visto que conhecedores da espinha dorsal do raciocínio jusfilosófico.

Com essa postura epistêmica que deve ser enraizada desde os estudos propedêuticos, a análise de uma lei deve passar sempre pelo filtro constitucional, tendo, pois, as espécies normativas, dois âmbitos inseparáveis, o de validade e o de vigência, em especial sobre o caso concreto levado à interpretação.

No percurso desenvolvido, aferimos o quanto *a ode à legalidade* se firmou e atravessou séculos sob o dogma da completude do ordenamento jurídico. Com o movimento de constitucionalização do Direito o que se afere é uma mudança de paradigmas na interpretação, visto que a supremacia da Constituição passa a deixar de ser mero discurso e ter mais valia na concretude sistêmica.

Os princípios constitucionais, os direitos fundamentais, bem como os objetivos encartados no artigo 3º da Constituição Federal passam a ser a razão primeira de toda interpretação. Como não podia ser diferente, o movimento chega ao Direito Administrativo e quebra paradigmas e aportes da disciplina.

Dito de outro modo é dever dos gestores da Administração Pública efetivar os direitos fundamentais, sendo esta a razão maior de ser da relação jurídica de direito público do Estado, não apenas formal, mas, fundamentalmente, ética e substancialmente potencializada sob o enfoque material, mediante o princípio da máxima efetividade sob pena de omissão ou inação inconstitucional.

O princípio da legalidade, antes utilizado como *escape* para “legitimar” inconstitucionalidades, recebe nova roupagem, ou seja, para que o mesmo seja legítimo, o administrador público deve analisar se sua ação está de acordo com o que reza a Constituição,

sem desprezo à legalidade. Isso não significa que a legalidade administrativa tenha perdido o seu *status*, mas sim que alargou o seu âmbito de análise para aferição da conformidade com a juridicidade, com a Lei Maior da República brasileira.

Destaca-se que ir além do que está escrito na lei não significa desprezá-la, ao contrário, corresponde a vivificá-la dentro da sociedade, concedendo-lhe substância social, realizando o controle da mesma de forma holística e hermenêutica, sempre em conformidade com a Constituição.

A força vinculante, irradiante e direta da Constituição exige que a interpretação da lei seja realizada com pleno respeito aos cânones hermenêuticos constitucionais, razão pela qual somos adeptos da corrente de que os administradores têm o dever de aplicar a Constituição de ofício quando há norma infraconstitucional que contrarie frontalmente preceito naquela garantido, visto que inadmissível a tese de que espécies normativas infraconstitucionais possam valer mais do que a Constituição.

Assim, uma conduta parasitária de agentes da Administração Pública que insista em aplicar uma lei ou outra espécie normativa apenas por comodismo ou por medo de decidir pela forma mais adequada à Constituição é ato arbitrário. Ambas as motivações caracterizam omissões do administrador público.

Por outro lado, não se deve olvidar que o medo dos bons administradores deve ser *blindado* para que sintam segurança no agir ativamente na esfera administrativa de forma motivada, sempre supedaneado na Lei Maior. Com outras palavras, o agir administrativo *contra legem* somente deve ser punível quando adicionado ao instituto da imoralidade, portanto, inconstitucional. O certo é que o ato administrativo e a própria lei devem ser reconquistados democraticamente e, mais, legitimados.

Com essa abordagem deve-se definir a Administração Pública como mérito e não como demérito para o Estado, enfatizando que a eficácia do ato administrativo é o que vale mais a pena, desconstruindo a ideia de que apenas se trata de um degrau a ser superado até a chegada ao Poder Judiciário que realmente soluciona.

A constitucionalização do Direito Administrativo também provoca dialéticas em outros de seus aportes como é o caso da quebra do paradigma de insindicabilidade de atos administrativos, uma vez que o mérito administrativo não mais é considerado como intangível, em especial no que se refere aos atos caracterizados como discricionários. Estes, por sua vez, apenas possuem graus de sindicabilidade mitigada a depender da circunstância decidida na esfera administrativa, não havendo, pois, regra, *a priori*, de total insindicabilidade.

Diante da sindicabilidade de mérito dos atos administrativos, críticas se somam quanto ao ativismo judicial. E o que dizer sobre o *atavismo* administrativo que solapa direitos fundamentais sem qualquer constrangimento com fundamento em espécies normativas sem amparo constitucional?

