

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
DOUTORADO EM DIREITO**

**LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA**

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FORMADORES DA DECISÃO  
ADMINISTRATIVA PELO VIÉS DA HERMENÊUTICA DA ALTERIDADE**

**CURITIBA**

**2013**

**LUIZ OSÓRIO MORAES PANZA**

**OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FORMADORES DA DECISÃO  
ADMINISTRATIVA PELO VIÉS DA HERMENÊUTICA DA ALTERIDADE**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor em Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho.

**CURITIBA**

**2013**

## **DEDICATÓRIA**

Para Jessika, minha eterna inspiração e cumplicidade, pois sem ela eu não conheceria metade de mim.

Para meus filhos Isadora e Rafael, orgulhos de qualquer pai e exemplos de crescimento ético e digno.

Para Mel, nossa amiga “peluda”.

## **MAR PORTUGUÊS**

(...)

Valeu a pena? Tudo vale a pena

Se a alma não é pequena.

Quem quer passar além do Bojador

Tem que passar além da dor.

Deus ao mar o perigo e o abismo deu,

Mas nele é que espelhou o céu.

(Fernando Pessoa)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço o Professor Romeu Felipe Bacellar Filho pelos ensinamentos ofertados e pela paciência em trocar ideias construtivas para a presente tese.

Aos Professores Ângela Cássia Costaldello, Regina Maria Macedo Nery Ferrari e Francisco Cardozo Oliveira pelas sugestões e estímulos ofertados durante a banca de qualificação, servindo para uma melhor reflexão acadêmica.

Ao Professor Clayton Reis pelas palavras de otimismo e perseverança ao longo da construção deste trabalho.

À amiga Ana Cláudia Finger, cúmplice na elaboração procedimental do texto elaborado.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo construir um pensamento envolvendo a decisão administrativa pautada na hermenêutica da alteridade, que requer que o administrador adote comportamentos próprios em prol do administrado. Para tanto, a formação do Estado desde os primórdios da sociedade tem uma força especial para a projeção das atuais condições de vida coletiva. Com isso, o Estado Democrático de Direito de hoje deve ser um reflexo da evolução humana, que sente a necessidade da elaboração de uma Constituição pautada em princípios formadores das suas necessidades básicas. Os princípios pensados mostram a reflexão ideológica dos seus cidadãos legitimados pela afirmação do Estado, objetivando as diretrizes a serem seguidas, partindo-se do campo abstrato para o campo real das políticas públicas. E os resultados válidos somente serão alcançados a partir do momento em que o administrador tomar as suas decisões mediante a compreensão do outro. A hermenêutica passa a ser essencial para permitir ao intérprete que faça uso de uma visão global e participativa das necessidades humanas dentro das políticas adotadas pelo Estado como representante legal e legítimo dos seus cidadãos, uma vez que aquela ciência tem por finalidade dar subsídios quanto à arte da interpretação. Caberá, pois, ao administrador fazer uso de uma reflexão intersubjetiva, trabalhando com a figura do eu, do tu, do ele e do nós, e da interação das expectativas para o real alcance de distribuição dos direitos e deveres de cada cidadão, ou ainda do ambiente social vivido. A decisão administrativa buscada deverá promover a adoção de princípios consagrados pelos valores humanos e sociais, ensejando sempre no resultado de inserção e participação do outro como sujeito de garantias e obrigações.

Palavras-chave: Estado, Constituição, princípios, decisão administrativa, hermenêutica, alteridade.

## ABSTRACT

The following paper aims to construct a thought involving the administrative decision based in the hermeneutics of otherness, linking the administrator to adopt behaviors in favor of the administered. Therefore, the formation of the state since the beginning of society has a special force to the projection of the current conditions of collective life. Thus, the democratic state today should be a reflection of human evolution, thereby feeling the need to prepare a Constitution grounded in the forming principles of their basic needs. The principles show the ideological reflection of its citizens legitimized by the claim of the State, aiming guidelines to be followed, starting from the abstract field for the actual field of public policy. The valid results will only be achieved from the moment when the administrator makes his decisions by understanding of the other. Hermeneutics becomes essential to allow the interpreter to make use of a global and participative vision of human needs in the scope of the policies adopted by the State as a legal and legitimate representative of its citizens, once hermeneutics aims to give a basis for the art of interpretation. It will thus be the administrator to make use of an intersubjective reflection, working with the figure of me, of you, of him and of us, interacting the expectations for the real extent of distribution of rights and duties of every citizen, or the environment socially lived. The administrative decision sought should promote the adoption of principles consecrated by human and social values always occasioning in the result of inclusion and participation of the other as a subject of guarantees and obligations.

Keywords: State - Constitution - principles - administrative decision - hermeneutics - otherness.

## SUMÁRIO

|          |  |            |
|----------|--|------------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO</b>  | <b>8</b>   |
| <b>2</b> | <b>FORMAÇÃO DO ESTADO</b>  | <b>12</b>  |
| 2.1      | HISTÓRICO E EVOLUÇÃO   | 14         |
| 2.2      | PARTICIPAÇÃO SOCIAL  | 22         |
| 2.3      | CONSTRUÇÃO DO ESTADO PARTICIPATIVO                                 | 28         |
| 2.4      | A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE DENTRO DO REFERENCIAL DIALÓGICO | 32         |
| 2.5      | A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E DIREITO COMO PROBLEMA DA JUSTIÇA          | 37         |
| <b>3</b> | <b>CONSTITUIÇÃO NORMATIVA ESTRUTURANTE</b>                         | <b>45</b>  |
| 3.1      | FORMAÇÃO ESTRUTURAL DA NORMA MAIOR                                 | 47         |
| 3.2      | A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE COMO FATOR DE CONSTRUÇÃO SOCIAL           | 55         |
| 3.3      | CONSTITUIÇÃO E INTERPRETAÇÃO MATERIAL                              | 64         |
| <b>4</b> | <b>DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b>                              | <b>70</b>  |
| 4.1      | DOS PRINCÍPIOS EM GERAL  | 70         |
| 4.2      | PRINCÍPIO E HISTORICIDADE  | 78         |
| 4.3      | PRINCÍPIO E REALIDADE SOCIAL                                       | 80         |
| 4.4      | PRINCÍPIO E ESTRUTURA  | 83         |
| 4.5      | PRINCÍPIO E FINALIDADE   | 86         |
| 4.6      | DOS PRINCÍPIOS ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAIS                     | 92         |
| <b>5</b> | <b>DECISÃO ADMINISTRATIVA PELO PODER PÚBLICO</b>                   | <b>100</b> |
| 5.1      | DOS AGENTES PÚBLICOS   | 102        |
| 5.2      | ATOS POLÍTICOS   | 106        |
| 5.3      | ATO ADMINISTRATIVO   | 111        |
| 5.4      | OS REQUISITOS EXTRÍNSECOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS                 | 115        |
| 5.4.1    | Competência do Agente  | 117        |
| 5.4.2    | Objeto do Ato Administrativo                                       | 118        |
| 5.4.3    | A Forma Prevista em Lei  | 119        |
| 5.4.4    | O Motivo Balizador do Ato Administrativo                           | 121        |
| 5.4.5    | A Finalidade como Meta Final                                       | 123        |
| 5.5      | O ATO ADMINISTRATIVO COMO ELEMENTO VOLITIVO DE VALOR SOCIAL        | 126        |

|          |  |            |
|----------|--|------------|
| 5.6      | A JURIDICIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO: SEU REFERENCIAL DE VONTADE.....                                | 130        |
| <b>6</b> | <b>A CONSTRUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: SEU REFERENCIAL HERMENÊUTICO A PARTIR DOS PRINCÍPIOS.....</b> | <b>140</b> |
| 6.1      | A HERMENÊUTICA COMO CIÊNCIA: UM PERFIL HISTÓRICO .....   | 141        |
| 6.1.1    | Friedrich Schleiermacher e o Cientificismo Hermenêutico .....  | 145        |
| 6.1.2    | Wilhelm Dilthey e a Hermenêutica Humanística .....   | 147        |
| 6.1.3    | Martin Heidegger e a Hermenêutica Existencial .....  | 151        |
| 6.1.4    | Hans Georg Gadamer e a sua Hermenêutica Filosófica.....  | 155        |
| 6.1.5    | Paul Ricoeur e a Hermenêutica do Outro.....  | 159        |
| 6.2      | A HERMENÊUTICA DA COMPREENSÃO PARA O ATO ADMINISTRATIVO .....  | 162        |
| 6.3      | DIREITO COMO REGULAÇÃO HERMENÊUTICA .....  | 168        |
| 6.4      | A HERMENÊUTICA DA COMPREENSÃO: A FIGURA DO OUTRO.....  | 170        |
| 6.5      | A HERMENÊUTICA DA CONSTRUÇÃO: A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR.....                                     | 173        |
| 6.6      | O RESULTADO HERMENÊUTICO NO MUNDO DA ADMINISTRAÇÃO.....  | 177        |
| 6.7      | A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A RACIONALIDADE HERMENÊUTICA .....                                     | 181        |
| 6.8      | DECISÃO ADMINISTRATIVA SOB O PRISMA DO PENSAMENTO HERMENÊUTICO.....                                  | 187        |
| 6.9      | DECISÃO ADMINISTRATIVA COMO VALOR DA ALTERIDADE HERMENÊUTICA MEDIANTE DIÁLOGO E CONSENSO.....        | 193        |
| <b>7</b> | <b>CONCLUSÃO .....</b>   | <b>201</b> |
|          | <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>207</b> |



## 1 INTRODUÇÃO

Diante das relações intersubjetivas sentidas pela sociedade, ela vive constantemente em momentos de transformação a partir de paradigmas que são trazidos à baila pela multiplicidade de ideias, sentimentos, experiências e vontades geradas pela evolução que cerca o ser humano, hipótese em que a convivência social passa a ser um desafio a ser vencido em cada etapa.

Muito embora possamos falar em sociedade como um instituto milenar, é certo que o momento hoje é outro em relação à sua fonte de criação e inspiração. Se constatamos que o Estado é criado para proteger a sociedade, podendo isso ser visto como um consenso, ou ainda como uma mera obra de ficção, de qualquer sorte não altera, para a nossa contemporaneidade, o mister de uma atividade rica em desafios e num emaranhado de regras e comportamentos capazes de direcionar o destino de uma nação ou de um determinado segmento social. Basta vermos no dia a dia o que ocorre em diversas sociedades mundiais, pouco importando a religiosidade, a forma de governo ou a estrutura econômica. Ainda assim, a atividade própria desenvolvida pela Administração repousa no caráter fragmentário do possível e do realizável. O desafio que se tem é no sentido de encontrarmos um ponto de apoio para a razoabilidade das decisões públicas em favor dos seus administrados.

E no virar do milênio, estudiosos, cientistas e doutrinadores se debruçam sobre a análise de novos elementos integrantes do alcance da noção de discricionariedade, seja para o administrador público, seja ainda para o magistrado, se considerarmos por estes os atos não judiciais, procurando entender a forma como deve ser utilizado este dever/poder em prol da sociedade.

Tal indagação é feita diante de uma nova concepção constitucional a respeito da forma e do alcance que os detentores de poder público têm nas hipóteses de atividades discricionárias.

Isso em virtude da principiologia que permeia todo o comando da Carta Maior, esta escrita como forma de determinar os destinos de uma nação, além, é claro, das normas programáticas, essenciais para o desempenho das atividades relativas à função pública.

A pretensão deste estudo é entender, desde a formação do Estado, como chegamos aos resultados úteis à sociedade, seja pelos princípios, seja pelas regras, ambos amparados e escritos culturalmente pelos representantes sociais, mesmo aquelas normas de cunho eminentemente programático, que, desde já, apontam para o horizonte a ser seguido pelo poder público. Para isso, a hermenêutica deve ser vista como uma ciência apta ao alcance dos resultados esperados, mormente se considerarmos que os administradores devem preocupar-se com a interpretação do outro e para o outro, ou seja, uma verdadeira alteridade de valores e resultados.

É certo que a Constituição Federal encontra-se sob o prisma de uma nova roupagem, que Ana Paula de Barcellos<sup>1</sup> chama de “retorno do direito aos valores”, consoante entendimento de doutrinadores como Carlos Santiago Nino, Robert Alexy e Ricardo Lobo Torres.

Afastamo-nos do formalismo jurídico e da normatividade pura, para nos adequarmos a uma aproximação de valores.

A sociedade clama por um tratamento de segurança jurídica a partir daquilo que a Lei Maior prevê, e ao administrador cabe transformar teoria em realidade. São os valores, como segurança, saúde, lazer, saneamento, educação, v.g., que fazem com que busquemos melhorar cada vez mais o ambiente em que vivemos.

Sendo esse o cerne da questão, ou seja, o resgate de valores, entre eles os éticos e morais, faz-se necessária a releitura do alcance dessa discricionariedade administrativa como complementação ou suplementação da atividade fim do Estado.

Mas, como chegar ao alcance desejado, ou, pelo menos, pretendido? Como proferir decisões administrativas que tenham o caráter de valor do justo, do aceito, entre outros? Que critérios jurídicos devem ser admitidos para dar o contorno da efetividade das normas constitucionais a todos os elementos de decisão dos detentores de poder público?

Assim, torna-se necessário entender que a argumentação jurídica, a ponderação e a racionalidade devem ser vistas, compreendidas e encaradas como essenciais para a escolha dos julgadores na esfera administrativa, lembrando ainda que, para os atos dos administradores executivos, os atos administrativos podem ser revistos pelo Poder Judiciário dentro da unicidade de jurisdição presente no art. 5º, XXXV, CF, pela qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou

---

<sup>1</sup> Conforme BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 8.

ameaça a direito.” Isso significa que, mesmo com a edição de uma conduta discricionária do agente, ainda é possível a sua revisão pelo Judiciário, mas que deverá ser amparada na exata ideia de decisão em harmonia com os condutores constitucionais.

Em outros termos, o critério do justo, do ético e do moral é imprescindível para definir o resultado de um ato administrativo, pautando-se na hermenêutica como critério de validade.

Assim, o que se procura nesta investigação é entender, a partir da formação do Estado, como hoje analisamos todo o comportamento público e quais seriam os critérios reais e essenciais para a escolha dos resultados mais úteis no campo do social.

O tema, pois, delimita-se dentro do seu próprio sistema, ou seja, da exata noção de que uma realidade valorativa percorre as repartições públicas e os tribunais, fazendo com que o administrador decida com base em elementos essenciais ao valor estabelecido na Constituição Federal, não havendo uma discricionariedade aberta ou baseada no tradicional, no arcaico binômio “oportunidade e conveniência”.

Não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, pois este último trabalho é entendido como critério do injusto ou da falta de atendimento ao Direito, eis que o desvalor toma conta do resultado.

Portanto, não se podem ferir princípios constitucionais regrados no seu art. 37, *caput*, da Constituição Federal, *v.g.*, principalmente aqueles que violem os princípios da moralidade, impessoalidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, além dos direitos fundamentais da mesma Carta Republicana, isso porque a Administração Pública repousa na noção máxima de que somente se permite fazer aquilo que está previamente definido em lei, diferentemente dos atos relacionados com o setor privado, em que, aqui, se permite fazer tudo aquilo que não contrarie a norma jurídica, incluindo-se, nesta concepção, a moderna conceituação do que seja entendido por princípio, principalmente dentro do período chamado pós-positivismo, a partir de meados do séc. XX, quando estes princípios passaram a ser admitidos pelos doutrinadores como bases normativas para todo o ordenamento jurídico, segundo lição de Paulo Bonavides<sup>2</sup>, desprendendo-se de uma

---

<sup>2</sup> Conforme BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 264-266.

antiga ideia de regra subsidiária ou secundária. Emergiu ante a ciência do Direito como basilar para todo o ordenamento jurídico. Daí a necessidade de se entender ato administrativo discricionário em harmonia com o atual sistema de percepção do que seja efetivamente compreendido como princípio.

E esse desempenho administrativo ocorre automaticamente, com base nas regras previamente traçadas pelas normas que desenham o Direito Administrativo brasileiro, seja no seu aspecto imposto pela norma, inclusive com o resultado predeterminado, seja mediante a possibilidade de se permitir ao administrador a escolha (ao menos teoricamente) de uma melhor solução, mas dentro dos parâmetros constitucionais dos princípios básicos, ensejando na percepção atual de que este mesmo administrador hoje em dia possui um campo limitadíssimo, ou até mesmo extinto, de qualquer discricionariedade, pois, por uma ou outra escolha, qualquer uma estará sujeita tanto àqueles preceitos principiológicos que percorrem a Constituição Federal como às normas infraconstitucionais, sem se esquecer das determinantes normas constitucionais programáticas.

Assim, no presente trabalho, a formação do Estado será apreciada no capítulo 2, observando-se a construção da sociedade. A seguir, o capítulo 3 estudará sobre a formação da Constituição normativa capaz de traçar os passos a serem seguidos pelos seus membros. Após, no capítulo 4, a estrutura vai se basear no conceito e validade dos princípios em favor da construção ideológica social. Na sequência, o capítulo 5 tratará da decisão administrativa como mecanismo essencial a ser adotado pelo Estado para o alcance das atividades a ele inerentes. Por fim, no capítulo 6, a hermenêutica da alteridade será o tema relevante, conjugando Administração Pública e administrado sob a perspectiva do outro como participante do processo de construção e justiça.

Tramitando pelos corredores da hermenêutica como ciência filosófica da interpretação, o administrador deve buscar a inspiração para compreensão e valores imantados no sistema jurídico que se apresenta aos seus olhos.

No mais, o argumento jurídico, mas também social, busca, por meio da linguagem, persuadir na construção do novo e do útil. É esta a perspectiva para o devido resultado.

Interpretemos, pois, as relações humanas e o Poder Público para que possamos achar o ponto de equilíbrio essencial para a efetividade dos direitos fundamentais e sociais.

## 2 FORMAÇÃO DO ESTADO

Desde os primórdios, as pessoas sempre sentiram a necessidade de se agregar com o objetivo da facilitação da vida em comum. Para tanto, uma forma de controle em que os objetivos estivessem, na maioria, harmônicos foi criada, passando o Estado a ter uma função tão primordial que o consenso foi realidade própria.

Não se quer de modo algum aqui trabalhar com uma concepção meramente histórica na sua aceção expositiva, não obstante, para Paulo Bonavides, fosse um critério de início, inclusive rumando para outras ciências<sup>3</sup>, mas sim entender que, com a construção da ideia humana de Estado, as pessoas, em reunião, buscam melhores soluções para os seus anseios.

E a partir da formação da sociedade é que a noção de Estado surge, pois aquela se estruturou por consenso mediante contratação tácita, como Dalmo de Abreu Dallari afirma: “sociedade é o produto da conjugação de um simples impulso associativo natural e da cooperação da vontade humana”.<sup>4</sup>

Na presente hipótese, o que se quer, de momento, é apenas trabalhar com um conceito básico de Estado, situação em que as forças e vontades humanas se unem com objetivos maiores, sendo que, para muitos doutrinadores, a sua formação ocorre de forma natural, como Darcy Azambuja, ao dizer:

Só um fato é permanente e dele promanam outros fatos permanentes: o homem sempre viveu em sociedade. A sociedade só sobrevive pela organização, que supõe a autoridade e a liberdade como elementos essenciais; a sociedade que atinge determinado grau de evolução, passa a constituir um Estado. Para viver fora da sociedade, o homem precisaria estar abaixo dos homens ou acima dos deuses, como disse Aristóteles, e

---

<sup>3</sup> Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. rev. e ampl. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 25. Vale a seguinte passagem ilustrativa: “O mais acertado critério metodológico, a nosso ver, para se chegar à consideração do problema seria situá-lo historicamente, e daí submetê-lo às reflexões da filosofia, da história, da política e do direito, ou seja, tratá-lo no plano metafísico ou positivo que abranger, segundo as ideias dominantes em cada época. Teríamos assim por único ponto de partida o histórico, que, uma vez admitido, permitiria o subsequente exame da matéria debaixo de todos os possíveis ângulos de indagação.”

<sup>4</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 12.

vivendo em sociedade ele natural e necessariamente cria a autoridade e o Estado.<sup>5</sup>

A concepção que ora se apresenta é apenas uma das variadas formas de se ver o Estado, mas o que nos importa é que a sua constituição passa a ser real na medida em que há um assentimento natural do homem para com as relações globalizadas e intersubjetivas. O Estado passa a ser a primeira manifestação de legitimidade das posteriores relações da vida em comum, ofertando ao administrador, por exemplo, a perfeita correlação de interesses a serem atendidos para os atos emanados em prol da comunidade. É o que se espera da presente investigação.

É como afirma Alfredo Gallego Anabitarte sobre a figura do Estado como pessoa:

Referirse al estado como persona jurídica remite a una cuestión de mucho más calado cultural e histórico: *concebir al Estado a imagen de una persona física*. Desde el principio del pensamiento político europeo, las comparaciones y analogías entre la cosa pública (*polis, civitas, república*) y el ser humano han sido constantes.<sup>6</sup>

Porém, é preciso atentar para a sua origem e aceitação social, como forma de validade, pois nem sempre o Estado foi visto como observamos para este momento de pós-modernidade na virada do milênio.

A proposta neste momento baseia-se em ver o Estado não apenas como um poder maior ante a sociedade e que apenas controla os atos da vida dos cidadãos, mas sim como algo pensado social e antropologicamente em razão das necessidades existentes. Se houve e há a formação do Estado, isso se deve como pretensão de crescimento e progresso.

Se pensarmos em termos de atividade estatal voltada para um bem comum, então a realização dos atos referenciais do Poder Público parte da legitimidade que os seus cidadãos dão ao Estado, desde a sua formação até a manutenção pela força político/jurídico/social. Construir uma sociedade requer concentração de esforços racionais.

---

<sup>5</sup> AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**: Exposição clara e completa dos princípios fundamentais da doutrina do Estado. 4. ed. 3. impr. Porto Alegre: Globo, 1968. p. 123.

<sup>6</sup> ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Constitución y Personalidad Jurídica del Estado**. Madrid: Tecnos, 1992. p. 20.

## 2.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO

Não obstante a preocupação social e jurídica de Estado, sua origem mostra-se primordial como forma de dimensionar o respectivo avanço na linha do tempo. O homem agrega-se para a obtenção de melhores relações sociais, mas, em cada momento da história humana, um ciclo se abre e expõe a forma de vermos como a sociedade se coloca perante a dimensão de efeito abstrato do ente responsável pelos seus cidadãos. Ou seja, a perspectiva de um regramento maior passa a ser percebido entre as pessoas como forma, mesmo que rude, de harmonização. Não que sempre tenha ocorrido dessa maneira, uma vez que somente quando o homem racionalizou as relações sociais é que efetivamente houve a necessidade de um comando geral.

Não há um momento específico na história da humanidade para traçarmos o exato início em que os homens se uniram para um fim ordenado a partir de um ente superior que controlasse todas as atividades.

No Estado antigo, por exemplo, segundo Dalmo de Abreu Dallari, duas marcas foram fundamentais para amparar a existência de Estado no mundo oriental: natureza unitária e religiosidade<sup>7</sup>, sendo que a primeira representa uma unidade geográfica, sem separação de territórios ou regiões, como também de funções, enquanto que a segunda representa o divino para os habitantes, um momento mítico quanto à validade de tudo aquilo que é enfrentado pelo homem. Os deuses comandavam a validade e o ordenamento da vida em comum. No Egito, na Mesopotâmia, na China, na Índia e na América Central, por exemplo, temos situações dessas construções de Estado, onde, nas tribos, as divisões de terras e o fortalecimento da agricultura foram essenciais para falarmos em origem. Portanto, o direito de propriedade, de certa forma, contribuiu para a validade estatal.

Já para o Estado grego, ainda como forma de evolução, é possível falar em uma experiência de conotação política para o mundo ocidental. A *polis* tinha em si uma unidade política diante de um regime considerado pelos seus cidadãos como democrático, excluindo-se, por óbvio à época, os escravos, estes equiparados a coisas. Entre os gregos, poder e submissão estavam presentes na realidade política.

---

<sup>7</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 62-63.

Há uma mistura dessa ciência política com algo muito valioso para os gregos: a moral. Porém, não havia uma diferença entre sociedade política e sociedade religiosa.

No Estado grego, a lei era o elemento maior de dominação, sendo um soberano com característica absoluta. Os cidadãos eram felizes e virtuosos se a lei estivesse acima de tudo.

Há, pois, um valor a partir da lei escrita em favor da Cidade, sendo que repousa na felicidade dos seus membros, apoiando-se em virtude diante da existência de três categorias de bens, na visão de Aristóteles: bens materiais, bens corporais e os bens da alma.<sup>8</sup>

Segundo Dallari, “No Estado Grego o indivíduo tem uma posição peculiar. Há uma elite que compõe a classe política, com intensa participação nas decisões do Estado, a respeito dos assuntos de caráter público”.<sup>9</sup> Ora, com isso, o Estado nesse período assenta-se na participação popular nos assuntos políticos, mas desde que fossem por pessoas com capacidades para tal mister.

Quanto ao Estado romano, ele se iniciou a partir do pensamento grego, constituindo a *civitas* o centro de um território com participação popular. Todavia, a estrutura familiar sempre foi a base da organização. Muitos dizem que as primeiras famílias organizadoras da nova estrutura que estava nascendo (o Império Romano) mantiveram o status de controle estatal. Não se quer aqui, repito mais uma vez, trazer uma visão meramente histórica e dispositiva de todas as fases vivenciadas pelos romanos nos seus mais de dez séculos de existência, pois foram várias as fases excepcionais vividas, inclusive migrando da República para o Império. O que se quer é enxergar apenas a constituição de Estado sob uma forma jurídica, como sempre Roma foi vista pelos ocidentais, sem esquecer que os primeiros Estados

---

<sup>8</sup> ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Pedro Constantin Toles. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 233. Para o filósofo grego, há uma ligação entre governo, cidade, cidadãos e felicidade, tanto destes como daquela, e somente a virtude é alcançada se houver uma harmonização dos respectivos conceitos. Afirma o autor: “Aquele que deseja realizar de maneira conveniente uma investigação da melhor forma de governo, deve primeiramente ser capaz de determinar o modo preferível de vida para os habitantes da Cidade; enquanto isso continuar no âmbito da incerteza, a melhor forma de governo também será incerta, pois na ordem natural das coisas, os que podem almejar viver da melhor maneira são governados tão bem quanto as melhores circunstâncias de sua vida admitem. Devemos, portanto, antes de mais nada, averiguar qual é em geral o modo mais desejável de vida para todos, e também precisamos avaliar se esse mesmo modo de vida é ou não apropriado para a Cidade e para todos os indivíduos.”

<sup>9</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 64.



tiveram características de meras cidades. Somente com o aumento do poderio territorial romano é que a concepção de Estado teve uma força transterritorial.

Na Idade Média, o Estado ganha relevo a partir do crescimento do cristianismo, das invasões bárbaras e do feudalismo, considerando-se, doutrinariamente, a tríplice caracterização desse longo período histórico, como algo em torno de mil anos, por muitos historiadores tidos como obscuro ou sombrio e por outros como um momento de evolução de alguns institutos, como a propriedade, por exemplo.

De qualquer sorte, a religiosidade foi marcante para a validade e legitimidade desse período. Santo Agostinho defendia a comunidade dos homens para referenciar a construção de Estado, ao passo que São Tomás de Aquino afirmava que a lei humana direcionada pelo Estado provinha da lei divina, apoiando-se, todavia, na razão.

A Idade Média sempre foi um “mistério” para os cientistas e estudiosos, pois variava o pensamento entre a obscuridade e o regramento concatenado. Pode parecer um paradoxo, mas depende do ponto de vista que se pretende alcançar. O certo, todavia, é que a concepção de Estado começa a se revelar capaz de falar em nome do público, do coletivo, muito embora a religiosidade fosse um fator determinante. Ainda não havia uma harmonia entre os povos e as culturas, principalmente pela dicotomia ocidente/oriente. A noção de território e poder uno ainda era algo diminuto.

Dividir-se entre religiosidade, barbarismo e feudalismo foi marca corriqueira desses mil anos de história, em que o Estado cresce soberano, conforme afirmado por Dallari:

Conjugados os três fatores que acabamos de analisar, o cristianismo, a invasão dos bárbaros e o feudalismo, resulta a caracterização do Estado Medieval, mais como aspiração do que como realidade: um poder superior, exercido pelo Imperador, com uma infinita pluralidade de poderes menores, sem hierarquia definida; uma incontável multiplicidade de ordens jurídicas, compreendendo a ordem imperial, a ordem eclesiástica, o direito das monarquias inferiores, um direito comunal que se desenvolveu extraordinariamente, as ordenações dos feudos e as regras estabelecidas no fim da Idade Média pelas corporações de ofícios.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 70.

Dentro do objetivo da presente proposta, o avanço “cultural” para a noção de Estado, principalmente para a legitimidade dentre os cidadãos, mostra que a história tratou de apresentar várias vertentes reais de como o homem cuidou do público em relação ao privado, havendo, nessa fase medieval, uma constante tensão entre direito e poder, mas longe, ainda, de ser um conceito útil e válido para os nossos dias.

A resposta talvez possa ser dada por Pietro Costa quanto à noção de Estado, ontem e hoje:

É preciso se perguntar, em suma, se o conceito hodierno de Estado seria um instrumento *metalingüístico* adequado a entender e a traduzir uma específica *linguagem-objeto*: no nosso caso, o discurso desenvolvido pelos juristas e pelos teólogos medievais. Deste ponto de vista, a minha impressão é francamente negativa: o conceito de Estado, assim como definido pela hodierna juspublicística, apresenta traços por demais distantes da experiência e da cultura características das sociedades medievais. O Estado significa absolutismo do poder, monopólio das fontes de direito, burocracia, unidade de comando sobre o território: o conceito hodierno de Estado – plenamente elaborado pela juspublicística oitocentista como conclusão do secular processo de construção de uma soberania unitária e concentrada – é inseparável daquela parábola da modernidade, da qual é uma expressão emblemática.<sup>11</sup>

Há uma preparação, pois, para o Estado moderno, tendo como início esses componentes.

E quanto à sua modernidade, a partir do antropocentrismo pensado pelo renascimento, a concepção de Estado passa para um outro patamar. Ele ganha força pelo seu afastamento dos ideais religiosos e morais, com poder independente, formação militar, o aumento burocrático das suas atividades, concepção de território e, principalmente, separação entre Estado e sociedade.

A noção atual de Estado mais se aproxima da nossa visão contemporânea. Aquela anterior não mais atendia aos anseios sociais, os monarcas não tinham propostas reais de políticas públicas, mas apenas de tributação excessiva, por exemplo, com ausência de segurança jurídica nas relações entre as pessoas. É preciso um sistema mais seguro. O Estado passa a ser absoluto e senhor do controle soberano, mas ainda é incorpóreo.

---

<sup>11</sup> COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia**: Ensaios de história do pensamento jurídico. Trad. Alexandre Rodrigues de Castro *et al*, Curitiba: Juruá, 2010. p. 100.

Maquiavel foi o primeiro pensador a trabalhar com a noção de Estado, oportunidade em que o Príncipe<sup>12</sup> deveria tomar medidas, às vezes impopulares, com o intuito de obter prestígio e transmitir temor, sendo que seus súditos deveriam mais temer do que ser amado, no caso de ser impossível conciliar ambos. Mesmo assim, a concepção ora apresentada reveste-se como o primeiro momento em que se fala da ordem de Estado como algo maior. A visão moderna está instaurada.

Vários foram os autores que trataram do assunto na Idade Moderna. Thomas Hobbes, um dos grandes pensadores políticos responsáveis pela concepção moderna de Estado, afirmava que este surgiu por uma necessidade social de limitação das vontades e necessidades humanas, às vezes descontroladas. O estado natural humano obrigou-o a aceitar um contrato social entre os homens e permitir a criação de um Leviatã responsável pelo controle social. É a formação do Estado como algo capaz de manter a harmonia. É a sua maneira de ver o contrato social, constituindo-se a sociedade civil organizada, evitando-se, portanto, a guerra de todos contra todos, além de eventual enfraquecimento ou, em última instância, o perecimento.

Assim, Hobbes retratou sobre as coisas que enfraquecem um Estado ou levam a sua dissolução:

Embora nada do que é feito pelos mortais possa ser imortal, os homens, se usassem a razão como pretendem, poderiam, pelo menos, fazer que seus Estados fossem assegurados, definitivamente, contra o perigo de perecer por males internos. Pela natureza de sua instituição, os Estados estão destinados a viver tanto tempo quanto o gênero humano ou a lei natural, ou, ainda, tanto tempo quanto a própria justiça, que lhes dá vida. Assim, quando são dissolvidos, não pela violência externa, mas por desordem intestina, a falta não está nos homens, como matéria, mas nos homens enquanto modeladores e organizadores do Estado. Quando os homens se aborrecem com as mútuas irregularidades, desejam, de todo o coração, se aproximar e permanecer dentro de um edifício sólido e duradouro, tanto pela necessidade da arte de fazer leis adequadas que venham a nortear sua ações, quanto por sua humildade e paciência para suportar a supressão dos rudes e ásperos aspectos de sua presente grandeza; mas não conseguem, sem a ajuda de um arquiteto muito hábil, se reunir, a não ser um edifício defeituoso, que, pesando consideravelmente em sua própria época, cairá, sem que nada possa ser feito, sobre as cabeças de sua posteridade.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Maria Lúcia Cumo. 20. reimp., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 79-86.

<sup>13</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 225. (Coleção a obra-prima de cada autor.)

Ainda dentro de uma concepção moderna de Estado, John Locke analisa a natureza humana criadora do Estado como fonte de proteção aos seus direitos naturais.<sup>14</sup> Este é criado, pois, como forma de permitir o tratamento em favor dos cidadãos. Todavia, se o Estado não fosse respeitador da vida, da liberdade e da propriedade, os homens poderiam se rebelar contra ele. A diferença, portanto, para outros pensadores modernos está no fato de que Locke admitia a revolta civil contra a sua criação se esta não atingisse os objetivos para as quais fora criado. Há nesta visão liberal também uma forma de contrato social, mas revisada pelos membros da sociedade no caso de descumprimento dos seus fins.

Em relação a Hobbes, este último admite a revolução cultural e ideológica, enquanto aquele põe o Estado em relevo absoluto, quase intransponível. Seja uma ou outra forma, o certo é que o contrato social entre os homens é mecanismo de proteção coletiva, ainda mais quando os governados consentem com o poder constituído.

Jean Jacques Rousseau também analisou o Estado criado a partir de um contrato social, mas como forma de o homem se proteger da sociedade, abrindo mão de sua liberdade extrema em prol de um controle protetivo. De qualquer forma, sempre a relação social está presente na maneira de se ver a criação de governos soberanos.<sup>15</sup>

Vemos que os elementos essenciais do Estado revestem-se de uma necessidade para os novos tempos. Falar em contrato social, como pensado pelos doutrinadores anteriores, é uma maneira de legitimar a sua criação estabelecendo soberania, territorialidade e, claro, povo.

---

<sup>14</sup> Conforme LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011. p. 15-22.

<sup>15</sup> Nesse sentido: ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009. p. 32-35. Manifesta-se o autor de forma categórica sobre a necessidade de aquiescência social para a manutenção do estado individual diante da proteção que o Estado pode oferecer. Observemos a seguinte passagem: “Suponho os homens chegados a um ponto em que os obstáculos prejudiciais à sua conservação no estado de natureza vencem, por sua resistência, as forças que cada indivíduo pode empregar para manter-se nesse estado. Esse estado primitivo, então, não pode mais subsistir, e o gênero humano pereceria se não mudasse sua maneira de ser. Ora, como os homens não podem engendrar novas forças, mas somente unir e dirigir as que existem, eles não têm outro meio para se conservar senão formar por agregação uma soma de forças que possa prevalecer sobre a resistência, colocá-las em jogo por uma só motivação e fazê-las agir de comum acordo”. (p. 32-33). E completa o raciocínio para justificar a proteção estatal mediante renúncia individual: “Imediatamente, no lugar da pessoa particular de cada contratante, esse ato de associação produz um corpo moral e coletivo composto de tantos membros quantas forem as vozes da assembléia, corpo que recebe por esse mesmo ato sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade.” (p. 34).

Há, nas palavras de Jorge Miranda, uma institucionalização do Estado moderno, por meio do “alargamento da comunidade política e pelo reforço do aparelho de poder, bem como pelas transformações intelectuais que, entretanto, ocorrem”<sup>16</sup>, significando, com isso, a presença da racionalidade como fator essencial de vida mediante soberania.

Mas tudo isso surge consoante o repensar social e a necessidade de algo soberano em função do coletivo sobre o particular. Parece-nos que a concepção de contrato social foi algo marcante para o período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, buscando a harmonização entre o sujeito e a ordem existente. Para cada um dos autores citados anteriormente (Hobbes, Locke e Rousseau), o contrato mostra-se como um fator decisivo para a legitimação do Estado: Hobbes institui o Estado como poder absoluto dado pelos cidadãos como forma de controle, enquanto Locke admite a manutenção dos direitos essenciais do homem, como liberdade e propriedade, dividindo-se com o soberano, este tutor dos referidos direitos. Por fim, Rousseau, que defende o Estado como senhor do controle e da manutenção dos direitos fundamentais do homem, aqueles às vezes usurpados pela sociedade.

De qualquer sorte, Pietro Costa bem separa cada um dos pensamentos construídos pelos doutrinadores para a formação do Estado:

Duas características essenciais definem a resposta “rousseauiana” ao problema do fundamento da ordem política: o primado do sujeito e a plena consciência entre o soberano e o povo. Rousseau, como Hobbes e Locke, se move dentro do paradigma jusnaturalista: o eu ponto de partida é o indivíduo como tal, e é diante de uma massa de sujeitos iguais que lhe ocorre propor o problema da ordem. Se, porém, Locke e Hobbes resolviam o problema mantendo (ainda que com perspectivas opostas) uma distinção qualitativa entre os sujeitos e o soberano, Rousseau identifica o conjunto dos sujeitos com o corpo político.<sup>17</sup>

É com o nascimento desse corpo de sujeitos que nasce o Estado moderno, e continua Pietro Costa:

O contrato social dá lugar ao nascimento de um “eu comum”, de uma “pessoa pública” que “recebia, em uma época, o nome de cidade, e recebe hoje o de república ou de corpo político”. Não há um soberano que do

---

<sup>16</sup> Conforme MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense: 2009. p. 17. O autor, em resumo, afirma que o Estado moderno apresenta características próprias que o identificam dentro de uma nova roupagem: Estado nacional, Secularização ou laicidade e Soberania, revelando-se, pois, como um projeto racional de humanidade (p. 18).

<sup>17</sup> COSTA, Pietro. Op. cit., p. 215.

exterior governe os sujeitos: a formação da ordem coincide com a assunção da soberania pelo povo.<sup>18</sup>

O autogoverno parece ser uma característica marcante do Estado moderno, admitindo-se novas perspectivas para a vida em comum.

Na sequência, dentro de uma linha progressista, é possível falar em Estado contemporâneo, destacando-se a sua composição como algo imantado de democracia e racionalidade. Hoje, qualquer nação constitui-se em uma organização a partir do pensamento cultural da sua respectiva sociedade, embora algumas nações ainda apresentem um controle estatal muito forte, em que o respectivo soberano determina a forma de validade das instituições com a população em geral. É o caso da Venezuela e Bolívia, na América do Sul, mas apenas a título exemplificativo. Não se pode falar abertamente de formas sociais de governo nos citados povos, mas eles não representam a atualização cultural da maioria dos países.

Porém, em se tratando de Estado contemporâneo, sendo o que mais se aproxima de nossas perspectivas dentro do presente estudo, necessário que entendamos não só a participação popular, que mais à frente será analisada, mas principalmente a composição de valores postos à prova para falarmos numa virada copérnica, aqui parafraseando a expressão de um dos núcleos de pesquisa científica da Universidade Federal do Paraná, ou seja, com a presença de novos paradigmas a serem seguidos pelos diversos segmentos sociais.

Parece-nos que António Manuel Hespanha bem retrata essa passagem evolutiva da concepção de Estado, alcançando hoje uma referência contemporânea de relação democrática com a sua sociedade, momento em que se debruça numa composição do Estado como “ente imaginário”:

A equivocidade dos seus fundamentos teóricos assegura, assim, que esta ideia de unidade e exclusividade do poder público – que se começara a a gerar com o contratualismo da escolástica franciscana, ainda nos finais da Idade Média, que se robustecera com o contratualismo aberto dos grandes pensadores políticos de quinhentos e Seiscentos (Jean Bodin, Th. Hobbes) e com o judivismo dos absolutistas de seiscentos (Jaime I, Richilieu, Bossuet), que se vulgarizava com a difusão europeia dos jusracionismo alemão (S. Prufendorf, Chr. Thomasius, J.G. Heineccius), que se legitimara do ponto de vista democrático, com a adesão de, por exemplo, J.J. Rousseau e que, com o nacionalismo romântico, volta aos tradicionais tópicos holísticos acerca da comunidade – realize, sem problemas, o

---

<sup>18</sup> Id.

trânsito do despotismo iluminado para os regimes democráticos revolucionários e destes para os nacionalismos românticos conservadores, constituindo um pano de fundo, permanente mas sempre cambiante, da evolução do pensamento político moderno e contemporâneo.<sup>19</sup>

Democracia, participação, racionalidade, entre outros elementos, são formas de exposição do que se espera para este terceiro milênio, não se esquecendo, contudo, que, ao mesmo tempo em que se fala de diálogo e intersubjetividade, também é possível falar em pós-modernidade e suas nuances e eventuais mazelas, como o medo do novo, do mutável e do líquido; palavra esta muito utilizada pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, hoje um dos maiores pensadores em termos de pós-modernidade para as sociedades atuais.

Entender essa nova dimensão que se coloca aos Estados, considerando-se aqui as formas de relacionamento social, requer um repensar de valores. O sujeito atual preocupa-se com o amanhã e com os relacionamentos que nascem a partir da diminuição de espaço. A informática apresenta-se como uma ferramenta essencial para o diálogo, trazendo uma nova linguagem de comunicação globalizada.

Os Estados preparam-se para a complexidade das relações cada vez mais intrincadas e relativizadas por constantes transformações de pensamento. Assim, daquele primitivo Estado grego ou romano, hoje passamos para uma rotina de imediatismo e variantes sem precedentes. O poder estatal deve ser rápido quanto aos resultados sociais. A sociologia do direito deve preparar-se para o constante amanhã.

## 2.2 PARTICIPAÇÃO SOCIAL

Preparar-nos para entender o Estado requer a prévia validade subjetiva de sociedade, pois nesta surgem as vontades próprias de regramento e validade de exposição de direitos e limitações pelos deveres. É por isso que Dallari afirma ser um fato natural o início da sociedade:

---

<sup>19</sup> HESPANHA, António Manuel. **Hércules Confundido**: Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português. Curitiba: Juruá, 2009. p. 35.

Esses, em linhas gerais, os argumentos que sustentam a conclusão de que a sociedade é um fato natural, determinado pela necessidade que o homem tem da cooperação de seus semelhantes para a consecução dos fins de sua existência. Essa necessidade não é apenas de ordem material, uma vez que, mesmo provido de todos os bens materiais suficientes à sua sobrevivência, o ser humano continua a necessitar do convívio com os semelhantes. Além disso, é importante considerar que a existência desse impulso associativo natural não elimina a participação da vontade humana. Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecê-la, o que não ocorre com os irracionais, que se agrupam por mero instinto e, em consequência, de maneira sempre uniforme, não havendo aperfeiçoamento.<sup>20</sup>

Se há sociedade, então invariavelmente é possível falar na construção de Estado como elemento maior de ente superior.

E este deve ser entendido como aglutinação natural, ou ainda como contrato, como desejo, como dominação, como utilitarismo perante a sociedade. As ideias que aos poucos foram sendo agregadas pelos mais diversos estudiosos eclodem como um complexo de pensamento e de busca de solução.

Como o objetivo do trabalho é chegarmos ao conteúdo dos atos públicos (aqui entendido os da Administração e do Judiciário), é preciso considerar a validade da construção subjetiva do Estado, já que este reage no sentido de validar as relações sociais.

Ele é mera manifestação de vontade, não apresentando, de qualquer forma, um corpo físico, pois se trata de necessidade. Desde o período da Grécia antiga já havia essa proposta.

Segundo Paulo Bonavides, a organização já era a meta dos antigos, como descreve:

Expressiu Aristóteles, ao considerar o Estado “comunidade perfeita, formada pela pluralidade de grupos comuns, comunidade que, de certo modo, logrou o fim de inteira suficiência e surgiu mercê da vida, e, mercê da vida, em seu conjunto se mantém”, o vero conceito organicista que dominou o pensamento do mundo antigo. Deu assim a formulação indestrutível do organicismo, com ideia do Estado como ser natural e anímico, anterior ao indivíduo, em que o todo tem preferência sobre as partes.<sup>21</sup>

Sua constituição, pois, determina várias facetas a serem empregadas pelos estudiosos. O Estado pode ser uma ordem, uma soberania, os objetivos, o agrupamento, ou então mera imputação.

---

<sup>20</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 11-12.

<sup>21</sup> BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado...** p. 26.



Trabalha-se com ordem na construção jurídica, em que o sistema é permeado pelo conteúdo de direito que provém da sua criação e, principalmente, pela validade<sup>22</sup> dos atos praticados, sendo a heteronomia fator determinante de cumprimento pelos cidadãos. Foi preciso tecer a imagem de um Estado organizado a ponto de que a legitimidade lhe desse força em função da sociedade.

A concepção de soberania, por sua vez, designa uma ideia de poder maior, visto que os homens se reuniram com o firme propósito de dar a um ente o controle social, sendo, pois, soberano em relação aos seus “súditos”. Falar em Estado soberano requer a legitimidade e o respeito pelas decisões tomadas. Surge, de outra forma, a concepção de interesse público sobre o privado, em que soberana é a vontade maior. O respeito segue como diretriz em função das atividades a serem exercidas.

O tratamento de objetividade condiz com o horizonte que se levanta aos cidadãos. O Estado é criado com o propósito de permitir que objetivos sociais, culturais, econômicos, entre outros, surjam a partir de metas.

Talvez a noção de agrupamento seja algo aparentemente mais primitivo, fazendo com que a concepção sociológica de sociedade aflore. A reunião das pessoas traz à baila o fortalecimento que se entende como válido para a formação de um meio social. O uso da força para a manutenção desse agrupamento também é realidade.

Para Max Weber, não há um conceito uno para agrupamento ou Estado, mas estes, os Estados, existem na medida das necessidades sociais:

Então, que é um agrupamento “político”, na ótica de um sociólogo? Que é um Estado? O Estado, sociologicamente, não se deixa definir por seus fins. Realmente, quase não existe uma tarefa de que um agrupamento político qualquer não se haja ocupado alguma vez. De outra feita, não é possível referir tarefas das quais se possa dizer que tenham sempre sido atribuídas, com exclusividade, aos agrupamentos políticos hoje denominados Estados ou que se constituíram, segundo a história, nos precursores do Estado moderno. O Estado não se deixar definir, sociologicamente, a não ser pelo específico meio que lhe é peculiar, da forma como é, peculiar a todo outro agrupamento político, a saber, o uso da coação física.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> A adoção do termo “validade” aqui deve ser entendida como expressão de legitimidade, pois é preciso compreender que estamos analisando a estrutura de um sistema jurídico mediante um padrão de comparação quanto aos resultados aceitos ou não pelos seus membros.

<sup>23</sup> WEBER, Max. **Ciência e Política: Duas Vocações**. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 59-60.

E essa violência no agrupamento se mostra indispensável como forma de se evitar a anarquia.

O Estado, a partir de uma compreensão sociológica, mostra-se como um instrumento de força racional e legítima, cuja ordem é mantida pela aceitação dos seus participantes em construir um funcionamento das estruturas sociais em todos os segmentos. Os atos que são emanados, além de constituírem uma abordagem de validade diante do consenso majoritário, também servem para averiguar quanto à legalidade real, pondo-se em relevo toda a construção anterior desde os primórdios que, numa sociedade específica, foram erguidos e mantidos com o passar dos tempos, apenas atualizando-se diante das mudanças do ambiente público.

Tal formação do Estado, pois, como ponto de construção, quer mostrar que, mais do que um aspecto meramente histórico, serve para amparar o binômio legalidade/legitimidade nas realizações próprias, cuja construção dos atos apoiar-se-á em vertentes de experiência de vida. A ordem jurídica aparece como meio de validar toda e qualquer decisão.

Por isso é que Hans Kelsen projeta para a formação do Estado uma presença singular entre ele próprio e o Direito, dando-lhe o contorno de imputação, cujas palavras são esclarecedoras:

Qual é o critério dessa imputação? Eis a questão decisiva que conduz à essência do Estado. Uma análise demonstra que imputamos uma ação humana ao Estado apenas quando a ação humana em questão corresponde, de uma maneira específica, à ordem jurídica pressuposta. A imputação de uma ação humana ao Estado é possível apenas sob a condição de que essa ação seja determinada de um modo específico por uma ordem normativa; e essa ordem é a ordem jurídica.<sup>24</sup>

Estado pressupõe aspecto sociológico, mas, principalmente, jurídico, na medida em que o regramento surge como uma fiel balança de validade, configurando-se como algo recheado de unicidade conceitual. Hoje não se pode falar em Estado sem adentrar na seara jurídica da sua construção. O que Kelsen entende é que o positivismo em si constrói a figura do Estado, valendo como regra maior, cujas metas, cumprimentos e respeito da sociedade requerem a legalidade em si.

---

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 276.

E a reflexiva participação popular enseja admitirmos interação entre Estado e sociedade. Há ação coercitiva de ambos os lados e em relação a eles próprios. O Estado exerce poder como forma de manter unidade social a partir de fins harmônicos, enquanto a sociedade espera daquele o cumprimento de suas obrigações públicas e políticas, mantendo, nele, a uniformidade de aceitação de validade.

Os problemas históricos até agora apresentados, e dizemos problemas por uma simples forma de entender o avanço do pensamento social com as suas nuances de necessidades, são relevantes para compreendermos que a sociedade sempre clamou por um controle de organização e validade nas relações.

É possível aventurar-se na noção de Estado como ator central e os membros da sociedade como atores coadjuvantes, mas que são o sustentáculo daquele. Não há, pois, autonomia entre ambos, conforme afirma Manuel García-Pelayo, mas sim uma dependência principalmente psicológica:

En resumen, Estado y sociedad ya no son sistemas autónomos, autorregulados, unidos por un número limitado de relaciones y que reciben y envían insumos y productos definidos, sino dos sistemas fuertemente interrelacionados entre sí e través de relaciones complejas, con factores reguladores que están fuera de los respectivos sistemas y con un conjunto de subsistemas interseccionados, de lo que son muestra el cumplimiento de funciones estatales a través de empresas de constitución jurídica privada, la realización de importantes funciones públicas por vía de contrato, la presencia de representantes del sector privado en las comisiones estatales y en los loci de las decisiones, etc.<sup>25</sup>

Toda e qualquer ingerência dos cidadãos de uma sociedade em relação ao Estado efetivamente passa por um ideal de progresso e avanço. As diversas formas de governo mostram que os homens unem-se e pretendem do Estado que as soluções para os problemas sejam dadas. Todavia, diante da construção de um Estado e de uma respectiva forma de governo, o resultado passa a depender da sua perfeita execução e aceitação social. Criá-lo para atender às necessidades pressupõe dar-lhe autonomia de administração. O voto e a escolha dos administradores e legisladores são formas de validade de representação social, como que um mandato concedido para que aqueles, em nome destes, ajam dentro do Estado criado para que a efetividade dos trabalhos a serem desenvolvidos se

---

<sup>25</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporáneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1996. p. 25.

estabeleçam de maneira profícua. Esse poder maior passa a ter força organizacional, mas acompanhado de perto pela participação da comunidade. Sua autonomia se estabelece de pronto, dentro de um universo de legitimidade, não havendo confusão entre Estado e cidadão, ou ainda este em coletividade.

É por isso que R Carre de Malberg, ao estudar sobre o próprio Estado, assim inicia o pensamento quanto à sua personalidade:

El Estado es, pues, una persona en sí, o para decirlo con más exactitud: lo que se encuentra personificado en el Estado no es la colectividad de hombres que contiene, sino el *establecimiento* estatal mismo. Así la persona estatal se encuentra situada completamente aparte de los miembros humanos del Estado, es decir, no ya solamente aparte de esos miembros tomados individualmente, sino fuera de su conjunto total e indivisible.<sup>26</sup>

Porém, é de se lembrar que todo esse pensamento de construção do Estado e participação social somente ocorre pela passagem necessária diante do Direito. Toda e qualquer construção de um corpo estruturante e normativo pressupõe a validação pela aquiescência legal. Com a necessidade de preenchimento dos anseios multifacetários, o Estado, pela via do Direito, vai moldando as transformações sociais, mas a partir de cada conjunto social de uma nação<sup>27</sup>. Assim, ao falarmos em Estado é inevitável falar também de comportamento próprio de um povo, moldando aquele de forma que atenda aos objetivos traçados, constituindo a ética, religião, moral, política e economia, entre outros aspectos, as molas propulsoras das atividades descritas. Este Direito nasce, portanto, da vontade pública, cuja eficácia certamente dependerá das condições sociais postas em prática e envolvendo aqueles institutos anteriormente descritos, esperando-se, com isso, uma constante melhora de funcionamento do Estado como protetor da sociedade.

E referida manifestação nasce da vontade popular, daí porque a construção de uma Carta Magna assegura a todos os participantes um caráter legal e, principalmente, legítimo. Por meio das suas regras basilares, o funcionamento de uma nação toma forma específica, respeitando-se os preceitos e as vontades ali

---

<sup>26</sup> MALBERG, R. Carre de. **Teoría General del Estado**. Trad. José Lión Depetre. Pánuco, México: Fondo de cultural Economica, 1948. p. 29.

<sup>27</sup> Usamos a palavra “nação” para expressar algo distinto de Estado. Nação deve ser entendida como uma reunião de pessoas, com identidade de história, etnia, idioma e costumes. Há identidade pela presença de uma consciência nacional, mas não necessariamente pela presença de um território.

materializadas que servirão de forma harmônica e homogênea, na medida do possível.

Dentro do presente estudo, entender o ato emanado pelo Poder Público requer a ligação entre formação do Estado e vontade popular de um lado, além da existência de uma Lei Maior e seus princípios, estes de um outro lado.

Há um conjunto de forças sob o prisma de participação entre o poder maior e seus subordinados, mas desde que estes últimos aceitem aquela imposição normativa de aceitação não apenas para harmonia, mas para uma maior facilidade da vida de forma coletiva, pois o homem não deve ser entendido como uma célula isolada no mundo das perspectivas. Pelo contrário, necessária a íntima relação homem/Estado.

No somatório, o ato posterior emerge de um procedimental próprio a ser estudado na sequência.

### 2.3 CONSTRUÇÃO DO ESTADO PARTICIPATIVO

O desenvolvimento do Estado passa obrigatoriamente por uma reflexão natural das coisas, sendo certo que a “sociedade social”<sup>28</sup> é elemento mais do que essencial para se admitir a sua existência no mundo dos homens, assim como no próprio mundo de percepção. Com isso, podemos afirmar que o homem agregou-se para permitir que o Estado, então criado como mecanismo de controle e proteção ao mesmo tempo, tivesse uma capacidade de estabilização social, muito embora nem sempre isto tenha ocorrido, mas havendo, sim, uma ordem de progresso descrita por Norberto Bobbio como basilar no progresso da sociedade.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Referida expressão, por mais que tenha uma carga de pleonasma, é usada aqui como reforço de linguagem para que possamos compreender a sociedade não apenas como um agrupamento de pessoas, mas principalmente como uma situação subjetiva de alteridade e intersubjetividade envolvendo os seus membros. O alcance que se quer, pois, surge ao pensar a sociedade num patamar e efetiva participação.

<sup>29</sup> BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade:** Para uma teoria geral da política. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 17. reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011. p. 47. Afirma o autor: “A obra de Ferguson, que descreve a passagem das sociedades primitivas às sociedades evoluídas, é uma história de progresso: a humanidade passou e continua a passar do estado selvagem dos povos caçadores sem propriedade e sem Estado ao estado bárbaro dos povos que se iniciam na agricultura e introduzem os primeiros germes de propriedade, ao estado civil caracterizado pela instituição da propriedade, do comércio e do Estado.”

O desempenho estruturado nessas condições permite admitir que a participação popular passasse a ser um referencial marcante de avanço, culminando, por óbvio, com uma legitimação acentuada quanto às instituições que surgem ao longo destes séculos mergulhados na história das sociedades e das constituições dos respectivos Estados.

Assim, num primeiro momento, a construção do Estado decorre, entre outros elementos, da convicção social de participação e fortalecimento das instituições modulares, eis que Estado e sociedade têm papéis distintos, independentes, mas complementares entre si.

Se a perspectiva é pensar na construção do Estado sob um contexto participativo, mister que as instituições agregadoras pensem naquele em consonância com a sociedade em si e formada pela conjunção ideológica dos cidadãos, ora estes pugnando pela proteção estatal, ora fortalecendo-o pela sua aceitação total.<sup>30</sup>

É possível afirmar também que o Estado, diante participação popular, emprega uma dimensão de finalidade, ou seja, constrói-se um alicerce forte e duradouro para que os fins pretendidos tenham, além da legalidade comportamental, também uma legitimidade subjetiva dos seus membros.

Nessa linha, Dalmo de Abreu Dallari, ao abordar finalidade e funções do Estado, afirma, ao final, ser indispensável o atendimento aos anseios pretendidos mediante o “bem comum de um certo povo, situado em determinado território”.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Norberto Bobbio reforça este pensamento ao afirmar que a sociedade civilizada divide-se, por intermédio dos seus cidadãos, que num momento querem proteção e em outro querem sua imposição por asseronhamento. São as suas palavras: “Estes dois processos representam bem as duas figuras do cidadão participante e do cidadão protegido que estão em conflito entre si e às vezes na mesma pessoa: do cidadão que através da participação ativa exige sempre maior proteção do Estado e através da exigência de proteção reforça aquele mesmo Estado do qual gostaria de se assenhorar e que, ao contrário, acaba por se tornar seu patrão. Sob esse aspecto, sociedade e estado atuam como dois momentos necessários, separados, mas contíguos, distintos, mas independentes, do sistema social em sua complexidade e em sua articulação interna.” (Ibid., p. 51-52).

<sup>31</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. Op. cit., p. 107. Destaque-se o seguinte trecho por completo: “Procedendo-se a uma síntese de todas essas ideias, verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. Mas se essa mesma finalidade foi atribuída à sociedade humana no seu todo, não há diferença entre ela e o Estado? Na verdade, existe uma diferença fundamental, que qualifica a finalidade do Estado: este busca o *bem comum de um certo povo, situado em determinado território*. Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser

Outrossim, o Estado sob a óptica participativa surge mediante o fortalecimento das instituições basilares de garantia da sua legitimidade. Imprensa, associações de classes, ONGs, entre outros, são movimentos básicos para que entendamos o Estado como um referencial de ligação com a sociedade em geral. Principalmente porque num Estado de dimensões continentais é possível que tenhamos antagonismos subjetivos, fazendo com que um ente superior possa, ao mesmo tempo, ser regulamentador e harmonizador das diversidades de anseios sociais.

É o que Reinhold Zippelius chama de “papel dos poderes sociais”, ao afirmar:

A contraposição da acção estatal e da acção puramente privada simplificaria, no entanto, demasiado as coisas. Numa sociedade pluralista constituem-se também nos espaços de acção reservados à autonomia privada instituições da vida económica, empresas da imprensa e outro “poderes sociais” que cumprem importantes funções da sociedade global, e que alcançam inclusivamente posições de poder graças às quais conseguem influir consideravelmente sobre o processo político. O Estado pluralista pode ser representado praticamente como uma conexão de acção de vários subistemas, obviamente submetidas ao poder superior de regulação do próprio Estado (§ 312).<sup>32</sup>

Essa participação por intermédio de classes é aqui lançada como forma de compreendermos que a participação também é fruto de movimentos coletivos de protecção, na medida em que não basta o Estado assumir diretamente o comando regulamentador de uma sociedade. É importante que a reunião de pessoas encontre mecanismos de “voz coletiva”, como as associações, o que permite que esta voz seja mais facilmente ouvida pelo Poder Público quanto às propostas pensadas e apresentadas.<sup>33</sup>

Outro elemento norteador para falarmos em Estado participativo é a importância da opinião pública. Mas devemos entender esta opinião como uma construção reflexiva de alguns assuntos específicos e essenciais para o desenvolvimento social, não se confundindo com a pré-compreensão comum que o

---

o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada estado, em função das peculiaridades de cada povo.”

<sup>32</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J.J. Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 334.

<sup>33</sup> Zippelius complementa o seu raciocínio na seguinte esteira: “Assim considerados, a grande indústria, os sindicatos e outros poderes sociais surgem como ‘poderes intermediários’ cujo peso e função a nível da sociedade global justificam que sejam submetidos a um ‘dever social’ mais elevados. Este último apresenta-se então, p. ex., no campo da comunicação de massas como dever de informação equilibrada e verídica.” (Ibid., p. 334-335).

cidadão tem ao tomar conhecimento de uma notícia ou fato, apoiando-se na opinião generalizada de outras pessoas e sem um aprofundamento científico ou ainda empírico. Esta última situação é muito comum numa sociedade de massa.

Por uma opinião pública balizada num contexto de reflexão pormenorizada é importante que o Estado “ouça” a voz social mediante uma construção argumentativa dialógica e baseada em premissas palpáveis e reais, como, por exemplo, necessidades nas áreas de saúde, segurança e educação, mediante o estudo aprofundado dos eventuais males e das soluções não apenas técnicas, mas, acima de tudo, constitucionalmente construídas pelo aprofundamento dado pelo legislador representante dos cidadãos.

Estado participativo projeta-se na racionalização das “opiniões públicas”, construindo um diálogo permanente entre as forças sociais presentes com o próprio Poder Público. Tanto é verdade, que são comuns para os dias atuais o uso das audiências públicas<sup>34</sup> não apenas quanto à formação das normas (leis ordinárias em especial)<sup>35</sup>, mas também antecedendo aos julgamentos perante as cortes de justiça.<sup>36</sup>

Por essa projeção, Zipelius completa o seu discurso quanto à função de legitimação da opinião pública para fins de participação social, ensejando numa realidade não apenas fática, mas, sobretudo, legitimadora das medidas adotadas pelo Poder Público num sentido lato. Eis sua afirmativa:

Ao princípio democrático propriamente dito (a maior participação do maior número possível) acrescenta-se de forma complementar a confiança de que, através do confronto público de opiniões, será encontrada a via objectivamente mais racional para a acção política. Mas independentemente de se partilhar ou não este optimismo (§ 28 II 2) continua a ser verdade que, enquanto nos mantivermos firmes à legitimação democrática do poder do

---

<sup>34</sup> Observemos os sites das principais instituições do país e, em especial, o do Senado Federal, local onde é possível ler sobre a existência de audiências públicas para a discussão aberta de assuntos de relevância nacional. Eis o trecho: “As comissões da Casa promovem audiência pública com a participação de autoridades, especialistas ou entidades da sociedade civil para instruir matéria que se encontre sob seu exame, bem como discutir assunto de interesse público relevante.” Localizado em SENADO. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/glossario-legislativo/audiencia-publica>> Acesso em: 28 mar. 2013.

<sup>35</sup> Por exemplo, o Senado Federal, por intermédio de comissão própria, realizou várias audiências públicas para o debate envolvendo o novo Código de Processo Civil (PLS 166/10).

<sup>36</sup> A título ilustrativo, em 20 de abril de 2007, o Supremo Tribunal Federal realizou audiência pública concernente ao processamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510-DF, que discutiu a constitucionalidade ou não das pesquisas científicas com as células-tronco, oportunidade em que cientistas e institutos especializados em pesquisas desta natureza opinaram sobre as causas e consequências envolvendo o presente assunto, com nítida demonstração de participação social para com os resultados jurídicos a serem alcançados.



Estado, é legítimo, pelo menos sob este ponto de vista democrático, que os órgãos do Estado, em especial o Governo e o Parlamento, se orientem segundo a opinião pública.<sup>37</sup>

Participação do Estado, pois, representa um constante discurso entre os polos envolvidos na construção de uma sociedade mais organizada, disciplinada e, acima de tudo, protegida quanto aos seus direitos fundamentais. É importante que compreendamos o quanto se mostra imprescindível que não retornemos ao período do absolutismo como dimensão política, situação em que os monarcas detinham poder absoluto em detrimento do povo. Hoje, a busca é da participação efetiva, valendo-se do ordenamento jurídico como base de construção, porém diante de atividades pensadas para o cidadão como finalidade precípua.

#### 2.4 A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE DENTRO DO REFERENCIAL DIALÓGICO

Se a nossa percepção para a perfeita compreensão de Estado participativo e também protetor ocorre diante do diálogo que mantém com a sociedade em geral, então a bilateralidade que se apresenta pressupõe finalidade, no sentido de que medidas públicas são realizadas em consonância com um sistema jurídico vigente e pela básica importância de um crescimento em todos os níveis, desde o cultural, passando pelo econômico, até o filosófico, aqui entendido como subjetividade da vida humana.

Como já afirmado, mas necessário ratificar, a proposta pretende trazer a importância da construção do Estado para o desenvolvimento real de uma sociedade, situação em que esta última mostra-se como substrato imprescindível para o alcance de um Poder Público legal e legítimo ao mesmo tempo.

A democracia que se apresenta plausível para a proposta repousa no seu caráter participativo, ou seja, dentro de uma dimensão de constante diálogo entre os interlocutores. Proceder nesse contexto sugere, nas palavras de Mário Lúcio

---

<sup>37</sup> ZIPPELIUS, Reinhold. Op. cit., p. 347.

Quintão Soares, que se propicie “oportunidade para todos, em uma conquista cotidiana.”<sup>38</sup>

Conforme o autor, a democracia na Constituição brasileira permite uma construção vertical quanto à profusão de direitos, com posterior manutenção mediante medidas protetivas. São suas palavras:

Cada tijolo dessa empreitada necessita da argamassa do direito de ter direitos, no sentido de delinear o desenho mágico da consciência ideológica. Cada estaca dessa construção da cidadania plena carece da práxis das lutas políticas, para fazer valer as regras do jogo democrático. Cada cidadão, neste jogo, deve atuar tanto no âmbito da esfera privada, ao tratar de seus interesses particulares, quanto na esfera pública, ao se engajar na sociedade organizada e participar das decisões políticas. A autonomia política dos cidadãos deve se manifestar na auto-organização da comunidade política, que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis.<sup>39</sup>

Uma vez que se pode dizer a respeito da origem do Estado como manifestação de vontade popular e coletiva, então o diálogo que se imagina na seara construtiva deve ser real e eficaz.

O que fora afirmado no tópico anterior, em que se realizam audiências públicas para que a sociedade seja ouvida, é uma demonstração clara e inequívoca a respeito da necessidade premente e constante de diálogo.

O “pacto de construção” deve estabelecer uma razão subjetiva entre Estado e cidadão. Porém, o resultado deve atentar para a perfeita concepção de democracia participativa (como as audiências públicas promovem, por exemplo), mas diante do resultado democrático e não necessariamente do resultado majoritário, pois o diálogo deve fortalecer os procedimentos mais efetivos e as soluções mais apropriadas, muitas vezes calcadas antes no razoável do que propriamente no emocional. Às vezes, a vontade majoritária não se revela a de melhor qualidade. Por esse motivo é que o diálogo aqui pensado busca resolver o problema da incoerência entre, eventualmente, racional e emocional.

---

<sup>38</sup> SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da Globalização**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 240.

<sup>39</sup> Id.

O plebiscito, instituto previsto na Constituição da República, conceitua-se como um mecanismo de democracia em que se estabelece uma consulta popular para a escolha de resultado envolvendo um assunto importante no contexto social.

A nossa Constituição observa essa possibilidade nos seus artigos, 14, I; 18, §§ 3º e 4º; e 49, XV, cujo maior exemplo aconteceu no dia 21 de abril de 1993, oportunidade em que os eleitores escolheram sobre forma e sistema de governo, resultado que chegou à república presidencialista.

Pois bem. Esse exemplo de plebiscito aqui é citado como um instrumento de diálogo, mesmo que metafórico, para entendermos a participação envolvendo Estado e cidadão, uma vez que a escolha feita pelos eleitores foi precedida de informações políticas durante um certo tempo, dando aos ouvintes e espectadores a oportunidade de aprofundamento e reflexão sobre o tema, esperando-se, com isso, uma resposta nas urnas mais calcada na racionalidade de pensamento e não em efeitos meramente sentimentais destituídos de contorno axiológico.

Outro ponto em que se apoia a ideia de diálogo é encontrar o fundamento para tal necessidade, se sob o prisma procedimental ou então substancial.

Sem uma imersão mais aprofundada, mas apenas para que sirva de reflexão quanto ao mecanismo a ser adotado, o que se quer é procurar uma justificativa mais apurada quanto ao uso do diálogo como ferramenta útil em busca de resultados que atentem para os anseios sociais.

Sob uma óptica procedimentalista, o que se espera é apenas a construção do caminho a percorrer diante de uma mediação de atos necessários ao intento.

Jürgen Habermas, um dos maiores procedimentalistas da atualidade, debruçou-se sobre o tema quando discorreu acerca de direito e democracia, buscando um campo de atuação útil para a sociedade quanto aos resultados esperados.

Afirma o autor:

O paradigma procedimentalista do direito procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático. Elas adquirem um estatuto que permite analisar, numa outra luz, os diferentes tipos de conflito. Os lugares abandonados pelo participante autônomo e privado do mercado e pelo cliente de burocracias do Estado social passam a ser ocupados por cidadãos que participam de discursos políticos, articulando e fazendo valer interesses feridos, e colaboram na formação de critérios para o tratamento

igualitário de casos iguais e para o tratamento diferenciado de casos diferentes.<sup>40</sup>

As ferramentas do diálogo são os sistemas jurídicos buscados como supedâneos reais de construção. Dialogar, pois, seria um ato de encontrar as peças necessárias ao bom resultado político/social.

Por sua vez, o substancialismo representa um conteúdo de valor para o material, para os comandos próprios e inerentes às coisas e ao homem. Os direitos sociais previstos na Constituição da República seriam um exemplo do que se esperar de uma vertente substancialista.

Se a estrutura do Direito volta-se para as garantias fundamentais do cidadão, dentre outros comandos, é a partir da questão posta (aqui entendida como o direito garantido em si e para o homem), pouco importa eventualmente um diálogo mais aprofundado, na medida em que apenas se deve garantir a eficácia dos direitos previamente existentes. O diálogo, então, serviria como ferramenta de concretização, impondo ao Estado o cumprimento de suas obrigações em prol do cidadão ou ainda da sociedade.

Todavia, o certo é que devemos pensar em diálogo como ferramenta de se garantir, ao mesmo tempo, os direitos já existentes, e também aprofundar o debate para modificá-los ou ainda melhorá-los.

O cidadão deve esperar do Estado um comprometimento quanto às suas funções e objetivos, cristalizando-se, assim, a democracia deliberativa, ou seja, o diálogo constante e amadurecido envolvendo ambas as partes, situação em que Habermas, mais uma vez, discorre sobre o ponto essencial da soberania como fortalecimento subjetivo de vontade social:

A soberania do povo retira-se para o anonimato dos processos democráticos e para a implementação jurídica de seus pressupostos comunicativos pretensiosos para fazer-se valer como poder produzido comunicativamente. Para sermos mais precisos: esse poder resulta das interações entre a formação da vontade institucionalizada constitucionalmente e esferas públicas mobilizadas culturalmente, as quais encontram, por seu turno, uma base nas associações de uma sociedade civil que se distancia tanto do Estado como da economia.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 183. v. II.

<sup>41</sup> Ibid., p. 24.

Participar ativamente do processo comunicativo traz, obrigatoriamente, resultados úteis para a sociedade. O pensamento social deve passar por uma construção hermenêutica de constituição quanto aos direitos, mas também relacionando com os deveres.

E o uso da hermenêutica aqui sugere que desde já pensemos nesta ciência filosófica em busca de resultados válidos mediante interpretações não apenas das relações sociais, mas principalmente das relações intersociais, buscando compreender o outro na esfera de produção normativa e executiva.

Somente alcançaremos o ideal de justiça se houver um diálogo constante com o Estado, perfazendo o longo caminho dos resultados que se esperam da Administração Pública em prol do cidadão.

Em momento anterior, tivemos a oportunidade de tentar esclarecer que o conceito de justiça deve ser repensado para o real alcance de democracia, ainda mais num momento em que a expressão “pós-modernidade” parece ganhar força,<sup>42</sup> destacando-se a afirmativa de que “Cultua-se, dessa forma, a efetiva participação popular nas decisões e deliberações importantes dentro do aspecto jurídico da sociedade”.<sup>43</sup>

Usa-se aqui a palavra pós-modernidade para assentar a ideia de um diálogo para o novo, para algo a ser descoberto. Não se quer pensar que eternamente o debate envolvendo Estado e sociedade se torne algo imutável. Pelo contrário, o crescimento ideológico ocorre diante das transformações necessárias e essências para ambos. Ao Estado cabe pensar a sociedade e a esta cabe demonstrar as novas perspectivas.

Nessa bilateralidade atributiva, os seres humanos têm ao mesmo tempo força e responsabilidade, podendo cobrar políticas satisfatórias, bem como a participação do processo de transformação e crescimento.

Aflora-se, pois, a perspectiva de crescimento em face do Estado e para o Estado ao mesmo tempo. Os cidadãos, em ambiente coletivo, querem enaltecer as suas condições humanas e necessitam da atividade do Estado para tanto. Dialogar com o Poder Público requer uma pensamento hermenêutico dos mais aprofundados,

---

<sup>42</sup> Nesse sentido: PANZA, Luiz Osório Moraes. Repensando a Justiça: uma análise conceitual pós-moderna para o alcance da democracia. In: KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. (coord.) **Estudos em Direito, Política e Literatura: Hermenêutica, Justiça e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2006. p. 243-259. v. I.

<sup>43</sup> Ibid., p. 251.

tendo como ponto de partida a esfera pública baseada no senso comum, cujas palavras de Hannah Arendt trazem um alento de que há um objetivo comum a todos, propiciando o surgimento de políticas públicas úteis.<sup>44</sup>

## 2.5 A RELAÇÃO ENTRE ESTADO E DIREITO COMO PROBLEMA DA JUSTIÇA

Surge agora um problema crucial a ser enfrentado nesta dimensão do Estado como o elaborador de todo um ordenamento capaz de promover as construções e eventuais mudanças necessárias que a sociedade precisa para se manter viva e atuante na esfera de diversidade envolvendo direitos e deveres.

Mesmo que estudado há séculos pelos filósofos, e aqui retroagindo ao tempo de Platão, passando por Aristóteles, Santo Agostinho, São Tomás de Aquino, Kant, Hegel, Kelsen, Rawls, entre outros, a concepção sobre justiça deve repousar apenas para nos situarmos dentro do referencial de ordenamento jurídico e Estado, sem, por evidência, um aprofundamento filosófico que o tema mereceria. Porém, por ora, a discussão ficará apenas no campo de atividade pública em prol da sociedade.

A pergunta que se faz envolve a justiça como referencial finalístico da atividade do Estado e, ao mesmo tempo, anseio social. Não que se queira conceituar justiça, ou ainda prender-se a um momento histórico de referência.

Se adotarmos a hermenêutica como o papel centralizador da atividade interpretativa de alcance, é preciso que esta mesma ciência filosófica nos dê as ferramentas essenciais para que justiça seja compreendida como fenômeno de produção da paz social.

---

<sup>44</sup> Conforme ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Trad. Roberto raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 59-68. Importante esta passagem: “Nas condições de um mundo comum, a realidade não é garantida pela ‘natureza comum’ de todos os homens que o constituem, mas, sobretudo pelo fato de que, a despeito de diferenças de posição e da resultante variedade de perspectivas, todos estão sempre interessados no mesmo objeto.” (p. 67).

Castanheira Neves preocupou-se em apontar o Direito como alternativa humana, inserindo o homem num contexto sociocultural-geral e, em especial, como homem-pessoa.<sup>45</sup>

Nessa linha de raciocínio, o que se espera é encontrar o ponto de equilíbrio nas relações entre Estado e cidadão, agora não sob a óptica do diálogo, sendo este um procedimental de legitimidade, mas sim sob a vertente de equidade como elemento de justiça. Assim, o Direito servirá como um instrumento válido não apenas pelo seu caráter adjetivo, mas principalmente pela formação material em si.

O Direito posto pelo Estado (e não entremos na seara de origem, seja sob o viés naturalista, seja positivista) não pode perder o seu sentido axiológico, aqui tomando por empréstimo a visão conjunta da ciência do Direito pensada por André Franco Montoro.<sup>46</sup>

O problema da justiça será sempre questionado se não houver uma dimensão natural de normatização, aqui entendido como elemento de regramento básico de forma geral e abstrata para permitir que um comando elaborado pelo legislador valha para uma pessoa ou para um grupo de pessoas, mas sempre com a intenção de elaborar algo que permita dar ao Estado um caráter cogente.

Para Hans Kelsen, nessa perspectiva, há uma identidade do Estado em face do Direito, colocando aquele como ordem jurídica para dar atendimento à comunidade social.

---

<sup>45</sup> NEVES, Castanheira. **Digesto**: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. Coimbra: Coimbra, 1995. v. I. Discorre o autor sobre o homem-pessoa: “É mais do que o *zoon politikon* aristotélico, mais do que o *animal rationale* justamente criticado por HEIDEGGER, mais inclusivamente do que a individualidade definida por BOÉCIO (“*persona est rationalis naturae individua substantia*”), pois o que definitivamente distingue esse homem não é o seu *ser substancial*, mas o seu *ser-pessoal*. E a significar o homem de liberdade assumida (de assumida liberdade convivente) e, portanto, de responsabilidade; capaz de amor e de pecado e, por isso, sujeito de dignidade e de culpa. O home que é assim com os outros no mundo e nas condições desse mundo. Ora, é deste homem, e não de outro, que justamente se nos diz que ‘o homem é antiquado’ (G. ANDERS) perante o progresso científico, que ‘o homem está em vias de desaparecer’ (M. FOUCAULT), pois que culturalmente seria apenas ‘uma invenção recente, uma figura que não tem dois séculos, uma simples ruga no nosso saber e que desaparecerá logo que seja encontrada uma nova forma’ que o reduza.” (p. 290).

<sup>46</sup> Nesse sentido: MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 142. Essa situação de valor também é pensada por José Fábio Rodrigues Maciel, oportunidade em que afirma que o Direito não deve ser tratado apenas como uma técnica, mas principalmente como um fenômeno de valor entre os participantes. Conforme MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Teoria Geral do Direito**: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 53-58.

Expõe o autor:

Se o Estado é concebido como uma comunidade social, esta comunidade apenas pode, como já acima se expôs, ser constituída por uma ordem normativa. E, visto que uma comunidade apenas pode ser constituída por *uma* tal ordem normativa (sim, identifica-se mesmo com esta ordem), a ordem normativa que constitui o Estado apenas pode ser a ordem de coerção relativamente centralizada que nós verificamos ser a ordem jurídica estadual.<sup>47</sup>

Sendo ordem normativa, ao Estado cabe preservar a sociedade e seus cidadãos que a constituem. De consequência, de nada valeria uma ordem jurídica sem o resultado positivo esperado, ou seja, com uma justiça presente. O problema do Direito surge no sentido de se achar uma resposta plausível.

Ora, ele (o Direito) é uma arma que serve para a busca da paz social, uma vez que o Estado tem no outro polo a sociedade que deve preservar. Por essa razão, Castanheira Neves procura trazer as condições essencialmente constitutivas do Direito, que são três: condição mundanal, sendo o mundo apenas um e os homens muitos; antropológico-existencial, com indeterminação intencional, com uma insociável sociabilidade e variação histórica; e ordem de necessidade, possibilidade e validade.<sup>48</sup> Com isso, afirma o autor que “o direito é apenas uma *solução possível* para um *problema necessário*.”<sup>49</sup>

O problema aqui reside na sociedade multifacetária, o que faz do Direito aquela “arma” juridicamente plausível para a estabilização dos anseios sociais, buscando, na medida do possível, equilibrar o problema anteriormente alertado: o alcance de justiça.

A proposta até agora apresentada é no sentido de encontrarmos um direcionamento para a relação Estado/sociedade quanto às suas obrigações e funcionamento. O que fora pensado anteriormente quanto ao diálogo necessário, agora se transforma na busca da ferramenta essencial: o Direito.

Castanheira Neves entende que o Direito tem alternativas precípuas para que o problema de justiça seja tratado não como algo intransponível – o que certamente permite ao pensador do Direito buscar eventuais soluções para este problema

---

<sup>47</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio amado, 1979. p. 386.

<sup>48</sup> NEVES, Castanheira. Op. cit., p. 297-299.

<sup>49</sup> Ibid., p. 299.



secular –, mas sim como um exercício de dialética produtiva, amparando-se em três grandes vertentes: poder, como ordem de necessidade; ciência, como ordem de possibilidade; e política, como ordem de finalidade.<sup>50</sup> Poder como mecanismo de controle. Ciência como racionalidade social. Política como institucionalização dos objetivos presentes no ordenamento jurídico.

E finaliza o doutrinador lusitano sobre o que pensar do Direito como alternativa humana, inclusive para que possamos interagir com a possível noção de justiça:

Que estamos perante alternativas, não há que se duvidar. Pelo que se disse e agora se sintetiza: o direito postula uma *ordem justa* de sociedade e não tão-só uma *organização finalística e eficaz*, exige uma *validade que fundamente*, não se basta com uma *estratégia de fins* que apenas se testam empiricamente nos *efeitos*. Tem a ver com o mundo espiritual do *sentido*, que implica o dever-ser de uma normativa axiologia, não simplesmente com o mundo de programas decididos ou o mundo empírico da *factualidade* numa racionalidade tão-só de eficácia e de resultados. O direito é uma categoria ética, não uma categoria já *estratégica*, já “*científica*” – o seu universo é *prático-axiológico*, não apenas *decisório e técnico-espiritual*.<sup>51</sup>

Enfim, ao Estado cabe a missão de promover, num primeiro momento e de forma abstrata, a construção de um ordenamento capaz de permitir a compreensão pelo seu destinatário quanto aos objetivos não apenas sociais, mas também políticos e econômicos, entre outros, e, num segundo momento, a aplicação concreta de sua atividade, seja no campo Executivo, Legislativo ou no Judiciário, mas sempre voltado para a dimensão de construção real e perceptível do homem e da sociedade.

Tomemos como exemplo um assunto que circulou nas manchetes da imprensa no início dos anos 2000 e abriu uma discussão envolvendo a importação de pneus usados provenientes da Europa.

As empresas especializadas em recauchutagem obtiveram dezenas de liminares na Justiça Federal para que se permitisse tal importação basicamente por uma construção argumentativa econômica.

A Presidência da República, insatisfeita com essas determinações judiciais, inclusive porque afrontavam normatização executiva sobre o tema, ingressou com uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, afirmando que esse

---

<sup>50</sup> Ibid., p. 300-307.

<sup>51</sup> Ibid., p. 308.

comportamento empresarial estaria prejudicando a saúde pública e o meio ambiente, principalmente pelos resíduos que ficavam de tais produtos.

O Supremo Tribunal Federal viu-se na contingência de resolver em definitivo a questão, ponderando sobre os direitos em jogo: ordem econômica ou saúde e meio ambiente?

O resultado foi uma decisão que ponderou a situação principalmente sob a óptica de resultados socialmente válidos, o que refletiu, tacitamente, o conceito de justiça em favor da sociedade ou das empresas.<sup>52</sup>

---

<sup>52</sup> Eis a sua ementa: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADEQUAÇÃO. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO. COISA JULGADA COM CONTEÚDO EXECUTADO OU EXAURIDO: IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO. DECISÕES JUDICIAIS COM CONTEÚDO INDETERMINADO NO TEMPO: PROIBIÇÃO DE NOVOS EFEITOS A PARTIR DO JULGAMENTO. ARGÜIÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. Multiplicidade de ações judiciais, nos diversos graus de jurisdição, nas quais se têm interpretações e decisões divergentes sobre a matéria: situação de insegurança jurídica acrescida da ausência de outro meio processual hábil para solucionar a polêmica pendente: observância do princípio da subsidiariedade. Cabimento da presente ação. 2. Argüição de descumprimento dos preceitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos: decisões judiciais nacionais permitindo a importação de pneus usados de Países que não compõem o Mercosul: objeto de contencioso na Organização Mundial do Comércio – OMC, a partir de 20.6.2005, pela Solicitação de Consulta da União Europeia ao Brasil. 3. Crescente aumento da frota de veículos no mundo a acarretar também aumento de pneus novos e, conseqüentemente, necessidade de sua substituição em decorrência do seu desgaste. Necessidade de destinação ecologicamente correta dos pneus usados para submissão dos procedimentos às normas constitucionais e legais vigentes. Ausência de eliminação total dos efeitos nocivos da destinação dos pneus usados, com malefícios ao meio ambiente: demonstração pelos dados. 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. 5. Direito à saúde: o depósito de pneus ao ar livre, inexorável com a falta de utilização dos pneus inservíveis, fomentado pela importação é fator de disseminação de doenças tropicais. Legitimidade e razoabilidade da atuação estatal preventiva, prudente e precavida, na adoção de políticas públicas que evitem causas do aumento de doenças graves ou contagiosas. Direito à saúde: bem não patrimonial, cuja tutela se impõe de forma inibitória, preventiva, impedindo-se atos de importação de pneus usados, idêntico procedimento adotado pelos Estados desenvolvidos, que deles se livram. 6. Recurso Extraordinário n. 202.313, Relator o Ministro Carlos Velloso, Plenário, DJ 19.12.1996, e Recurso Extraordinário n. 203.954, Relator o Ministro Ilmar Galvão, Plenário, DJ 7.2.1997: Portarias emitidas pelo Departamento de Comércio Exterior do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – Decex harmonizadas com o princípio da legalidade; fundamento direto no art. 237 da Constituição da República. 7. Autorização para importação de remoldados provenientes de Estados integrantes do Mercosul limitados ao produto final, pneu, e não às carcaças: determinação

Ao Estado coube discutir sob a seara concreta de resultados se seria possível ou não tal medida por parte das empresas especializadas nesta matéria. O que se queria era o real alcance, para o caso concreto, da efetivação da justiça em favor da sociedade. O diálogo existente aqui emergiu no contexto das políticas públicas válidas para a economia, mas também para garantir o direito dos cidadãos.