Decerto que a qualificação do malefício está na dosagem. No entanto, também é certo que *a Administração Pública necessita de um choque de gestão constitucionalista*, devendo ser ativista constitucional, visto que é dever do Estado, por meio do Poder Executivo, garantir e executar as normas contidas na Constituição, sob pena de omissão a ser sanada pelo Poder Judiciário, via adequada para o cidadão que teve seu direito violado ou pretensão inconstitucionalmente resistida.

Defendemos ainda a não presunção da *máxima* de prevalência do interesse público sobre o interesse privado, visto que a preservação deste também é dever do Estado, bem como porque pode ser caracterizado também como interesse público. Todos os casos devem ser analisados de acordo com as circunstâncias concretas, a fim de minimizar desigualdades e efetivar a concretude do Direito, sempre com interpretação e aplicação conforme a Constituição, devidamente fundamentada.

De mais a mais, é dever do Estado garantir o direito fundamental à boa administração com reflexos no dever de prestar serviços públicos que atendam aos direitos fundamentais de natureza prestacional considerados essenciais à vida digna por meio de políticas públicas que preservem a dignidade do ser humano, jamais como favor de governo, mas como dever do Estado. Qualquer outra interpretação viola a devida filtragem hermenêutico-constitucional de ações de gestores da Administração Pública.

Em face de vivermos em um Estado de Direito, é compromisso inafastável de todos relacionarem-se sob as balizas do que reza o Direito e não somente do que reza a lei. Assim, pois, a Constituição Federal, em face de sua supremacia frente a todas as normas do ordenamento jurídico pátrio, deve arrimar toda e qualquer interpretação, visto que as leis devem ser editadas em conformidade com a Lei Maior.

Jamais é demasiado ratificar que princípios são normas. Ademais, os mesmos não abrem a interpretação, mas sim fecham diante de uma construção sistêmico-filosófica do hermeneuta ao se deparar com o caso concreto, concedendo-lhe subsídios, como ocorre também no caso das regras, para decidir por uma das formas mais adequadas, e não de forma a elucidar “a” resposta correta.

O fato de uma das partes não se satisfazer com a decisão tomada, faz parte do sentido da revivescência do próprio Direito. Outrossim, o fato de o Poder Judiciário vir a dar a última

palavra, não é motivo para que se questione a decisão diante de sua legitimidade democrática, apenas e somente em face de a assunção ao cargo de magistrado não ter sido oriunda do voto. Isso é um sofisma!

A sociedade brasileira é ciente, em especial após os últimos movimentos de rua ocorridos em junho de 2013, que a força e a legitimidade de ações são construídas e aferidas independente de voto, partido político ou representação parlamentar, gerando grandes conquistas quando organizadas e movidas pelos anseios e interesses democráticos.

Outro argumento que não se sustenta é o fundado na alegação de que a seara administrativa passaria a ser mera “ponte” para o acesso ao Judiciário, tendo em vista que as decisões administrativas arrimadas na Constituição teriam um conteúdo aberto se fundamentado em princípios.

Primeiro ignorar que convivemos em um Estado Democrático de Direito em que todos têm acesso ao Judiciário é falácia, seja a decisão fulcrada em ato normativo ou em princípio. Segundo, mais um equívoco, princípios não abrem a interpretação, ao contrário, fecham. Ademais, o fato de arrimar uma decisão em princípio constitucional, igualmente como em um ato normativo, não isenta o agente de fundamentar o ato conforme os ditames hermenêuticos, concedendo uma das respostas mais adequadas à Constituição, não alterando, por sua vez, o quadro que atualmente existe. Digo melhor, altera sim, para melhor, uma vez que a decisão administrativa terá mais legitimidade e consonância com os anseios sociais, o que fará a Administração andar *ombro a ombro* com a sociedade, conduzindo um agir administrativo ativista constitucional proporcional e útil, com menos possibilidade de ser anulado ou revisado pelo Poder Judiciário.

Acrescentamos que a legitimidade democrática de uma nação é confirmada não apenas pelo voto, mas sim pela forma de atuação de todas as instituições públicas. A sociedade tem poderes para alterar o sistema com organização e demonstrou que, no Brasil, não se foge à luta. Enxergamos o desenvolvimento como ponto de caldeamento de movimentos sociais e de cultura, expressando a racionalidade crítica e criadora, plasmando um futuro pluralista conquistado pelos próprios seres pensantes.