Aproveitando a presente discussão para o caso concreto, reportamo-nos ao pensamento de Rainer Forst quanto aos contextos da justiça, numa dicotomia envolvendo liberalismo e comunitarismo. Se, de um lado, a economia foi o argumento das empresas (num viés liberal), de outro o argumento estatal foi a preservação da saúde pública e do meio ambiente (comunitarismo).

Rainer Forst, na sua obra “Contextos da Justiça”<sup>53</sup>, procura desenvolver uma discussão sobre a compreensão de justiça para uma sociedade atual marcada pela complexidade nas relações e na pluralidade valorativa, com desigualdades de renda e riqueza. Porém, de outro lado há a diversidade dos interesses individuais e culturais. O Estado deve, então, promover esta aproximação dos modelos filosoficamente pensados para o alcance dos melhores resultados e, de consequência, que alberguem o conceito de justiça.

---

do Tribunal ad hoc, à qual teve de se submeter o Brasil em decorrência dos acordos firmados pelo bloco econômico: ausência de tratamento discriminatório nas relações comerciais firmadas pelo Brasil. 8. Demonstração de que: a) os elementos que compõem o pneu, dando-lhe durabilidade, é responsável pela demora na sua decomposição quando descartado em aterros; b) a dificuldade de seu armazenamento impele a sua queima, o que libera substâncias tóxicas e cancerígenas no ar; c) quando compactados inteiros, os pneus tendem a voltar à sua forma original e retornam à superfície, ocupando espaços que são escassos e de grande valia, em especial nas grandes cidades; d) pneus inservíveis e descartados a céu aberto são criadouros de insetos e outros transmissores de doenças; e) o alto índice calorífico dos pneus, interessante para as indústrias cimenteiras, quando queimados a céu aberto se tornam focos de incêndio difíceis de extinguir, podendo durar dias, meses e até anos; f) o Brasil produz pneus usados em quantitativo suficiente para abastecer as fábricas de remoldagem de pneus, do que decorre não faltar matéria-prima a impedir a atividade econômica. Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). 9. Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição. 10. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental julgada parcialmente procedente. (ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 24/06/2009, DJe-108 DIVULG 01-06-2012 PUBLIC 04-06-2012 EMENT VOL-02654-01 PP-00001).

<sup>53</sup> FORST, Rainer. **Contextos da Justiça**: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 275-345.

O que cabe ao Estado é o modelo dirigido para resultados úteis, mesmo que não atenda aos anseios de certa parte da sociedade. Nem sempre as decisões agradarão a ambos os lados. Porém, o Poder Público pode e deve prever uma situação de modelo de utilidade da missão que possui.

Rainer Forst conclui a sua obra com a seguinte passagem, o que, por aparência, representa a condensação das suas ideias filosóficas de justiça:

Com isso, a controvérsia entre liberalismo e comunitarismo nos ensina que é insuficiente a simples oposição entre o bem e os direitos individuais ou o que é correto moralmente; a comunidade e a justiça; a eticidade e a moralidade; os contextos concretos e a razão abstrata. O esclarecimento aqui sugerido dos conceitos fundamentais mostrou que a pessoa, que está no centro das questões sobre a justiça, não deve ser entendida exclusivamente como pessoa ética, como pessoa do direito, como cidadão ou como pessoa moral, mas como pessoa em todas essas dimensões comunitárias. A tarefa de uma teoria da justiça consiste em definir e reunir adequadamente esses contextos da justiça. Segundo essa teoria, uma sociedade que harmoniza esses contextos pode ser considerada justa.<sup>54</sup>

A relação pretendida neste momento de discussão afasta eventualmente um problema de justiça se as medidas adotadas encontrarem eco na ordem social de legitimidade, repetindo aqui que a aquiescência da sociedade permitirá a construção de um modelo estrutural dialógico, repensando-se justiça não como um problema, mas sim como um modelo a ser seguido.

Ademais, nunca é excessivo dizer que a própria sociedade preocupa-se de forma secular na busca de um perfeito conceito do que seja justiça, adotando-se eventual modelo de satisfação.

O modelo hermenêutico surge mais uma vez como a dimensão pensada para o resultado final, uma vez que a linha de raciocínio se voltará para a construção de um modelo constitucional capaz de resolver, mesmo que de forma inicialmente abstrata, os problemas envolvendo a dicotomia Estado/sociedade.

Os princípios constitucionais pensados pelo legislador deverão servir de parâmetros éticos-normativos para a decisão administrada adotada pelo administrador em nome do Estado e em referência ao cidadão. A figura do outro deverá ser pensada nesta construção de justiça.

Não esgotamos aqui o referencial sobre o justo, na medida em que há a necessidade de complementação do raciocínio diante das análises essenciais

---

<sup>54</sup> Ibid., p. 345.

envolvendo a Constituição escrita pelo legislador constituinte como fenômeno de materialização estatal, os princípios formadores desta estrutura normativo-axiológica, os atos administrativos realizadores de políticas públicas sob o enfoque da decisão administrativa e, por fim, a hermenêutica de alteridade, pensando o sujeito destinatário por meio dos seus intérpretes: o administrador.

No componente final admitido, o conceito de justo deve encontrar o resultado de conformação válida e somente assim será possível considerar que os princípios que serviram de paradigma valorativo possam determinar o comportamento a ser seguido pelo intérprete administrativo. Mesmo sendo certa a dificuldade de conceituarmos o que seja justo, não se pode deixar de lado a constante preocupação dos filósofos em trazer discussões e reflexões sobre o tema, uma vez que desde os primórdios o homem busca de forma incessante o conceito real e efetivo para a sua aplicação dentro do universo das relações sociais.

Ao Estado cabe a exata dimensão de uma construção útil em favor dos seus administrados quanto à elaboração de um sistema normativo capaz de estruturar o Poder Público para a implementação de políticas públicas que atendam às necessidades dos homens em geral. Pensar o Direito, pois, leva-nos a uma reflexão quanto ao papel do Estado por intermédio dos seus administradores e em especial quanto ao uso da hermenêutica no seu papel de interpretar fatos, causas, relações e resultados, nascendo dos princípios formadores de uma estrutura social e passando pela efetiva execução diante do atendimento daquilo que o “outro” precisa. É a alteridade mostrando-se real para o atendimento daquilo que Norberto Bobbio pensou diante da “era dos direitos”, com o firme propósito de se construir uma sociedade com base na democracia e diante de direitos fundamentais. Assim, os direitos sociais são imprescindíveis como um meio a ser seguido.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Nesse contexto, Norberto Bobbio finaliza o seu pensamento quando se propõe a discutir a era dos direitos dos cidadãos. São estas as suas palavras: “É verdade que apostar é uma coisa e vencer é outra. Mas também é verdade que quem aposta o faz porque tem confiança na vitória. É claro, não basta a confiança para vencer. Mas se não se tem a menor confiança, a partida está perdida antes de começar. Depois, se me perguntassem o que é necessário para se ter confiança, eu voltaria às palavras de Kant citadas no início: conceitos justos, uma grande experiência e, sobretudo, muita boa vontade.” (BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. 2. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 231-232).

### 3 CONSTITUIÇÃO NORMATIVA ESTRUTURANTE

Falar em Constituição reguladora de uma sociedade requer uma análise não apenas jurídica, mas principalmente social, eis que, a partir deste conjunto normativo, as forças sociais se amoldam para um mesmo objetivo que pode parecer utópico, mas, com certeza, é essencial para o desenvolvimento de qualquer país: harmonização e pacificação social.

A palavra Constituição aqui utilizada refere-se, por relação direta com a proposta, aos variados conceitos admitidos, como o sociológico, o político e o jurídico; estes formadores dos comandos maiores de uma nação e da sua sociedade. Não que se busque alcançar e discorrer sobre cada um deles. Pelo contrário. A proposta é apenas de dimensionar numa única esfera todos os ângulos de uma Lei Maior, pois a sua formação certamente passa por estágios discursivos e legitimadores, para depois ensejar nos resultados úteis socialmente falando.

Se no capítulo anterior houve uma discussão envolvendo a formação do Estado como fonte de vontade e inspiração das pessoas em busca de uma homogeneidade estrutural, ainda que relativa, agora é importante pensar em construir um conjunto normativo capaz de atender aos mais diversos anseios e vontades envolvendo as pessoas, pois é certo que jamais teremos uma coesão destas mesmas vontades. Sempre haverá a dissidência. Para isso, necessário se mostra criar um corpo de normas capaz de assegurar um tratamento equilibrado e justo, na medida do possível, entre os membros dessa mesma sociedade. Assuntos envolvendo política, saúde, segurança, habitação, emprego, poderes, entre outros, devem fazer parte daquela estruturação pensada, ainda que de forma genérica, abstrata e preparatória para normas mais específicas quantos aos variados assuntos.

Por essas razões, as sociedades desenvolveram suas Constituições, como um organograma capaz de disciplinar o modo de ser e pensar de um determinado núcleo habitacional. O espaço geográfico em questão toma vulto para identificar a sua territorialidade essencial quanto ao alcance não apenas normativo, mas também a validade de concretização.

Ora, a presente proposta é visualizar a construção normativa maior, aqui entendida como uma Constituição, como forma de direcionar a maneira de se

pensar em termos de atos públicos realizados pela Administração Pública em sentido lato.

Essa Carta pensada por um grupo de pessoas deve ser responsável pelo direcionamento político a estruturar uma nação. Seus ideais maiores, suas aspirações, seus controles entre classes, suas distribuições econômicas e jurídicas, tudo isso deve ser levado em conta no ato da elaboração e, principalmente, da aplicação.

O poder, pois, é atribuído a partir, e não apenas, dos seus princípios democráticos, mas também por uma espécie de representação política, com a distribuição de tarefas entre os membros escolhidos legitimamente para escrever uma Carta que possa dar à sociedade uma segurança para a efetividade das atividades em si.

Para dar um alcance principiológico fundamental no que se refere a uma ideia moderna de Constituição, Manoel Gonçalves Ferreira Filho abordou sobre a sua idealização para os dias de hoje e se referiu à sua matéria:

A Constituição deve dispor sobre a organização política do Estado. Sua missão é organizar o Estado, nos seus traços basilares, definindo os seus órgãos de cúpula, discriminando-lhes a competência, fixando os limites de sua atuação legítima. É o que sugere Montesquieu no **O Espírito das Leis**, ao dissertar sobre os Poderes, e corrobora o art. 16 da Declaração de 1789 na referência à “separação dos poderes”. Mais tarde, a doutrina jurídica iria especificá-lo: forma de Estado, forma de Governo, estruturação dos Poderes, declaração dos direitos fundamentais e suas garantias.<sup>56</sup>

É certo que somente se escreve uma Constituição se esta apresentar ideologia baseada em princípios formadores dos temas centrais aceitos por aquele grupo social. Porém, quanto aos princípios, este assunto será tratado mais à frente em momento oportuno.

Assim, estamos diante de um modelo de construção constitucional de forma abstrata, ou seja, em um estudo aprofundado no seu sentido lato senso, sem um detalhamento específico para todos os tipos de constituições, mormente pelas suas ideologias ou idiosincrasias. É pensar na Carta Magna apenas como uma forma de se expressar de um país, onde o aspecto político, principalmente, vale como referência estrutural, em que aquele quer espelhar todos os elementos formadores

---

<sup>56</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

da sociedade, tais como direitos fundamentais. Trata-se, portanto, de um estudo mais ideológico do que propriamente metodológico.

Poder-se-ia conjecturar que a Constituição teria uma essência própria, se adotássemos o pensamento de Ferdinand Lassalle, quando, no século XIX, proferiu conferência na antiga Prússia, apontando que uma Constituição corresponde a uma realidade política de um país e, se assim não o for, possível se mostra a total falta de efetividade.<sup>57</sup>

Porém, o que procuramos aqui é estabelecer um papel normativo da Constituição da República a partir da sua construção. A sociedade espera da referida norma um caráter consensual, na medida do possível, que propõe um modelo de efetividade teórica e depois prática.

### 3.1 FORMAÇÃO ESTRUTURAL DA NORMA MAIOR

Pensar na formação da norma enseja no questionamento envolvendo o alcance dos anseios sociais. Indaga-se: qual seria o melhor corpo normativo para um determinado tipo de sociedade? O que isso representaria aos cidadãos dentro da esfera de justiça?

É por essa razão que existem vários tipos de Constituição e também várias faces de visão.

Não procuramos neste capítulo esgotar o tema, até porque não é o item central da pesquisa, mas simplesmente elencar a sua construção por meio do que se espera como resposta.

Toda e qualquer Constituição, por ser a Norma Maior, exibe uma supremacia de valor e comando para uma nação.<sup>58</sup> Seus aspectos são estudados e discutidos,

---

<sup>57</sup> Conforme LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Pref. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. Interessante a passagem final feita pelo autor, que conclui sobre a importância de uma Constituição representar o poder de uma nação. Eis suas palavras: “Os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem finalmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar”. (p. 40).

<sup>58</sup> Lembrando que o estudo coloca a nação não apenas como um conjunto de pessoas com os mesmos anseios, mas também como referência inspiradora da construção do Estado e do seu arcabouço jurídico.



muitas vezes entre os membros de uma sociedade, para que cheguemos ao denominador comum. Isso constitui na sua supremacia.<sup>59</sup>

Por ora, o modo de ser e pensar de um sistema jurídico-social passa inicialmente por um determinado conceito apto a demonstrar o que se espera do seu ordenamento.

Não é por outra razão que Robert Alexy, em recente obra, traz uma visão do Direito, como sistema jurídico de aptidão e construção, a partir da sua validade sob três vertentes: legalidade conforme o ordenamento, eficácia social e correção material<sup>60</sup>.

Contextualiza o autor:

O direito é um sistema normativo que (1) formula uma pretensão à correção, (2) consiste na totalidade das normas que integram uma constituição socialmente eficaz em termos globais e que não são extremamente injustas, bem como na totalidade das normas estabelecidas em conformidade com essa constituição e que apresentam um mínimo de eficácia social ou de possibilidade de eficácia e não são extremamente injustas, e (3) ao qual pertencem os princípios e outros argumentos normativos, nos quais se apoia e/ou deve se apoiar o procedimento de aplicação do direito para satisfazer a pretensão à correção.<sup>61</sup>

Para José Afonso da Silva, em se tratando de lei fundamental, a organização tem o papel preponderante de legalidade e legitimidade.<sup>62</sup> Expressa, pois, forma e conteúdo; estes capazes de regulamentar as relações humanas, entre outras. Por isso, dissemos que há a concepção de supremacia. E os atos públicos, administrativos ou judiciais, emanados a partir do respeito à Norma Constitucional, devem ser construídos sob a perspectiva de sua supremacia, conforme já dito anteriormente.

---

<sup>59</sup> Entendemos por supremacia, segundo o Dicionário Aurélio, como superioridade, hegemonia, mediante um poder absoluto. Conforme FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1898.

<sup>60</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes. 2009. p. 15.

<sup>61</sup> Ibid., p. 151.

<sup>62</sup> De acordo com o autor, podemos pensar na Constituição do Estado como “um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.” (SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.37-38).

E essa supremacia assim é reconhecida por José Afonso da Silva:

Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente, pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos dela estabelecidos.<sup>63</sup>

Se vimos que a concepção de Estado surge por uma construção social, a elaboração de uma Constituição serve como garantia daquela estrutura, superando as vontades pessoais ou individuais, muitas vezes, para atender ao seu próprio contexto social.

Pensar que um futuro ato emanado pelo Poder Público surge de comandos constitucionais fundantes, isso requer, por parte do pensador, uma tomada de decisão a partir da estruturação jurídica que lhe é oferecida. E referida Carta Magna, conforme anteriormente afirmado, é um conjunto normativo que possa atender a todos os segmentos de uma sociedade, em que Constituição e Direito Constitucional se interligam pelo resultado encontrado. Este surge como materialização daquela, cujos objetivos buscam a ordem jurídica da comunidade.

Ao administrador ou ao julgador caberá realizar o ato a partir dos contextos oferecidos, sendo que a legalidade deverá se encontrar com a legitimidade. Porém, o caminho a seguir é a principal referência.

Portanto, é importante saber que a estrutura formada será capaz de atender ao procedimental futuro para a execução dos atos essenciais da sociedade.

Por essa razão, Konrad Hesse preocupou-se em especificar o fundamento da Constituição como ordem normativa de uma determinada comunidade, o que representa a pacificação social. A partir da unidade política, as tarefas são distribuídas, cujo ordenamento pressupõe o que chamaríamos de ação e reação de políticas públicas.

Diz o doutrinador da Universidade de Freiburg:

Nas concreções posteriores de tais decisões, a Constituição ordena a organização e o procedimento de formação da unidade política e da ação estatal; estabelece limites à ação dos poderes públicos. Positiva normas segundo as quais não de constituir os órgãos do Estado, se há de

---

<sup>63</sup> Ibid., p. 46.

determinar a orientação política global e se hão de decidir as questões pendentes. É essa mesma Constituição que regula as competências desses órgãos e, a grandes traços, o procedimento com que elas hão de exercer. E é ela também que estabelece o procedimento com que hão de superar os conflitos que surjam dentro da comunidade.<sup>64</sup>

Evidentemente que isso tudo se torna possível a partir da singularidade que o Direito Constitucional dá à Constituição, o que é importante para o estudo que ora se apresenta.

Continua o doutrinador alemão que referida singularidade ocorre, desde que preenchidos os requisitos de primazia, como referência normativa maior; caráter aberto e vinculante, baseando-se o primeiro na correspondente ideia de um conceito maleável e ausente de codificação engessadora, ao passo que o segundo refere-se a uma segurança essencial para a Norma Maior; e garantia imanente, ou seja, vale por si só, independente de outro comando qualquer, sendo, pois, a regra mater.<sup>65</sup>

Sua estruturação leva invariavelmente a pensar em normatividade específica, repetindo aqui o pensamento de Hesse sobre a sua força, num contraponto à essência da Constituição de Lassalle, já anteriormente observada.

O caráter próprio que se coloca como essencial pode ser visto no trabalho apresentado por aquele no ano de 1959, em que quer mostrar sua força independentemente dos fatores reais de uma sociedade.

Explica o autor:

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*).<sup>66</sup>

É importante sempre contextualizar a Constituição com a sociedade premente, mas que faz surgir o Estado como o guardião dos seus cidadãos.

---

<sup>64</sup> HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7.

<sup>65</sup> Ibid., p. 8-12.

<sup>66</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 19.

Jorge Miranda, quando trabalha com o tema, percebe a necessidade imediata de ver o próprio Direito Constitucional em sintonia com a ordem jurídica do Estado, este último estudado no capítulo anterior e responsável pelo estímulo de se ter um corpo normativo suficiente para regulamentar não apenas a si mesmo, mas principalmente em interagir com os seus cidadãos. Pelo elemento político, o Poder Público cria a norma regulamentadora, abrangendo as diversas classes sociais.<sup>67</sup>

O Direito, em sua totalidade, tem no ramo do Direito Constitucional a criação, execução e validade das normas, perfazendo, portanto, um único elemento orgânico e multifacetário, afastando-se de qualquer isolamento. O componente do conjunto sobressai-se automaticamente, com a presença de forças capazes de representar a vontade coletiva.

Assim, para se revelar e dizer uma Constituição é preciso formar um Poder Constituinte capaz de representar os anseios sociais. O conceito de povo, na visão de J. J. Gomes Canotilho, torna-se elemento de suma importância nesta construção. Mas a expressão aqui deve ser usada no seu sentido político, no qual a abstração é o referencial maior. Não se trata, pois, de um conceito meramente naturalista, mas sim essencialmente político.

Assim observa o doutrinador português:

Ao falar-se de *povo político* como titular do poder constituinte e de povo como “grandeza pluralística” pretende-se também insinuar o abandono de um mito que acompanhou quase sempre a teoria da titularidade do poder constituinte: o *mito da subjectividade originária* (povo, nação, Estado). Se se quiser encontrar um *sujeito* para este poder teremos de o localizar naquele complexo de forças políticas plurais – e daí a *plurisubjectividade* do poder constituinte – capazes de definir, propor e defender ideias, padrões de conduta e modelos organizativos, susceptíveis de servir de base à constituição jurídico-formal.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Preliminares, o Estado e os sistemas Constitucionais**. Tomo I. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. O autor apresenta-nos uma visão sobre a importância deste direito para o fenómeno do ordenamento do Estado: “Mais do que um ramo a par de outros, o Direito constitucional deve ser apercebido como o tronco da ordem jurídica estatal (mas só desta), o tronco donde arrancaram os ramos da grande árvore que corresponde a essa ordem jurídica (2). Integrando e organizando a comunidade e o poder, ele enuncia (na célebre expressão de PELLEGRINO ROSSI) as *têtes de chapitre* dos vários ramos do Direito, os princípios fundamentais que os enformam; e enuncia-os, porque tais princípios revestem um significado político, identificam-se com as concepções dominantes acerca da vida colectiva, consubstanciam uma ideia de Direito.”

<sup>68</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 75-76.

Esse mesmo povo político auxilia na construção da Norma Maior em favor do Estado que, como vimos anteriormente, nasce pelo interesse coletivo. É por essa razão que atualmente as Constituições dos países reportam-se invariavelmente àquele Estado, pois, conforme dito pelo mesmo doutrinador lusitano, “O conceito de *estado Constitucional* servirá para resolver este impasse: a constituição é uma lei proeminente que conforma o Estado.”<sup>69</sup>

Do Estado para a Constituição e desta para a sociedade. Sua formação estrutural repousa no conjunto normativo que sustente a validade ideológica e legitimadora a favor dos seus membros. As normas precisam ser assimiladas e aceitas como um todo orgânico. O Estado cumpre o seu papel diante desses comandos e a estrutura juridicamente pensada ocorre como fator futuro de legalidade e legitimidade. Com isso, uma sociedade aceita a Lei Maior que lhe é oferecida, pois há uma construção de pensamento na validade de um símbolo jurídico erguido.

Vejamos que a ideologia que permeia sua elaboração advém do significado de compreensão das redes sociais existentes na coletividade humana.

Em um primeiro momento, o que se espera da referida normatização é o aspecto de validade, interligando Estado e sociedade. Suas normas são feitas para a harmonização social. Os homens vão se basear em aspectos coletivos e, na medida do possível, homogêneos, alcançando um maior universo humano e social. São símbolos “sagrados” para todo e qualquer cidadão. O mito da legitimidade torna-se essencial.

Todavia, há uma simbologia perene e constante no ar. Os homens se associam esperando uma maior facilidade nas relações interpessoais. Forma-se a norma para dar este atendimento, mas nem sempre alcançado. Tal assunto é bem retratado por Marcelo Neves na sua obra “A constitucionalização simbólica”, exigindo uma reflexão baseada no binômio social/político dos textos constitucionais.

Para o autor, a reflexão buscada é no sentido da construção de uma verdadeira e atual teoria da Constituição, abrangendo não apenas a clássica visão dogmática, mas também dentro de uma sociologia efetiva que pode afastar os erros ou as utopias da Carta Magna, pois, para ele, “a questão diz respeito à falta de normatividade jurídica do texto constitucional como fórmula democrática”;

---

<sup>69</sup> Ibid., p. 89.

completando o raciocínio ao afirmar sobre aquela fórmula que “a partir deste não se desenvolve suficientemente um processo concretizador de construção do direito constitucional; mas, ao mesmo tempo, a linguagem constitucional desempenha relevante papel político simbólico”.<sup>70</sup>

Revela-se nesse momento uma certa crítica à formação estrutural da Constituição. Se, de um lado, ela tenta regulamentar as relações entre os homens e entre o Estado e os homens, de um outro lado há a preocupação da sua efetividade e, principalmente, legitimidade normativa. Ou seja, o modelo socialmente escolhido é satisfatório para uma sociedade? O contexto temporal é relevante? Flexibilizar-se a aplicação é medida sempre acertada?

Não se quer aqui de maneira alguma desvalidar a Lei Maior e a sua estrutura, ou arcabouço jurídico/social. Trata-se apenas de uma reflexão baseada na concepção que, por mais que se deseje um conjunto normativo capaz de solucionar todo e qualquer conflito social, sempre haverá a dissidência, pois não existe a unanimidade na forma de se pensar o Direito e, principalmente, as relações humanas, salvo raras situações.

Por isso é possível que falemos sobre a existência de duas sociedades em que o homem vive: a natural, também chamada de primária, e a política.

Se na primária as manifestações humanas são mais naturais, na política o que se busca é a harmonização mediante comandos pacificadores suficientes para dar atendimento ao coletivo. Para aquela há, muitas vezes, o impulso, para esta a voluntariedade.

Uma Constituição é, pois, escrita para dar uma dimensão normativa naquilo que o homem espera para si e para os outros.

Se surge o Estado, este precisa de um ordenamento maior, que não se escreve apenas porque se quer, mas porque se precisa. Saímos do estado natural para entramos no estado político.

É por meio dos comandos jurídicos que os homens encontram a base de harmonia. A Carta Magna surge como regra *mater* e desenvolve um papel importante na construção de uma sociedade política norteadora de uma sociedade primária.

---

<sup>70</sup> NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 3.

Marcello Caetano bem conclui sobre as diferenças destas sociedades:

Em conclusão: as *sociedades primárias* resultam do impulso da natureza humana cuja índole é essencialmente social, e originam, também naturalmente, no seu seio os poderes necessários para manter a disciplina própria de cada tipo de sociedade; as *sociedades políticas* formam-se por decisão voluntária, geralmente devido à iniciativa e à acção de um chefe ou de um grupo que interpreta os anelos colectivos tornando-os conscientes e dando-lhes realização, mediante a instituição de um poder político que, superior aos poderes sociais primários, enfeixe os interesses particularistas e oriente as vontades individuais numa direcção comum.<sup>71</sup>

Portanto, a estruturação que se espera de uma Constituição é aquela capaz de construir, ou ainda reconstruir, uma democracia para a sociedade. As forças políticas se encontram em prol do coletivo.

Pensando nisso, Luís Roberto Barroso coordenou uma obra envolvendo diversos doutrinadores, cuja preocupação central repousa na construção democrática do direito público no Brasil. Ao fazer a necessária introdução do livro, afirmou o constitucionalista que há uma ideologia contemporânea em prol de um crescimento social voltado para a proteção dos direitos fundamentais, entre outros pontos, com ênfase na pluralidade de opiniões, respeitando-se o conjunto de ideias.<sup>72</sup>

É dessa estrutura, pois, que deve nascer um conjunto normativo constitucional rumando para a legalidade e legitimidade das normas.

Sua formação estrutural deve passar invariavelmente não apenas por comandos técnicos, mas, principalmente, pela dimensão axiológica que a sociedade espera da sua Lei Maior.

Se as forças políticas que surgem por meio de representação legislativa devem operar a construção do Direito em favor dos seus cidadãos, então os resultados necessariamente colocam-se em sintonia com a proposta inicial, ou seja, Estado, Constituição e Sociedade.

---

<sup>71</sup> CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. tomo I. Coimbra: Almedina, 2009. p. 8.

<sup>72</sup> Interessante a seguinte passagem introdutória: “O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nele se condensam as promessas da modernidade: limitação do poder, dignidade da pessoa humana, centralidade dos direitos fundamentais, justiça material, pluralismo, diversidade, tolerância e quem sabe? – até felicidade. Para evitar ilusões, é bom ter em conta que as grandes conquistas da humanidade levam um tempo relativamente longo para passarem do plano das ideias vitoriosas para a plenitude do mundo real. O curso do processo civilizatório é bem mais lento do que a nossa ansiedade por progresso social. o rumo certo, porém, costuma ser mais importante do que a velocidade.” (BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 1).

Cada tema abordado ao longo da Lei Maior deve ser escrito considerando as peculiaridades que envolvem o meio social e a maneira com que as pessoas se veem não apenas individualmente, mas também, e principalmente, de forma interativa, pois a regra desenhada deve expressar um contexto maior, albergando o maior número possível de pessoas.

A sociologia expressa que essas manifestações demonstram o caráter coletivo apresentado, pois o cidadão passa a ter uma identidade, seja ela cultural, social, educacional, entre outras, quando se apresenta perante um grupo, materializando a sua identidade.

Assim, uma Constituição, considerando a sua estrutura, procurar trazer ao cidadão uma identificação não apenas isolada, mas com maior percepção diante do conjunto de pessoas. É, pois, uma estrutura escrita diante de parâmetros coletivos, trazendo, assim, resultados que alcancem efetividade e eventual eficiência.

### 3.2 A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE COMO FATOR DE CONSTRUÇÃO SOCIAL

No meio jurídico, em especial no Direito Constitucional, muito se tem falado sobre uma expressão que tomou vulto significativo a partir dos ensinamentos de Canotilho: “a Constituição Dirigente”.

Importante aqui fixar uma observação a respeito da revisão conceitual feita pelo autor no prefácio da segunda edição da sua obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, em que afirmou o doutrinador lusitano que a Constituição dirigente está morta “se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”.<sup>73</sup>

Não se quer aqui rediscutir o tema, mas apenas detalhar o caráter programático das normas constitucionais, onde estas permitem, por uma conclusão

---

<sup>73</sup> Conforme CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. XXIX. Importante que essa afirmativa foi feita pelo autor diante dos questionamentos levantados por estudiosos da matéria ante a eventual mudança axiológica feita por aquele ao longo dos anos que se passaram após a publicação da primeira edição. Todavia, o próprio autor afirma que não seria bem assim. Estaria a Constituição dirigente morta apenas e se o normativismo constitucional for evidentemente revolucionário e modificativo de toda estrutura perene de uma nação.



sequencial, que as atividades públicas, sendo o nosso cerne, desenvolvam-se direcionadas para um fim maior e útil, jurídica, política e socialmente falando.

Na realidade, e num primeiro momento reflexivo, é importante entender o que tal expressão quer dizer em função de um eventual futuro das Leis Maiores dos países, bem como diante de toda a construção normativa infraconstitucional.

O adjetivo dirigente significa, no geral, algo que ou quem dirige, ou ainda um comando diretor. É como se fosse um mecanismo de atuação a partir das suas indicações.

O presente tópico procura visualizar, diante do estudo que se coloca em uso, de que modo a Constituição pode funcionar como um comando diretivo para os seus cidadãos, aqui incluídos não apenas o homem comum, mas também o legislador infraconstitucional, além do administrador do Poder Executivo e dos representantes do Poder Judiciário.

Ou seja, criada a Norma Diretriz Maior, a partir dela todo conjunto normativo a ser elaborado deve passar impreterivelmente pelo seu crivo, eis que desenvolvidos os motivos determinantes constitucionais.

Em outras palavras, a Constituição Dirigente deve reforçar todo o elemento material a ser elaborado pelo legislador, pelo administrador e pelo julgador, além do procedimental específico a ser utilizado na sua sequência.

Mas, é importante iniciar o presente estudo com o núcleo dado pelo doutrinador português Canotilho, ao dizer que se deve entender por Constituição Dirigente:

O título – Constituição dirigente e vinculação do legislador – aponta já para o núcleo essencial do debate a empreender: o que (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais.<sup>74</sup>

Não obstante tal definição refira-se, num primeiro momento, apenas ao legislador, é certo que os demais poderes envolvem-se na sua aplicabilidade.

Assim, o que se espera dessa visão dirigente é a presença de programas essenciais para as vidas privada, pública e política do cidadão e da sociedade. O Estado passa a ter uma função de prestação de toda e qualquer atividade.

---

<sup>74</sup> Ibid., p. 11.

Com isso, ou seja, trabalho dirigente, a Constituição em vigor pretende trazer à baila a vinculação de programas a serem realizados pelo Estado em prol dos destinatários.

São comandos positivos, impostos com o objetivo específico a ser alcançado ao final. Todavia, a parcimônia que se espera neste mesmo comando é importante, isso com vistas a impedir uma determinação exacerbada da própria Carta Magna.

E esse discurso imposto pela Constituição, que chamamos aqui de discurso, especificamente a imposição normativa em sintonia com a reflexão legitimadora da sociedade, é deveras necessário e salutar, pois não basta ser dirigente. O trabalho de criação corresponde a um diálogo permanente quanto aos resultados.

Nas diversas esferas da atividade pública, como, por exemplo, saúde, educação, habitação, segurança, entre outras, é importante que a estrutura erigida pelo legislador constituinte e lançada na Constituição seja, dentro do máximo possível, exequível e razoável.

E tais áreas de preocupação social dizem muito diante do modelo que se esperar aplicar. Nasce, então, a formação do conjunto normativo. A cultura pensada por uma país é essencial para sabermos como as normas serão escritas. Impende que o futuro resultado atenda aos respectivos anseios sociais.

Assim, não se pode falar em operacionalizar a Carta Magna por meio de leis infraconstitucionais, se aquela não se apresenta como uma possibilidade viável de construção.

O aspecto que se amolda ao caso em comento refere-se à maneira como se vê a estruturação que lhe cria. Se a Carta tem um viés social, mas sem o excesso revolucionário pretendido pela Constituição portuguesa de 1976, por exemplo, então o propósito dos mecanismos de criação e proteção repousa em comandos estruturais de justiça social.

Com isso, a construção da Regra Matriz não pode ser apenas um cabedal de normas governamentais sem uma descrição pormenorizada de atividade útil e necessária para a sociedade. O cidadão espera daquela uma atitude firme e rigorosa, impondo ao seu legislador infraconstitucional ou ao seu governante que permaneça no trilho da atividade real, vinculada ou discricionária, mas sempre com os olhos voltados para o que determina o conteúdo programático. E se há um desvirtuamento do ordenamento pretendido, caberá ao Poder Judiciário, sempre

quando for acionado, harmonizar a situação presente, e alcançando as diretrizes dirigentes escritas de forma direta ou indireta.

Assim, toda e qualquer norma constitucional é provida de força imperativa capaz de lhe dar uma dimensão estratosférica em relação ao restante do conjunto normativo.

Com grande maestria, Regina Maria Macedo Nery Ferrari aborda o referido assunto imperativo dentro de sua obra voltada para as normas constitucionais programáticas, ao afirmar que:

Sendo as normas constitucionais espécie do gênero normas jurídicas, vê-se que todas também são dotadas de imperatividade, em que pese tal característica assumir feição particular, o que decorre de sua supremacia em relação às demais normas de um mesmo ordenamento. Isto porque, as normas constitucionais, além de imperativas, são supremas, no sentido de que vinculam as demais normas do sistema que a elas deverão se conformar, seja quanto à forma de sua elaboração, isto é, ao processo legislativo e à respectiva competência, seja quanto à matéria a ser tratada, que deverá, também, estar de acordo com o que determina a Constituição, sob pena de nulidade.<sup>75</sup>

Certamente que o alcance do resultado útil depende, primordialmente, do seu grau de eficácia, pois o conteúdo constitucional não deve ser apenas na visão do “ser” pessoal e(ou) social, mas também, e com maior projeção, do “dever ser”, pois são estipuladas condutas que permeiam a harmonia dentro de uma sociedade. Contextualizá-la geograficamente e também no seu tempo de atuação serve para dar a real dimensão do seu papel jurídico-político.

Luís Roberto Barroso escreve breves linhas em que demonstra sem qualquer dúvida que as normas constitucionais programáticas são escritas com endereçamento, entre outros, aos Poderes que compõem o Estado, informando o respectivo destino apropriado, não podendo haver afastamento do seu rumo, sob pena de correção:

As normas constitucionais programáticas, dirigidas que são aos órgãos estatais, hão de informar, desde o seu surgimento, a atuação do Legislativo, ao editar as leis, bem como a da Administração e do Judiciário ao aplicá-las, de ofício ou contenciosamente. Desviando-se os atos de quaisquer dos

---

<sup>75</sup> FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 79.

Poderes da diretriz lançada pelo comando normativo superior, viciam-se por inconstitucionalidade, pronunciável pela instância competente.<sup>76</sup>

É o que se quer demonstrar com a presente pesquisa: que o resultado do ato em si nasce a partir da formação do Estado, da sua estruturação e do procedimental imposto para a utilidade do resultado.

Busca-se a perspectiva de que a Constituição dirigente escrita por uma sociedade tenha que avançar sobre a construção de sua própria efetividade, não sendo meramente uma obra escrita sem nexos ou direção a ser seguida. É como se as suas palavras avançassem em forma de literatura, narrando-se um conto ou até mesmo um romance mais complexo, em que cada capítulo espelha uma fase da vida.

Essa efetividade deve alcançar um bem comum. Seu pensamento nasceu num momento de Pós-Guerra e caminha invariavelmente para um neoconstitucionalismo, este entendido como uma construção constitucional voltada para o social e democrático por meio da proteção aos direitos e às garantias fundamentais. Ainda assim, não se perde o objetivo programático esperado pela Lei Maior.

Com esse pensamento, Miguel Calmon Dantas condensa a sua visão envolvendo a efetividade da Constituição dirigente mediante a evolução após o fim da Segunda Guerra Mundial:

Nesse contexto de defesa da efetividade das constituições que se delineia o amadurecimento de um processo cujo início remonta ao pós-guerra e que se concretiza na atualidade como neoconstitucionalismo, em que se concebe a normatividade suprema do texto constitucional, inclusive e principalmente dos princípios constitucionais, cuja irradiação invade vários âmbitos do direito, como também da política. Com a garantia efetiva da jurisdição constitucional. O neoconstitucionalismo, então, pode ser visto como mais um reforço ao dirigismo, necessário para manter e reavivar os conteúdos materiais que integram a noção de Estado de Direito na contemporaneidade, consubstanciando-se no Estado Democrático de Direito.<sup>77</sup>

Mantém-se hígido o caráter programático, agora mais aguçado diante de uma nova concepção estrutural.

---

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 121.

<sup>77</sup> DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 266.

E a realidade social faz parte da sua própria construção normativa, inclusive no seu momento de criação. Esta conformação histórica não pode ser entendida como um caráter dissociativo das mudanças humanas e sociais. Pelo contrário. Apresenta-se no tempo e no espaço um fragmento de perpetuação e configuração momentânea a ser suportado pela realidade de uma nação. Passa a ser a sua tarefa, como afirma J. J. Gomes Canotilho ao dizer que os seres integrantes do contexto jurídico (aqui repousando a Constituição em si) devem ser inseridos “num processo dialéctico em que o problema da constituição social é um problema de *transformação da realidade* a realizar pelos homens”.<sup>78</sup>

Haverá sempre uma matriz a ser seguida de forma constante e cristalina, salvo quando um novo corpo jurídico possa nascer de outras aspirações sociais, como se houvesse um movimento revolucionário de reforma total. Mas, se não for esse o caso, a Constituição passa a ter uma vida evolutiva, com movimentos constantes de atualização pela realidade social, inclusive acima de uma liberdade política inovadora.

É por isso que Canotilho completa o raciocínio sobre a constituição dirigente e realidade como tarefa, ao afirmar que:

Quando se questiona o problema da constituição dirigente e da sua “matriz programática”, opondo-lhe a “constituição da liberdade” ou a constituição como “instrumento de governo”, parece evidente que não se pretende regressar a uma concepção ontológico-metafísica ou operar uma simples transferência da problematização da conformação da realidade da metafísica ontológica para a subjectividade transcendental. A “ordo” surge como problema de “evolução” ou de “construção”. O problema está em *como se deve conformar a realidade* e se a ideia de “boa conformação da realidade” deve explicitar-se ou não nos textos constitucionais.

Eis porque a constituição tem sempre como tarefa a “realidade”. O “juridificar” constitucionalmente esta tarefa ou “abandoná-la” à política é, porém, um “jogo”, cuja “descodificação” se fará na parte III.<sup>79</sup>

Se uma Constituição é escrita com o objetivo, entre outros, de convergir para a maior harmonização possível de uma sociedade, mister que as suas dimensões estejam presentes de forma clara e objetiva, uma vez que as anotações lançadas ao longo da construção devem revelar uma vontade prospectiva. Ao intérprete caberá dar-lhe uma dimensão real e efetiva. Todavia, este assunto, a hermenêutica em si, será tema de outro tópico.

---

<sup>78</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente...** p. 70.

<sup>79</sup> Ibid., p. 70-71.

Olhamos em todos os sentidos para o alcance absoluto do modelo ideal de Constituição. Ainda a respeito das reflexões de Canotilho, ao finalizar a sua obra envolvendo a norma programa, o autor lusitano traz, no que se refere ao sentido prospectivo da constituição dirigente, um conteúdo de teses voltadas para o futuro, permitindo-nos aceitar basicamente o seu caráter evolutivo, mas sempre tendo o historicismo como ponto de partida.<sup>80</sup>

Pensando nessa prospecção, alguns doutrinadores trouxeram à baila a construção social da pós-modernidade como elemento finalístico a ser seguido pelos comandos normativos constitucionais. Quer-se com isso dizer que uma Lei Maior deve conjugar não apenas a sua leitura clássica e fundamental, mas também uma dimensão a ser perpetuada no tempo e no espaço. O pensamento programático tem de enxergar ao longe.

Não é o intuito aqui explorar o conceito e características da pós-modernidade como movimento cultural de transformação. Trata-se apenas de uma análise temporal para uma Constituição. Todavia, é preciso dizer que realmente uma norma tem de pensar no futuro e nas condições apresentadas por uma sociedade. O homem, como centro racional das relações humanas, tem de estar protegido por um cabedal sistemático capaz de atender aos anseios presentes e futuros. Se os tempos são outros, as normas devem invariavelmente acompanhar as referidas transformações.

E não se pode falar em utopia como algo a obstar a evolução do comando programático da Constituição. O que se pensa acerca da pós-modernidade é apenas a reconstrução ou releitura conceitual para as relações humanas dentro do nosso plano de estudo voltado para o constitucionalismo.

---

<sup>80</sup> Conforme a obra apontada, Canotilho indica sete itens essenciais para projetar a Constituição para o futuro: “11.1 – Quando se discute o problema da constituição dirigente devem debater-se as objecções formuladas pelo *racionalismo crítico* contra um texto constitucional holístico-historicista. 11.2 – Não obstante ser importante salientar a necessidade de um *processo* que conduza a soluções justas, o processo não se move num vazio de ideias básicas ou no *vacuum sócio-institucional*. 11.3 – A *historicização da constituição* significa apenas que os homens, através de acções materiais, tentam conformar o *futuro*, de acordo com os condicionalismos das circunstâncias concretas (lógica de situação). 11.4 – A constituição dirigente, ao aspirar à *mudança social através do direito*, não pode assentar num *optimismo voluntarista*, idealisticamente associológico e acientífico. 11.5 – A constituição dirigente pressupõe uma *filosofia de acção* (accionalismo, activismo), incompatível com qualquer teoria positivista (jurídica, sociológica ou científica). 11.6 – O *accionalismo constitucional* tanto pode captar-se num *dimplews modelo Jhering de mudança social através do direito* como num modelo de *práxis revolucionária*. 11.7 – O problema central da constituição dirigente é um problema de *filosofia prática* e de *estratégica de política de justiça*, isto é, da institucionalização jurídico-constitucional dos critérios fundamentais do *justo comum* e da *política justa*.” (Ibid., p. 488).