Sem medo de errar afirmamos que o maior desafio do Direito contemporâneo é alcançar a resposta mais adequada à Constituição para cada caso concreto, abandonando dogmas e métodos prontos do senso comum, estabelecendo uma interpretação adequada constitucionalmente como direito fundamental do cidadão em qualquer seara do Direito, mais ainda quando se trata de Estado-Administração, que tem a função de executar e fazer valer os preceitos constitucionais.

Decidir e aplicar o Direito não é tomar a decisão correta, mas sim a mais adequada à Constituição, dentre várias outras que também poderiam sê-las para o caso concreto. Dizer o Direito não é ciência. Dizer o Direito é prudência. Direito é apenas o objeto da Ciência do Direito. Assim, não há apenas uma resposta adequada. Decidir e aplicar é ser prudente. Parafraseando Eros Grau, jurisprudência é ter prudência ao dizer o Direito. Dizer o Direito não é *jurisciência*.

Criar, pois, a lei para o caso concreto é agir com prudência, pautando-se nas raias do que determina não apenas a lei e seu texto, mas todo o sistema jurídico; é realizar uma interpretação sistemática; é criar uma norma concreta a partir dos cânones constitucionais, respeitando o agir hermenêutico e sua circularidade. É, como se afere, obra de criação concreta não *da* resposta correta, mas sim de uma das respostas mais adequadas à Constituição. É obra de criação, de respeitabilidade filosófica; e criar, lembra-nos Romain Rolland, na esfera do corpo ou do espírito, *é projetar-se no furacão da vida, é ser aquele que é*. Desse modo, criar é matar a própria morte.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de, **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 236, p. 51-64. abr./jun. 2004.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito**: teorias da argumentação jurídica. Perelman, Toulmin, MacCormick, Alexy e outros. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria, 2002.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. **Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

BARROSO, Luís Roberto. A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 31-64.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalismo do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 240, p. 31-33, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a Constituição teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BITTAR, Eduardo C. B. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra; Tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 221.

BONAVIDES, Paulo. O método tópico de interpretação constitucional. **Revista do Curso de Direito**, Fortaleza, n. 22, p. 42-70, jul./dez. 1981.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 abr. 2014.

BRASIL. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 27 abr. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO extraordinário RE n. 627412**. Partes: UFS - Universidade Federal de Sergipe; Procurador-Geral do Estado de Sergipe. Ricardo Scher e outro(a/s). Thiago D'avila Melo Fernandes e Outro(A/S). Relatora: Min. Cármen Lúcia. Brasília, DF, julgamento: 05 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17341361/recurso-extraordinario-re-627412-stf>>. Acesso em: 28 maio 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Manual de interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 26.

BULOS, Uadi. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAENEGEM, R. C. van. Tradução Luiz Carlos Borges; revisão técnica Carla Henriete Bevilacqua. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos de história jurídica europeia: palestras Goodhart 1984-1985 / R. C. Caenegem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 37.

CANELA JÚNIOR, Osvaldo. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 58-59.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 1112.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 12.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. rev. ampl. e atual. Até 30/06/2007. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad u el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons Argentina, 2009. p. 180.

CASTRO, Cláudio M. **A prática da pesquisa**. McGraw-Hill, 1977 (FCE: 001.8 / C 355 p). Retirado de texto elaborado pelo Prof. Henrique Freitas e sua equipe do GESID-

PPGA/EA/UFRGS. Disponível em:

<http://gama.urisan.tche.br/~hreis/Pet_I/bibliografia.htm>. Acesso em: 15 jul. 2013.

COELHO, Inocêncio M. **Pressupostos hermenêuticos**. Brasília, DF, 2008. p. 04. Material da 4ª aula, ministrada no Curso ENAD de Técnicas Logísticas da Advocacia.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica: fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 11.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 90.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 1987.

COSTA, Alexandre Araújo. **Introdução ao direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O estado de direito**. Tradução: Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CUNHA JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Néelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011. p. 42.