Considerando o pensamento dirigente, este, a partir de um momento histórico, rumo para a efetividade constitucional, cujos programas devem ser preenchidos para o hoje e para o amanhã. Se falamos em pós-modernidade apenas como uma releitura de velhos conceitos, ainda que modernos, então qualquer corpo normativo tal qual a Constituição de uma nação deve ter em mente que o seu cabedal possa atender às mais diversas classes sociais nos mais variados momentos.

Significados históricos como liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial nas áreas de saúde, educação, alimentação e habitação, por exemplo, servem como valores albergados pelo modelo dirigente e aplicados pelo legislador, administrador ou julgador em toda a sua extensão.

Assim é que Miguel Calmon Dantas finaliza a sua pesquisa afirmando sobre qual necessidade a ser buscada pelo político envolvido pelas normas programáticas:

A reflexão teórica em favor do dirigismo se funda na necessidade de emprestar maior efetividade ao texto constitucional e aos direitos fundamentais, garantindo-se para além do mínimo vital, como desiderato de promover o máximo existencial, conferido aos programas finalísticos e impositivos de tarefas, mais ou menos abstratos, e aos direitos fundamentais eficácia ótima, muito própria à natureza principiológica de que se revestem. Orienta-se pela hermenêutica filosófica e tenta reabilitar a razão prática, rejeitando o sentido comum teórico e o imobilismo científico.<sup>81</sup>

Confirma-se, assim, que a Constituição dirigente em si não está morta. O que se apresenta é um desenho político-social de conformação das necessidades humanas e sociais. Como modelo maior de dimensão estruturada para ditar todo o conjunto normativo de uma nação, a Constituição preserva a sua força imperativa, sendo o paradigma absoluto com as suas diretrizes para um futuro efetivo e eficaz de atividade legislativa, administrativa e judicial.

Se construímos uma nova Carta Magna a partir do ano de 1988, num momento social de reflexão e abertura de novos horizontes, isso tudo após o período militar que a antecedeu, por certo que os ideais propostos passam a ser, na sua estrutura, revolucionários.

E isso enseja na perspectiva dirigente de atividade legislativa, administrativa e judiciária. Não como um totalitarismo, mas sim como um divisor de águas para a trajetória construtiva do “além do amanhã”. Uma perene e constante atualização do

---

<sup>81</sup> DANTAS, Miguel Calmon. Op. cit., p. 374.

modelo social é imprescindível para dar vida ao sistema constitucional. Os projetos futuros passam a ser pautados pelas experiências históricas frustrantes e num caminhar para uma dimensão de resultados úteis socialmente falando. Ou seja, a referida norma constitucional programática, como conjunto político-social, encontra-se em pleno vigor de validade e legitimidade, mas em momento algum limitando politicamente o legislador, este como ponto de partida da construção da estrutura infraconstitucional. Não se pode, então, falar de uma Constituição boa ou ruim, como questionado pelo professor Marçal Justen Filho em encontro acadêmico próprio.<sup>82</sup>

Eis as palavras de conclusão de J.J. Gomes Canotilho sobre a Constituição dirigente:

Em boa verdade, quando elas surgiram, quando transportaram essas ideias, foram elas próprias factores de transformação social. Neste contexto, poderemos dizer também que elas devem continuar a existir enquanto forem úteis, enquanto forem historicamente necessárias. Elas foram historicamente necessárias em certo momento; podem ter cumprido parcialmente o seu papel, mas podem não ter cumprido ainda todo o seu papel. Eu acredito que elas vão sobreviver. Quando os esquemas políticos, econômicos, sociais e culturais forem totalmente outros, quando as novas gerações não se identificarem com a Constituição, quando a Constituição deixar de ter força reflexiva, isto é, capacidade de conformação da própria realidade social, então ela caduca, ela será substituída, ela acabará por se dissolver nos próprios mecanismos sociais. Em suma: as constituições dirigentes existirão enquanto foram historicamente necessárias.<sup>83</sup>

O processo histórico de transformação social deve garantir à nova ordem constitucional e, por consequência, à construção da sua Carta Magna, o elemento legitimador de validade para a efetividade de resultados válidos para a sociedade.

O componente material idealizado pela Assembleia Constituinte deve refletir o anseio de uma nação quanto à forma de execução de suas atividades. E, a partir dos seus elementos, o arcabouço montado constitui-se na plataforma a ser seguida pelo Poder Público como garantidor dos direitos fundamentais, dos direitos sociais e também das políticas públicas de infraestrutura.

---

<sup>82</sup> Durante a jornada sobre a Constituição Dirigente, nos dias 20 e 21 de fevereiro de 2002, na Fazenda Cainã, em São Luiz do Purunã, Estado Paraná, Marçal Justen Filho entrevistava o doutrinador J.J. Gomes Canotilho, oportunidade em que, durante a sua intervenção frente ao entrevistado, o professor português foi indagado sobre a pertinência ou não a respeito da existência real de uma Constituição dirigente, cuja resposta do ora entrevistado foi no sentido da sua constante validade quando imantada de ideias inovadoras e construtivas para um país.

<sup>83</sup> COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 39-40.



Portanto, num referencial teleológico, ou seja, diante dos fins sociais e do bem comum a ser experimentado, as normas redigidas dentro da Lei Maior ecoam no tempo e no espaço para a sua aplicação e, principalmente, para o seu resultado positivo.

### 3.3 CONSTITUIÇÃO E INTERPRETAÇÃO MATERIAL

Até o presente momento, a discussão girou a respeito da formação da Constituição da República, além do seu caráter dirigente em relação ao administrador, sendo esta a vontade do legislador constituinte em determinar, por aparência dialógica envolvendo Estado e sociedade, que se estabeleça uma participação dos destinatários da Norma em atenção às necessidades básicas e essenciais.

Porém, uma pergunta que sempre se faz orbita na forma de como deve ser vista Constituição e também de como deve ser aplicada para os casos afins.

Somente o papel da hermenêutica<sup>84</sup> pode trazer-nos para a exata dimensão do texto normativo em harmonia com as realidades sociais. Interpretar a Constituição requer, pois, um tratamento específico considerando a sua construção normativa, uma vez que as forças resultantes dos anseios dos vários segmentos sociais encontram-se presentes num único corpo jurídico.

---

<sup>84</sup> Importante situar o leitor numa construção conceitual sobre hermenêutica e, em especial, a hermenêutica jurídica, como forma de compreender que esta ciência preocupa-se em interpretar determinado objeto para o alcance do melhor resultado. Para Carlos Maximiliano, “A Hermenêutica Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito.” (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1). Para Limongi França, apoiando-se no pensamento de Maximiliano, ela (a hermenêutica) é pensada como “parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize, de modo que o seu escopo seja alcançado da melhor maneira.” (FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 19). Isso permite uma revisão do caráter interpretativo que os objetos requerem, no caso especial, a norma condicionadora das condutas humanas. Se somos atores de uma cadeia constante de relações jurídicas, então devemos interpretar tais condutas à luz das normas determinantes, ainda mais que o Direito se mostra dialógico. Para o momento, a Constituição da República torna-se o referencial maior de comando legal. Serve o ensinamento de Juarez Freitas, que adverte sobre a necessidade de revermos a tarefa da interpretação jurídica, ao afirmar: “Por isso, a decisão do intérprete há de ser, eminentemente, a resultante do diálogo construtivo com o texto normativo e com a realidade em suas várias dimensões.” (FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 65).

Sendo ela um resultado de princípios e regras essenciais para a construção da sociedade, não se pode dar-lhe o mesmo tratamento interpretativo que se dá a uma norma de menor dimensão, como as leis ordinárias.

Márcia Haydée Porto de Carvalho afirma que interpretar as normas presentes na Constituição Federal significa, entre outras coisas, “compreender, investigar, renovar o significado e o alcance dos enunciados linguísticos que formam o texto constitucional”<sup>85</sup>. De tal sorte, completa a autora, “É um trabalho de mediação que torna possível concretizar, realizar e aplicar os preceitos de uma Constituição.”<sup>86</sup>

Assim, cabe ao intérprete a exata função de perceber não apenas a norma em si, mas principalmente os fatos sociais que se amoldam ao comando abstrato e genérico escrito pelo legislador, materializando, por excelência, o resultado que se espera.

Vivemos numa época em que a própria Constituição passa a ser reapreciada mediante uma releitura de valores. Não que as normas ali inseridas sejam voláteis. Pelo contrário. O texto normativo expõe uma dimensão de segurança jurídica, perpetuando-se dentro do tempo necessário para sedimentação e também de atualização dos regramentos em face de situações reais e concretas da cotidiano social.

Luiz Henrique Urquhart Cadermatori e Francisco Carlos Duarte preocuparam-se na construção de um raciocínio pautado na hermenêutica e também na sua argumentação neoconstitucional, dando novos contornos reflexivos naquilo que se encontra lançado normativamente em relação à sociedade.

Segundo os autores, a interpretação e aplicação das normas constitucionais, em se tratando da dogmática brasileira, passam por esquemas dinâmicos de organização e afirmam:

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro concebe que a supremacia das normas constitucionais bem como a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo Poder Público demandam do intérprete constitucional a preferência, sempre, ao sentido da norma que se adapte à Constituição Federal.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional: Métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997. p. 53.

<sup>86</sup> Id.

<sup>87</sup> CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 34. Afirmam os autores que isto é

Por consequência, interpretar os comandos constitucionais reflete a necessidade de que o interlocutor esteja preparado para dar à Constituição um caráter programático de dimensão, inclusive, social, uma vez que vários segmentos da sociedade são regulamentados e protegidos de forma a garantir precipuamente os direitos fundamentais, apenas aqui a título ilustrativo.

Para reforçar a importância da interpretação material da Constituição, essencial destacar um julgado do Supremo Tribunal Federal ocorrido no ano de 2008 sobre um tema envolvendo gratuidade do ensino público em toda a sua extensão. O assunto referia-se à possibilidade ou não de as instituições públicas de ensino superior cobrarem ou não taxas de matrículas de seus alunos.

Algumas universidades públicas estavam cobrando essa taxa com base na dicção dos artigos 205 e 208, ambos da Constituição Federal, considerando que a gratuidade integral somente se daria no ensino fundamental.<sup>88</sup>

Por sua vez, o corpo discente baseou-se no comando descrito no art. 206, IV, CF, que estabelece gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais.

Conforme leitura do *caput* desse artigo, existem princípios que devem reger a educação em favor do cidadão, sendo o do inciso IV um deles.

Pois bem. Diante desse conflito, a Suprema Corte viu-se na eventualidade de interpretar a Constituição e dizer o Direito a partir das perspectivas materiais pensadas ao longo de sua construção, resultando na seguinte decisão, assim ementada:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. ESTABELECIMENTO OFICIAL. COBRANÇA DE TAXA DE MATRÍCULA. INADMISSIBILIDADE. EXAÇÃO JULGADA INCONSTITUCIONAL. I - A cobrança de matrícula como requisito para que o estudante possa cursar universidade federal viola o art. 206, IV, da Constituição. II - Embora configure ato burocrático, a matrícula constitui formalidade essencial para que o aluno tenha acesso à educação superior. III - As disposições normativas que integram a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, da Carta Magna devem ser interpretadas à dos

---

possível desde que os princípios norteadores para a construção constitucional sejam respeitados, sendo que sobre este assunto o trabalho abordará mais à frente, no capítulo dedicado aos princípios.

<sup>88</sup> Dispõe o art. 205, CF: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Por sua vez, o art. 208, CF, tinha, à época, a seguinte dicção: Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva universalização do ensino médio gratuito. Hoje, o inciso I deste último artigo foi modificado através da Emenda Constitucional n.º 59/2009, que passa a ter a seguinte redação: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

princípios explicitados no art. 205, que configuram o núcleo axiológico que norteia o sistema de ensino brasileiro. (RE 500171, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2008, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-05 PP-01014 LEXSTF v. 30, n. 360, 2008, p. 174-198).

O resultado pautou-se nos princípios basilares à educação e, como tal, a Constituição teve a sua interpretação materializada em favor do cidadão sob um viés da sua força normativa.

O que se espera, pois, é um estabelecimento específico por parte do intérprete, que constantemente se vê na contingência de conflito hermenêutico, sendo ele o *sujeito-da-interpretação*, porém pautado nas diretrizes traçadas por um ordenamento preexistente.

Se ao Estado cabe a organização não apenas política, mas essencialmente administrativa em prol do cidadão, quando as normas são escritas, elas se revestem de uma aparência conceitual primeiramente abstrata. Todavia, por força de materialização prática, haverá um determinado momento em que os anseios pretendidos devem fugir da abstração, passando por um processo de construção e, naturalmente, depois por um processo de reconstrução, oportunidade em que aquele intérprete se verá na contingência de interpretar a norma em face do caso concreto, buscando, dentro de um sistema jurídico plausível e imantado por outras ciências (tais como filosofia, economia, religião, política etc.), os resultados válidos não apenas pela legalidade estrito senso, mas certamente por uma compreensão refletiva e ponderada por uma gama social, inclusive contextualizada em face do aspecto evolutivo em que se encontra aquele mesmo Estado por conta da sociedade presente.

Porém, surge uma situação interessante na dimensão da interpretação material de uma Constituição: qual seria o seu paradigma de origem?

Essa pergunta, que pode parecer simples num primeiro momento, torna-se radicalmente pesada e angustiante para a reconstrução do Direito, uma vez que temos, muitas vezes, paradigmas distintos e conflitantes a partir das “visões de mundo” que vivemos diariamente, inclusive por conta de uma sociedade cada vez mais heterogênea, globalizada e, talvez, intolerante.

Não se quer trazer uma discussão para um nível metafísico, ou ainda impenetrável. O que se quer, sim, é mostrar que a fragilidade do sistema jurídico

como um todo pode, não raras vezes, ensejar na busca de soluções plausíveis medianas ou razoáveis na medida do possível.

É função do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio na concretização dos casos tomados a partir de experiências anteriores abstratas.

A Lei Maria da Penha (Lei Federal n.º 11.340/2006) foi elaborada, discutida, votada, aprovada e sancionada tendo como parâmetro a vertiginosa escalada de violência contra a mulher na sociedade brasileira, muitas vezes ultrapassando aquilo que comumente é pensado por muitas pessoas: que é um problema social voltado basicamente para as classes socioeconômicas mais pobres, o que a realidade mostrou ser diferente.<sup>89</sup>

Temos aqui uma necessidade de alcance quanto à interpretação material do contexto legislativo e abstrato trazido por esse novo corpo jurídico, sendo certo que essa lei veio ao encontro de uma efetiva concretização dos direitos fundamentais das mulheres.

O papel constitucional esperado para a dimensão de aplicação prática é mostrar, sem o mínimo de hesitação, quanto ao papel esperado pelo Estado na busca e garantia dos direitos fundamentais eventualmente aviltados das mulheres vítimas de violência.

Os remédios postos de forma abstrata ganham contorno de efetividade a partir de políticas públicas de conscientização, educação e, ao final, de punição em face dos agentes agressores.

O paradigma de origem repousa na necessária padronização de consciência coletiva de respeito ao próximo, no caso, às mulheres. É papel essencial do Poder Público buscar ferramentas de utilidades. O administrador, como representante do Estado, e munido de prerrogativas de controle, deve atentar para o alcance dos princípios formadores da proteção ao mais fraco.

---

<sup>89</sup> Há um recente estudo muito interessante feito pelo Conselho Nacional de Justiça, que mapeou a violência contra a mulher no Brasil, considerando que no ano de 2013 a referida lei completará sete anos de vigência. Ao longo do seu estudo, que se encontra disponível no seu site oficial, houve afirmativa de que os casos vistos no território brasileiro não se restringem, dentre outras coisas, a uma determinada classe social ou ainda econômica: “Os diversos tipos de violência contra a mulher (física, psicológica, sexual, patrimonial e moral) ocorrem, predominantemente, no contexto de relações domésticas, familiares e afetivas e não se restringem a determinada classe social, idade, região, estado civil, escolaridade e orientação sexual. Portanto, foi necessário estabelecer uma série de proteções e garantias que permitissem a preservação da integridade física, moral e patrimonial da mulher nas suas relações privadas e íntimas, em que, precisamente, ocorre a maior parte das violências contra as mulheres.” (BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf)> Acesso em: 31 mar. 2013.)

Enquanto houver eventualmente falta de comprometimento administrativo do agente público, principalmente pelo desrespeito à Constituição da República, os resultados esperados jamais serão alcançados. Assim, a materialização somente se alcançará se a interpretação for feita de acordo com o que o “outro” espera como resultado válido de proteção.

Para ambos os casos trazidos neste momento (cobrança de taxa de matrícula e proteção contra a violência doméstica), o que se quer mostrar refere-se aos direitos porventura violados, mas que devem ser corrigidos a partir de mecanismos próprios estruturados pela Administração Pública em prol de terceiros.

É o uso real da interpretação da construção constitucional pelo administrador quanto à sua visão de alteridade.

## 4 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

### 4.1 DOS PRINCÍPIOS EM GERAL

Na construção normativa, o legislador, quando da análise social compatível com o caso concreto, preocupa-se em escrever aquilo que efetivamente se relaciona diante da realidade imposta pelos fatores preponderantes de uma sociedade, ou seja, traz para o mundo do Direito a norma capaz de atender à harmonização social, ou, pelo menos, a reparação dos litígios naturalmente enfrentados entre as pessoas. Há um desenrolar regulamentador que permeia as necessidades constantes dos homens não apenas entre si, mas também quando envolve as coisas ao seu redor, além do meio em que vive. Assim, e por conta da regra matriz de harmonização social, escreve-se uma Constituição como um modelo pronto para ser usado pelos seus membros e principalmente para garantir a efetividade de suas propostas programáticas. Todavia, qual seria o ponto de partida? Que valores abstratos devem ser apresentados como preponderantes em termos de validade do Direito em si em favor da sociedade? Que cânones são escritos e aceitos pelos seus membros? São mutáveis? São variáveis? São prioritários ou relevantes?

Perguntas como estas têm o objetivo de questionar qual a validade do modelo jurídico em que os princípios possam ser admitidos como normas efetivas.

Porém, é importante entender que referidos princípios seguem como uma base, mesmo que abstrata, de comportamento ou orientação, sendo, ainda, a razão maior para vários institutos utilizados cotidianamente no Direito. Não há uma definição específica para o que sejam os princípios, porém, eles se encontram imantados no sistema jurídico de uma sociedade como valores que norteiam os passos a serem seguidos. Se eles são nucleares, então o consenso surge a partir da aquiescência coletiva legitimadora.

Para Vicente Ráo, os princípios, como fontes do Direito, exprimem ensaios de qualificação, servindo como método de investigação de origem.<sup>90</sup>

---

<sup>90</sup> Conforme o autor, existem as dúvidas envolvendo a natureza dos princípios, sendo que outros estudiosos, citados por aquele, afirmam que há várias origens quanto ao começo dos princípios, variando do direito natural (Brunetti, Del Vecchio e outros), equiparando-se aos ditados pela equidade (Borsari, Giorgi etc.), os que decorrem da natureza das coisas (Geny, Espíndola etc.), aqueles de

Com isso, há uma inspiração natural envolvendo a origem das coisas a partir de paradigmas lançados para o bem-estar social. Segundo o autor, direito natural, equidade e natureza das coisas são decisivas para alicerçar uma sociedade e seu comprometimento jurídico. Afirma Ráo:

Sem dúvida, os princípios de direito natural inspiram, ou devem inspirar, os sistemas jurídicos positivos, aperfeiçoando-os e conduzindo-os ao reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à natureza do homem; mas estes princípios não esgotam nem alcançam o inteiro conteúdo do direito normativo aplicável a uma variedade sempre crescente de relações, muitas e muitas das quais ou são indiferentes ou relacionadas por modo excessivamente remoto aos postulados básicos do direito natural.<sup>91</sup>

É possível admitir que o direito natural<sup>92</sup> colabore sobremaneira com a formação dos princípios, na medida em que, por consciência natural e humana, certas situações são protegidas por todos diante de um valor agregado ao espírito humano. Trabalhar com liberdade, vida, dignidade, propriedade, entre outros conceitos, faz com a estrutura posterior envolva axiologicamente o cidadão e os seus ao redor.

Porém, segundo Ráo, os princípios, outrossim, são guiados por uma concepção de equidade nas relações, ao afirmar: “Também é certo que a equidade influi na elaboração e na aplicação do direito, mas ela não constitui um direito e, sim, um atributo do direito, destinado a atenuar e a suprir o rigor e as falhas das fórmulas lógicas, a fim de que o princípio da igualdade não pereça, nem fique sacrificado, no trato das relações jurídicas.”<sup>93</sup>

Portanto, sob a perspectiva harmonizadora que um sistema necessita para o seu bom funcionamento, equilibrar as relações com comandos maiores de alcance universalizador é pressuposto básico.

---

caráter universal ditados pela ciência e pela filosofia do direito (Bianchi, Pacchioni, Beviláqua etc.) e os resultados do próprio sistema jurídico (RÁO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 277).

<sup>91</sup> Ibid., p. 278.

<sup>92</sup> Importante conceituar “direito natural” para a perfeita interação com a proposta do texto. Para Paulo Hamilton Siqueira Júnior, o direito natural tem a seguinte concepção: “Segundo nosso entendimento, o direito natural é o conjunto mínimo de preceitos dotados de caráter universal, imutável, que surge da natureza humana e que se configura como um dos princípios de legitimidade do direito. Os direitos naturais são inerentes ao indivíduo, devem estar em qualquer sociedade e precedem a formação do Estado e do direito positivo.” (SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 22).

<sup>93</sup> RÁO, Vicente. Op. cit., p. 278.



Por fim, e não menos importante, o mesmo doutrinador escreve, a partir dos ensinamentos de Espínola, que os princípios têm correspondência com a natureza das coisas, simplificando o seu pensamento da seguinte maneira:

Espínola, que adota esta doutrina, responde: “Os princípios gerais de direito são os que correspondem àquele ordenamento imanente às relações da vida (*natureza das coisas*), no qual o próprio legislador vai haurir os seus mandamentos; têm um caráter universal, perdurando uns através dos tempos, outros se modificando, para acomodarem-se à evolução das instituições sociais, políticas, morais, econômicas, de que resultam sérias transformações na ordem jurídica”.<sup>94</sup>

São sinais de um início de pensamento voltado à origem das coisas e das relações.

Princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da moralidade, da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa, entre outros, reforçam a concepção de que eles foram erigidos considerando-se a necessidade de uma estabilidade nas relações humanas.

A consciência social impõe um papel formador de princípios, ou seja, comandos de otimização, estes necessários para que os seres humanos, entre si, possam viver mais harmonicamente.

Há, por evidência, uma fundamentação teórica, assim como política, para a constatação real do princípio para o sistema do Direito. Não se expõe um comando maior sem uma dimensão reflexiva de valor, razão pela qual, na lição de Daniel Wunder Hachem, é preciso entender a sua origem de construção e aplicação:

O primeiro passo a ser dado para entender a arquitetura de um determinado princípio jurídico consiste em investigar os seus fundamentos. São esses que irão indicar a sua gênese, a fonte normativa da qual ele emana, as razões políticas que justificaram a sua inserção no arcabouço jurídico de determinado Estado, a sua essência e significação em cada momento histórico. Não há, por exemplo, como esboçar o perfil do princípio da legalidade administrativa sem compreender as circunstâncias políticas que levaram à sua afirmação no final do século XVIII, as teorias iluministas que serviram de base para a sua explicação, as transformações sociais que repercutiram na ampliação do seu conteúdo, entre tantos outros aspectos.<sup>95</sup>

---

<sup>94</sup> Id.

<sup>95</sup> HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 30-40.

Seria, de certa forma, o ponto de partida para as estruturas normativas posteriores.

Para isso, antes mesmo de falarmos em princípios constitucionais, o passo anterior refere-se aos princípios gerais de direito, ou simplesmente princípios.

Ora, deve haver não apenas na concepção jurídica, mas principalmente na sua estrutura social, um motivo para que determinado comportamento se estabeleça como um agente regulamentador básico, como, por exemplo, definir-se a boa-fé nas relações humanas. Trata-se, logicamente, de uma ligação com o bom senso e com o respeito ao próximo, dando-lhe o contorno de forma bilateral, ou seja, boa-fé para ambas as partes.

Há certamente um núcleo de coalizão que une as pessoas. O componente histórico passa a ser um primeiro passo. Depois vem a adequação costumeira, ensejando com a aplicação diária, unificadora e voluntária.

Para o presente trabalho, o princípio deve ser visto sob a sua óptica jurídica, eis que estamos construindo um pensamento voltado para a dimensão axiológica do sistema normativo intersubjetivo.

Por isso, restringimo-nos ao aspecto meramente normativo, aceitando o princípio como uma estrutura de norma e não apenas como mandamento nuclear, havendo, pois, posicionamentos diversos, tanto que José Afonso da Silva separa as concepções, afirmando que princípio é uma palavra equívoca.<sup>96</sup>

Aqui, o tratamento é meramente jurídico normativo.

Porém, permitimo-nos observar o conteúdo trazido por Miguel Reale como ponto inicial a respeito de uma definição de princípio. Afirma o autor:

*Princípios* são, pois, verdades ou juízos fundamentais, que servem de alicerce ou de garantia de certeza a um conjunto de juízos, ordenados em um sistema de conceitos relativos a dada porção da realidade. Às vezes também se denominam *princípios* certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validade de um sistema particular de conhecimentos, como seus *pressupostos* necessários.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Afirma o autor que “A palavra princípio é equívoca. Aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de *começo*, de *início*. *Norma de princípio* (ou *disposição de princípio*), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as *normas de princípio institutivo* e as *de princípio programático*.” (SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 91).

<sup>97</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 60.

Assim, o grau cultural de uma sociedade é elemento crucial para a delimitação e utilização de um princípio, que se delinea por meio de outras ciências, como a sociologia, antropologia, filosofia, entre várias, cujo grau de aceitação dos seus componentes permite inserir no campo subjetivo/prático a legitimidade somada à legalidade. Ademais, trata-se de um elemento contextual para o momento vivido. Tal afirmativa será adiante pormenorizada.

Dentro do sistema do Direito, os princípios compõem-se como elementos na cadeia do conhecimento, este num crescente social pelas experiências vividas e trocadas entre os homens.

Certamente nos princípios não existe uma certeza demarcadora de utilização. Não são precisos na sua aplicação nem quanto aos resultados. Todavia, o fato de haver um mote a ser seguido leva obrigatoriamente a um procedimental próprio. Por exemplo, para se alcançar o devido processo legal numa relação jurídica é preciso respeitar um ritual de atos que traga a perspectiva da equidade procedimental (lembrando aqui a equidade apontada por Vicente Ráo). No mesmo nível de acusação deve ocorrer a resposta possível; na elaboração das provas, as partes devem ser tratadas com equilíbrio; quanto ao uso dos argumentos, as partes devem fazê-los de forma proporcional. Assim, o princípio acima citado encontra-se na plenitude e foi a partir do contexto trazido pelos pensadores do Direito que a resposta foi obtida. Na valoração das relações humanas, os primeiros pensadores captaram o respeito a um procedimental capaz de oportunizar a todos os homens o alcance do acesso ao caráter do justo. É disso que se pensa ao tratarmos daquele princípio.

Há, pois, um componente de valor para os princípios, pois aquele se encontra diretamente relacionado com a sociedade e com uma carga quantitativa.

Os princípios, em suas razões máximas, são aspirações pensadas e procuradas pelos homens como modelos a serem seguidos. Perseguem a convivência social como valores maiores. Aos viverem costumeiramente, os membros da sociedade espelham-se em paradigmas claramente vivificados pelo conhecimento humano e tratados de forma coletiva.

Humberto Ávila preocupa-se em entender qual a forma de aplicação de um princípio dentro do sistema jurídico, colocando-o como elemento referencial de adoção de comandos de ponderação para os casos concretos.

Afirma ele sobre os princípios:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>98</sup>

Transferem-se de geração para geração diante de uma construção progressiva e ponderada. Há o melhoramento como critério de aferição voltado para o útil. Assim, princípios necessitam de uma carga axiológica própria quanto ao seu pensar.

Vivencia-se, pois, coletivamente mediante uma intersubjetividade envolvendo os seus intérpretes e atores.

Em obra abordando a importância dos princípios, Gustavo Zagrebelsky afirma sobre a utilidade de um direito dúctil, ou seja, algo maleável e adaptável às necessidades contemporâneas; então os princípios são analisados como elementos de formação do acordo coletivo. Afirma o autor:

Creo, por tanto, que la condición espiritual del tiempo en que vivimos podría describirse como la aspiración no a uno, sino a los muchos principios o valores que conforman la convivencia colectiva: la libertad de la sociedad, pero también las reformas sociales; la igualdad ante la ley, y por tanto la generalidad de trato jurídico, pero también la igualdad respecto a las situaciones, y por tanto la especialidad de las reglas jurídicas, el reconocimiento de los derechos de los individuos, pero también por los derechos de la sociedad; la valoración de las capacidades materiales y espirituales de los individuos, pero también la protección de los bienes colectivos frente a la fuerza destructora de aquéllos; el rigor de la aplicación de la ley, pero también la piedad ante sus consecuencias más rígidas; la responsabilidad individual en la determinación de la propia existencia, pero también la intervención colectiva para el apoyo de los más débiles, etc.<sup>99</sup>

O caráter pragmático específico dá o contorno para a otimização correspondente.

Certamente não existe uma relação pronta e acabada de princípios. Os homens adotam posicionamentos valorativos como forma de uma melhor interação social. Assim, pensar em princípios significa pensar na qualidade de vida, mas não numa única maneira de viver a vida, já que não há especificidade. E isso impõe uma

<sup>98</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 70.

<sup>99</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999. p. 16.

situação que, inicialmente, se mostra intransponível: os princípios não possuem, na sua base, um alto grau de concretização. Pelo contrário. Eles emanam uma ideia ou percepção jurídica geral e abstrata, ou seja, um contorno de orientação axiológica. Como dito antes, apenas a título exemplificativo, o princípio da dignidade da pessoa humana não tem, na sua estrutura formadora, as diretrizes finalizadas da forma de garantir realmente aquela dignidade numa expressão basilar. Dá uma diretriz, mas não o resultado tipologicamente finalizado.

E pelo fato de os princípios não terem um carácter definidor em termos de especificidades, eles precisam, no geral, ser concretizados; isso na visão de Karl Larenz<sup>100</sup>, mas admitidos, mesmo assim, como importantes para a formação do sistema jurídico, com vários graus de aplicação material. Todavia, esse grau deve ser medido em níveis de aprofundamento, em que alguns são meramente abertos e outros mais próximos de uma proposição jurídica. Por esse motivo, Larenz os distingue diante da medida de efetividade, ao afirmar sobre ambos:

Se bem que os princípios jurídicos tenham, em regra, também o carácter de ideias jurídicas directivas, das quais se não podem obter directamente resoluções de um caso particular, mas só em virtude da sua concretização na lei ou pela jurisprudência dos tribunais, existem também princípios que condensados numa regra imediatamente aplicável, não só *ratio legis*, mas, em si próprios, *lex*. Denomino-os de “princípios com forma de proposição jurídica”. Em contraposição a estes, poderíamos denominar os princípios que não têm carácter de norma, de “princípios abertos”. A distinção não deve, porém, ser entendida no sentido de uma separação rígida; as fronteiras entre os princípios “abertos” e os princípios “com forma de proposição jurídica” é antes fluida. Não pode indicar-se com exactidão o ponto a partir do qual o princípio está já tão amplamente concretizado que pode ser considerado como princípio com a forma de proposição jurídica.<sup>101</sup>

Muito embora os princípios com proposição jurídica não estejam cristalinamente explicitados na lei, eles se encontram ínsitos ao sistema por terem uma grande carga de evidência. Exemplo disso é o princípio da liberdade contratual, no qual o limite legislativo na nossa legislação pátria repousa apenas no preenchimento dos requisitos de lei, como o objeto lícito e a capacidade das partes, entre outros. No mais, um contrato, por exemplo, pode ser elaborado livremente quanto às cláusulas, condições e execução, mas sempre terá, por força

---

<sup>100</sup> Neste sentido: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 674.

<sup>101</sup> Ibid., p. 682-683.

principiológica, aquela limitação de somente contratar o que for lícito. Por isso chamamos o princípio com proposição jurídica.

Os princípios abertos, por sua vez, apenas definem garantias gerais, mas sem um comportamento próprio, cabendo, em cada situação, mensurar o grau de validade. Como dito anteriormente, a mera indicação comportamental, como a liberdade ou dignidade, permite validar um princípio na sua concepção mais ampla, sendo uma diretriz.

Considerando que o Estado se forma a partir das aspirações sociais e culturais; considerando que este mesmo Estado regula a construção jurídica, social e cultural de uma nação por meio de sua Lei Maior; e considerando, por ora, que esta mesma Norma é escrita com base em princípios formadores do arcabouço jurídico, devemos, então, entender que eles priorizam uma forma de se ver o mundo e as suas consequências em todos os segmentos sociais.

O presente núcleo é apenas jurídico, mas o suficiente para podermos afirmar que os membros do Poder Público devem seguir corretamente esses princípios, sob pena de quebra do referido sistema, ensejando, às vezes, na ilegalidade, ou então na ilegitimidade de aquiescência. É possível aqui afirmar o pensamento de Robert Alexy, quando leciona que os princípios são mandados de otimização, com o cumprimento em diferentes graus de valor.<sup>102</sup>

A realidade passa a ser um componente decisivo para darmos o grau necessário de validade e aplicação dos princípios para os efeitos jurídicos. São, pois, comandos de efetividade, que se aproximam cada vez mais de um resultado útil se aqueles forem escritos como uma peça de construção sionormativa.

Trabalhar com o princípio requerer não apenas uma análise quanto à sua estrutura, mas também sua inserção temporal dentro de um contexto histórico-evolutivo. O homem participa da construção principiológica mediante o seu caráter não apenas normativo, mas também legitimador. A correspondente ideia de ótimo,

---

<sup>102</sup> Nesse sentido afirma o autor: “El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandados de optimización*, que están caracterizados por lo hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos.” (ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997. p. 86).

como traçado por Alexy, significa a finalidade em si, como um instrumento de efetivo resultado.

## 4.2 PRINCÍPIO E HISTORICIDADE

Dentro da perspectiva de adoção e aceitação de um princípio, o seu caráter evolutivo corresponde a uma íntima ligação com o desenvolvimento de uma sociedade. Não se pode ter a mesma aplicação de um conceito qualquer para os dias de hoje em idêntica situação de civilizações passadas. Ora, adotar o valor de um comando do direito romano para hoje precisa, certamente, de atualização. Por exemplo, no período quiritário da antiga Roma, ou seja, a partir da sua fundação, as dívidas obrigacionais deveriam ser pagas dentro do prazo avençado. Se isso não fosse possível, então o credor poderia dispor do trabalho do seu devedor como forma de satisfação. E, se decorrido um determinado período posterior sem o seu cumprimento, o credor poderia dispor fisicamente do devedor, vendendo-o como escravo para além dos limites geográficos de Roma. E se ainda assim não houvesse a satisfação, como exemplificando, nenhum interessado na compra do devedor na condição de escravo, este poderia ser morto pelo credor como forma de satisfação pessoal em nome da dívida existente. Ainda, se houvesse concurso de credores, o devedor seria esquartejado, e partes do seu corpo seriam entregues aos credores, solvendo a dívida.<sup>103</sup> Para muito, isso soa como barbárie, mas na antiga civilização, nós estamos diante de um comando de justiça a partir do princípio do cumprimento do contrato. Hoje, cumprir um contrato significa apenas solvê-lo patrimonialmente, mas não fisicamente. Por que isso? Por conta da evolução do pensamento e das condições axiológicas que se amoldam aos valores sociais.

E não se pode admitir apenas que os antigos romanos não tinham princípios. Havia, mas sob a perspectiva de leis rigorosas em prol de uma validade moral diferenciada para os dias de hoje. Aquele direito acima indicado apenas refletia um

---

<sup>103</sup> Nesse sentido: ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresas**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5. Notemos que a proposta foi apresentada dentro da concepção de ordenamento jurídico baseado nos costumes, onde o devedor respondia com a própria vida pelo seu inadimplemento. Os princípios nesta fase são vistos como um conformador de mero cumprimento obrigacional, ultrapassando os limites patrimoniais para alcançar o limite da própria vida humana. E não se diga que no respectivo período havia insurreição quanto à regra em si. Os valores pensados por aquela sociedade primitiva permitiam o resultado em questão.

período arcaico, abrangendo a fundação de Roma por volta de 753 a. C. até o ingresso da Lei das XII Tábuas, cuja base soava não apenas com o rigorismo, mas também um formalismo rígido baseado na economia agrária. Era mais aritmético do que equânime.

Não perde o princípio a sua condição de cânone moral e social. Ele apenas se adapta ao avanço dos homens.

O desenvolvimento histórico da sociedade passa a ser um componente imprescindível para a legitimação contextual dos princípios. Passando pelos grandes momentos históricos, como o período romano, a Idade Média, tanto a alta como a baixa, a Idade Moderna com o seu racionalismo, o período positivista a partir do século XIX, e o pós-positivismo contemporâneo, em linhas gerais, temos que observar a constância de pensar que os princípios sempre permearam as sociedades, trazendo os seus valores morais e culturais necessários para que os cidadãos pudessem, nas relações humanas e jurídicas, harmonizar os resultados como bens maiores. Liberdade, dignidade, propriedade, enfim, valores agregados os seres humanos, servem como elementos abstratos maiores que colocam em discussão e apreciação todo o arcabouço jurídico de uma sociedade.

Na realidade, os princípios sempre fundamentaram uma sociedade. Para as sociedades ocidentais, estas que mais são estudadas pelo nosso ordenamento por conta da identidade cultural, o papel do princípio sistematicamente levou em conta o resultado legitimamente válido, apoiando-se para qualquer decisão obtida, como numa relação jurídica, ou meramente social, mas sempre em nome de uma harmonia.

A composição da família, por exemplo, na antiga Grécia agregava a figura do escravo como *res*, e nem por isso tal condição era agressiva aos costumes da época. Ter o escravo presente envolvia a condição do trabalho doméstico, entre outros. Os próprios filósofos trabalhavam abordando a sua legitimidade. Assim, como dizer que o comportamento à época era injusto se havia a validade da escravatura? Que princípios construíam a cadeia social? Portanto, os princípios amoldam-se ao momento vivido, por serem uma expressão de valor próprio.

A consciência trazida pelo ser humano, refletindo a condição humana como essencial para a vida, faz nascer o pensamento universalizador de alguns princípios. O homem, desde o momento em que passou a racionalizar a própria vida, assim



como as relações intersubjetivas, viu-se num contexto de validade apenas e a partir de condições específicas de legitimação.

Um princípio nasce, pois, da vontade humana para determinados fatos e circunstâncias, servindo como ponto de apoio para a construção de leis e regras. Historicamente, assim sempre foi pensado quanto ao assunto, materializando-se enunciados genéricos para a orientação e condicionamento de compreensões para o mundo jurídico, especificamente.

Sendo um referencial de valor, a sua construção nasce de anseios sociais voltados para o mundo jurídico.

### 4.3 PRINCÍPIO E REALIDADE SOCIAL

Para Norberto Bobbio, os princípios gerais são normas fundamentais dentro de um sistema mediante dois argumentos válidos. O primeiro surge a partir do procedimento de generalização sucessiva e, segundo, para caráter regulatório.<sup>104</sup>

Certamente aqui a ideia é de princípios gerais, ou seja, todos aqueles capazes de regular atividades que talvez não tenham uma regra explícita, mas que admitam uma reflexão específica socialmente aceita.

A partir deste ponto é possível entender que os princípios apresentam para a sociedade os seus imperativos determinantes, como forma de pacificar eventuais litígios ou dissensos sociais. Se, por evidência, o Direito tem, entre outros elementos, a bilateralidade-atributiva, ou seja, uma proporção intersubjetiva em função da qual os sujeitos envolvidos dentro de uma relação ficam autorizados a

---

<sup>104</sup> Nesse sentido explica o autor: “Os princípios gerais, a meu ver, são apenas normas fundamentais ou normas generalíssimas do sistema. O nome ‘princípios’ induz a erro, de tal forma que é antiga questão entre os juristas saber se os princípios gerais são normas. Para mim não resta dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E essa é também a tese sustentada pelo estudioso que se ocupou mais amplamente do problema, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: em primeiro lugar, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, mediante um procedimento de generalização sucessiva, não há motivo para que eles também não sejam normas: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função pela qual são extraídos e usados é igual àquela realizada por todas as normas, ou seja, a função de regular um caso. Com que objetivo são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas então servem ao mesmo objetivo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?” (BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 297-298).

exigir, pretender ou fazer garantidamente algo<sup>105</sup>, mister que as relações ocorram envolvendo não apenas o específico interlocutor, mas também terceiros. Trata-se de uma interação intersubjetiva. Nesse diapasão, os valores agregados por uma sociedade revelam-se fundamentais que aos juízos de valores emergidos. A condição social é fundamental, inclusive diante da forma que o indivíduo se apresenta.

Os princípios têm um papel preponderante dentro de uma sociedade, pois refletem sobremaneira a realidade que permeia qualquer relação. Cultura, religião, economia, política, artes, enfim, os diversos campos em que o homem se insere de forma intersubjetiva compõem a “matéria-prima” para a dicção de um princípio formador de valores. O respeito à religião do cidadão, por exemplo. Dispõe o art. 5º, VI, da Constituição da República, que “é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.” Tal princípio que envolve a liberdade religiosa é secular em relação ao ser humano. Nas antigas civilizações, os membros de uma comunidade apoiavam-se nas crenças religiosas, politeístas ou monoteístas, como uma maneira de transcender a materialização da vida, alcançando o seu campo espiritual. Com o respeito criado, a religiosidade passou a ser um direito do ser humano, dentro de sua livre escolha para algumas sociedades, encerrando na manifestação legislativa de ratificação e proteção de tais valores. O princípio apontado reflete o alcance espiritual de cada cidadão de uma nação. Ademais, há uma reciprocidade entre os membros, e os demais cidadãos compreendem, na medida da possibilidade racional, que o seu semelhante professa uma crença, às vezes, distinta da sua, mas nem por isso há o desprezo e nem a intolerância, ou pelo menos não deveria haver.

A realidade social envolvendo religiosidade torna-se um mecanismo de inserção e adequação de valores agregados em direção ao campo espiritual. Mas não apenas neste campo visualizamos princípios. Numa sociedade multifacetária e globalizada, os cânones surgem como forma de dimensionamento social e tolerâncias recíprocas, ainda mais que há um indefectível estreitamento das sociedades e nações, ensejando num temor de que as apontadas tolerâncias não possam subsistir às aflições pessoais das diferenças culturais que emergem.

---

<sup>105</sup> Conforme ensinamento de REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 50-52.

Encontrar o ponto de apoio dentro de uma sociedade já é difícil. Imaginemos então se houver interação de relacionamentos com outras culturas. A realidade permite a construção de um novo valor agregador.

Zygmunt Bauman preocupou-se em estudar as relações sociais num mundo pós-moderno, considerando de seus medos e anseios. Dentre os trabalhos, refletiu o autor a respeito de uma cultura num mundo globalizado, afirmando que o direito a ser diferente deve ser respeitado, principalmente como referência de proteção aos direitos humanos.<sup>106</sup>

Evidentemente que os princípios também se apoiam no comunitarismo, cujo caráter macro permeia o discurso de validade das referidas relações, opondo-se, de alguma forma, ao liberalismo individualista. Aquele nasce como expressão de participação, mesmo que se afirme que o resultado leve a um engessamento das relações humanas. De qualquer modo, adaptar-se num meio social requer uma certa renúncia da liberdade em prol de um conjunto final e acabado.<sup>107</sup>

Escrever um princípio requer, acima de tudo, um compromisso com a realidade social aspirada pela sociedade. Por isso é que se admite uma visão comunitarista por intermédio dos seus membros. O papel do Estado, entre outros, concentra-se na atividade de regras, comportamentos e relações. A Constituição da República materializa esta pretensão. E quanto aos princípios nela inseridos, estes

---

<sup>106</sup> Afirma o autor num determinado momento: “A nova tradução da ideia de direitos humanos desmonta hierarquias e destroça a imagem de ‘evolução cultural progressiva’. Formas de vida flutuam, se encontram, se chocam, se aferram umas às outras, fundem-se ou se afastam e se separam com igual gravidade específica (para usar uma imagem de Georg Simmel). Hierarquias firmas, imperturbáveis, e linhas evolucionárias são substituídas por verdadeiros campos de batalha de exigências e contraexigências, pedidos de reconhecimento e resistência a esses reconhecimentos. No melhor dos casos, as batalhas terminam com outra hierarquia social frágil, divisível e eminentemente renegociável, assim como a ordem que ela veio substituir (temporariamente). (BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo moderno líquido**. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011. p. 184.)

<sup>107</sup> Quanto a este tópico, Zygmunt Bauman manifesta-se sobre o comunitarismo e a liberdade humana, num verdadeiro círculo de projeções para o mundo do ser, do estar e do encontrar, afirmando: “O comunitarismo não é um remédio para as falhas inerentes do liberalismo. A contradição entre eles é genuína e não há ginástica filosófica que possa saná-la. Tanto o comunitarismo quanto o liberalismo são projeções de sonhos nascidos da contradição real inerente à difícil situação dos indivíduos autônomos. Cada uma é apenas uma projeção unilateral que, a bem da própria coerência, tende a atenuar o fato de que nenhuma das virtudes da difícil situação do indivíduo pode sobreviver à eliminação de seus infortúnios. Em todas as circunstâncias, a vida do indivíduo autônomo não pode deixar de ser atravessada entre os dois extremos igualmente sem atrativos, e essa travessia requer que a liberdade seja aceita juntamente com os riscos que acarreta. Passar ao largo da tentação de sacrificar a liberdade em nome da condição livre de riscos é toda a possibilidade de vida significativa e dignificada que os indivíduos humanos podem sensatamente esperar, por mais que os filósofos façam para impedi-los de encarar essa verdade.” (BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 245.)

repousam no ideal social, pelo qual a realidade passa a ter um aspecto não apenas material, mas também procedimental, ou seja, apresentar as possíveis relações humanas e suas formas de concretização. Com isso, evitamos os medos que eventualmente possam surgir por não alcançarmos um estado democrático de vida em sociedade. Bauman reafirma que ao Estado cabe trabalhar com a democracia participativa, inclusive por conta da administração dos medos que porventura possam existir num núcleo social.<sup>108</sup>

Portanto, a realidade necessária para a formação dos princípios é aquela vista não apenas de forma aparente, mas, principalmente, surgidas no contexto implícito de valores agregados pelos meios em que vivemos, subdividindo-se os pensamentos em tantos assuntos suficientes para desencadear uma racionalidade coletiva. Do princípio da dignidade humana, por exemplo, é possível variarmos para o da busca da felicidade ou do mínimo existencial. E somente a partir de componentes axiológicos sociais de visão globalizada é que, não apenas os administradores, mas também a sociedade como um todo, poderemos falar no nascimento de um princípio garantidor da ideologia constitucional reinante, a ponto de ensejar no contesto variante da legalidade e da legitimidade. Somente com o alcance destas duas visões é que haverá o preenchimento pleno de uma sistema reinante.

#### 4.4 PRINCÍPIO E ESTRUTURA

Um princípio surge diante do acordo de vontades expressas ou tácitas para um determinado grupo social. Às vezes, esse mesmo princípio já se encontra dentro de um sistema estrutural maior do qual os homens participam, como, por exemplo, o direito à vida. Este bem supera qualquer construção meramente acadêmica. Havendo reflexão quanto ao surgimento de valores inseparáveis da simples condição humana, o ser humano, diante da reflexão que se apresenta, busca

---

<sup>108</sup> Conforme lição em BAUMAN, Zigmunt. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007. p. 61-76. A presente reflexão neste texto escrito envolve a responsabilidade do Estado em controlar os nossos medos mediante uma participação política efetiva.

comandos gerais e aplicados em várias situações de vida, porém, com caráter de validade.

Assim, o princípio estrutura-se com algo fundamental para um determinado assunto, como o princípio da boa-fé nas relações contratuais. Quer-se, com isso, validar as cláusulas lançadas pelas partes, mediante as suas estruturas permitem que exista um marco inicial de compromisso. Aquele contrato passa a ter validade não apenas porque foi elaborado diante das regras específicas para o direito das obrigações, mas também porque foi escrito voltado para o compromisso ético de moral de cumprimento dentro de uma relação bilateral-atributiva.<sup>109</sup>

Somente a dimensão estruturante do referido princípio daria um corpo mais sólido para as relações intersubjetivas.

E os princípios de direito, para serem escritos, circulam por entre o pensamento político filosófico, sendo que aqui usamos a expressão “político” para representar o dimensionamento de valor para o qual, pela comunicação humana, os valores coletivos de estrutura comum e usual se apresentam como medidas de serviços públicos, de atividades abstratas e de institutos de execução para atividades essenciais. Os princípios estruturantes para os serviços públicos, por exemplo, encabeçam um pensamento de moralidade e eficiência. Somente com a construção de uma estrutura de regra, para um segundo momento, é possível falar na aplicação e no uso de um sistema válido. Medidas administrativas de concessão de serviços específicos, como o transporte, apoiam-se em dimensões de utilidade e reciprocidade. O administrador, nesse diapasão, somente executa uma atividade se o comando principiológico basilar corresponder a um núcleo de valor aceito não apenas pela legalidade, mas, principalmente, pela legitimidade, ambas traçadas pela Constituição Federal.

---

<sup>109</sup> Tal elemento estruturante do Direito foi apresentado anteriormente na lição de Miguel Reale. Todavia, Antonio Bento Betioli retoma o assunto e fraciona referido conceito, ao apontar a existência de quatro elementos, a saber: relação intersubjetiva, proporção objetiva, exigibilidade e garantia. Com isso, o cumprimento das relações humanas na seara jurídica aponta para a respectiva validade, sendo que somente o Direito poderia permitir e funcionar a contento. Neste sentido: BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. Lições de Propedêutica Jurídica Tridimensional. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 48-50.

Esse castelo é erguido a partir dos princípios filosóficos do direito político moderno, na expressão de Simone Goyard-Fabre<sup>110</sup>, que resume toda a estrutura válida para que, na sequência, os princípios estruturantes do Direito e, em especial, da teoria constitucional aplicada à Lei Maior, sejam erguidos. A consciência coletiva da legitimidade por atividades públicas torna válido o espírito do direito moderno, mediante as exigências transcendentais da razão jurídica assim definidas pela autora:

Toda legislação positiva repousa em princípios imutáveis e categóricos cuja autoridade suprema tem a elevação e a universalidade das exigências práticas expressas pelo imperativo categórico da razão. Se, portanto, a evolução dos conceitos do direito político é indispensável ao longo dos desenvolvimentos da história e da cultura, a idealidade pura na qual se enraízam os princípios da modernidade jurídica – autonomia do direito, ordem pública, soberania, autoridade, legalidade, legitimidade, equilíbrio e moderação dos poderes, igualdade e liberdade – constitui, no plano do universal, o núcleo inabalável de sua validade normativa.<sup>111</sup>

É fato que a estrutura de um princípio passa pela validade construtiva do Estado como representante popular. Os homens desenvolvem a capacidade de raciocínio específica para cada ato ou fato da vida humana.

Estruturá-los na Constituição Federal requer uma axiologia própria entre causa e efeito; entre objetivo e resultado; entre valor e legitimidade. Somente com princípios básicos escreve-se uma ordem própria. A partir disso, os demais princípios devem ter uma composição estruturante quanto aos objetivos, refletindo o dia a dia de uma sociedade.

---

<sup>110</sup> Conforme GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 498-500 A própria autora resume a sua obra na contracapa do referido livro, ao dizer que: “A fim de atender ao projeto de pensar filosoficamente os princípios fundamentais e organizacionais que, no direito político moderno, tornam inteligíveis o seu sentido, sua validade e sua eficiência, nós nos basearemos não apenas no direito público positivo tal como foi edificado a partir do século XVI, mas também na doutrina que, de J. Bodin a Carl Schmitt, os juriconsultos elaboraram, bem como nas obras dos filósofos que, de Maquiavel a J. Habermas ou a R. Dworkin, propuseram uma hermenêutica da ordem jurídico-política. Depois de examinarmos, numa primeira parte, a questão *da natureza e dos princípios do Poder* tais como manifestados por sua emergência e seu exercício no espaço jurídico-político da modernidade, nós nos indagaremos, numa segunda parte, sobre *as figuras do direito político no Estado*, lugar por excelência da política moderna. Nossa terceira parte será consagrada à *crise do direito político moderno* no mundo contemporâneo e aos ensinamentos filosóficos que dela se podem extrair.”

<sup>111</sup> Ibid., p. 500.

#### 4.5 PRINCÍPIO E FINALIDADE

O fim pretendido pelo Direito pode ser entendido como o alcance da paz social ou da harmonia dos membros de uma sociedade. Para Rudolf Ihering, estamos diante de uma luta moralmente justa.<sup>112</sup>

Se há essa luta, então os princípios basilares surgem também como dimensão finalística, ou teleológica.

É bem verdade que os princípios emanam um comportamento de validade do sistema jurídico, ao ditarem os parâmetros aceitos pela sociedade. Desde o momento em que o legislador transforma fatos sociais em regras jurídicas, a sua base de construção e projeção permeia nos valores agregados pelos homens ao longo da história.

Somente haverá legitimidade, se escrevermos o ordenamento com base nas vontades sociais, abstratas e genéricas, num primeiro momento, e específicas e concretas, num segundo momento. Ou seja, partimos do campo do abstrato legislativo para o concreto dentro das relações humanas.

Finalidade soa como busca de resultado. Os princípios, como participantes do sistema jurídico, ecoam nas vozes sociais desde o momento em que o homem procurou respostas de como viver de forma coletiva, mesmo que dentro das mais primitivas sociedades.

Porém, quando a estrutura do Direito toma vulto diante da aquiescência social, cujo papel fica bem delineado pelo legislador, é preciso que a estrutura de integridade do princípio ofereça subsídio para o cidadão compreender o quão valioso são os cânones de verificação, validade e legitimidade do sistema.

Ronald Dworkin, ao retratar o pragmatismo e a personificação da totalidade do Direito como um todo, aborda o papel da integridade na formação do corpo jurídico, passando da equidade para a justiça e desta para o Direito, ao afirmar:

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma

---

<sup>112</sup> Vale citar: IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 27-34 Busca o autor mostrar que o Direito é um produto social, centrando as mudanças daquele com as necessidades da sociedade. E a luta permitida é a partir de um dever ético.

comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância as decisões de seu legislativo sejam reconhecidas pelo resto do direito.<sup>113</sup>

E que importância tem isso para os princípios e suas finalidades? Tem a importância para a mesma medida que se dá a um corpo jurídico quando é elaborado: suas causas, seus motivos, suas relevâncias sociais e suas aplicabilidades no mundo coletivo. A tarefa do legislador passa obrigatoriamente pela construção normativa diante de valores trazidos pelas sociedades. Se o nosso direito nacional revela o respeito ao casamento monogâmico, por exemplo, é porque isso foi construído ao longo de séculos por valores não apenas sociais, mas também religiosos, diante da nossa história católica inicialmente. O mesmo não se pode exigir de alguns países muçulmanos e africanos, onde a prática da poligamia é, na mesma proporção, cultural.

Seja na legislação, seja no julgamento, segundo o autor norte-americano, mister que tenhamos uma integridade mais práticas por meio dos seus princípios basilares: princípio da integridade na legislação, pedindo aos que criam o Direito por legislação que mantenham coerente este quanto aos princípios formadores; e o princípio da integridade no julgamento, determinando aos julgadores que observem o que seja a lei, decidindo sob esta única perspectiva.<sup>114</sup>

Para que possamos entender a finalidade em si quanto aos princípios, tomemos como exemplo recente julgamento ocorrido no Supremo Tribunal Federal envolvendo a validade ou não da união homoafetiva dentro do sistema jurídico brasileiro. Foram propostas duas ações para discutir o assunto: a ADPF 132 e a ADIn 4277. Em ambas, o relator, Ministro Ayres Brito, invocando princípios fundamentais, afirmou que é válida a união entre pessoas do mesmo sexo, eis que a nossa Constituição da República não repudia tal conduta diante da interpretação sistemática que faz para definir o alcance dos direitos fundamentais dos cidadãos.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 203.

<sup>114</sup> Id.

<sup>115</sup> Importante transcrever a ementa na sua extensão, como forma de bem explicitar o contido e a sua ideologia permeadora: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE



DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub iudice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, *verbis*: “Os direitos

O caráter axiológico preponderou na decisão propriamente dita, mesmo com a presença de muitas vozes destoantes, principalmente no meio religioso. De qualquer sorte, sob a óptica da finalidade buscada na construção do princípio, no caso concreto, o resultado foi precedido de um minucioso debate da extensão quanto às expressões utilizadas não apenas pela Lei Maior e pelo Código Civil brasileiro, mas também pela formação dos núcleos familiares brasileiros.

Já o caráter imperativo nesse julgamento adotado orbitou envolvendo, entre outras coisas, o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como a busca da felicidade. E a construção do pensamento jurídico resultou de valores morais e sociais agregados à sociedade brasileira, não se podendo afirmar que o Supremo Tribunal Federal tenha voltado às costas para valores religiosos, por exemplo.

O que se fez na presente questão foi a ponderação de valores principiológicos, o que será objeto de estudo posteriormente. Os princípios formadores da sociedade e mantidos dentro da atual conjuntura foram primordiais para o resultado. E é possível ainda acrescentar que o mesmo resultado obtido ainda foi fruto da historicidade presente na sociedade brasileira, sob o viés evolutivo. Os tempos são outros, permitindo-se a adoção de situações talvez não aceitas no passado, mas cristalinamente presentes nos dias atuais. Mais do que a mera concepção naturalista de preservação da espécie, o que preponderou na situação foram outros princípios consagradores da validade e do respeito ao ser humano, como sujeito de direitos e deveres.

---

e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001).

O Direito, portanto, não poderia simplesmente fechar os olhos para realidades patentes no dia a dia da sociedade. É a construção do sistema apoiado em princípios correlatos à busca da felicidade e respeito humanos. Princípio e finalidade encontram-se imantados, pois aquele aponta para este de forma não apenas jurídica, mas, acima de tudo, jurídica. É a função da estrutura do Direito.<sup>116</sup>

Portanto, buscar a finalidade, não apenas numa visão teleológica de Ihering, mas principalmente pela nova hermenêutica, passa a ser um imperativo categórico, parafraseando Kant, como forma de vincular o resultado às diretrizes traçadas pelos princípios formadores do Direito.

Mesmo que não tenham conteúdo determinado para um resultado específico, como as regras, por exemplo, nem assim deixa de haver um compromisso. É o pensamento de Robert Alexy, que afirma serem os princípios mandatos de otimização, cumprindo o papel programático, ao mencionar:

Los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino solo *prima facie*. Del hecho de que un principio valga para un caso no se infiere que lo que el principio exige para este caso valga como resultado definitivo. Los principios

---

<sup>116</sup> É de se observar que reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça já havia julgado situações semelhantes com base em violação às leis federais e aos tratados, ou ainda a negativa das suas vigências. Vale, pois, trazer à baila o voto paradigmático feito pela Ministra Nancy Andrighi, no Recurso Especial n.º 1.026.981, julgado em 04/02/2010, servindo como inspiração para as decisões posteriores, transcrevendo as seguintes passagens do voto: "(...) O Direito não regula sentimentos, mas define as relações com base neles geradas, o que não permite que a própria norma, que veda a discriminação de qualquer ordem, seja revestida de conteúdo discriminatório. O núcleo do sistema jurídico deve, portanto, muito mais garantir liberdades do que impor limitações na esfera pessoal dos seres humanos. (...) Especificamente quanto ao tema em foco, é de ser atribuída normatividade idêntica à da união estável ao relacionamento afetivo entre pessoas do mesmo sexo, com os efeitos jurídicos daí derivados, evitando-se que, por conta do preconceito, sejam suprimidos direitos fundamentais das pessoas envolvidas. (...) A quebra de paradigmas do Direito de Família tem como traço forte a valorização do afeto e das relações surgidas da sua livre manifestação, colocando à margem do sistema a antiga postura meramente patrimonialista ou ainda aquela voltada apenas ao intuito de procriação da entidade familiar. Hoje, muito mais visibilidade alcançam as relações afetivas, sejam entre pessoas de mesmo sexo, sejam entre o homem e a mulher, pela comunhão de vida e de interesses, pela reciprocidade zelosa entre os seus integrantes. (...) Deve o juiz, nessa evolução de mentalidade, permanecer atento às manifestações de intolerância ou de repulsa que possam porventura se revelar em face das minorias, cabendo-lhe exercitar raciocínios de ponderação e apaziguamento de possíveis espíritos em conflito. (...) A inserção das relações de afeto entre pessoas do mesmo sexo no Direito de Família, com o conseqüente reconhecimento dessas uniões como entidades familiares, deve vir acompanhada da firme observância dos **princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da autodeterminação, da intimidade, da não-discriminação, da solidariedade e da busca da felicidade**, respeitando-se, acima de tudo, o reconhecimento do direito personalíssimo à orientação sexual. (...) **Com as diretrizes interpretativas fixadas pelos princípios gerais de direito** e por meio do emprego da analogia para suprir a lacuna da lei, legitimada está juridicamente a união de afeto entre pessoas do mesmo sexo, para que sejam colhidos no mundo jurídico os relevantes efeitos de situações consolidadas e há tempos à espera do olhar atento do Poder Judiciário." (grifo nosso)

presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas. El principio no determina como ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta. Por ello, los principios carecen de contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas.<sup>117</sup>

Ainda assim haverá a finalidade escrita diretamente ou abstratamente quanto aos resultados a serem alcançados pelo sistema jurídico.

Com isso é possível adotar o pensamento de Ronald Dworkin sobre a importância dos princípios como finalidade para o Direito, diferenciando-os das políticas ou ainda das regras. Enquanto os primeiros são padrões de comportamento a serem observados, as políticas conceituam-se como um objetivo a ser alcançado, em geral como melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade. Já as regras são ordens específicas e regradoras de comportamentos estanques.<sup>118</sup> Portanto, não se quer aqui trazer o aprofundamento dos referidos doutrinadores (Alexy e Dworkin), mas apenas constatar a importância dos princípios para o sistema do Direito, em que o Estado, quando da sua formação, preocupou-se em escrever a sua respectiva Constituição da República inserindo princípios norteadores, além de outros formadores da própria estrutura constitucional, como veremos a seguir.

Para fecharmos o pensamento quanto à finalidade, interessante a proposta de Rafael Hernández Marín quando estuda os princípios gerais de direito numa introdução à teoria da norma jurídica, propondo que os referidos princípios possuem uma natureza jurídica de serem quase conceitos e quase proposições, na medida em que são normas sem disposições que possam expressar algo, mas apenas uma orientação.<sup>119</sup> E pelo seu raciocínio, não há uma lista de princípios de forma especificada, haja vista o grau de indeterminação que podem ter, mas que nem por isso deixam de ter validade dentro do sistema jurídico. Ou seja, a finalidade ainda podem ser alcançada mediante um grau de valor dado aos princípios admitidos e utilizados pelo homem dentro do seu contexto social. Afirma o autor:

La situación es, así, que nadie (ni el legislador, ni los juristas que comentan los textos legales) se atreve a ofrecer una lista exhaustiva de los PGD. Y la

<sup>117</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos...** p. 99.

<sup>118</sup> Neste sentido: DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36-46.

<sup>119</sup> Vale observar: MARÍN, Rafael Hernández. **Introducción a la teoría de la norma jurídica**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2002. p.102.

consecuencia de ello es, diciéndolo en términos convencionales, que el concepto de principios generales del Derecho es un concepto indeterminado: nadie sabe con certeza todo lo que incluye y todo lo que excluye.<sup>120</sup>

O exame em profusão para a aplicação dos princípios passa pelos estandartes utilizados pelo homem ao longo de sua história.

#### 4.6 DOS PRINCÍPIOS ESPECIFICAMENTE CONSTITUCIONAIS

Trazemos este nome para identificar a composição dos princípios próprios que envolvem a forma de se interpretar uma Constituição, além de dar subsídio necessário para que todo o ordenamento infraconstitucional siga as suas diretrizes.

Não necessariamente queremos fugir do objetivo maior da análise quanto aos princípios. O que se coloca aqui é que alguns deles formam o núcleo interpretativo da Constituição, enquanto outros estão imanentes no sistema, como até agora mencionados. Falar em vida, liberdade, privacidade, dignidade, etc., envolve um compromisso com a questão geral, ou seja, mandatos de otimização na visão de Robert Alexy mencionado anteriormente, onde servem de diretrizes especificadoras de comportamentos válidos para as relações jurídicas e sociais dos seres humanos.

O que se propõe agora é observar alguns princípios que englobam a forma de se ver e interpretar uma Constituição. São argumentos, sem gradações ou limites, para a solução dos problemas de interpretação, conforme afirmado por Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco.<sup>121</sup>

---

<sup>120</sup> Ibid., p. 104.

<sup>121</sup> Em obra envolvendo Direito Constitucional, os autores abordam alguns princípios chamados de interpretativos para a Constituição, o que difere dos princípios gerais de direito, estes como cânones a serem seguidos pelo ser humano nas suas mais variadas relações sociais. Para entendermos aqueles, segue a seguinte passagem: “Nesse sentido, com apoio em Böckenförde, deve-se esclarecer, desde logo, que esses princípios não têm caráter normativo, o que significa dizer que eles não encerram interpretações de antemão obrigatórias, valendo apenas como simples tópicos ou pontos de vistas interpretativos, que se manejam como argumentos – sem gradação, nem limite – para a solução dos problemas de interpretação, mas que não nos habilitam, enquanto tais, nem a valorar nem a eleger os que devam ser utilizados em dada situação hermenêutica. É o mesmo que ocorre, por exemplo, na tópica jurídica, em que a falta de um critério para orientar a escolha entre os *topoi* em discussão é apontada, por todos os seus críticos, inclusive pelos mais cautelosos, como uma das carências básicas dessa suposta hermenêutica.” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 111).

Mas os princípios têm o caráter aberto de valores não apenas sob a óptica racional da Lei Maior, mas também pelos sentimentos que envolvem as pessoas e a sociedade em geral, ou seja, valores imanes para o pleno desenvolvimento do cidadão.

Para Walter Claudius Rothemburg, ignorar o sentimento que se prega para os princípios seria o mesmo que “desconsiderar a importância simbólica da constituição e seu significado histórico enquanto projeção de expectativas da comunidade.”<sup>122</sup> Alcança-se, pois, o princípio não apenas pela razão, mas também pela emoção. E se a Constituição da República espelha o caráter unívoco da legitimidade social, os princípios que ela apresenta, não apenas os programáticos, mas também os interpretativos para a própria Lei Maior, servem de apoio incondicional para o desempenho das atividades do setor público.

Por isso que André Ramos Tavares denomina de “os valores na constituição” os princípios que formam sua espinha dorsal.<sup>123</sup> O caráter imperativo que apresenta a Carta Magna pressupõe que todos os princípios ali inseridos correspondem a um ideal, mesmo que originalmente retórico, de compromissos com as políticas públicas. E referidos princípios são valores basilares propostos pelo legislador constituinte em termos de validade no mundo do Direito, mesmo não havendo consenso de um número específico daqueles no contexto jurídico. Assim, o referido autor ratifica que eles (princípios) são basilares para que se escreva uma Constituição:

É preciso, contudo, esclarecer que, embora não haja um consenso em torno da noção de princípios gerais do Direito como princípios constitucionais, e menos ainda quanto ao seu exato conteúdo, a verdade é que os valores supremos estão incrustados nesses princípios gerais de Direito, como visto, embora não haja, é certo, consenso em torno de sua enumeração. Contudo, não apenas os princípios gerais de Direito que perfazem os chamados “preceitos constitucionais fundamentais”. Estes, como já sublinhado, são tanto princípios como regras, todos, contudo, marcados pela nota da

---

<sup>122</sup> ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. tir. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003. p. 65.

<sup>123</sup> Basta observar a sua afirmativa na obra envolvendo o assunto, quando assegura, especificamente que: “Toda Constituição é composta por um sistema de normas, tal como o restante do ordenamento. Sublinhe-se, neste ponto, que se trata de um sistema normativo em toda a sua extensão, já que se apresenta composto por normas dotadas, sem nenhuma exceção, da necessária imperatividade.” (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 107).

fundamentalidade, que é encontrada por referência a esses valores supremos. Daí a importância de sua análise.<sup>124</sup>

Essa perspectiva principiológica traz-nos uma noção de projeção constitucional, na medida em que enseja na construção de uma cadeia válida para as normas constitucionais, ultrapassando o plano formal para o plano real. Quer-se com isso dizer que os princípios formadores da Lei Maior encontram-se presentes de forma explícita e implícita no sistema constitucional, construindo o caráter formal, para depois passar, quanto à segunda fase, para o elemento real, ou seja, a aplicação no mundo efetivo do ser e do dever-ser.

É como fora dito anteriormente, ou seja, há uma projeção constitucional de natureza cultural e social, o que permite entender que existe uma legitimação para o regime em si adotado pelo Estado em função das pessoas alcançadas.

Isso é afirmado por Sérgio Sérulo da Cunha, apontando para a estrutura constitucional projetando-se para fora de si mesma e então agindo como uma edificação do governo e da sociedade.<sup>125</sup>

Não obstante o caráter normativo dos princípios em geral, ao falarmos de princípios constitucionais, nós nos remetemos ao caráter programático que isto representa para o corpo da Lei Maior. E aqui nos remetemos à perspectiva de programa, ou seja, a indicação normativa a ser seguida como referencial na busca efetividade.

Jorge Miranda afirma que os princípios, primeiramente, possuem uma ação mediata, funcionando como critérios interpretativos, além da própria integração do sistema, uma vez que a coerência geral surge nesta perspectiva.<sup>126</sup> E continua, ao dizer que, num segundo momento, eles servem de construção e qualificação, estruturando o próprio sistema constitucional.<sup>127</sup>

Por fim, exercem uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, por possuírem uma forma expansiva, com um peso próprio de evolução para os fins

---

<sup>124</sup> Ibid., p. 117.

<sup>125</sup> Conforme CUNHA, Sérgio Sérulo da. **Fundamentos de Direito Constitucional**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 301. Interessante a seguinte passagem: “Tanto os princípios metaconstitucionais quanto os princípios intencionais, ao modelar o governo e a sociedade, constroem o corpo pulsante, o corpo vivo da Constituição, de cuja instauração o corpo textual só vale como instrumento. A vida da Constituição é uma tensão entre a tendência de aplicá-la e a resistência posta em detê-la, entre o que a efetiva e o que lhe atrasa, prejudica ou contraria a projeção.”

<sup>126</sup> Nota-se na sua obra constitucional: MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Introdução à Teoria da Constituição**. Tomo II. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1988. p. 199.

<sup>127</sup> Ibid., p. 200.

interpretativos. Por conta disso, devem conter novas formulações e normatizações que mais se aproximem da ideia central de Direito inspirador da Constituição.<sup>128</sup>

Ora, com toda essa perspectiva, os princípios que comandam a ideia de Constituição servem de apoio formal para o legislador, principalmente o infraconstitucional, pois suas formulações legislativas devem se adaptar aos anseios abstratos da coletividade, transportando as inspirações do imaginário em inspirações reais e com efetividade. Por isso eles não são homogêneos, abarcando todos os vieses da vida social.

Para o mesmo autor lusitano, as categorias existentes para os princípios constitucionais são três: axiológicos fundamentais, políticos constitucionais e constitucionais instrumentais.<sup>129</sup>

Em cada um dos princípios há uma conexão com a realidade, não havendo necessidade de aparecerem explicitamente, bastando uma indução efetiva.

O plano jurídico tem, entre outras missões, o alcance à eficácia do princípio, na medida em que traz a intenção como alcance maior, ao passo que o consenso social, quando direcionado à análise da legalidade e da legitimidade de certo comando, deve levar à sua efetividade.<sup>130</sup> São momentos correlatos e necessários dentro da sua estrutura nuclear.

---

<sup>128</sup> Id.

<sup>129</sup> Notemos que Jorge Miranda preocupa-se em preencher todas as situações possíveis de enquadramento de textos normativos com maior ou menor grau de comunicações e contato entre os diversos elementos. Assim afirma: 1) *princípios axiológicos fundamentais* – correspondentes aos limites transcendentais do poder constituinte, ponte de passagem do Direito natural para o Direito positivo. (...) 2) *Princípios político-constitucionais* – correspondentes aos limites imanentes do poder constituinte, aos limites específicos da revisão constitucional, próprios e impróprios e aos princípios conexos ou derivados de uns e de outros, os quais reflectem, como o nome indica, as grandes marcas e direcções caracterizadoras de cada Constituição material diante das demais, ou sejam, as grandes opções e princípios de cada regime. (...) 3) *Princípios constitucionais instrumentais* – correspondentes à estruturação do sistema constitucional, em termos de racionalidade e operacionalidade; princípios fundamentalmente *constitutivos* (na linha de DUGUIT) que, embora vindos do Estado constitucional ou de Direito, hoje adquiriram uma relativa neutralidade a ponto de poderem encontra-se um pouco por toda parte (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Introdução à Teoria da Constituição...** p. 202-203). Para cada um desses princípios, Jorge Miranda traz exemplos reais, sendo, para os primeiros, a proibição de discriminações, integridade moral e física das pessoas, não retroatividade da lei penal; para os segundos, princípio democrático, representativo, separação dos poderes; e para os terceiros, proporcionalidade, publicidade, tipicidade etc.

<sup>130</sup> Para fins didáticos, necessário que se esclareça sobre a diferença envolvendo expressões próximas utilizadas pela Administração Pública, mas que apresentam conteúdos diversos: eficiência, eficácia e efetividade. Para a primeira, devemos entender como a capacidade do administrador em realizar tarefas da melhor maneira possível, agindo de tal forma que a sua execução atue na busca de um primado de qualidade. Para a segunda, trata-se de um trabalho desenvolvido para se alcançar o melhor resultado. Se para a eficiência estamos buscando um meio, aqui o que se espera é o resultado em si. Por fim, para a terceira, o que se afere é se os resultados de uma determinada ação



Portanto, ao se trabalhar com princípios constitucionalmente válidos para um sistema, nós devemos observar que eles servem como um ponto de partida juridicamente válido, mas, diante de eventuais aberturas conceituais, o preenchimento adequado de valor deve ser dado pelo legislador, administrador, ou juiz, não significando, contudo, que haja uma liberalidade interpretativa muito extensa. Pelo contrário. Os princípios, como valores abstratos e gerais, devem ser seguidos quanto ao comando programático indicado, ou seja, a sua existência a partir daquilo a que se propõe. Ainda existe um campo de valor, mas direcionado ao fim almejado pelo respectivo princípio.

Todos os princípios, segundo Canotilho, têm um grau de abstração (relativamente elevados); um grau de determinabilidade (sendo vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras dos agentes públicos); um caráter de fundamentabilidade (normas de natureza estruturante ou com um papel totalmente fundamental no ordenamento jurídico, haja vista a condição hierárquica imposta); uma proximidade da ideia de direito (sendo *standarts* juridicamente vinculantes e radicados na exigência da justiça); e natureza normogenética (sendo fundamentos das regras).<sup>131</sup>

E nessa perspectiva, tais comandos atingem as estruturas não apenas do Direito em si, mas também, e principalmente, no contexto ontológico da sociedade, servindo como parâmetro para a dimensão dos mais variados segmentos da vida.

Para o mesmo doutrinador, estamos diante de normas jurídicas impositivas de uma otimização, “compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos.”<sup>132</sup> Assim, a carga constitucional presente alcança uma tipologia própria dentro do sistema universalizado e adotado pelo Estado como sujeito de controle e regramento da sociedade.

E nessa linha doutrinária, mais uma vez Canotilho sinaliza para uma tipologia de princípios próprios de aplicação dentro da Lei Maior em prol de seus cidadãos. Chama-os, numa estrutura de formatação quadrante do Direito constitucional, dentro de quatro categorias, a saber: princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos

---

administrativa trazem ou não benefícios à sociedade. Poderíamos, ainda, dizer que a efetividade é o alcance do que se obtém com a eficiência e a eficácia.

<sup>131</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional...** p. 1.160-1.161.

<sup>132</sup> *Ibid.*, p. 1.161.

constitucionalmente conformadores, princípios constitucionais impositivos e princípios-garantia.<sup>133</sup>

Pela sua distribuição, Canotilho aponta para o preenchimento, por meio dos princípios, de todos dos segmentos da vida humana, nas suas relações sociais e nas relações com o meio.

Assim, e conforme afirmado anteriormente, a proposta é denotar que os princípios espelham a realidade social e são vividos através dos olhos não apenas do observador, mas também do participante. Com isso, seus contornos surgem diante das necessidades primárias e secundárias humanas. Iniciamos com princípios estruturantes de uma sociedade (por exemplo, princípios do Estado de direito, democrático e republicano), passando pelos princípios constitucionais gerais (por exemplo, legalidade da administração e da vinculação do legislador aos direitos fundamentais), para depois alcançarmos os princípios constitucionais especiais (exemplificando, liberdade de propaganda, soberania da vontade popular etc.), muito embora seja possível o questionamento a respeito da soberania popular como fundamento para os princípios do Estado e de Direito e democrático. De momento, porém, não nos cabe um questionamento filosófico desta magnitude, cuja proposta, por ora, é apenas apontar a visão do mestre lusitano a respeito do assunto. Por tal classificação interna de princípios, Canotilho busca harmonizar o sistema em si e para si.<sup>134</sup>

O universo a se trabalhar mostra que os princípios exprimem não apenas um comando meramente programático. São também essenciais na construção das regras e das regulamentações específicas para o meio social.

---

<sup>133</sup> Importante a definição para cada um dos princípios, conforme o autor: “Consideram-se princípios jurídicos fundamentais os *princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional*. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo. (...) Designam-se por princípios politicamente conformadores os *princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte*. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição. (...) Nos princípios constitucionais impositivos *subsumem-se todos os princípios que impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas*. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados. (...) Há outros princípios que visam instituir directa e imediatamente uma *garantia* aos cidadãos. É-lhes atribuída uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. (...) como se disse, estes princípios traduzem-se no estabelecimento directo de garantias para os cidadãos e daí que os autores lhes chamem ‘princípios em forma de norma jurídica’ (Larenz) e considerem o legislador estreitamente vinculado na sua aplicação.” (Ibid., p. 1.165-1.167).

<sup>134</sup> Ibid., p. 1.173-1.175.

Por essa visão estruturante fica clara a concepção de que estamos diante de uma necessidade premente de cumprimento constitucional das políticas públicas, por exemplo, fazendo com que os agentes públicos reflitam a respeito das atividades a serem desempenhadas em toda extensão possível, atualizando os valores marcados como ideal.

Assim, é possível trazer o ensinamento de Romeu Felipe Bacellar Filho quanto às características funcionais dos princípios constitucionais, alcançando-lhe o patamar reflexivo e ideológico de validade e eficácia dentro do sistema constitucional:

Os princípios atuam como critério interpretativo e integrativo do texto constitucional. Nem seria legítimo falar em sistema constitucional sem admitir tal funcionalidade. Afinal, sistema é mais do que conjunto de normas: é conjunto qualificado pelo inter-relacionamento e ordenação. Por consequência, através dos princípios, as regras constitucionais são costuradas um às outras para formar um sistema constitucional.<sup>135</sup>

Não há como refletir sobre outra conduta dos princípios constitucionais senão aquela em que as diretrizes traçadas por uma e para uma sociedade se espelham no modelo harmônico criado entre os cidadãos. As tensões e os conflitos podem ser dissipados na medida em que buscamos um ideal ético e fundamental de valores centrados no homem como sujeito de direitos. Se há tensões, estas devem ser dissipadas mediante uma política pública de reforço em favor da ordem constitucional. Assim, o patamar a ser alcançado pelo restante do corpo normativo (mormente as normas infraconstitucionais) repousa no caráter ético e igualitário entre os cidadãos vinculados à coletividade.

Por conta disso, Konrad Hesse conclui seu trabalho envolvendo a força normativa da Constituição de forma a procurar validar a harmonia entre corpo jurídico e sociedade. Assim dispõe:

Não se deve esperar que as tensões entre ordenação constitucional e realidade política e social venham a deflagrar sério conflito. Não se poderia, todavia, prever o desfecho de tal embate, uma vez que os pressupostos asseguradores da força normativa da Constituição não foram plenamente satisfeitos. A resposta á indagação sobre se o futuro do nosso Estado é uma questão de poder ou um problema jurídico depende da preservação e do fortalecimento da força normativa da Constituição, bem como de seu

---

<sup>135</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 153.

pressuposto fundamental, a vontade da Constituição. Essa tarefa foi confiada a todos nós.<sup>136</sup>

Uma Constituição deve, pois, refletir vontades, sentimentos e regulamentações de uma nação, normatizando vários contextos sociais, dando ênfase aos valores intrínsecos e extrínsecos do ser humano, este sim verdadeiro destinatário das normas em sentido lato senso.

Escrever uma Constituição requer não apenas uma positivação estrita, como se a imposição pura e simplesmente justificasse qualquer resultado. Pelo contrário. É preciso deitar-se sobre as origens das necessidades e dos avanços a serem percebidos pela ideologia de momento, eis que vivemos constantemente imersos em contextos axiológicos. A sociedade avança e, no mesmo passo, devem avançar os comandos normativos.

---

<sup>136</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa...** p. 32.

## 5 DECISÃO ADMINISTRATIVA PELO PODER PÚBLICO

A consideração que se faz no presente capítulo se sujeita a uma reflexão real e apropriada envolvendo a emanção, a execução e o resultado a ser pretendido pelos atos realizados pela Administração Pública no sentido lato senso, ou seja, o que se quer refletir relaciona-se com a perspectiva de que os atos emanados pelo administrador ou ainda pelo magistrado, como referenciais de poder e aplicabilidade do Direito como ferramenta de harmonia social, nada mais são do que materialização de comportamentos jurídico e socialmente válidos a partir dos indicativos constitucionais. Guardados os devidos alcances, seja pelo administrador, seja pelo magistrado, seja ainda pelo legislador, os atos realizados têm direta ligação com as diretrizes constitucionais, não se tratando de construções vagas e arbitrárias. Cabe ao administrador a execução de tarefas relacionadas com a sociedade, enquanto ao magistrado cabe praticar atos com contorno de juridicidade. Por fim, ao legislador cabe construir normativamente os comandos de validade de uma sociedade. Porém, todos se revelam criados a partir de uma estrutura não apenas de legalidade, mas também de decisão. E para estes, a dimensão constitucional é imperativa. Aqueles princípios formadores emanam um direcionamento não somente no campo teórico, mas efetivamente prático, ou seja, diante de cada célula constitucionalmente válida e escrita pelo constituinte como representante de vontades gerais e abstratas, a sociedade necessita que as execuções e os controles sejam escritos e cumpridos pelos legisladores, administradores e julgadores, onde cada um orbita na sua respectiva dimensão.

A partir das leis criadas pelos seus legisladores, no seu sentido estrito senso, ou então dos princípios formadores da produção normativa, tanto o administrador como o magistrado estão vinculados aos referenciais de valor. Baseando-se na construção piramidal de Kelsen, a Lei Maior regula a elaboração infraconstitucional, o que Gustavo Binbenbojm chama de “forma de produção”<sup>137</sup>. Não nos referimos

---

<sup>137</sup> Nesse sentido: BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 140. Conforme o autor: “A Constituição estabelece, assim, o *processo* pelo qual as leis serão produzidas e, eventualmente, o *conteúdo* que haverão de ostentar. O mesmo fenômeno acontece entre as leis e as sentenças judiciais ou os atos administrativos, numa relação de determinação ou vinculação. Essa relação de determinação, entretanto, nunca é completa – quem o afirma é o próprio Kelsen –, pois a norma de escalação superior não pode vincular em todas as direções e sob todos os aspectos o ato

diretamente ao processo legislativo, pois este, além de não ser objeto específico de estudo, também não se coloca como elemento final de aplicação do Direito, que somente ocorre mediante a teoria da decisão, seja ela administrativa ou judicial, muito embora com maior evidência acadêmica na segunda hipótese. Porém, o que nos preocupamos de momento é com o referencial executório do administrador.

Não se quer aqui considerar que todo ato emanado pelo Poder Público seja eminentemente vinculado.<sup>138</sup> Pelo contrário. Sempre haverá espaço para a tradicional discricionariedade.<sup>139</sup> Todavia, é possível afirmar sobre a vinculação do ato do Poder Público, em especial o administrativo, para com o sistema jurídico, em especial a Constituição da República. Trata-se, pois, de uma discricionariedade “vinculada” a uma diretriz constitucional.

Se a autoridade, independentemente do Poder a que se encontre vinculada, deve emanar atos relacionados à sua atividade pelo prisma constitucional elaborado em prol do sistema social, este somente pode ocorrer se todas as etapas de construções foram alcançadas. Em outras palavras: cabe ao agente, quando da elaboração do ato, observar os comandos constitucionais e direcioná-los para o bem social, aqui entendido o cidadão isoladamente ou ainda um grupo social.

Portanto, a perspectiva que ora se apresenta significa um estudo e aprofundamento daqueles comandos feitos pelos agentes dentro de suas funções, cuja construção reflete um procedimental voltado não apenas para sua legalidade, mas, principalmente, para a legitimidade como fundamento maior de validade. Dentro das realizações estruturais, o cidadão espera que o administrador, em primeiro lugar, realize condutas voltadas para atos válidos sob o enfoque

---

através do qual é aplicada, seja ele uma lei, um ato administrativo ou uma decisão judicial.” (p. 140-141).