ENGELMANN, Wilson. **Direito natural, ética e hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 91.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **Democracia, jueces y control de la administración**. 5. ed. amp. reimp. Navarra: Thompson Civitas, 2005.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. **La lucha contra las inmunidades del poder**. 3. ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2004. p. 88-89.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. MENÉNDEZ, Aurélio. **El Derecho, la ley e el juez: dos estudios**. Madri: Civitas Ediciones, 2000.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **A configuração e reconfiguração do princípio da legalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1988. p. 41.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. São Paulo: Atlas, 1994. p.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1999.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**: a sindicabilidade aprofundada dos atos administrativos, os vícios de arbitrariedade por excesso ou omissão; a era da motivação administrativa; a responsabilidade do Estado por ações ou omissões; a releitura de institutos à luz do direito à boa administração; os princípios da prevenção e da precaução; o Estado-Administração, os objetivos fundamentais e o desenvolvimento humano; a valorização das carreiras de Estado. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 45.

FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. São Paulo: Manole, 2012. p. 1-19.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. Belo Horizonte: Forum, 2012.

FRIEDE, Reis. **Ciência do direito, norma, interpretação e hermenêutica jurídica**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Tradução de Flávio Paulo Meurer; revisão da tradução de Enio Paulo Giachini. 13. ed. Petrópolis: Vozes. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013. p. 248-249.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GÉNY, Francisco. **Metodo de interpretacion y fuentes em derecho privado positivo**. Madrid: Reus, 1925. p. 520-521.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 163.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 24.

GUASTINE, Riccardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 23-24.

HÄBERLE, Peter. **El estado constitucional**. Tradução de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 162.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 43.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad**: 1789 como historia, actualidad y futuro Del Estado constitucional. Prólogo de Antonio López Pina. Madrid: Minima Trotta, 1998.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1: Entre faticidade e validade.

HECK, Luís Afonso. Hermenêutica da constituição econômica. **R. Inf. Legisl.**, Brasília, DF, ano 29, n. 113, p. 415-446, 1992.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HESPANHA, António Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. 2. ed. Portugal: Publicações Europa-América, 1998.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991. p. 22-23.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo do espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-86.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 366.

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

KUJAWSKI, Gilberto de Melo. **Ortega y Gasset**: a aventura da razão. São Paulo: Moderna, 1994.

LOSANO, Mário. **Sistema e estrutura no direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2010. v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev e atual. até as Emendas 41 (da Previdência) e 42, de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

MENDES, Gilmar. **Estado de direito e jurisdição constitucional**: 2002-2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: 1971. v. 2.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Mutações de direito administrativo**. 3. ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**: legitimidade – finalidade – eficiência – resultados. Belo Horizonte: Forum, 2008. p. 23.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho de direito constitucional**. Trad. Peter Nawman. 2. ed. São Paulo: Max limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito**: introdução à teoria e metódica estruturantes. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 19 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NALINI, José Renato. **Por que filosofia?** 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 66.

NALINI, José Renato. **Direitos que a cidade esqueceu**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **A constitucionalização do direito administrativo**: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. 2. reimpressão da ed. maio/2003. Coimbra: Almedina, 2011.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIBEIRO, Darci Ribeiro. **Da tutela jurisdicional às formas de tutela**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Leonel Severo. Prefácio. WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação.

SANTOS NETO, João Antunes dos. **O impacto dos direitos humanos fundamentais no direito administrativo**. Belo Horizonte: Forum, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

SILVA, Kelly Susane Alflen da. **Hermenêutica jurídica e concretização judicial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2000.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. A revelação das obviedades do sentido comum e o sentido (in)comum das obviedades reveladas. In: BALTHAZAR, Ubaldo César (Coord.); OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades (Sub-coord.). **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luiz Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 998. p. 53-60.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3. ed. reformulada da obra *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – Decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

TEIXEIRA, Anderson V. Responsabilidade civil objetiva do estado por omissão que culminou em infecção hospitalar. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. São Paulo: Manole, 2012. p. 20-33.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança**. Belo Horizonte: Forum, 2011. p

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionariade administrativa**: uma releitura a partir do constitucionalismo do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. Brasília, DF: Ministério da Justiça co-edição com a EdUnb, 1979.

WARAT, Luiz Alberto. **Introdução geral ao direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. v. 1: Interpretação da lei: temas para uma reformulação.

WÖTTRICH, Lisandro Luís. Impossibilidade de invocação por parte do município do princípio da reserva do possível frente ao dever de proteção integral do menor. In: FREITAS, Juarez. TEIXEIRA, Anderson V. (Org.). **Comentários à jurisprudência do STF**: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. São Paulo: Manole, 2012. p. 53-66.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**: ley, derechos, justicia. 9. ed. Madri: Trotta, 2009.