<sup>138</sup> Importante, sob o ponto de vista acadêmico, conceituarmos ato administrativo vinculado, alcançando, assim, uma melhor compreensão quanto à proposta que surge neste momento. Para tanto, fazemos por empréstimos a definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que assim se apresenta, após discorrer sobre os poderes regrados a que a Administração Pública se submete: “No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 212).

<sup>139</sup> Quanto à discricionariedade, Di Pietro assim leciona: “Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.” (Id.).

administrativo. Num segundo momento, se não ocorre o resultado esperado pelo administrado, este pode se socorrer ao Poder Judiciário, cujas decisões proferidas pelos seus membros agora se colocam como mecanismos de proteção pela Carta Maior quanto aos direitos invocados, mas, por uma aparência inicial, não respeitados por aquele administrador. Ora, é a aplicabilidade válida no plano de eficácia e efetividade dos direitos a serem garantidos.

Para isso, ao agente emanador do ato deve conferir-se não apenas a legalidade em si, mas também uma validade pelo preenchimento constitucional de representação e materialização do cargo desempenhado, em que o Estado legitima ao seu detentor as prerrogativas básicas e essenciais como uma extensão do braço da Administração Pública e do seu poder regulador.

É seu dever preencher a linha conformadora da harmonização social por meio de atos baseados nos comandos constitucionais. Desde a caracterização racional de Estado, passando pela sua construção normativa diante da Constituição Federal, o poder dado ao administrador representa um traço marcante de efetividade normativa.

Assim, ao agente público cabe o poder/dever de bem realizar as condutas descritas no conjunto normativo, sendo necessário, pois, entender como este (agente) é reconhecido e validado pela sociedade. Não basta legitimar-se por um eventual concurso público ou eleição democrática. É preciso que tenhamos o reconhecimento social pelo trabalho administrativo realizado. Haverá, então, uma aceitação real e efetiva.

## 5.1 DOS AGENTES PÚBLICOS

Importante neste momento dimensionar a participação daquele que se coloca como referencial da Administração Pública no sentido lato senso: o agente responsável pela realização de atos capazes de preencher as regras de controle estatal, segundo que cada um desempenha a atividade específica em si e com destinação pública própria.<sup>140</sup>

---

<sup>140</sup> Conforme lição de ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 276. De acordo com o autor, “todo aquele que, de alguma forma, sob qualquer categoria ou título jurídico, desempenho função ou atribuição considerada pelo Poder Público como a

O serviço público exige um funcionamento diário, contínuo e eficaz. As dimensões procuradas pelos seus membros, eleitos ou não pelo cidadão, recorrem à validade do ato em qualquer nível ou estrutura institucional.

Desde o momento em que o Estado brasileiro adotou o sistema tripartido de instituições (Executivo, Legislativo e Judiciário), cada um dos seus representantes desempenha uma função vital para a estrutura daquele mesmo Estado, em que o alcance social passa a ser a marca registrada em termos de valores ofertados pela Lei Maior.

Hoje é possível falar em agente público diante da nova perspectiva de Administração Pública válida por força de um Estado reconhecido de forma legal e legítima.

E esse agente circula por entre as noções de Administração e governo, sendo aquela um conjunto orgânico de atividades e entes, enquanto este repousa na noção conceitual de atividade política, mediante programas e propostas de políticas públicas. Interessa-nos sobremaneira o alcance deste último como ordenador de ideias básicas de atos que possam dar à sociedade as respostas possíveis de resultados válidos, como, por exemplo, saneamento, educação, segurança etc., e não se pode perder a diferenciação cabível entre ambas as hipóteses, conforme ensinamento de Odete Medauar, que se preocupa com o resultado válido para Administração Pública em sentido amplo.<sup>141</sup>

O que se quer, pois, é alcançar o contexto real do ato praticado pelo agente na esfera de políticas públicas, em que a sua formação deve passar obrigatoriamente por estágios evolutivos. O resultado a ser encontrado deve, por

---

si pertinente, seja em virtude de relação de trabalho (estatutária ou não), seja em razão de relação contratual, encargo público ou qualquer outra forma de função de natureza pública, será, enquanto a desempenhar, um agente público.”

<sup>141</sup> Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 51. Destaca-se a seguinte passagem: “Mas, em geral, mostra-se difícil a fixação de fronteiras rígidas entre governo e Administração. Na época contemporânea, aumentou a importância da atividade administrativa na dinâmica do Estado, e uma das conseqüências disso é a participação de servidores (isto é, da chamada burocracia) em atividades que seriam típicas de governo, tais como fixação do conteúdo de projetos de lei, fixação do teor de regulamentos e decretos, apresentação de propostas que se transformam em realização concreta ou ato normativo. Além do mais, no Brasil coexistem, no vértice do Poder Executivo, funções governamentais e funções administrativas, o que dificulta também a nítida separação de ambas. Na prática da atuação do Executivo ocorre, m geral, um emaranhado de governo e Administração, o que, segundo alguns, permite evitar um governo puramente político e uma Administração puramente burocrática.”



óbvio, responder aos anseios do cidadão, como, por exemplo, o alcance dos direitos fundamentais.

O Estado, por intermédio dos seus agentes, não deve esgotar-se em si mesmo. Pelo contrário. O referencial de valores coloca-se no patamar de respeitar “o outro”, aqui numa clara exposição de alteridade. Não há o seu caráter individualista, como ocorria no absolutismo monárquico, em que o rei confundia-se com o próprio Estado. Dentro de um momento ideológico contemporâneo, o Estado assume um papel decisivo de proteção aos direitos individuais e sociais, e suas fórmulas e valores devem ultrapassar o mero legalismo estatal e ser um paradigma de responsabilidade social.

Esses agentes representam o que Marçal Justen Filho chama de “personalização do direito administrativo”, ou seja, o reconhecimento de valores inerentes ao homem e, enquanto protegidos pelo Estado, que devem ser respeitados para o alcance da felicidade social.<sup>142</sup>

O contexto buscado pelo agente público em nome do Estado reclama a ideia de repensar a discricionariedade pura, baseada na concepção de clássica de conveniência, retomando a expectativa lançada na presente reflexão de uma discricionariedade “vinculada” a um comando normatizado constitucionalmente. Mais uma vez, a lição de Marçal Justen preconiza:

Não se admite que os titulares do poder político legitimem suas decisões invocando meramente a “*conveniência*” do interesse público e produzindo, concretamente, o sacrifício do valor fundamental (direitos fundamentais das minorias, por exemplo). O núcleo do direito administrativo não é o poder (e suas conveniências, mas a realização dos direitos fundamentais. Qualquer invocação genérica ao “interesse público” deve ser repudiada como incompatível com o Estado Democrático de Direito.<sup>143</sup>

O alcance fundamental que se dá aos agentes públicos refere-se aos encargos impostos pelo Estado como responsável pela harmonização das relações sociais. Segundo o autor, essa personalização quer superar os conceitos meramente técnicos, como as normas impostas pela Administração Pública,

---

<sup>142</sup> Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 46. Vale a seguinte passagem: “A personalização do direito administrativo propicia reconhecer que a administração pública não é um valor em si mesma. Também aqui a diretriz primeira é a democracia e o respeito aos direitos fundamentais. A atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pela realização desses valores, inclusive (e especialmente) quando se trata de interesses de minorias.”

<sup>143</sup> Id.

alcançando, num segundo momento, a prevalência do enfoque ético, reconhecendo-se, como consequência, a supremacia dos direitos fundamentais, além de consagrarmos os procedimentos democráticos de formação e também manifestação da vontade estatal.<sup>144</sup>

São as visões contemporâneas para um novo Estado que surge diante do comportamento dialético que se espera do Poder Público. As categorias sociais apresentadas em favor do administrado formam um referencial de validade administrativa. E o procedimental dialético, em que a sociedade pode e deve ser ouvida, serve como parâmetro para a realização de atividades administrativas evidentemente aceitas quanto ao seu resultado.

Nessa tendência de modernização do Direito Administrativo, envolvendo, conseqüentemente, os agentes públicos, não se pode deixar de observar a efetiva construção por meio da Constituição da República, com a adoção de novos princípios formadores do Estado Democrático de Direito. Um país neoliberal e preocupado com as relações multifacetárias da globalização, incluindo aqui tanto políticas internas quanto as externas, necessita de uma correspondente aceitação social. As reformas que ainda estão por vir certamente devem acrescentar uma melhor participação dos agentes públicos, cujo preparo não deve ser meramente técnico, mas principalmente humanístico.

O alargamento de princípios, de economicidade, de novas estruturas etc., enfim, são elementos marcantes para o Direito Administrativo do século XXI, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que economia e administração devem ser focos centrais.<sup>145</sup>

Dentro de um sistema legal e legítimo, o agente público realiza todo e qualquer ato voltado para o seu resultado, cuja construção deve passar por um processo seletivo de validade.

---

<sup>144</sup> Ibid., p. 47.

<sup>145</sup> Nesse sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 27.

## 5.2 ATOS POLÍTICOS

Os atos políticos, ou seja, aqueles escritos pelos agentes sob forma de construção do próprio ato do Estado, eis que especialmente concebidos pelo seu poder soberano, colocam-se num patamar de decisão política e escolhas sociais.

Originando-se academicamente no Conselho de Estado Francês dentro de um contencioso que escapava do controle judicial,<sup>146</sup> os atos políticos escreviam um programa próprio de governo e com autonomia executória. Diferenciam-se dos atos administrativos, pois aqueles têm a missão de dirigir um país, uma nação, com aberturas de políticas internas e com relações plúrimas e intersubjetivas externas. Enquanto o ato administrativo cumpre rigorosamente os ditames legais em sentido estrito, os atos políticos buscam a satisfação da sociedade sob o viés de estrutura propriamente política.

Há, pois, uma função governamental. Como exemplo, podemos citar a constituição de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, com função precípua de analisar atos praticados por outros agentes em desarmonia com o sistema constitucional. Esta CPI, assim comumente conhecida, tem a sua constituição a partir de um ato político, cujo resultado também o será. Porém, sua criação, aplicação, execução e conclusão têm contorno político sob a esfera da Carta Magna, que, por essa razão, acaba vinculando os seus membros quanto ao procedimento e ao resultado. O que aqui se afirma é sobre a possibilidade conceitual de admitir o ato político como uma espécie de ato administrativo executório, mas relacionado efetivamente aos comandos constitucionais, não se separando da sua estrutura de validade. É possível apenas questionarmos sobre o eventual controle deste ato político pelo Poder Judiciário, em que a resposta não é unânime e nem definitiva, haja vista que é possível admitir este controle a todo e qualquer ato.

A perspectiva que se coloca presente nos atos políticos significa uma dimensão de margem própria da Administração Pública em realizar condutas que dizem respeito a sua estrutura interna como poder específico de atividade pública. As escolhas das atividades a serem desenvolvidas pelo Estado por intermédio de seus agentes encerram-se numa dimensão axiológica de conduta própria pautadas

---

<sup>146</sup> Nesse sentido: DIEZ, Manuel Maria. **El Acto Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1961. p. 509-511.

em escolhas de menor ou maior importância; de menor ou maior dimensão; e de menor ou maior eficácia política. Quando o agente escolhe um modelo de atividade, ele acaba por fundamentar sua escolha através de um comando político socialmente válido. Políticas econômicas de elevação ou diminuição de juros, além de ter a realização de um ato administrativo propriamente dito, são antes analisadas sob o prisma político, pois o agente, ou os agentes, em nome de uma “política pública”, escolhe as específicas esferas de poder sobre a dimensão de atuação e legitimidade.

Nesse ponto, os resultados são considerados políticos em nome de uma sociedade que usufruirá, em tese, dos seus frutos. Porém, não pode haver abuso específico dentro do ato político, sob pena de reapreciação pelo Poder Judiciário, quando aquele violar os preceitos constitucionais, mormente os direitos fundamentais.

Isso porque o ato emanado pela autoridade, mesmo sendo de ordem política, possui a necessidade de respeito à ordem constitucional surgida e que passa a ter uma autoridade absoluta sobre todos os poderes constituídos, cujo controle corresponde à ideia de proteção e nada mais do que isso.

A título ilustrativo, existem precedentes da Suprema Corte sobre o controle de atos políticos quando eivados de vícios à Carta Magna, servindo como paradigma o Mandado de Segurança n.º 26.441 que teve como relator o Ministro Celso de Mello, julgado em 25/04/2007, cujo assunto tratado no referido *mandamus* revestia-se de controle judicial sobre a extinção de uma Comissão Parlamentar de Inquérito formada, à época, para investigar as causas, consequências e responsáveis pela crise do sistema de tráfego aéreo brasileiro. Para os impetrantes, o ato da Mesa da Câmara dos Deputados violava os direitos dos parlamentares em minoria que pretendiam a sua realização. Assim, o relator entendeu ser possível referido controle diante da violação caracterizada à Constituição Federal, visto que então o ato político não se apresentava autônomo na sua integralidade, mas sim vinculado a um comando maior, no caso, a nossa Constituição da República.<sup>147</sup>

---

<sup>147</sup> Vale a seguinte passagem do referido voto: “Delineia-se, nesse contexto, a irrecusável importância jurídico-institucional do Poder Judiciário, investido do gravíssimo encargo de fazer prevalecer a autoridade da Constituição e de preservar a força e o império das leis, impedindo, desse modo, que se subvertam as concepções que dão significado democrático ao Estado de Direito, em ordem a tornar essencialmente controláveis, por parte de juízes e Tribunais, os atos estatais que importem em transgressão a direitos, garantias e liberdades fundamentais assegurados pela Carta da República.” (Fl. 32). Interessante sua leitura na íntegra quanto à preliminar afastada, pois o relator discorre

É um exemplo de controle por vontade constitucional. O ato político é reservado, na sua maioria, para os membros dos poderes Executivo e Legislativo, mas com maior dimensão estrutural para o primeiro porque diz respeito à emissão de comandos voltados para um fim não apenas político, mas dentro do aspecto material de atividades públicas em prol da sociedade.

A sua formação depende da atividade em si e para si quanto aos atos voltados para o bom desempenho do papel público. Políticas internacionais e nacionais, sendo estas dentro de margens de execução sob o enfoque econômico, político e de infraestrutura, por exemplo, são elementos que caracterizam a “visão de mundo” dos administradores. Em atividade recente, o Estado brasileiro resolveu adotar o princípio da reciprocidade em relação aos cidadãos espanhóis que desejam ingressar no território nacional, determinando, junto aos agentes competentes, uma maior fiscalização na alfândega, deportando aqueles que, por critérios técnicos e discricionários, não atendem às nossas exigências legais. Isto foi feito por conta do tratamento que estava sendo dispensado aos brasileiros que chegavam àquele país, onde muitos eram deportados diariamente e de forma fria ou ríspida.

Se questionarmos o referido ato político emanado pelas autoridades brasileiras competentes, veremos que há, dentro de uma seara de cognição sumária, motivo suficiente para tal conduta, passando-se pelos diversos estágios de formação do ato administrativo. Todavia, o necessário fracionamento do ato em si nas suas várias etapas construtivas e procedimentais será apreciado em momento oportuno.

Agora, voltando ao tópico inicial, ou seja, o controle rígido de entrada de turistas estrangeiros no Brasil, denota-se que estamos diante de um ato político com estrutura específica de atividade fim em si mesma quanto ao respeito pretendido pelas autoridades. Sua submissão emerge apenas para e pela Constituição, mas há independência de criação distinta de origem pelo legislador. Por isso se chama de ato de governo ou ato político.

Para tanto, Manuel Maria Diez apresenta sua opinião quanto ao conceito e alcance de atos políticos:

---

envolvendo a construção de um sistema de controle não por opção do Poder Judiciário, mas sim porque a Carta Maior assim o quer diante da necessidade de proteção social, inclusive sob o viés político. Nenhum dos poderes está acima da Constituição ou das leis.

Si los actos políticos no necesitan autorización legislativa para producirse, es evidente que el órgano administrativo, al dictarlos, ejerce una potestad autónoma, que proviene de una fuente superior a las leyes. Por ello el órgano administrativo no se puede considerar bajo este aspecto como mero ejecutor de las leyes. La fuente superior donde proviene este poder de la administración es la Constitución. Este texto legal, al conferir al órgano administrativo la facultad de dictar los actos políticos, lo ha revelado de la obligación de esperar el impulso de los textos legislativos. Crea para el órgano administrativo una esfera de atribuciones que es precisamente la que le permite dictar los actos políticos. Resulta ser, de lo que antecede, que el órgano administrativo sube una grada en la pirámide jurídica al dictar el acto político y se coloca en situación similar a la del legislador.<sup>148</sup>

Há, assim, independência nas atividades do executor desses atos. Todavia, e repetimos, não é uma independência absoluta, mas sim vinculada aos comandos constitucionais de formação do ato em si. O que se quer é trabalhar dentro de um aspecto de discricionariedade, cujo patamar de validade e poder é diretamente ligado à Lei Maior.

Diante da afirmativa de respeito e vinculação à Constituição, é possível entender que o ato de governo ou político, em si, pode ser tratado como algo, na realidade, voltado a uma das dimensões apenas de ato administrativo, eis que se admite a revisão judicial como forma de controle.<sup>149</sup>

Considerando que esse tipo de ato é emanado como forma de termos um referencial válido dentro do sistema jurídico público, a perspectiva que se apresenta reitera a ideia de que a sua composição baseia-se, sim, numa atividade livre do administrador, eis que busca a atividade de políticas públicas como um todo. Porém, a partir da concepção de origem jurídica, todo e qualquer ato elaborado por esse mesmo administrador pode ser passível de questionamento quanto ao modo de criação e construção, visto que a validade repousa na perspectiva constitucional de validade, legalidade e, principalmente, legitimidade.

Assim, um ato político, na sua mais pura essência, não deixa de ser um ato jurídico, pois escrito dentro dos conformes estabelecidos pelo sistema legal, mormente a Constituição da República.

---

<sup>148</sup> DIEZ, Manuel Maria. Op. cit., p. 520.

<sup>149</sup> Conforme lições de GORDILLO, Agustin A. **El Acto Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969. p. 185-237. Em especial, o autor afirma que, na realidade, não há o ato de governo propriamente dito, principalmente na Argentina, pois aqueles são passíveis de controle pelo Poder Judiciário, o que os desnatura (p. 236).

Além de ser jurídico, ele tem um componente administrativo próprio, pois originário das permissividades legais em favor, principalmente, dos membros do Poder Executivo.

Odete Medaur, em rápida referência à sua existência, afirma que o ato político, ou ato de governo, realmente parece ser uma espécie de ato administrativo, mas com certa autonomia de identidade:

Melhor parece considerá-lo inserido no gênero ato administrativo, dotado de predominante aspecto político, vista a função governamental desempenhada pela Chefia do Executivo. É ato que expressa a função governamental, que é precipuamente política, por referir-se às diretrizes amplas para a vida da coletividade. Dentre suas características estão: a) provém da autoridade ou órgão mais elevado do Executivo, como Presidente da República, Governador, Prefeito; b) diz respeito, sobretudo, ao relacionamento com outros poderes (Legislativo e Judiciário), com outros países ou com organismos internacionais; c) refere-se a decisões de alto relevo para o País, o Estado-membro ou o Município.<sup>150</sup>

Por essa razão, ao falarmos de ato político ou de governo, o nosso referencial não deixa de ter um componente de validade administrativa, cuja construção vai ao encontro do que fora proposto neste trabalho até o momento, ou seja, um retorno à ideia de Estado a partir da vontade social, já que aquele exerce uma atividade voltada para garantir, aos cidadãos, um desenvolvimento natural e regular da vida em comum, certo que um ente maior torna-se responsável pela totalidade das atividades que digam respeito ao bom desempenho de nossas tarefas diárias, como saúde, educação, habitação, segurança etc.

E esse mesmo Estado somente se fortalece e garante o cumprimento das suas atividades mediante a construção de um comando normativo capaz de abranger todas aquelas atividades comuns aos seus subordinados e administrados. Cria-se, ou desenvolve-se, a sua Carta Magna como referência de valor político, social e jurídico, albergando as intenções sociais a partir dos seus constituintes, para que possam compor as ideias basilares de funcionamento de um corpo materializado pelas normas, por meio de princípios ou regras.

Na sequência, ao abordarmos princípios, o que se coloca como elemento axiológico é que tais referências surgem como uma validação dos cânones sociais. Os princípios são escritos, ou ainda se apresentam orbitando no mundo do Direito, como reflexões valorativas maiores, abertas e otimizadoras dos objetivos privados e

---

<sup>150</sup> MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 156.

públicos envolvendo Estado e cidadão como membros participantes da esfera de Nação.

Certamente que Constituição e Estado estão ligados pela disposição daquela em escrever as diretrizes determinantes, programáticas ou não, de atividade administrativa. Gustavo Binjenbojm, ao abordar sobre a validade do corpo normativo para encampar aquela atividade, afirma que é importante escrever uma Constituição com princípios e regras determinantes para que seus agentes possam desempenhar validamente os atos necessários aos melhores resultados úteis para a sociedade.<sup>151</sup>

Atos políticos, portanto, escrevem-se como diretrizes capazes de permitir ao Estado, representado pelos seus agentes, que desempenhe as atividades próprias em função do comando de valor numa esfera tão específica, mas nunca afastada por completo do que podemos pensar como ato administrativo no seu sentido lato senso, pois este último torna-se preponderante para que exista um campo de atuação da Administração Pública. As diretrizes expostas pelos princípios, e as suas maneiras mais produtivas e úteis para se estabelecerem, serão apreciadas mais à frente neste trabalho, mas como um reflexo questionador de como há um vínculo fortemente amarrado entre Constituição e ato administrativo, destinando ao administrador um papel vinculante quanto aos preceitos formados pela consciência política estrutural.

### 5.3 ATO ADMINISTRATIVO

O que nos preocupa aqui não é algo apenas no campo acadêmico, como se escrevêssemos as primeiras linhas fundantes de um manual ou mero programa basilar de Direito Administrativo. O que se coloca como relevante é como um ato administrativo deve ser escrito para que a sua estrutura possa validar toda a linha de continuidade, ou seja, que diretrizes devem ser traçadas para, não apenas a

---

<sup>151</sup> Conforme BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 37. Referida passagem é essencial: “Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira *Constituição administrativa*, que, por um processo de *autodeterminação constitucional*, se emancipou da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositio legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas. A Constituição, assim, deixa de ser mero programa político genérico à espera de concretização pelo legislador e passa a ser vista como norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa.”



validade, mas basicamente quando ao procedimental legitimador do ato ante os comandos constitucionais.

O ato administrativo repousa na configuração entre a conduta do Estado e o seu destinatário, podendo aqui ser o próprio Estado, ou ainda pessoas da sociedade (sejam físicas ou jurídicas), na qual aquele tem o contorno de relacionar atividade própria da Administração Pública mediante situações previstas em lei (princípio da legalidade), com objeto e características específicas. Por isso, Ruy Cirne Lima afirma basicamente que os atos administrativos “são os atos jurídicos praticados, segundo o Direito Administrativo, pelas pessoas administrativas.”<sup>152</sup> Há uma dimensão própria de quem os realiza e em função de para quem os realiza.

Sempre haverá a configuração que esse ato tem o feitiço público na sua essência.<sup>153</sup> É, assim, uma manifestação de vontade do Estado, havendo, pois, uma especialidade dentro dos atos jurídicos, já que os atos, em sentido geral, representam a manifestação de vontade de pessoas com capacidade para se relacionar, desde que preenchidos os requisitos impostos pela lei, ou então apenas não fazendo algo que seja proibido. Por isso é possível afirmar-se, basicamente, que os atos jurídicos são emanados dentro de uma vertente em se fazer algo não proibido, ao passo que o ato administrativo somente pode ser feito dentro daquilo que efetivamente é permitido (legalidade).

As relações jurídicas dentro da órbita administrativa valem-se da particularidade imposta pela lei com os seus critérios públicos e derogatórios do direito privado. A manifestação de vontade é um fim público em si mesmo em razão do interesse coletivo, e completa Odete Medauar sobre sua noção:

Na verdade, as decisões administrativas não são tomadas sob um enfoque particularizado, para produzir efeitos sobretudo entre partes; uma das características das decisões administrativas encontra-se na avaliação mais ampla dos interesses em confronto e no sentido de efeitos no todo, mesmo naquelas que, aparentemente, repercutem em âmbito restrito. Hoje se deve entender a “vontade”, que se exprime no ato administrativo, não como um fato psíquico, de caráter subjetivo, mas como um momento objetivo. É uma

---

<sup>152</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 217.

<sup>153</sup> Para tanto, Odete Medauar completa a afirmação: “O ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações com observância da legalidade. “ (MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 140).

das conseqüências do princípio da impessoalidade que norteia as atividades da Administração brasileira.<sup>154</sup>

O conjunto de elementos norteadores do ato administrativo ocorre por força legal, permitindo, pois, não apenas o alcance de legalidade, mas também, e conforme já dito anteriormente, de legitimidade, não bastando impor o ato, sendo necessário que o destinatário e o próprio sistema jurídico considerem o seu resultado como válido e eficaz. A legitimação, nesses casos, ocorre pelas vertentes material e procedimental, sendo que ambas serão estudadas mais à frente.

Devemos considerar, portanto, que o ato administrativo representa a primeira manifestação da vontade do Estado<sup>155</sup>, cujo ordenamento quer configurar ação e resultado.

Emitir uma ordem ou um comando administrativo requer não apenas a correlação legal, mas principalmente a validade daquilo que se realiza, repousando-se aqui a ideia de efetividade com eficácia. A subordinação à lei é inerente e fundamental, interligando-se com o resultado prático e em favor da sociedade como um componente globalizante e indissociável no que se refere à intersubjetividade Estado/cidadão, em que alguns elementos são absolutamente essenciais, na visão de Ruy Cirne Lima<sup>156</sup>: a) consideração da Declaração dos Direitos Fundamentais como ponto de partida; b) separação dos poderes, sendo que cada função é atribuída a um órgão particular; c) submissão ao princípio da legalidade como regra básica para os atos administrativos; d) presença de um poder de controle com natureza jurisdicional e de forma neutra; e e) fechamento de um círculo do Estado de Direito, preservando-se a sua estrutura normativa.

Um ato administrativo deve impor um comportamento de correlação entre o Direito de forma abstrata e geral para o resultado de forma direta e específica quanto ao destinatário, independentemente de ser um cidadão ou a sua coletividade. Quer-se com isso dizer que é possível que o ato administrativo alcance o indivíduo

---

<sup>154</sup> Ibid., p. 140-141.

<sup>155</sup> Nesse sentido LIMA, Ruy Cirne. Op. cit., p. 222-223, valendo a seguinte passagem: "A supremacia natural e lógica da Administração, em relação às demais funções do Estado, explica a posição preponderante que conservou durante um longo período da vida estatal. De um Estado autoritário, que se transforma progressivamente num Estado em que o Poder Executivo e a Administração passam a submeter-se à lei, um desenvolvimento constante progressivo se operou. A submissão do Executivo à lei somente vem a se concretizar com o advento do Estado de Direito. A atual Constituição Federal de 1988 foi a primeira a definir em nosso país um Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º)."

<sup>156</sup> Ibid., p. 223-224.

de forma específica, ou ainda uma parte da sociedade, como, neste último caso, a determinação para se construir uma creche ou um hospital em certa região da cidade. Não deixa de ser um ato administrativo, mas com alcance abstrato e geral. De qualquer modo, o ordenamento jurídico posto à disposição do administrador baseia-se na norma em abstrato, passando para o estágio seguinte da execução e finalizando com a conclusão e resultado útil. Há, pois, um regramento de Direito, eis que, conforme afirmado anteriormente, não se perde a noção quanto ao princípio da legalidade.

O ato administrativo acaba emanando uma força obrigatória, legitimando o agente, como revestido de capacidade, a realizar tudo aquilo que a Administração pode e deve fazer em prol da sociedade.

Por essa razão, Otto Mayer afirma que há com evidência uma força soberana para o ato administrativo:

El régimen del derecho (*Rechtsstaat*) se perfecciona en virtud del acto administrativo, el cual, con su fuerza obligatoria, está ubicado dentro de las relaciones a regular entre el Estado y el súbdito. Desconocido por las ideas que caracterizaban al régimen de policía, el acto administrativo, que no es ni una sentencia ni un acto de gestión, debe estudiarse en su naturaleza particular, si se desea comprender el derecho administrativo moderno, porque este derecho está dominado por él.<sup>157</sup>

O universo da Administração Pública necessita, portanto, da existência de atos administrativos aptos para a construção e materialização do Direito, saindo do campo teórico para emergir no campo prático.

Renato Alessi descreve que existem elementos essenciais envolvendo o ato administrativo, o que ele chama de “provvedimento amministrativo”.<sup>158</sup>

Assim, enumera a existência desses elementos essenciais da seguinte maneira:

Tali elementi essenziali sono pertanto i seguenti:  
1) che una *disposizione* effettivamente vi sia;

<sup>157</sup> MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Tomo I. Parte General. Trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. 125.

<sup>158</sup> Conforme ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo**: I soggetti Attivi e L'esplicazione della Funzione Amministrativa. v. I, 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978. p. 315. O autor define referido “provvedimento amministrativo”: “come la *disposizione* da una Autorità amministrativa come tale di un *potere* di natura e funzione *complementare*, promanante da una Autorità amministrativa come tale relativamente ad un rapporto del quale essa sia parte, per la realizzazione di un interesse pubblico concreto.”

- 2) che essa costituisca effettivamente, *in abstracto* e *in concreto*, la esplicazione di un potere giuridico pubblicistico, avente natura e funzione di potere *complementare*, nel senso che valga a dare operatività concreta a disposizioni primarie normative;
- 3) che la disposizione provenga dall'Autorità amministrativa *come tale* e *come parte* del rapporto rispetto al quale la disposizione stessa deve operare;
- 4) infine, che la disposizione sia diretta a realizzare interessi pubblici concreti.”<sup>159</sup>

De qualquer sorte, tal disposição doutrinária reveste de um pensamento específico, hipótese em que a maioria da doutrina ainda expõe cinco elementos básicos, também chamados como requisitos extrínsecos do ato administrativo, o que será trabalhado, mas sob a vertente de decisão como objetivo primordial.

#### 5.4 OS REQUISITOS EXTRÍNSECOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Dentro da configuração necessária para a validade do ato administrativo, não apenas no campo legal, mas principalmente, e com maior presença, no campo legitimador, o ato necessariamente apresenta um conjunto de “valores” próprios para externar, além do seu procedimental, o resultado que emerge da atividade relacionada à Administração Pública. Relacionam-se com a competência do administrador, com o objeto que o origina, com as formas previstas em lei, com o motivo que o leva a assim agir e com a finalidade buscada.

São os requisitos valorativos pensados não somente pela lei, mas também pela doutrina que o estuda.

Se afirmamos anteriormente que o ato administrativo é revestido, dentre outros, pelo princípio da legalidade, isso significa que todo o agente quando se vê envolto pela construção de um comando necessário para o desempenho das atividades afins da Administração Pública trabalha dentro de uma margem de validade, buscando, com isso, a perfeição, validade e eficiência quanto ao resultado e seus efeitos.

---

<sup>159</sup> Ibid., p. 315-316. Tradução livre: “Tais elementos essenciais são, portanto, os seguintes: 1) que uma disposição efetivamente exista; 2) que essa constitua efetivamente, em abstracto e em concreto, a explicação de um poder jurídico público, como essência e função de poder complementar, no senso que venha a dar operatividade concreta a disposições primárias normativas; 3) que a disposição provenha de Autoridade administrativa como tal e como parte do relatório a respeito de qual estado semelhante deva operar; 4) enfim, que a disposição seja direta a realizar interesses públicos concretos.”

Importante nesta parte do estudo que referidos requisitos sejam apreciados sob uma óptica construtivista amparada num procedimental de validade para o fim a que se propõe, ou seja, que observemos o ato da Administração como uma esfera real de valor e correlação envolvendo Estado e cidadão, ou ainda o ambiente social.

Mesmo sendo uma especificidade dos atos jurídicos, os atos administrativos aqui apresentados configuram-se como uma resposta pública para a construção de toda a atividade que envolve o Poder Estatal, ordenando-se a ideia de que aqueles requisitos acima indicados preliminarmente são essenciais e mostram-se como validadores em favor do administrador. Por esta razão, Diógenes Gasparini vê nestes atos a construção materializadora das atividades inerentes à Administração.<sup>160</sup>

O que se quer aqui, portanto, corresponde na observação do ato não apenas como uma mera materialização de uma atividade objetiva, mas, sobretudo, sob a óptica de valor referenciado pela construção de valor, ou seja, ver os seus elementos necessários mediante uma concepção de ideologia permeada na alteridade e na intersubjetividade.

Ver os elementos sob a óptica da alteridade significa que o administrador tem que cumprir exatamente o seu papel por meio do propósito que o sistema legal pretende, ensejando numa administração profícua.

Fujamos agora dos manuais de Direito Administrativo, que elencam os elementos do ato em si sob uma vertente meramente conceitual, para que sejam vistos sob o prisma aprofundado de construção em si.

O que emerge do ato realizado pelo administrador é o significado reflexivo em relação à sociedade, pois ela deve ser vista como a destinação apropriada de tudo aquilo pensado e refletivo pelo Poder Público.

---

<sup>160</sup> Nesse sentido: GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011. Destaca-se a seguinte passagem como referencial de validade dos atos administrativos: “Desse modo, são atos administrativos as prescrições unilaterais, concretas ou abstratas, enunciadas pelas autoridades legislativas, judiciárias, as emanadas das cortes de contas e as proferidas pelas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, sempre que observarem o regime jurídico aplicável a essa tipologia de atos da Administração Pública, além, obviamente, dos provimentos editados pela própria administração Pública que observarem idêntico regime jurídico” (p. 112).

#### 5.4.1 Competência do Agente

Como primeiro requisito, o ato administrativo somente pode ser emanado por aquele que detém, para o ato específico, competência sobre a matéria versada. É de se lembrar que o ato não surge espontaneamente, mas sim como um comando de validade de alguém.<sup>161</sup> Todavia, não basta haver a figura do agente. Ele deve ter capacidade para emaná-lo de forma válida dentro do mundo legal, cujas atribuições são previamente definidas por um sistema jurídico capaz de produzir os efeitos, por ora, abstratos, mas que posteriormente serão estabelecidos dentro de um universo próprio. O agente, assim, tem a obrigação de realizá-lo nos exatos termos da lei e sem lhe transferir a titularidade, apenas permitindo-se a delegação ou avocação. Também não se renuncia, haja vista que vinculado ao papel a ser desempenhado. Não se mostra modificável quanto à vontade do agente, pois limitado pelo ordenamento. Por fim, é imprescritível pelo seu titular, eis que emanado pela vontade do Estado mediante legislação específica.<sup>162</sup>

Temos, assim, uma concepção de que a competência é o primeiro dos requisitos de manifestação do ato administrativo, mas que não coloca o seu referido agente numa condição excepcional de supremacia ou total liberalidade. Na realidade, com a sua competência, o agente passa a desenvolver uma atividade própria da Administração, o que Lúcia Vale Figueiredo chama de “concretização da utilidade pública”.<sup>163</sup>

Essa competência é vista como elemento de segurança e garantia em favor do cidadão e da sociedade, uma vez que se permite visualizar sobre quem emite o ato e se realmente se encontra revestido da capacidade legal para tanto. É por isso que surge a afirmação de que a Administração somente pode fazer aquilo que a lei permite. É um resultado de validação prévia. Se o agente não tem capacidade própria, ou seja, incompetente para realizar o ato administrativo próprio, estamos diante de um vício de competência que pode ser corrigido pelas vias específicas, sejam elas administrativas ou judiciais.

---

<sup>161</sup> Ibid., p. 113.

<sup>162</sup> Ibid., p. 114.

<sup>163</sup> Nesse sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 200.

Não se perde, pois, a concepção de que o rigorismo para a sua elaboração nada mais é do que uma segurança proposta pela estrutura normativa desta atividade tão especial. O princípio da segurança jurídica aqui se faz presente, havendo necessidade primordial de reconhecimento pelo destinatário sobre a atividade realizada por aquele que detém um poder por simples definição legal.

Assim, a competência surge como um dos elementos extrínsecos do ato administrativo, pois permite que se confirme a respeito de sua validade dentro do mundo do Direito, ou seja, quem realmente tem capacidade para elaborá-lo dentro dos limites impostos pela legislação aplicável ao caso concreto. De consequência, a legitimação passa a ser também um referencial de valor agregado, já que admite, por parte do destinatário, a compreensão quanto ao ato concretizado.

Ademais, é de se observar que o sentido dado à concepção de agente não se refere apenas ao servidor numa vertente estrita, mas sim com o alcance e dimensão necessários também para pessoas jurídicas e órgãos, já que a ideia central é de capacidade.<sup>164</sup>

#### 5.4.2 Objeto do Ato Administrativo

Como segundo requisito, o objeto corresponde ao efeito jurídico imediato a ser produzido pelo respectivo ato. Se a sua estrutura corresponde a um ato jurídico, aqui na qualidade de gênero daquele, então o que se espera diante da sua produção é que disto decorra um efeito jurídico, seja pela sua edição, seja pelo resultado comportamental de modificação.

E essa modificação não se refere apenas quanto o ato em si produz resultados modificativos, como uma progressão funcional, por exemplo, mas também quando expõe uma perspectiva meramente declaratória, como um alvará de construção, para a qual previamente o administrado já reuniu a presença dos requisitos indispensáveis em prol do que espera. Importante, pois que se entenda

---

<sup>164</sup> Isso é observado nos ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando afirma que “a competência tem que ser considerada nesses três aspectos; em relação às pessoas jurídicas políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal; em relação aos órgãos e servidores, encontra-se nas leis.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 203.)

por modificação as consequências que ele (ato) traz para o mundo do direito, inclusive modificando em favor do destinatário a sua nova realidade fático/jurídica.

Dentro da estrutura esperada quanto à produção do ato administrativo, aqui partindo da concepção de que um ato jurídico deve ser emanado mediante o alcance das necessidades políticas, sociais, estruturais e administrativas, entre outras, o cidadão anseia que o Estado, e representado pelos seus agentes, cumpra o seu papel de desenvolver as atividades concernentes ao funcionamento da máquina estatal e dimensionada pela Constituição da República. Torna-se um elemento essencial o seu objeto, principalmente diante da produção de efeitos.<sup>165</sup>

Essa preocupação quanto ao resultado, ou seja, o envolvimento da Administração na elaboração de um ato que objetive algo, tem como referencial maior a licitude, a possibilidade e também o interesse público, este último, nas palavras de Edmir Netto de Araújo, impulsionando a manifestação da vontade do agente.<sup>166</sup>

Para Odete Medauar, o objeto, também chamado por muitos doutrinadores como conteúdo, reflete algo que ultrapassa a simples manifestação do seu efeito jurídico, abordando outros elementos importantes, tal qual a sua licitude pelo princípio da legalidade. Afirma também que o objeto deve ser moral e possível. A moralidade revela o seu caráter ético, ao passo que a possibilidade é a simples constatação de algo realizável.<sup>167</sup>

#### 5.4.3 A Forma Prevista em Lei

Desde o início do referido estudo, o aspecto da legalidade ficou muito marcante e em evidência quando o assunto se refere à vinculação do ato realizado

---

<sup>165</sup> Em corroboração, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma: “O importante, no entanto, é deixar claro que, para o ato administrativo, o que interessa é considerar o segundo aspecto, ou seja, a produção de efeitos jurídicos. Quando se parte da ideia de que o ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico e quanto se fala, em relação a este, de objeto como um dos elementos integrantes, nada impede, antes é aconselhável, que se utilize o mesmo vocábulo no direito administrativo.” (Op. cit., p. 206).

<sup>166</sup> Conforme ARAÚJO, Edmir Netto de. Op. cit., p. 478-479. Para o autor, o objeto “é a configuração de fato ou de direito imediatamente produzida pela declaração.”

<sup>167</sup> MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 142. Transcrevemos a seguinte passagem: “O objeto há de ser lícito, isto é, o resultado pretendido deve ser aceito pelo ordenamento, porque pautado na lei; *moral* – conforme a princípios éticos e a todas as regras de conduta extraídas da disciplina geral da Administração; *possível* – referente a algo realizável de fato e de direito.”



pela Administração Pública. Ou seja, somente por meio das normas expostas, o administrador realiza algo, uma vez que há a “autorização” para isto. Trata-se do respeito ao princípio norteador, uma vez que a lei diz como o Poder Público pode e deve agir.

Ter uma forma própria para a elaboração do ato reflete a efetiva concepção de que estamos diante de uma atividade específica a ser realizada pela Administração, em que o conteúdo legal serve como parâmetro balizador. A forma traz a moldura da tela jurídica e ao administrador compete, dentro dessa margem, “desenhar” o conteúdo do ato administrativo.

Adotemos a forma do ato administrativo como uma concepção ampla, a qual, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato.”<sup>168</sup>

Assim se considera porque é preciso compreender que a forma serve para revestir o ato não apenas da legalidade, mas também de validade<sup>169</sup>, pois certamente há o alcance do devido comando legal, permitindo-se ao administrado que entenda o ato como um elemento volitivo, mas também procedimental, ou seja, de que ele fora construído de uma maneira que permita haver uma equidade de bilateralidade envolvendo Administração Pública de um lado e o destinatário do outro, sendo que, na maioria das vezes, estamos diante do cidadão.

Porém, devemos destacar que a forma em si não significa um enrijecimento normativo, ou ainda um dogma absoluto. Pelo contrário. A forma, como requisito extrínseco, serve como garantia e segurança para a formação do ato, inclusive documentando-o.

Estamos, então, diante do revestimento exteriorizador do ato administrativo, assim chamado por Hely Lopes Meirelles<sup>170</sup>, para que tenha perfeição de resultado e possa ser contrastado com a lei. É de se lembrar que o Direito Público trabalha com a legalidade estrita, diferente do Direito Privado, em que a liberdade é regra,

---

<sup>168</sup> Conforme DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 207.

<sup>169</sup> Ibid., p. 208.

<sup>170</sup> Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 157.

desde que não viole comando normativo. Portanto, o ato administrativo precisa ter, além de outros elementos extrínsecos, a forma definida em lei.

E não devemos confundir com a formalização do ato administrativo, que aqui, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “é a específica maneira pela qual o ato deve ser externado”.<sup>171</sup>

O que se pretende, pois, com a forma do ato é moldá-lo de acordo com as diretrizes normativas atuantes sob determinada situação, sendo que a forma serve de estabilidade na sequência da realização dos referidos atos.

#### 5.4.4 O Motivo Balizador do Ato Administrativo

Outro elemento necessário para a efetividade do ato administrativo repousa no do motivo que levou o administrador a agir sob determinada maneira. Trata-se de uma situação fática ou ainda de direito que determina ou autoriza a sua realização.<sup>172</sup>

Não há uma concordância unânime a respeito do motivo como um elemento do ato administrativo; para alguns, a sua estrutura é externa ao próprio ato, isso no pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que ele é pressuposto de fato autorizador ou de exigência para a sua prática, sendo uma “situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive o antecede”.<sup>173</sup>

De qualquer sorte, o motivo deve ser entendido como um dos requisitos extrínsecos do ato administrativo, na medida em que decorre de previsão legal expressa, no caso das vinculações, ou então, dentro da legalidade, no patamar de discricionariedade do administrador, mas sempre por meio dos limites legais

---

<sup>171</sup> Conforme BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 411. E completa o autor: “A formalização, evidentemente, deve obedecer às exigências legais, de maneira a que o ato seja expressado tal como a lei impunha que fosse. Assim, como já se deixou dito, a *motivação do ato é importante requisito de sua formalização*.” (p. 412).

<sup>172</sup> Esse é o conceito dado por Hely Lopes Meirelles: “O *motivo* ou *causa* é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.” (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 158).

<sup>173</sup> Conforme BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 397.

impostos para todo ato público decorrente de vontade da Administração em praticar algo. Portanto, a ideia de situação de direito ou de fato descrita por Hely Lopes Meirelles para o motivo mostra-se totalmente relevante, uma vez que há a base legal para a sua emanção.

Dentro da proposta para o presente trabalho, o motivo torna-se mais relevante na medida em que justifica, ou pelo menos exprime vontade, a realidade da construção de um ato administrativo, porém apenas e tão somente na perspectiva buscada de que os princípios constitucionais amoldam o ato em si, desde a sua construção até o seu resultado final, passando, obrigatoriamente, pela argumentação. O procedimental adotado concretiza toda a estrutura válida.

Assim, para o administrador não basta afirmar que a normatização exprime o motivo diante da situação prevista, ou quando ausente aquela mediante a sua discricionariedade, mas baseado numa situação de concretude que somente pode ser feita por aquele primeiro. Se, por exemplo, a norma permite uma determinada construção em área específica, o administrador emite o alvará a pedido da parte, cujo motivo encontra-se prescrito em lei, ensejando no resultado prático, que é permitir ao administrado que construa diante da possibilidade jurídica. Se, porém, o administrador opta por construir um posto de saúde em atendimento à saúde pública, observando previamente a dotação orçamentária, o motivo aqui reside na necessidade de se atender à população necessitada, melhorando as condições de saúde. A lei não expressa detalhadamente o local e os parâmetros, mas permite ao administrador que o faça em nome da sociedade. Não se deixa aqui de termos um motivo. Este sempre existirá, pois, caso contrário, haverá vício no ato administrativo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, é preciso haver uma sintonia entre a normatização e as vontades públicas, com logicidade, racionalidade e interesse específicos.<sup>174</sup>

Exteriorizar o motivo leva ao seu reconhecimento não apenas legal, mas também, e principalmente, legítimo, na medida em que os destinatários diretos ou indiretos passam a ter conhecimento sobre os motivos que levaram o agente a agir daquela maneira.

---

<sup>174</sup> Assim se expressa o autor: “Vale dizer: prestantes serão os motivos que revelam pertinência lógica, adequação racional ao conteúdo do ato, ao lume do interesse prestigiado na lei aplicanda.” (Ibid., p. 397).

Surge a hipótese da motivação, que é diferente do motivo, pois aquela, alçada à condição de princípio por força da Lei n.º 9.784/1999, no seu art. 50, *caput*, obriga que os atos administrativos devam ser explicitados e expostos de forma específica e cristalina, vinculando, de consequência, o seu produtor quanto ao resultado a ser obtido. Trata-se da chamada “teoria dos motivos determinantes”, trazendo a obrigatoriedade da sua utilização, salvo nas hipóteses em que houver dispensa, como nas normas em que se permite a concessão de alvará apenas como preenchimento das regras concessivas. No mais, o administrador vincula-se ao motivo para a sua realização.

Hely Lopes Meirelles exemplifica a hipótese de desnecessidade de motivação para os casos dispensa de um servidor exonerável *ad nutum*. Todavia, se forem dados motivos para a sua realização, então nesta hipótese o administrador se sujeita à demonstração inequívoca do ocorrido para validar o respectivo ato administrativo.<sup>175</sup>

De qualquer sorte, o motivo mostra-se essencial para a elaboração do ato administrativo, sendo necessária a sua presença como fator determinante da maneira de agir do administrador. O que se visualiza é quanto à importância envolvendo este requisito, indo ao encontro da pretensão que ora repousa neste trabalho, uma vez que ao representante do Poder Público não é dado trabalhar com a produção da atividade administrativa de forma totalmente autônoma, mas sim dentro de balizas incorporadas pelas metas e programas elencados pelo comando maior trazido pela Carta Magna, em que os princípios especificam o modo de agir e também quais seriam as perspectivas sociojurídicas efetivamente indispensáveis para a confecção do ato administrativo e a sua essência.

#### 5.4.5 A Finalidade como Meta Final

Conforme afirmado por Marçal Justen Filho é muito comum a confusão conceitual entre motivo e finalidade do ato administrativo. Enquanto aquele é causa,

---

<sup>175</sup> Conforme MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 159.

este é consequência, ou ainda pode-se falar que aquele antecede o ato, enquanto este “é aquilo que se pretende que se siga a ele”.<sup>176</sup>

Como real necessidade de chegarmos ao resultado final de um ato administrativo que preenche todos os requisitos e avança em todas as etapas, a finalidade coloca-se como a combinação efetiva na busca daquele resultado e um alcance real na composição das coisas e dos fatos.

Assim, será alcançado o interesse público que nasce da consciência política da própria Administração Pública, pois estamos diante de uma meta traçada.

Talvez aqui tenhamos um dos pontos nodais envolvendo a perspectiva doutrinária, num primeiro momento, assim como a perspectiva pragmática, num segundo momento, quanto ao que se busca: os princípios formadores do ato como resultado jurídico, político e socialmente válido. O fim legal e legítimo dos atos realizáveis é o que se espera da Administração Pública.

Nessa seara, Odete Medauar bem resume o fim como elemento precípuo:

O agente competente, em vista de circunstâncias de fato e de razões de direito, edita um ato administrativo que produzirá um efeito prático, com o objetivo de obter uma consequência final, o *fim*, traduzido como o *interesse público*. O *interesse público* é a meta a ser atingida mediante o ato administrativo. Elemento típico do ato administrativo, o fim de interesse público vincula a atuação do agente, impedindo a intenção pessoal. Por isso, a afirmação do fim como elemento do ato administrativo representa uma das grandes conquistas do direito público moderno.<sup>177</sup>

É de se ver que o ato administrativo somente produzirá efeitos quando revestido do preenchimento de todas estas fases com evidente validade jurídica.

Ao lado do motivo, a finalidade também se refere à vontade da Administração como emanadora do ato respectivo. Ou seja, a vontade, como elemento volitivo, deve ocorrer por meio da dimensão dada quanto ao comportamento necessário da autoridade competente, mas sempre respeitando esta vontade a partir de vertentes causais principiológicas.

Ora, se o administrador deve realizar um ato baseado em motivos legais e legítimos, a sua finalidade, como consequência válida, deve seguir a mesma trilha de vontade intimamente relacionada neste binômio volitivo.

---

<sup>176</sup> Conforme JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 200.

<sup>177</sup> MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 144.

No geral, cabe ao legislador definir a finalidade que o ato deve alcançar, “não havendo a liberdade de opção para a autoridade administrativa”, conforme palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.<sup>178</sup>

Porém, essa perspectiva deve ir mais a fundo, na medida em que o legislador, ao editar a norma válida, realiza uma conduta de escolha legal a partir do que os princípios formadores determinam como realidades efetivas. Quer-se dizer que a norma editada põe em relevo o que se espera como resultado, como, por exemplo, a elaboração de leis municipais de zoneamento e urbanização, limitando ou esclarecendo as formas de construções civis. Se um administrado requer a obtenção de um alvará de construção, cabe apenas à Administração observar se os requisitos estão preenchidos. Se assim ocorrer, o alvará será concedido, visto que a finalidade repousa não apenas na construção, mas também no respeito às regras orientadoras de construção, alcançando, ainda, entre outras coisas, o direito à moradia, se for o caso, e a garantia ao direito de propriedade, finalidades estas previstas na Constituição da República.

O que se coloca aqui é sobre a reflexão a respeito da finalidade como papel necessário ao bom desempenho da atividade administrativa, cuja construção parte de um comando normativo anterior que se amolda às realidades políticas, econômicas e sociais, dentre outras, de uma sociedade.

Ao administrador cabe realizar as condutas que lhe são postas como mecanismos de atendimento aos interesses públicos no geral. Sua finalidade sempre será voltada para um fim social e um bem comum, sendo que, nas palavras de Edmir Netto de Araújo, a finalidade seria o “elemento teleológico do ato administrativo”.<sup>179</sup>

O não cumprimento desse comando enseja, na visão doutrinária, no que se chama desvio de finalidade, uma vez que realizar o ato corretamente significa agir especificamente dentro do serviço e do interesse público.<sup>180</sup>

A pensar diferente do que se espera do real e verdadeiro ato administrativo, ou seja, desviar-se quanto a sua finalidade, isso leva à prática de um ato culposo ou doloso pelo administrador, pois ele viola a intenção finalista da norma, ao dispor de

---

<sup>178</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. Op. cit., p. 210.

<sup>179</sup> Conforme ARAÚJO NETTO, Edmir. Op. cit., p. 498.

<sup>180</sup> Id.

forma diversa daquilo inicialmente pretendido, cuja reparação se dá, ou pela própria via administrativa, ou então pela via judicial de controle específico.

Portanto, a finalidade, em linhas gerais, serve como compromisso político-social do administrador em relação à sociedade.

## 5.5 O ATO ADMINISTRATIVO COMO ELEMENTO VOLITIVO DE VALOR SOCIAL

Na perspectiva de construção do ato administrativo, o administrador deve traçar o perfil de validade quanto ao objetivo a ser alcançado, considerando o universo social que anseia pelo resultado.

Com isso, o que queremos afirmar é que o referido ato não se constrói porque se quer, mas sim porque se necessita em relação ao outro. A construção de obras públicas, a realização de políticas sociais, a urbanização das cidades, enfim, condutas naturalmente realizáveis pelos administradores reforçam-se como elementos que fazem parte da obrigação político/social daquele cuja missão é organizar o Estado como seu representante.

Essas ações públicas ocorrem também e a partir do direito subjetivo que o Estado tem de realizar condutas garantidas pelas normas, sendo que possuem não apenas validade no mundo do Direito, mas principalmente aquiescência popular.

Para Themistocles Brandão Cavalcanti, o Estado possui direitos subjetivos e, em especial, direitos públicos subjetivos, sendo que aqueles constituem um reconhecimento, uma determinada conduta concreta mediante a faculdade de agir<sup>181</sup>, enquanto estes repousam num campo mais adequado para os fins almejados, de forma mais específica no que se refere à coletividade em geral quanto ao ato produzido, cabendo ao Estado o controle de produção. Para o autor, “Êsses direitos se apresentam como reflexo da posição dos indivíduos em relação ao corpo social, subordinados às exigências dos interesses gerais sôbre os indivíduos.”<sup>182</sup>

Com isso, o Estado, como titular procedimental da realização dos atos administrativos em prol do cidadão, ou, na maioria das vezes, da coletividade,

---

<sup>181</sup> Nesse sentido: CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. p. 184-188. v. I.

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 188.

utiliza-se do direito subjetivo que lhe é garantido como forma de alcance de resultados válidos.<sup>183</sup>

É importante asseverar que a discussão neste ponto refere-se aos atos efetivamente administrativos como resultantes de interesse coletivo, mas não aqueles em que a Administração Pública realiza condutas jurídicas com comportamento similar ao privado, como atos de gestão privada que dizem respeito tão somente *interna corporis*, como um contrato de locação para acomodação de uma repartição. Aqueles atos (administrativos por interesse público) envolvem um comportamento de participação social, cujos reflexos irradiam consequências para um número maior de participantes.

Assim, realizar um ato requer, por conclusão, o preenchimento daqueles elementos extrínsecos anteriormente mencionados e que garantirão a validade e eficácia do respectivo ato administrativo. Todavia, e é bom que se registre, o seu elemento volitivo deve ser cristalinamente delineado mediante o cumprimento dos comandos principiológicos dados pelo ordenamento jurídico, em especial pela Constituição da República.

Mais uma vez aqui retomamos a importância dos motivos e da finalidade buscada para a elaboração do ato administrativo. Ambos (motivo e finalidade) devem retratar fielmente os imperativos constitucionais, razão pela qual o administrador maneja a sua aplicação por meio de uma análise axiológica das necessidades e anseios sociais. Sua construção parte de um procedimental apto a garantir o resultado, trabalhando com a norma e com o fato existente, cuja interação, ou ligação volitiva, se dá pelo valor, o que possibilitaria aqui valer-nos mais uma vez da teoria tridimensional do direito de Miguel Reale.

Essa construção é vista por Marcelo Caetano como um silogismo próprio da construção do ato administrativo discricionário, sendo certo que o autor lusitano

---

<sup>183</sup> Essa questão é bem levantada por Themistocles Brandão Cavalcanti, ao mencionar que cabe ao homem a realização de atos válidos para a sua vida privada e pública, mas ao Estado cabe o “gerenciamento” coletivo. Eis a seguinte passagem: “O homem também exerce atividades múltiplas, de natureza privada como de natureza pública, gere a sua fortuna, os seus bens, exerce a sua profissão como intervém na composição dos órgãos estatais pelo seu voto ou pela sua participação direta. Serão manifestações várias de uma única personalidade e nunca diversas personalidades em uma única pessoa física. Assim também o estado. Para atingir os seus fins, para atender à vontade da coletividade que constitui a massa dos seus habitantes, administra o seu patrimônio, movimenta a sua administração, assegura a tranqüillidade interna ou internacional, age política ou administrativamente, com uma única personalidade jurídica.” (Ibid., p. 192-193).



constrói um pensamento envolvendo a validade do ato por meio da legalidade do fim:

Se o ato nasceu da mera observância de preceitos legais que minuciosamente regularam a formação, manifestação e objeto da vontade administrativa, o órgão competente deve pronunciar-se em ocasião determinada por lei, com as formalidades por ela prescritas, aplicando a norma a condições de fato previstas, de tal modo que basta construir um silogismo para saber qual a conduta adotar: a premissa maior é a norma, a premissa menor são os dados correspondentes ao tipo de situação nela prevista, a conclusão é a decisão a tomar.<sup>184</sup>

Para o século XXI, a relação entre Estado e cidadão não se constrói mais sob o paradigma do império ou da unilateralidade administrativa, mas sim diante de uma perspectiva de discurso intersubjetivo e manifestação dialógica, ou seja, realizando condutas capazes de servir não apenas como resultado útil e prático, mas principalmente em permitir-se que a elaboração dos atos administrativos ocorra mediante um procedimental argumentativo a partir dos valores lançados e determinados pelos princípios constitucionais, já que estes são molas propulsoras das inserções culturais, éticas e morais de uma sociedade. Praticar condutas públicas hoje não significa apenas estar apto administrativamente, seja pelo cargo, seja pela função desempenhada, para realizar aquilo que a lei determina. O novo significado emerge diante das perspectivas sociais e culturais, das expectativas criadas em favor daqueles que são escolhidos para a representação administrativa, não se confundindo com propriedade administrativa.

Ruy Cirne Lima já afirmava sobre isso quando leciona o assunto envolvendo Administração Pública, sendo que, para ele, o que dominava as formas de administração seria o fim e não a vontade do administrador, pois vontade aqui deve ser entendida como intenção da norma e não do homem público.<sup>185</sup> Portanto, administrar significa realizar conduta em favor de outrem e não para si próprio. A vontade que se espera não é a do servidor, por exemplo, mas sim da norma a que ele se subordina.

Por essa razão, o autor afirma o seguinte: “Opõe-se a noção de administração à de propriedade visto que, sob administração, o bem se não entende vinculado à

---

<sup>184</sup> CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p. 152.

<sup>185</sup> LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962. p. 22. Segundo o autor: “Administração, segundo o nosso modo de ver, é a atividade do que não é proprietário – do que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado.” (Id.)

vontade ou personalidade do administrador. Porém, à finalidade impessoal a que essa vontade deve servir.”<sup>186</sup>

Ao administrador cabe apenas a elaboração dos atos que dizem respeito à atividade pública, pois aqueles revelam poder administrativo. Muito embora esta configuração revele imperatividade estatal, ela somente ocorre pela presença da legitimação e aquiescência social, pois falamos de poder e, como tal, consiste num diálogo permanente entre grupo de poder e grupo de submissão, porém, para a sua constante validade, mister que haja reconhecimento não apenas de fato, mas também de direito. Quer-se, com isso, dizer que o poder emana do Estado, mas por vontade político-social, e o ato administrativo, como configuração externa de poder, necessita sim de validade por vontade.

Márcio Pestana afirma que somente ocorre o poder administrativo se houver validade pelo poder constitucional, pois este apresenta um poder político.<sup>187</sup>

O universo da vontade do poder estatal surge numa dimensão vinculada aos princípios constitucionais e, como manifestamente legais e legítimos numa dimensão histórica, eles se tornam o referencial não apenas teórico, mas também pragmático de resultado útil e válido.

Ao abordarmos a questão do elemento volitivo como valor social, a proposta não é meramente de um aprofundamento envolvendo discricionariedade ou vinculação do ato administrativo, pois isso se refere à dimensão acadêmica quanto à forma de se elaborar um ato, partindo do conjunto normativo próprio, na medida em que este conjunto determina a elaboração do ato com ou sem vinculação direta sobre o resultado. Falar de discricionariedade ou vinculação é matéria sobre causa e resultado de forma subjetiva para aquela e objetiva para esta.

A dimensão que aqui se busca envolve, pois, o valor agregado ao ato em si, devendo observar o administrador que a proposta que lhe é apresentada ocorre por conta da norma. Cabe ao referido agente apenas a materialização do ato passando

---

<sup>186</sup> Ibid., p 20.

<sup>187</sup> Nesse sentido: PESTANA, Márcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 204. Interessante a seguinte passagem: “O vocábulo *poder*, nas quadras administrativas, é empregado como a investidura legal de dar e exigir cumprimento, pelos administrados e pelo próprio Estado, às determinações e encargos que lhe são atribuídos pela ordem jurídica estabelecida pelo *poder público*, com vistas a tingirem-se finalidades que, pressupostamente, almejam proporcionar o bem-estar da coletividade. Os *poderes administrativos* precedem e instruem o exercício da função administrativa, pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, exercício esse mais intensamente observável por ocasião de sua materialização concreta por meio da emissão dos chamados *atos administrativos*. Neste sentido, *função administrativa* pode ser considerada como o exercício do poder administrativo voltado a um determinado fim.”

por um caminho procedimental, além do discurso afirmativo, dialógico e intersubjetivo, propondo que o trabalho desempenhado apoie-se no longo caminho entre motivo e finalidade.

## 5.6 A JURIDICIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO: SEU REFERENCIAL DE VONTADE

Conforme explanado em momentos anteriores, o ato administrativo é elaborado mediante perspectivas político-sociais, cujo alcance revela política pública, ou ainda apenas atividades inerentes ao Poder Público, mas sempre permitindo que o administrador realize conduta própria da sua competência.

E esse mesmo ato deve ter obrigatoriamente referencial jurídico, ou seja, atendendo aos comandos legais que envolvem os seus misteres.

E há muito se discute como realizar essa conduta própria de poder que se reveste o Estado por intermédio de seus representantes. Quais seriam os parâmetros? Que respectivas bases são suficientes para elaborar um ato que tenha, ao mesmo tempo, legalidade e legitimidade? Perguntas como essas servem para que pensemos no ato como uma validade para o objetivo que se impõe juridicamente.

Emerge hoje uma concepção de que os princípios, estes como normas formadoras de validade por consenso e perspectiva sistêmica para a sociedade, são as bases de solidez para a elaboração e execução dos atos administrativos.

Não se quer, todavia, afastar o valor das normas sob uma óptica positivista, ou seja, diante dos mecanismos legais postos pelo nosso ordenamento. Porém, sabemos que os princípios hoje também são um referencial de valor e como tal servem de parâmetro fundante.

Assim, falar em juridicidade para o ato administrativo significa admitir que estes são escritos baseados no conjunto normativo não apenas geral e abstrato, mas também, e principalmente, indicativo de valor próprio para cada finalidade proposta pela Carta Magna.

Para Gustavo Binenbojm, estamos diante de um momento de transformação do Estado de direito formal para um Estado de direito material, na qual a

Administração vincula-se, obrigatoriamente, à ordem jurídica que lhe é imposta.<sup>188</sup> O resultado certamente deve prever uma interação causa/efeito, materializando aquilo que se mostra essencial. É a identidade do serviço público realizado em toda a sua extensão.

A principalização remete-nos a uma reflexão real sobre o preenchimento dos valores inerentes aos atos administrativos a partir da Constituição de República, pois esta foi escrita adotando um paradigma de cânones específicos para os mais diversos segmentos políticos e sociais.

E, nesse contexto, o ato administrativo sempre terá uma vinculação para com a Lei Maior, inclusive naqueles chamados pela doutrina clássica de atos administrativos discricionários e com a presença do tradicional binômio “oportunidade e conveniência”. Ou seja, o administrador deve comportar-se sempre com o referencial constitucional, mesmo em se tratando daqueles atos em que a margem de criação lhe é abertamente livre. Repousa-se o comando diretivo gradativo, ou seja, impondo uma ordem de cumprimento.

Assim, o valor que se coloca na criação e produção de atos pela Administração é o tema buscado nesta análise, oportunidade em que traz a reflexão de Gustavo Binbenbojm a respeito da noção de juridicidade dos atos administrativos:

Como se vê, essa principalização do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade. Em outras palavras, essa nova concepção de discricionariedade *vinculada* à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o “ato administrativo vinculado” e o “ato administrativo discricionário”, sendo a diferença o grau de vinculação.<sup>189</sup>

Com razão, portanto, a noção central dos presentes questionamentos de que os princípios constitucionais são totalmente formadores da elaboração dos atos emanados pela Administração Pública.

Para Germana de Oliveira Moraes, a discricionariedade que permeia o ato administrativo, mas por evidência autorizado pelo sistema jurídico, não é aquele mero comportamento de liberdade por escolha do administrador, mas sim dentro de

---

<sup>188</sup> Conforme BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 206. Observemos a seguinte passagem: “Superada a concepção positivista de que ‘a lei contém todo direito’, verificam-se, na atualidade, esforços concentrados em superar esse modelo de Estado de direito formal, em benefício de um Estado de direito material. Nestes termos, passa-se a fundamentar a atividade administrativa na vinculação à ordem jurídica como um todo (*princípio da juridicidade*), o que se reforça com o constitucionalismo, que acabou por consagrar os princípios gerais ou setoriais do direito na Lei Maior.”

<sup>189</sup> Ibid., p. 210.

um patamar de configuração à legalidade e, ao mesmo tempo, legitimidade do próprio Direito, ou seja, a validade pela autorização tácita dos comandos principiológicos maiores.

Cita a doutrinadora:

Discrecionarietàade é a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios extrajurídicos de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fatos necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.<sup>190</sup>

O questionamento quanto aos mecanismos e limites de construção dos atos administrativos ultrapassa as barreiras geográficas brasileiras, porquanto nos diversos países em que a Administração Pública tem um papel relevante para a sua estrutura estatal e distribuição de tarefas próprias o sistema regulador, a atividade fim repousa no mecanismo de comportamento restrito à legalidade do conjunto normativo, mormente as suas respectivas Cartas Magnas.

Mesmo naquilo tratado como conceito jurídico indeterminado, ou ainda com a presença de uma margem de discrecionarietàade, há sempre um trabalho interpretativo do administrador, mas direcionado ao exercício de respeito aos princípios constitucionais, o que é bem delineado por Miguel Sanches Morón:

Esta supuesta diferencia teórica de principio se apoya en la idea de que, cuando la ley condiciona el ejercicio de la potestad administrativa mediante un concepto jurídico indeterminado, sólo admite una solución justa, que es aquella que derivaría de la subsunción de los hechos en la esfera significativa del concepto mediante un proceso lógico-jurídico. Este proceso subsuntivo excluiría toda discrecionalidad, ya que ésta supone por definición admitir que existen varias soluciones igualmente lícitas entre las que la Administración puede optar libremente.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 179-180.

<sup>191</sup> MORÓN, Miguel Sanches. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Tecnos, 1994. p. 116-117.

E também não é diferente, por exemplo, na Argentina, onde a doutrina questiona a atividade administrativa por meio do poder/dever do administrador, impondo-lhe um respeito à juridicidade dos atos mediante as normas postas ao seu alcance.

Como muita precisão, Bartolomé A. Fiorini reforça esse entendimento desde meados do século XX, expondo uma preocupação há tempos da doutrina para delimitar o campo de atuação dos administradores. Com efeito, ao realizarem os atos, os agentes revestem-se de respeito total às normas criadoras e limitadoras de suas atividades, fazendo com que somente a partir da legalidade, expressa ou tácita, tenhamos como emergir o ato administrativo eficaz na sua amplitude. Deveras, ao administrador cabe colocar-se na figura do outro, expressão esta entendida como definição de intersubjetividade, envolvendo o próprio agente e o destinatário do ato, como, por exemplo, o cidadão, ou ainda a coletividade, cujo papel daquele é apenas apontar as diretrizes que lhe são permitidas ao longo da sua atividade.

Por isso, elaborar um ato requer, acima de tudo, exato cumprimento da norma, mas sem qualquer valoração específica do agente, senão para realizar aquilo que for melhor de forma direta, ou ainda abstrata para o ambiente social.

Assim, o autor argentino afirma que:

La discrecionalidad es, entonces la herramienta jurídica que la ciencia del derecho entrega al administrador para que la gestión de los intereses sociales se realice respondiendo a las necesidades de cada momento. No es un instrumento legal que se concede al administrador para hacer lo que le imponga su capricho; ni tampoco para crear normas de carácter legislativo; menos aún para que intervenga ante una contienda normativa como acontece con la jurisdicción. Solo es una autorización limitada a un fin determinado, para que aprecie las condiciones presentes cuando administre el interés social específicamente contenido en la norma legislativa. La discrecionalidad es una forma de actuar de la administración pública para realizar una recta administración de los cambiantes intereses sociales. En síntesis, la discrecionalidad administrativa es la administración pública de los intereses colocados bajo la apreciación de su custodia.<sup>192</sup>

Nessa órbita, a dimensão da juridicidade passa por uma etapa obrigatória de atendimento às diretrizes normativas, o que, com certeza, levará à segunda etapa, que seria a legitimidade, desde que atendida a total dimensão procedimental de construção.

---

<sup>192</sup> FIORINI, Bartolomé A. **La discrecionalidad en la administración pública**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1952. p. 40.

É certo, porém, que nem toda a clássica doutrina coloca-se nesse patamar de vinculação legal no sentido de estreitamento discricionário, como, por exemplo, André Gonçalves Pereira, dentro do direito português, ao afirmar que a regra de boa administração sugere a liberdade de escolha quando a lei não impuser resultado próprio. Em consequência, afirma o autor que “em regra geral, portanto, as normas de boa administração não obrigaram juridicamente a Administração.”<sup>193</sup>

Tal colocação serviu apenas para um contraponto à busca de parâmetros válidos para a dimensão das causas e efeitos dos atos administrativos, pois ainda não há uma harmonia ou prevalência sobre o tema, sendo certo que a preocupação repousa sim quanto ao procedimental a ser adotado, passando por uma noção, também, de reconhecimento, o que será abordado oportunamente.

Importante mencionar que estamos diante da presença da juridicidade para o ato administrativo; posicionamento este que enseja num diálogo constante entre a Administração e o sistema normativo, buscando aquele a validade, assim como legitimidade, dentro do que o ordenamento lhe permite realizar.

Gustavo Binenbojm, mais uma vez, conclui que o Direito Administrativo hoje se encontra mais constitucionalizado e, para tanto, busca no seu regramento e principiologia as dimensões exatas de aplicabilidade, alcançando-se no que ele chama de juridicidade, observando a seguinte elaboração:

Com a constitucionalização do direito administrativo, a lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como *sistema de regras e princípios* – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não mais apenas à lei.<sup>194</sup>

Como referência exemplificativa, recentemente o Superior Tribunal de Justiça viu-se diante de um recurso a ser apreciado que continha a discussão envolvendo a validade ou não de determinados atos administrativos que teriam violado princípios constitucionais, mormente não obedecendo à juridicidade necessária para a boa administração. Tratava-se da contratação de servidores para o DETRAN/MT sem o devido concurso público previsto constitucionalmente.

---

<sup>193</sup> PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962, p. 59.

<sup>194</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 305-306.

Ora, sabemos que o concurso público, como forma de ingresso na carreira pública, serve como parâmetro, dentre outros, de transparência, igualdade, isonomia e moralidade da Administração em geral para permitir a chegada de novos profissionais ao respectivo setor de forma concorrencial e transparente. É o regramento do art. 37, II, da Lei Maior, salvo nos casos de cargos em comissão.

Muito bem. Na situação concreta, durante vários anos da década de 1990, os administradores responsáveis nomearam, na condição de presidentes da respectiva autarquia estadual, pessoas sem o devido concurso público, alegando, posteriormente, que desconheciam a imposição legal. Tal argumento ocorreu porque aqueles administradores foram acusados de improbidade administrativa, respondendo à ação correspondente.

O litígio chegou ao Superior Tribunal de Justiça, por meio de recurso do Ministério Público, uma vez que o Tribunal de origem (TJMT) entendeu pela ausência de ocorrência de improbidade administrativa por falta de culpa ou dolo na conduta dos agentes. Na seara da corte superior, o senhor relator, Ministro Humberto Martins, entendeu, monocraticamente, pela responsabilidade dos administradores simplesmente porque violaram princípios constitucionais, não cabendo qualquer argumento baseado em ignorância ao cumprimento da lei.

Disso surgiu o presente recurso de Agravo Regimental no Recurso Especial (sob o n.º 1107310) proposto pelos respectivos administradores públicos, argumentando sobre o resultado final proferido pelo então senhor relator, cuja ementa ficou assim apresentada e que bem reflete sobre a necessidade total de respeito aos princípios constitucionais para a formação dos atos administrativos:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTRATAÇÃO OU MANUTENÇÃO DE SERVIDORES SEM CONCURSO PÚBLICO. VIOLAÇÃO PRINCIPOLÓGICA DE CONHECIMENTO PALMAR. DOLO GENÉRICO. CARACTERIZAÇÃO.

1. A prestação jurisdicional pelo Superior Tribunal de Justiça no que tange à caracterização do elemento subjetivo não é matéria que envolva a reapreciação do conjunto probatório e muito menos incursão na seara fática, tratando-se de mera qualificação jurídica. Precedente: (REsp 1245765/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011).

2. Segundo o acórdão, os agravantes contrataram e/ou mantiveram contratados - durante suas gestões administrativas, respectivamente compreendidas entre 15.3.1991 a 31.12.1994 e 1º.1.1995 a 7.8.1997, como presidentes da autarquia estadual de trânsito (DETRAN/MT) - sem a prévia realização de concurso público.



3. A contratação de servidor em 1991 e a sua manutenção até 1997 não pode ser escusada por alegações genéricas de ignorância da norma. Essa progressão temporal, por si só, sem que seja necessário revolver a matéria fático-probatória dos autos, afasta o argumento da ausência de dolo.

4. Decorrido tanto tempo da promulgação da Constituição Federal, a violação principiológica era de conhecimento palmar. Não havia zona cinzenta de juridicidade capaz de desestimular os agravantes ao cumprimento de seu dever legal e constitucional. Precedentes: (REsp 915.322/MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 23.9.2008, DJe 27.11.2008.)

5. Configurada a prática da improbidade administrativa, nos termos da fundamentação acima, deve o Tribunal de origem aplicar as sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei 8.429/92, onde couberem.

Agravos regimentais improvidos.<sup>195</sup>

O referencial aqui trazido é apenas um indicativo necessário para que o administrador sempre tenha em mente que o ato por ele a ser praticado precisa, obrigatoriamente, passar por um procedimental de validade principiológico argumentativo, não bastando apenas valer-se do binômio “oportunidade e conveniência”.

Esgota-se o velho conceito de liberdade administrativa para alcançarmos um novo referencial: a construção de uma Administração Pública voltada para o

---

<sup>195</sup> STJ, AgRg no REsp 1107310/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/03/2012, DJe 14/03/2012. Dentro deste recurso, outro foi citado por aquele relator, servindo aqui também de paradigma quanto ao tema tratado: ADMINISTRATIVO – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – ART. 11 DA LEI N. 8.429/92 – VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – CONTRATAÇÃO DE SERVIDORA, SEM CONCURSO, PARA SUPRIR DEFICIÊNCIA DE SERVIÇO EM PREFEITURA – DOLO OU CULPA – NATUREZA DISTINTA DO TIPO – RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO – CONDUTA ILÍCITA, A DESPEITO DA EFICÁCIA DO ATO – PUNIÇÃO DO AGENTE – CULPA RELATIVA AO ART. 11 – PERDA DE DIREITOS POLÍTICOS – RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. DA CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO E A TEORIA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS DE FATO. Os autos não deixam margem de dúvida de que houve ofensa à norma constitucional (art. 37, inciso II, redação anterior à Emenda Constitucional 19/1998), bem como a princípio constitucional (primado da moralidade administrativa, art. 37, caput), cuja densidade infraconstitucional é dada, no caso concreto, pelo art. 11 da Lei n. 8.429/1992. 1.1. Violar princípio constitucional é agir ilicitamente no âmbito da Lei de Improbidade. A contratação de servidor em 1990 e sua manutenção até 1998 não pode ser escusada por alegações genéricas de ignorância da norma. Essa progressão temporal afasta o argumento da ausência de dolo ou culpa. E, o caráter das previsões do art. 11 da Lei de Improbidade volta-se ao desvalor da ação. 1.2. No caso, o Tribunal de Apelação denomina a conduta do recorrido de "irregular, não-observadora dos princípios norteadores da Administração" (fls. 148), "violadora dos deveres de imparcialidade e legalidade com a contratação da servidora sem concurso" (fls. 149). Faltou apenas concluir pela punibilidade. Essa omissão deve ser sanada neste julgamento. 2. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIO. A conduta do agente público é inválida. O reconhecimento da culpabilidade pelo Tribunal extrai-se da qualificação do agir do ex-prefeito. 3. DA SANÇÃO À CONDUTA ÍMPROBA. O ato é inválido e teve sua eficácia postergada por 8 anos. A legitimidade para tornar ineficaz o ato caberia ao recorrido. A violação principiológica era de conhecimento palmar. Não havia zona cinzenta de juridicidade capaz de desestimular o agente ao cumprimento de seu dever legal e constitucional. O período de 3 anos é suficiente para marcar temporalmente a exclusão política do recorrido e apreciar de modo proporcional o desvalor de sua ação. Recurso especial provido, aplicando-se ao recorrido a pena de perda dos direitos políticos por três anos. (REsp 915322/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 27/11/2008).

administrado mediante a “hermenêutica do outro” diante de um processo de alteridade. O dever pelo dever, assim como a ação pela ação. São atividades realizadas essencialmente no contexto do próximo, sendo importante entendermos como próximo aquele a ser beneficiado direta ou indiretamente pela boa administração desenvolvida.

Afastam-se elementos discricionários puros e simples para que o ato a ser praticado emane de uma vontade abstrata e geral em favor do cidadão e da sociedade em geral.

Importante notar que essa proposta de boa administração em todos os seus sentidos não se mostra apenas como uma tarefa de imposição legal, mas, acima de tudo, como uma conscientização de serviço bem prestado.

É um papel mais do que indispensável na busca de bons resultados, situação em que ao administrador não é dado afastar-se da sociedade. Pelo contrário. Vale-se dela para saber como efetivamente deve agir. É ver no outro aquilo que espera para si, numa dialética intersubjetiva.

Apenas a título ilustrativo sobre a importância da subjetivização da atividade desenvolvida em prol do administrado, a Comunidade Europeia, desde o ano de 2000, adotou o Código de Boa Conduta Administrativa, com a finalidade de orientar os servidores em geral de que forma devem se pautar nas relações com a sociedade em geral e com o cidadão de forma específica, conforme afirmado quando da sua construção pelo vice-presidente da reforma administrativa europeia, o então senhor Neil Kinnock. Esta é a apresentação do texto inicial no site da Comunidade Europeia:

A administração pública europeia assenta em princípios fundamentais, como o espírito de serviço, a independência, a responsabilidade, a obrigação de prestar contas, a eficiência e a transparência. Neste contexto, Comissão adotou, em 13 de setembro de 2000, um Código de Boa Conduta Administrativa, com vista a orientar as relações do seu pessoal com o público segundo estes princípios.

O Código de Boa Conduta Administrativa tem por objetivo facilitar a aplicação quotidiana dos princípios de boa administração e garantir que a Comissão é uma instituição ao serviço dos europeus.

O Código define os princípios que devem pautar a conduta do pessoal da Comissão: legalidade, não discriminação, proporcionalidade das medidas com os objetivos a alcançar e coerência. Tais princípios são coerentes com os princípios definidos pelo Provedor de Justiça Europeu na «Declaração de princípios de serviço público para a função pública da União Europeia».

Qualquer cidadão que considere não ter sido tratado em conformidade com as regras enunciadas pode apresentar uma queixa.<sup>196</sup>

A própria Administração preocupa-se quanto aos seus intentos, não bastando hoje que o serviço ofertado seja apenas uma continuação de um texto às vezes friamente escrito, mas sim uma real e efetiva prestação pública. Há, portanto, uma preocupação contemporânea de construção de imagem, como algo muito mais próximo do cidadão. Certamente os princípios formadores encontrados no sistema jurídico dão o necessário supedâneo de valor.

O homem concentra-se na realização de atividades e tarefas suscetíveis de apreciação pelo outro. Os princípios antes pensados, e que descrevem os anseios do cidadão, servem, e sempre servirão, de paradigmas não apenas legais, mas, sobretudo, legítimos e formadores da dimensão construtiva de uma nação voltada para o crescimento social. É preciso estabilizar-se num sistema administrativo-jurídico que promova constantemente novas ideias e certezas de crescimento.

Os conceitos pretendidos pela Administração Pública refletem-se em elementos abertos ou ainda indeterminados, mas que devem direcionar-se para o alcance de justiça. Aquilo que o administrador desenha como um paradigma de bom serviço prestado deve priorizar resultados importantes para a sociedade, o que Miguel Sanches Morón aborda sob os olhos do justo:

En realidad lo que falla es la premisa mayor, esto es, que la aplicación de todo concepto jurídico indeterminado en todos los casos sólo pueda deparar una solución verdadera y justa. Pues esta idea se apoya en un concepto transcendente de Justicia (y de Verdad) y en una fe absoluta en las posibilidades del discernimiento humano, idealismo que nos é fácil compartir. No obstante, no se trata aquí de entrar en la polémica filosófica acerca de lo que sea la Verdad y de si el hombre puede llevar la aplicación de un concepto indeterminado – tanto más cuando más abstracto es, y los hay de enorme grado de abstracción – es cuestión susceptible de una pluralidad de opiniones sostenibles con argumentos lógicos y razonables, que desbordan la pura interpretación jurídica para extenderse a juicios de tipo técnico o puras valoraciones fácticas.<sup>197</sup>

A identidade da formação do Estado, a constitucionalização real e efetiva, os princípios formadores e a materialização via ato administrativo das atividades inerentes à Administração são caminhos de discussão a serem percorridos, cujo

---

<sup>196</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Código de Boa Conduta Administrativa**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/transparency/civil\\_society/code/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/transparency/civil_society/code/index_pt.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2013.

<sup>197</sup> MORÓN, Miguel Sanches. Op. cit., p. 118.

resultado existirá na medida em que nos permitirmos averiguar legalidade com legitimidade, apontando, inclusive, o argumento e a hermenêutica como fatores de contribuição para o melhor desempenho e resultado.

## **6 A CONSTRUÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO: SEU REFERENCIAL HERMENÊUTICO A PARTIR DOS PRINCÍPIOS**

Se observamos que os atos administrativos são realizados a partir das necessidades políticas, sociais, econômicas, culturais de uma sociedade, a pergunta padrão que se faz gira em torno da indagação dos motivos e fundamentos que foram analisados para a sua elaboração, principalmente no que concerne ao questionamento sobre legalidade e legitimidade.

Isso porque a estrutura do referido ato somente ocorre se o respectivo administrador, na condição de representante do Poder Público, o fizer baseado nos comandos constitucionais de admissão e também na reflexão acerca dos seus motivos, objetivos e finalidade.

Ou seja, desde que o Estado tem a missão jurídica de realização de condutas capazes de dimensionar de forma efetiva e eficaz atividades de execução e resultados úteis à sociedade, esta se tem perguntado se os seus administradores realmente as fazem alicerçadas em situações admitidas dentro da estrutura jurídica que lhe envolve.

Numa simples elaboração de uma portaria ou de um decreto executivo, apenas a título ilustrativo sobre os atos administrativos, os legitimados (aqui entendidos como os administradores) recorrem, num primeiro momento, à norma superior que lhes autoriza. Depois, esse administrador respectivo analisa qual a sua competência para tanto e que motivos o levam a assim agir. Por exemplo: uma regulamentação sobre uma lei tributária. Na sequência, uma forma se exterioriza e é exposto o seu objeto. Todavia, um dos maiores ingredientes precisa ser alcançado, residindo na finalidade e demonstrando efetivamente isso.

Notemos que um ato não se perfaz apenas porque se quer, mas sim porque é necessário à sociedade ou ao cidadão em especial. E nesse referencial, o administrador viu-se diante de uma contingência legal: elaborá-lo mediante um compromisso de fidelidade às permissões do sistema normativo.

E, nesse compasso, a pergunta que ora se faz aborda o seguinte questionamento: que construção interpretativa se dá em função do administrador para que ele realize as atividades sob uma perspectiva de resultado útil?

Aqui surge a necessidade premente de que analisemos a importância da ciência da hermenêutica no seu papel de inspiração e fundamentação válida.

## 6.1 A HERMENÊUTICA COMO CIÊNCIA: UM PERFIL HISTÓRICO

Ao abordar este tema, importante termos em mente que estamos trabalhando com a ciência da interpretação, ou seja, que a compreensão de algo deve ocorrer a partir de fenômenos específicos, como o fato e a construção da ideia.

Com isso, a hermenêutica pauta-se como um estudo totalmente necessário e eficaz para a busca de resultados interpretativos, pois desde que o homem raciocina a respeito de determinados assuntos e coisas (aqui entendidos como objetos), sua compreensão final deve passar obrigatoriamente por um procedimental de construção.

Desde a antiguidade até os dias atuais, a hermenêutica sempre foi tratada como algo ligado ao homem no mundo das ideias, muito embora na antiga Grécia a sua perspectiva fosse bem mais simplista, oportunidade em que se revelavam apenas componentes de mera elucidação, descoberta, ou ainda desvendar o sentido das coisas numa relação deuses x homens mortais.

Para os estudiosos, sua origem concentra-se no verbo grego *hermeneuein*, ou ainda no substantivo *hermeneia*. A primeira palavra significa interpretar, a segunda, interpretação. Para os gregos, interpretar consistia na transmissão de mensagem, com caráter linguístico, como técnica de anunciar, esclarecer ou traduzir, envolvendo os deuses e os mortais. Tanto que o deus Hermes tinha esta função de ser o mensageiro divino e o elo entre aqueles e estes, num puro ato de transmutação, ou seja, “transformar tudo aquilo que ultrapassa a compreensão humana em algo que essa inteligência consiga compreender”.<sup>198</sup>

O certo é que a hermenêutica, como filosofia da interpretação, nem sempre teve esta visão e este conceito que hodiernamente conhecemos. Conforme afirmado no início, os povos antigos lhe tratavam como uma forma de descrever situações,

---

<sup>198</sup> Nesse sentido: PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Trad. Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 2011. p. 24.

fatos ou presságios, muitas vezes naturais. Não ultrapassava a mera noção de anunciação.

O que observamos na Antiguidade é que hermenêutica servia como um mecanismo apto para entender a poesia, aqui compreendida como arte, e os textos religiosos ou não, mas sempre com um arcabouço objetivo de mera tradução, sem, ainda, um componente filosófico ou de compreensão.

O alcance jurídico se deu durante o período romano, oportunidade em que se chamava *interpretatio*, utilizado dentro do campo do direito. Os prudentes utilizavam para entender o significado axiológico da lei no momento de sua aplicação.

Importante destacar que, tanto na antiga Grécia como na antiga Roma, os doutrinadores não se debruçavam avidamente para compreender o sentido das coisas como se fossem objetos de compreensão, mas sim de aplicação ou mera enunciação. É certo que não podemos falar em ciência, mas apenas interação do homem com o mundo das coisas sob uma órbita meramente naturalista.

Com o passar do tempo, e aqui adentrando na Idade Média, a hermenêutica volta-se para a efetiva configuração com a religiosidade, ou seja, o caráter teológico é predominante, cujas interpretações necessariamente passavam pelo condão do resultado sempre religioso. Os textos bíblicos, em especial, eram a dimensão necessária para que toda e qualquer interpretação dos fatos da vida ocorressem.

Fazendo-se um parêntese neste ponto, é possível afirmar que a hermenêutica, até o século XVII, não tinha uma dimensão científica, principalmente pelos séculos que permearam o período medieval, ensejando na noção de que não passava de uma mera arte de dicção, a ponto de Jean Grondin afirmar que sua história tem uma evolução do nada para o algo, ou seja, uma nomenclatura essencial de identidade, ao assim dizer:

A atual história da hermenêutica é, como qualquer história, uma historiografia a partir do depois, e portanto, uma construção. Esta história desenvolveu-se, em grande parte, sem ter consciência de si. Até o século 17 ela ainda não tinha nome. O que antigamente era chamado de “ars interpretandi”, foi retomado e posteriormente desenvolvido por ramos da ciência, como a crítica da exegese ou filologia.<sup>199</sup>

---

<sup>199</sup> GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 27.

O seu uso, pois, na Idade Média pautou-se na visão meramente religiosa, principalmente pelos interesses que a Igreja Católica trouxe para o mundo dos fatos e das relações sociais.

Os homens religiosos, como senhores e dominadores da vida em geral, preocupavam-se em ter um critério interpretativo destinado à busca dos resultados cabíveis para os textos escritos no início da era cristã e aplicá-lo de forma predominante e autoritária em face da sociedade, cujo contraponto surge séculos depois diante do nascimento do protestantismo.

Esse conflito religioso entre catolicismo e protestantismo mostra o caráter de controle daquele quanto às interpretações religiosas, oportunidade em que Emerich Coreth demonstra que havia um conflito entre os católicos, cujas mensagens bíblicas eram sempre de salvação, e os protestantes, com um acesso livre à interpretação:

A partir do começo da era moderna, o problema se agrava. A *Reforma* apregoa a exigência de uma volta à pura palavra da Escritura. Conforme *Lutero*, a Bíblia não deve ser exposta segundo o ensino tradicional da Igreja, mas apenas compreendida por si mesma; ela é 'sui ipsius interpres' ('intérprete de si mesma'). O princípio da 'Scripturaq sola' representa um novo princípio hermenêutico, contra o qual a Igreja católica declara expressamente no Concílio de Trento que cabe à Igreja a interpretação da Escritura: "Compete-lhe o julgamento acerca do verdadeiro sentido e da explicação da Sagrada Escritura" – outro princípio hermenêutico, que exige ser a Escritura compreendida a partir de todo o contexto da vida e da doutrina da Igreja.<sup>200</sup>

Portanto, nos séculos que se seguiram durante a Idade Média, o caráter hermenêutico volta-se diretamente para o contexto religioso e totalmente desvinculado da atual visão científica para os dias atuais.

De qualquer sorte, com o avançar da sociedade, e principalmente pela nova perspectiva da posição do homem ante a filosofia, sendo o referencial de centro, ou seja, a transmutação do teocentrismo para o antropocentrismo, a hermenêutica segue o seu caminho, alcançando um contexto humanístico e não meramente naturalístico, como até então pensado.

Certamente não desde o começo isso ocorreu tão automaticamente. Foi uma evolução lenta e gradual, conferindo aos pensadores a função de reapreciar o tema e trazer para a realidade filosófica o contexto de releitura interpretativa.

---

<sup>200</sup> CORETH, Emerich. **Questões Fundamentais de Hermenêutica**. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Editora da Universidade de São Paulo, 1973. p. 7.



Rogério Gesta Leal aponta a evolução hermenêutica a partir de variantes interpretativas, até chegarmos ao alcance jurídico, o que nos interessa sobremaneira como fundamento final e válido para o presente estudo. Afirma o autor sobre os três níveis estruturais:

Ao longo da sua história, a hermenêutica foi surgindo gradativamente como uma teoria da interpretação, no mínimo, em três níveis estruturais: (1) para auxiliar as discussões sobre as linguagens dos textos, cada vez que surgia necessidade de traduzir literatura especializada que não possuía tradução direta, quer em virtude da distância no espaço e no tempo, quer de diferenças em nível de linguagem; (2) para facilitar a exegese da literatura bíblica, eis que praticamente todas as religiões que assentam seus pressupostos num texto sagrado desenvolveram sistemas de normas interpretativas, atingindo sua principal formulação durante e posteriormente à reforma; (3) para guiar a jurisdição, cuja contribuição de Betti é fundamental.<sup>201</sup>

O conteúdo até então pensado relaciona-se com uma simples declaração de expressão, considerando-se que na Antiguidade a hermenêutica pouco trazia de autonomia, estabelecendo apenas critérios explicativos, situação que, na Idade Média, se configurou como um patamar realizável apenas para as questões religiosas, com ênfase ao catolicismo.

Ora, pensar hermenêutica ainda não refletia uma configuração entre a compreensão e a intersubjetividade, elementos mais do que presentes na hermenêutica contemporânea e que veremos de forma detalhada mais à frente.

Ainda engatinhávamos sem uma expressão de ciência, cujo raciocínio leva Rogério Gesta Leal a traçar um divisor hermenêutico entre a filosofia antiga e clássica para a filosofia moderna; esta última sim inspiradora da arte de interpretar, para o que o autor acrescenta que a compreensão somente se alcança nesta última (moderna).<sup>202</sup>

No avanço histórico, pois, com a chegada da Idade Moderna, o homem passa a ser o centro da investigação filosófica, fazendo com que o pensamento se volte para uma configuração interpretativa de valor (axiologia).

---

<sup>201</sup> LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e Direito: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos**. 3. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002. p. 131.

<sup>202</sup> Id. Afirma o autor que a demarcação de tempo e espaço surge a partir da filosofia moderna para a hermenêutica “eis que as preocupações mais intensas sobre a relação do homem com sua história em termos de participação ativa e não tanto como espectador vai demandar uma postura mais crítica no ato de compreender/apreender o mundo e suas nuances”.

É a era do Iluminismo, precedida que fora pelo Renascimento. Em ambas, o conteúdo é de construção racional. Mais, uma vez, para Rogério Gesta Leal, é necessário buscar um conhecimento válido e puro das coisas e não simplesmente conhecer as coisas.<sup>203</sup>

Com isso, o compromisso hermenêutico aborda, ou pelo menos tenta abordar, apreensão e compreensão. É preciso ultrapassar as fronteiras do pensamento religioso, para que o cientificismo elabore estudos específicos de preparação para a interpretação moderna em favor do homem.

### 6.1.1 Friedrich Schleiermacher e o Cientificismo Hermenêutico

Foi com este pensador alemão (1768-1834) que a hermenêutica passa a se configurar como um mecanismo de ciência e não apenas de esclarecimento. Em poucas palavras iniciais, há avanço no campo da filosofia. O que pretendeu o pensador foi esclarecer *a priori* as condições da compreensão. Ou seja, reconstruir o pensamento de outrem. Até então, e somente lembrando, a hermenêutica só era usada quando houvesse dificuldade de compreensão de um texto.

Filho de protestantes, Schleiermacher preocupou-se basicamente em ultrapassar os limites da mera interpretação religiosa, trazendo para a hermenêutica um componente da “arte da compreensão”.

Para a grande maioria dos pensadores, Schleiermacher é o pai da hermenêutica moderna de cunho científico, pois se preocupou com procedimentos específicos para a compreensão: interpretação gramatical e psicológica, além de dois métodos próprios, segundo sua convicção, para o alcance de resultados válidos: histórico-comparativo e intuitivo-divinatório, este último por conta dos seus estudos envolvendo religião.

Estudioso de Platão, sua preocupação foi estabelecer parâmetros necessários na elaboração de um conjunto de regras de compreensão das coisas envolventes quanto ao mundo em si. Ou seja, passa a perceber que, mais do que apreensão, a compreensão é o caráter diferencial e essencial para o correto desenvolvimento do pensamento.

---

<sup>203</sup> Ibid., p. 132.

Richard Palmer, ao aprofundar-se sobre o filósofo alemão, afirma que este apresenta um projeto próprio para uma hermenêutica geral como arte de compreensão, não bastando em si a aceitação de generalidade, mas sim de um arcabouço que inclui várias hermenêuticas especiais na construção de uma única capaz de atingir a linguagem. Aponta o autor:

A hermenêutica como arte da compreensão não existe como área geral, apenas existe uma pluralidade de hermenêuticas especializadas”. Esta asserção programática com a qual Schleiermacher abriu as suas conferências de 1819 sobre hermenêutica, enuncia numa frase o seu objectivo fundamental: construir uma hermenêutica geral como arte da compreensão.<sup>204</sup>

Todavia, para que cheguemos ao valor estabelecido nessa forma de compreensão das relações, necessária a inserção da linguagem como ferramenta de produção de resultado. É preciso, pois, a presença do orador, assim como do ouvinte. Este último capta, pelas palavras, o seu sentido, detendo a compreensão pela reconstrução.<sup>205</sup>

Surge, de consequência, no pensamento de Schleiermacher, uma hermenêutica a partir do outro como receptor da informação, situação em que o individual assume uma parte do outro. Eis a validade de se interpretar pela e com a linguagem.

Para Hans Georg Gadamer, o autor tem importância fundamental ao trabalhar com o projeto de uma hermenêutica universal:

Este é, efetivamente, o pressuposto de Schleiermacher: que cada individualidade é uma manifestação do viver total e que, por isso, “cada qual traz em si um mínimo de um dos demais, e isso estimula a adivinhação por comparação consigo mesmo”. Assim, ele pode dizer que se deve conceber imediatamente a individualidade do autor, “transformando a si mesmo ao mesmo tempo no outro”. Ao pontualizar desse modo a compreensão no problema da individualidade, surge, para Schleiermacher a tarefa da hermenêutica como uma hermenêutica universal. Pois tanto o extremo da

<sup>204</sup> PALMER, Richard. Op. cit., p. 91.

<sup>205</sup> Explica Palmer sobre a compreensão como um processo de reconstrução: “Para Schleiermacher, a compreensão enquanto arte é voltar de novo a experimentar os processos mentais do autor do texto. É o reverso da composição pois começa com a expressão já fixa e acabada e recua até à vida mental que a produziu. O orador ou autor construiu uma frase; o auditor penetra nas estruturas da frase e do pensamento. Assim a interpretação consiste em dois momentos interactuantes: o momento ‘gramatical’ e o ‘psicológico’ (no sentido lato de tudo aquilo que se inclui na vida psíquica do autor). O princípio em que assenta esta reconstrução, seja ela gramatical ou psicológica, é o círculo hermenêutico.” (Ibid., p. 93).

alteridade como o da familiaridade dão-se coma diferença relativa de toda individualidade.<sup>206</sup>

A sua contribuição traz para a hermenêutica uma concepção de ciência sistemática. O intérprete visualiza um conjunto de observações sobre qualquer tema, mesmo diante de uma dispersão espacial, e as une de forma sistemática. A compreensão será retirada a partir de um conjunto de leis ou princípios cognoscíveis.

Por certo que esse pensamento foi um primeiro movimento racional científico para o alcance do atual estágio hermenêutico sentido e vivido pelos atuais estudiosos, sendo, portanto, reconhecido como o pai da hermenêutica moderna, uma vez que trabalha com a indagação de permitir que a compreensão seja vista de forma objetiva, mediante métodos próprios. Tem-se, então, a hermenêutica amparada num cientificismo axiológico e apriorístico como elemento de formação do pensamento.

Sua importância para o presente estudo acerca da hermenêutica como elemento responsável pela compreensão do ato administrativo ampara-se no caráter científico apresentado para esta filosofia, sendo certo que a dimensão exata quanto à interpretação dos fatos e atos marcantes para a Administração Pública perpassa um mero referencial expositivo.

### 6.1.2 Wilhelm Dilthey e a Hermenêutica Humanística

Para Wilhelm Dilthey (1833-1911), há uma distinção entre as ciências naturais e as humanas. Naquela, a explicação, nesta, a compreensão. Com este pensador, a hermenêutica ganha força humanística, libertando o cientificismo de herança positivista. Sua fórmula hermenêutica: vivência, expressão e compreensão.

Com essas palavras iniciais, a dimensão que ora se apresenta ultrapassa a barreira da mera explicação das coisas, para alcançar um patamar de valoração própria.

---

<sup>206</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999. p. 295-296.

Depois da morte de Schleiermacher em 1834, a hermenêutica geral como ciência arrefeceu. Por este doutrinador, inicialmente, houve um ganho na dimensão própria da ciência hermenêutica.

Isso passa a ser resgatado com o filósofo alemão Wilhelm Dilthey, que se aprofundou nos estudos de Schleiermacher. Oriundo da Universidade de Berlin, aquele pensador contrastou os ensinamentos da Escola Histórica Alemã do século XIX, que pregava, em linhas gerais, o estudo da história como a principal fonte sobre as ações humanas e também quanto às relações econômicas, contrapondo-se ao pensamento liberal que surgia na Europa. Para Dilthey, tal redução das ciências humanas a partir da vinculação histórica de forma objetiva é incoerente e inconsistente para a dimensão que se mostra necessária à nova hermenêutica.

Para ele, a compreensão é o referencial teórico maior da hermenêutica enquanto ciências humanas, aprofundando-se, pois, nas ideias iniciais de Schleiermacher. Para estas ciências humanas ou dos espíritos, o seu conceito apoiou-se naquilo chamado de *Geisteswissenschaften*.

Para trabalhar com a hermenêutica como interpretação das experiências humanas, Dilthey percorre a discussão envolvendo o alcance da historicidade como elemento interior do homem. Naquela, a compreensão é fenômeno intrínseco do ser humano, situação em que coloca esta numa dimensão própria do saber, a que faz Rodolfo Pereira Viana afirmar que o pensador tinha por finalidade uma interpretação objetivamente válida dos específicos objetos de estudo das Humanidades, “definidos como *expressões da vida*, entendendo-se esta como experiência humana conhecida a partir do seu interior, portando *dentro* do mundo histórico”.<sup>207</sup>

Ao trazermos este referencial histórico de Dilthey para o estudo envolvendo ato administrativo, apontamos que a relação entre administrador e administrado emerge num ato de busca anterior, ou seja, de conhecimento específico das necessidades e realidades humanas a partir da reflexão passada. Isso porque elaborar um componente válido para a sua aplicação no mundo do direito significa escrever o contexto histórico vivido pelo homem e pela sua respectiva sociedade.

Dilthey apoiou-se em evidente afirmativa da compreensão como mecanismo apto a produzir validamente uma interpretação de resposta. É claro que a proposta momentânea significa entender o avanço hermenêutico no passar do tempo na

---

<sup>207</sup> VIANA, Rodolfo Pereira. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 14.

configuração dos atos administrativos válidos. Se, antes, nós começamos com a vagueza da hermenêutica como a mera arte de descrever condutas ou ainda explicá-las, a partir de agora a transformação alcança o referêcia de ciência e, mais a fundo, num contexto de ciências humanas da compreensão.

Com acerto, Richard Palmer traz do pensamento de Dilthey a proposta de compreendermos as *Geisteswissenschaften*:

A experiência concreta, histórica e viva tem que ser o ponto de partida e o ponto de chegada das *Geisteswissenschaften*. É a partir da própria vida que temos que desenvolver o nosso pensamento e é para ela que orientamos as nossas questões. Não tentemos encontrar ideias por detrás da vida. "O nosso pensamento não pode ir para além da própria vida."<sup>208</sup>

Assim, a compreensão histórica das relações humanas deve ser encontrada dentro da história e não fora dela, não sendo, pois, possível valer-se do caráter naturalístico explicativo para as relações envolvendo a sociedade. É efetivamente a validade da hermenêutica como ciência humana.

Conforme Rogério Gesta Leal, o trabalho de Dilthey abordou a relação do homem com a sua própria história para atingir a compreensão válida de interpretação:

Essa compreensão toma como pressuposto fundamental que o texto/realidade a interpretar é a própria realidade e o seu encadeamento no mundo dos homens, pois, antes da coerência de um texto vem a da história, considerada pelo autor como um grande referencial identificador do indivíduo temporalizado e especializado. Este homem, assim, não é um estranho para o seu semelhante, pois dá sinais de sua própria existência, perceptíveis e mesmo constituídos por seus pares, criando provas físicas e inteligíveis ao longo do seu processo de desenvolvimento: sistemas culturais, a filosofia, a arte e a religião, o Direito.<sup>209</sup>

Sob essa óptica, o pensador alemão entende que a vida se autointerpreta, numa relação com a história da individualidade causada pelas nossas condições naturais somadas às circunstâncias do mundo. Daí surge o significado de compreensão em si mesmo, situação em que o espírito de forma objetivada se encontra dentro de um contexto histórico quanto à sua origem.

---

<sup>208</sup> PALMER, Richard. Op. cit., p. 105-106.

<sup>209</sup> LEAL, Rogério Gesta. Op. cit., p. 135-136.

Nessa vertente de vida, Richard Palmer observa a fórmula hermenêutica em Dilthey, alcançando experiência, expressão e compreensão,<sup>210</sup> o que admite a afirmativa de que a ciência somente se vinculará aos estudos humanísticos “se o seu objecto se nos tornar acessível através de um processo baseado na relação sistemática entre vida, expressão e compreensão”.<sup>211</sup>

Para Palmer, partindo das afirmativas de Dilthey, este, em se tratando de experiência, insiste na sua temporalidade, cuja historicidade ampara o aspecto subjetivo/objetivo das reações humanas para as vivências experimentadas. Não há um mero cientificismo, mas sim experimentos próprios do homem para com o mundo, a ponto de Palmer afirmar que “Tornou-se por demais evidente que a experiência não pode ser compreendida em categorias científicas. A tarefa é nítida: fabricar as categorias ‘históricas’ adequadas às características da experiência vivida”.<sup>212</sup>

Quanto à expressão, segundo Dilthey, trata-se de uma manifestação exterior das experiências históricas, situação em que a linguagem torna-se essencial para que haja o alcance “interno” da experiência, passando-a para o mundo “externo”. Esta troca é essencial na construção hermenêutica. Há, certamente, uma experiência análoga entre os atores da intersubjetividade, com o alcance real da interpretação entre os interlocutores. Segundo Palmer, “a expressão não é por conseguinte a de uma pessoa, como quando se trata de psicologia, mas sim a de uma realidade social e histórica, revelada na experiência, a realidade social e histórica da própria experiência”.<sup>213</sup>

Por fim, a compreensão, como terceiro elemento essencial na construção hermenêutica, segundo Dilthey, a sua perspectiva é o alcance da expressão, ou seja, uma ligação de mente para mente humana, não bastando afirmar que estamos apenas diante de um sentido meramente racional, pois este pode ser facilmente absorvido pela simples lógica formal. A compreensão vai mais além, segundo Palmer:

A compreensão é portanto o processo mental pelo qual compreendemos a experiência humana viva. É o acto que constitui o nosso melhor contacto

---

<sup>210</sup> PALMER, Richard. Op. cit., p. 113-121.

<sup>211</sup> Ibid., p. 113.

<sup>212</sup> Ibid., p. 117.

<sup>213</sup> Ibid., p. 120.

com a própria vida. Tal como a experiência vivida (*Erlebnis*), a compreensão tem uma plenitude que escapa a teorização racional.<sup>214</sup>

Assim, há uma universalização do conhecimento e da interpretação partindo-se das experiências individuais. O homem, como ser pensante, preocupa-se com a construção das ideias, agindo em conformidade com a hermenêutica recheada de historicidade. Essa troca de informações é a base para as ciências humanas consideradas como evidente para o pensamento de Wilhelm Dilthey, o que ficou compreensível na conclusão trazida por Richard Palmer.<sup>215</sup>

### 6.1.3 Martin Heidegger e a Hermenêutica Existencial

O filósofo alemão Martin Heidegger (1889-1976) trouxe para o mundo da hermenêutica uma nova dimensão de estrutura a ser aplicada, rompendo, assim, com o pensamento até então exposto para o mundo das ciências por Friedrich Schlegel e Wilhelm Dilthey, que se baseavam num objetivismo experimental. Destes estudiosos em diante, e a partir das ilações científicas destes últimos pensadores, a hermenêutica passou a ter um tratamento referenciado dentro do mundo das ciências humanas.

Porém, para Heidegger a interpretação não poderia se restringir ao mundo objetivo científico. Agora, a experiência hermenêutica debruça-se sobre uma outra vertente, cujo alcance passa a ser fenomenológico. Surge, assim, a perspectiva de se interagir com a própria existência humana, com a análise de que a percepção dos acontecimentos sob os olhos interpretativos não ecoa apenas por ilações subjetivas de compreensão, mas sim, e antes de tudo, sob o viés da própria vida em conexão com a natureza.

É a expressão cunhada por Heidegger que sugere um novo olhar: o *Dasein* (o ser-aí ou o ser-no-mundo).

---

<sup>214</sup> Ibid., p. 121.

<sup>215</sup> Afirma o professor norte americano: “Contudo Dilthey renovou o projecto de uma nova hermenêutica e deu-lhe um impulso significativo. Colocou-a no horizonte da historicidade, adentro do qual sofreu ulteriormente um considerável avanço. Colocou os fundamentos do pensamento de Heidegger na temporalidade da autocompreensão. Pode com razão ser considerado como o pai da ‘problemática hermenêutica contemporânea’.” (Ibid., p. 128).



O perfil ontológico elaborado pelo autor busca ver a hermenêutica a partir da natureza do ser, da sua própria realidade, propondo um pensamento que envolve não apenas o ser como elemento individual, mas também na sua essência comum aos seres em geral.

Assim, essa visualização repousa numa concepção filosófica que a hermenêutica, como experiência de pura existência, não deve ser compreendida em razão da análise do intelecto humano, ou seja, da sua base racional de compreensão por apreensão do experimento e das percepções subjetivas, mas sim em razão de fenômenos naturais.

Com palavras bem apropriadas para a captação do pensamento heideggeriano, Richard Palmer, mais uma vez explora as ideias do filósofo alemão do século XX para o ser-aí:

Com este impulso a hermenêutica, transformou-se em “interpretação do ser do *Dasein*”. Filosoficamente, coloca as estruturas básicas da possibilidade do *Dasein*; é uma “análise da existencialidade da *Existenz*”, isto é, das possibilidades autênticas que o ser tem de existir. A hermenêutica, diz Heidegger, é aquela função anunciadora fundamental pela qual o *Dasein* torna conhecida para si a natureza do ser. A hermenêutica enquanto metodologia da interpretação dos estudos humanísticos é uma forma derivada que assenta na função ontológica primária da interpretação e a partir dela cresce. É uma ontologia regional que tem que se basear numa ontologia fundamental.<sup>216</sup>

Partindo da fenomenologia de Edmund Husserl, do qual foi colega de cátedra em Freiburg, Heidegger propõe uma metodologia específica para a percepção da compreensão humana por meio de *fenômenos* e *logos*, usando, pois, aquela primeira como investigação.<sup>217</sup>

A construção presente significa que o pensamento em si percorre a simples noção de existência como elemento marcante, mas que se debruça a partir da sua perspectiva de compreensão dentro do mundo do ser. Com isso, para Heidegger, compreender significa uma apreensão dentro da universalidade das coisas e da

---

<sup>216</sup> Ibid., p. 134.

<sup>217</sup> Neste sentido: HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 56-70. v. I. Para o autor, o *fenômeno* deve ser entendido como algo que se mostra em si mesmo, um modo privilegiado de encontro das coisas, ao passo que o *logos*, para a filosofia proposta, significa um discurso aberto, admitindo noções como razão, juízo, conceito, fundamento, etc., propondo-se, com isso, o chamado “discurso apofântico”, ou seja, um enunciado verbal que pode ser verdadeiro ou falso, haja vista, portanto, a abertura dada à expressão *logos*.

própria natureza, e não simplesmente a dimensão do intelecto subjetivo baseado no conteúdo da aferição pela capacidade de raciocínio.

Mais uma vez, Richard Palmer expõe com objetividade o alcance de compreensão para o filósofo alemão:

Para Heidegger, a compreensão é o poder de captar as possibilidades que cada um tem de ser, no contexto do mundo vital em que cada um de nós existe. Não é a capacidade ou o dom especial de sentirmos a situação de outra pessoa nem é o poder de captar mais profundamente o significado de “alguma manifestação de vida”. A compreensão não se concebe como algo que se possui, mas antes como um modo ou elemento do ser-no-mundo.<sup>218</sup>

Diferentemente de Dilthey, que apresentava a compreensão num contexto histórico, Heidegger foi decisivo para a hermenêutica ao dispor daquela alimentada por um componente temporal, além, claro, de existencial.

É, assim, uma fenomenologia da existência do ser para o mundo das ideias e dos componentes de elaboração da interpretação, não se podendo falar, em consequência, de uma apropriação do homem pelo simples racional, mas sim o constitutivo do *Dasein*.

Para Wálber Araújo Carneiro, essa compreensão, até agora observada como elemento independente da vontade humana, significa para o pensador alemão como um mecanismo de “antecipação, ou seja, um projeto de todo”.<sup>219</sup> Por esse prisma, a compreensão encontra-se apoiada no *Dasein*, situações necessárias para a projeção do modelo hermenêutico dos círculos, aqui na interação do particular para com o todo e vice-versa. Explica Araújo Carneiro:

Diante da interação de círculos é possível constatar que o fenômeno enquanto aquilo que se mostra só é compreendido porque o *Dasein* se antecipa na compreensão de seu todo e, partindo da interpretação de elementos particulares que se mostram posteriormente, pode reformular o projeto até o ponto culminante de uma nova compreensão.<sup>220</sup>

Antecipa-se o compreender por meio do referido círculo hermenêutico, sendo este uma mera consequência dos atos de interpretação e compreensão. São situações temporais, além de intencionais e históricas, mas numa perspectiva

<sup>218</sup> PALMER, Richard. Op. cit., p. 135-136.

<sup>219</sup> Conforme CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 70.

<sup>220</sup> Ibid., p. 71.

eminentemente existencial e não apenas racional. O homem se define como um ser em si não para si. A proposta hermenêutica, pois, reflete o caráter meramente natural. O estudo ontológico é, dessa forma, um elemento constante na proposta heideggeriana do *Dasein*.

Para os autores que se debruçam sobre a obra de Martin Heidegger, a sua importância reside exatamente na constituição da hermenêutica como um processo não de inteligência racional do homem, mas sim pela percepção do conhecimento universal que surge na simples expectativa ontológica da vida em si.

Christine Oliveira Peter da Silva expõe resumidamente essa situação ao dar o contorno necessário da reflexão filosófica de Heidegger para a hermenêutica jurídica:

Segundo Heidegger, a interpretação não se resumia a uma sentença teórico-enunciativa, ou seja, à análise da posição do sujeito e do objeto em sua composição, mas, sim, abarcava o conhecimento universal, uma vez que se apresentava como um modo de ser do dever-ser como ser-no-mundo. Nesse contexto, Heidegger descreveu a compreensão e a interpretação de modo a colocá-los anteriormente à dicotomia sujeito-objeto, discutindo aquilo que pode denominar de estrutura ontológica da compreensão.<sup>221</sup>

Compreender, pois, passa a ser um referencial de existência do ser como em conjugação com as situações vivenciais atribuídas pelos elementos meramente naturais. Tem-se, sem sombra de dúvida, um componente específico de estrutura de efetividade quanto aos resultados pretendidos. Gadamer, por exemplo, viu no pensamento heideggeriano, em se tratando da compreensão, como algo envolvente de “forma originária de realização da pré-sença, que é o ser-no-mundo.”<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005. p. 173.

<sup>222</sup> GADAMER, Hans Georg. Op. cit., p. 392. Segue a citação na sua totalidade: “*Compreender* não é um ideal resignado da experiência de vida humana na idade avançada do espírito, como em Dilthey, mas tampouco, como em Husserl, um ideal metódico último da filosofia frente à ingenuidade do ir-vivendo, mas ao contrário, é a *forma originária de realização da pré-sença*, que é ser-no-mundo. Antes de toda diferenciação da compreensão nas diversas direções do interesse pragmático ou teórico, a compreensão é o modo de ser da pré-sença, na medida em que é poder-ser e ‘possibilidade’.”

#### 6.1.4 Hans Georg Gadamer e a sua Hermenêutica Filosófica

Hans-Georg Gadamer (1900-2002) busca na hermenêutica uma disciplina filosófica, situação em que a compreensão existe a partir dos nossos pré-conceitos, que são mais que meros juízos individuais, sendo, pois, a realidade histórica do nosso ser. A interpretação dos textos consiste num diálogo. Ele usa a expressão “fusão dos horizontes”, ou seja, o nosso horizonte com o respectivo texto.

Inaugura-se uma nova fase de pensamento, principalmente com sua obra clássica *Verdade e Método*, em que opõe aquela a este, afirmando que o método, como procedimental meramente formal, não consegue alcançar a verdade, uma vez que a compreensão não é um simples comando subjetivo do homem, mas sim o próprio ser deste mesmo homem. O título daquela obra representa um marco de discussão sobre um ambiente filosófico inaugurado por Gadamer.<sup>223</sup>

E tal inauguração, como referencial de pensamento filosófico, representa uma natural evolução a respeito do papel da hermenêutica para as ciências humanas e em especial para a interpretação e compreensão das coisas em favor do homem.

Se para Schleiermacher a hermenêutica passa a ser vista como ciência; se para Dilthey, ela se refere à compreensão dentro das ciências humanas de forma diferente das ciências naturais; e se para Heidegger a compreensão destaca-se por uma mera concepção existencial, a partir de Gadamer a experiência histórica é um tema central e recorrente na sua construção, não havendo como simplesmente se basear em métodos para trabalhar com a hermenêutica. O homem, como ser central das experiências necessárias envolvendo o objeto de estudo, utiliza, na visão gadameriana, toda uma construção de história por consciência. O ato de compreender determina uma completude de dois termos: tradição e horizonte.

Para aquela (tradição), o homem deve estar obrigatoriamente inserido num contexto histórico específico, ocupando, assim, um espaço que alcança uma visão

---

<sup>223</sup> Com maestria Richard Palmer explica a sua obra e o seu objetivo hermenêutico: “Abandona-se a antiga concepção de hermenêutica como sendo a base metodológica específica das *Geisteswissenschaften*; o próprio estatuto do método é posto em causa, pois o título do livro de Gadamer é irónico: o método não é o caminho para a verdade. Pelo contrário, a verdade zomba do homem metódico. A compreensão não se concebe como um processo subjectivo do homem face a um objecto mas sim como o modo de ser do próprio homem; a hermenêutica não se define enquanto disciplina geral, enquanto auxiliar das humanidades, mas sim como tentativa filosófica que avalia a compreensão, como processo ontológico – o processo ontológico – do homem. O resultado destas interpretações é um tipo diferente de teoria hermenêutica, a hermenêutica ‘filosófica’ de Gadamer.” (Ibid., p. 168).

de horizonte. Já para este segundo (horizonte), o que se mostra é o campo de visão, de perspectiva, na qual se enxerga a dimensão exata das coisas. É, pois, uma percepção. Compreendem-se as coisas e a si mesmo.

Margarida Maria Lacombe Camargo resume o pensamento deste filósofo com as seguintes palavras:

Por outro lado, de acordo com a teoria de Gadamer, o horizonte do presente encontra-se em constante formação, na medida em que colocamos constantemente em prova os pré-juízos formados sob a base da tradição. O horizonte do presente não se forma à margem do passado; ao contrário, é a fusão desses horizontes que possibilita a compreensão. O novo e o velho fundem-se em um novo horizonte que se supera, à medida que acompanha um processo de crescimento até atingirem uma validade nova e significativa.<sup>224</sup>

Na obra de Gadamer é possível encontrar constantemente as expressões “pré-juízos” e “pré-conceitos”, ambas como elementos de valor intrínseco do intérprete, o que nos remete para uma reflexão aprofundada sobre os referidos alcances, ou seja, ao tratar daquelas, Gadamer demonstra que as percepções que temos das coisas muitas vezes são desenhadas na nossa tradição histórica, mas sem que, de forma categórica, sejam expressões fechadas ou errôneas.

Por essas palavras, Gadamer afirma que a compreensão começa pela pré-compreensão dentro de um comportamento de retorno:

A compreensão implica sempre uma pré-compreensão que, por sua vez, é prefigurada por uma tradição determinada em que vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. Assim, todo o encontro significa a “suspensão” de meus preconceitos, seja o encontro com uma pessoa com quem aprendo a minha natureza e os meus limites, seja como uma obra de arte (“não há um lugar em que não possa ver-te, deves mudar a tua vida”) ou com um texto; e é impossível contentar-se em “compreender o outro”, quer dizer, buscar e reconhecer a coerência imanente aos significados-exigências do outro.<sup>225</sup>

Nessa vertente, a referência que se apresenta para a compreensão em si não é a subjetividade do autor e nem a do destinatário, mas sim uma intersubjetividade a partir do significado histórico construído e trazido para o presente. As ideias do autor não devem ser aplicadas hermeticamente, deixando-se dominar pelo arbítrio

<sup>224</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 32-33.

<sup>225</sup> GADAMER, Hans Georg; FRUCHON, Pierre (org.). **O problema da consciência histórica**. Trad. Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003. p. 13-14.

daquelas, mas sim dialogar com as mesmas ideias. Na sequência, o outro (alteridade) deve dialogar com as ideias iniciais, promovendo-se um intercâmbio de construção hermenêutico.

Construir um pensamento a partir das experiências não significa uma nova proposta, mas apenas um projeto de horizonte, uma vez que cada experiência vivida constrói um novo patamar de validade, ensejando numa finitude de compreensão. Todavia, cada nova experiência faz o homem mergulhar numa nova forma de saber, fundindo-se os horizontes.

A elaboração de uma hermenêutica para Gadamer é trabalhar com experiências. É permitir-se ver a tradição que emana.

E o que deve ser entendido como tradição? Se esta antecede à compreensão, o que mostra claro é que aquele termo significa o contexto em relação ao outro (alteridade), uma vez que interpretamos em relação a algo ou a alguém. A comunicação passa a ter um papel essencial no desenvolvimento da construção hermenêutica.

Segundo Gadamer, a consciência da historicidade de cada ser humano faz com que este busque nas experiências vividas uma construção de intersubjetividade dentro da tradição (alteridade)<sup>226</sup>. E essa linha de ligação ocorre pela linguagem, que se mostra como revelação do mundo por meio da dialética. No constante diálogo há o aparecimento do novo, renovando-se as experiências. Nesse intercâmbio, as perguntas e respostas aparecem como ligação ente o “eu” e o “tu”, inspirando o pensamento interpretativo. O horizonte surge de forma inabalável como um referencial emancipatório hermenêutico.

Richard Palmer apresenta-nos a ideia da linguisticidade e a experiência hermenêutica, afirmando:

---

<sup>226</sup> Interessante a seguinte passagem de Gadamer sobre a concepção da tradição para a hermenêutica: “A experiência hermenêutica tem a ver com a *tradição*. É esta que deve chegar à experiência. Todavia, a tradição não é simplesmente um acontecer que se pode conhecer e dominar pela experiência, mas é linguagem, isto é, fala por si mesma como faz um tu. O tu não é objeto, mas se comporta em relação ao objeto. Mas isso não deve ser mal-interpretado como se na tradição o que nela chega à experiência se compreendesse como a opinião de outro, que é um tu. Pelo contrário, estamos convencidos de que a compreensão da tradição não entende o texto transmitido como manifestação vital de um tu. Ao mesmo tempo, o comportamento com relação ao tu e ao sentido da experiência que nele tem lugar tem de poder servir à análise da experiência hermenêutica; pois também a tradição é um verdadeiro companheiro de comunicação, ao qual estamos vinculados como esta o eu e o tu.” (GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método...** p. 528).

Na medida em que cada intérprete se situa num novo horizonte, o evento que se traduz linguisticamente na experiência hermenêutica é algo de novo que aparece, algo que não existia antes. Neste evento, fundado na linguisticidade e tornado possível pelo encontro dialético com o sentido do texto transmitido, encontra a experiência hermenêutica a sua total realização.<sup>227</sup>

O que se apresenta em relação ao pensamento gadameriano de hermenêutica é que o autor procurou construir um discurso interpretativo baseado na compreensão a partir de uma vertente histórica, dialética e também linguística, sendo, pois, a sua ontologia. Não pode aquela ser vista como um elemento de mera subjetividade do ser humano, mas sim um modo existencial de ser, aproximando-se aqui do pensamento heideggeriano (*Dasein*).

Expressões como controle, conhecimento e metodologia não são a influência direta para aceitarmos a hermenêutica pura e simplesmente. Substituem-se aquelas palavras por abertura, experiência e dialética, respectivamente. Não se quer com a compreensão encontrar uma regra de forma objetiva, senão dar àquela um formato de amplitude para a interpretação. Ora, a compreensão não é apenas um ato do homem, mas sim como o próprio evento do homem.

Ao finalizar sua obra clássica, Gadamer discorre sobre o aspecto universal da hermenêutica, com forte presença na ideia básica da compreensão:

Também com relação ao fenômeno hermenêutico, mostrou-se como uma restrição ilegítima entender a compreensão somente como esforço imanente de uma consciência filológica, indiferente à “verdade” de seus textos. De outra parte, também era claro que a compreensão dos textos não poderia ter pré-julgado a questão da verdade, a partir do ponto de vista de um conhecimento superior da coisa, e na compreensão somente seja experimentada a satisfação desse conhecimento superior e próprio da coisa. Ao contrário, para nós a dignidade da experiência hermenêutica – e também o significado da história para o conhecimento humano em geral – consistia em que nela não se reproduz a subordinação sob algo já conhecido, mas que o que sai ao nosso encontro a partir da tradição é algo que nos fala. A compreensão não se satisfaz então no virtuosismo técnico de um “compreender” tudo o que é escrito. É, pelo contrário, uma experiência autêntica, isto é, encontro com algo que vale como verdade.<sup>228</sup>

Como consequência, tudo aquilo que necessita de uma compreensão traz na sua essência o seu próprio horizonte que vai se encontrar, mais à frente, com o

<sup>227</sup> PALMER, Richard. Op. cit., p. 211.

<sup>228</sup> GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método...** p. 706.

horizonte daquele que realiza um ato de compreensão. Essa fusão de horizontes é uma das pedras angulares do pensamento do autor.

Há, portanto, em Gadamer uma concepção de vinculação linguística e histórica da compreensão em si. É um convite para a interpretação de nós mesmos, porém com um referencial específico longe da subjetividade do autor, assim como do leitor ou do destinatário da linguagem. Não há especificidade em cada um, mas na própria significação histórica e que assumimos num momento temporal presente.

#### 6.1.5 Paul Ricoeur e a Hermenêutica do Outro

Paul Ricoeur (1913-2005) traz-nos um pensamento sobre a hermenêutica no sentido de que seria a teoria das operações da compreensão em sua relação com a interpretação dos textos. Na história da ciência há necessidade de ligação entre linguagem (meio) e discurso (conteúdo). Precisamos conhecer a nós mesmos. Este é o elemento maior.

Filósofo francês, Ricoeur desenvolveu o seu trabalho em várias áreas, sendo em especial na fenomenologia, hermenêutica, existencialismo e psicanálise. O nosso destaque emerge para a hermenêutica como papel essencial da interpretação.

A dimensão hermenêutica de Paul Ricoeur trabalha, dentre outros temas, com a alteridade, na medida em que o sujeito vê no próximo a sua identidade e vice-versa. Há o reconhecimento do outro na sua perspectiva de mundo, principalmente por vários fatores, considerando-se que há convivência mútua no tempo e no espaço. Para o pensador francês, o fato de interagirmos com o próximo nos coloca em condições de assumir um determinado objeto para a consciência.

O outro passa a ser a estrutura subjetiva de apreensão das ideias, uma verdadeira ponte de conhecimento e de troca intersubjetiva. Assim, a alteridade faz-se como um referencial de valor e identifica o sujeito numa postura dialógica.

Essas condições ressaltam que o sujeito, como elemento temporal e espacial, necessita identificar-se no próximo, dando validade não apenas a si mesmo, mas também ao outro. A hermenêutica, pois, se faz pela participação real e efetiva da troca de experiências.



Assim como os pensadores que antecederam a Ricoeur, compreensão também se encontra presente na construção do universo hermenêutico, uma vez que se compreende por troca de experiências e sensações.

Com a reapropriação diante das mediações da ação pela linguagem, o sujeito faz a narrativa essencial englobando a sua própria história. E, em consequência, esse reconhecimento envolvendo a si mesmo não ocorre de forma apenas individual, mas principalmente pelo reconhecimento do outro.

Não foi apenas sobre alteridade que Paul Ricoeur direcionou a sua obra filosófica ao longo da sua carreira. A interpretação tomou um enorme espaço reflexivo, oportunidade em que o autor entende que a vontade prevalece como elemento de construção do pensamento, sendo certo que interpretar reconhece na linguagem e nos símbolos um espaço vital de existência.

O sujeito que interpreta tem vários caminhos a percorrer, uma vez que veracidade e validade cercam não apenas o orador, mas também o destinatário. Nessa visão, a vontade de origem e a de destino devem se encontrar, retomando, inclusive, o conceito de alteridade. A mediação transforma-se como característica de intersubjetividade. Quanto maior a estruturação do discurso, maior deve ser o fenômeno da aproximação das vontades. Se eu me coloco diante de um texto ou de um orador, devo apreender a vontade emanada por construção de valores.

A compreensão pretendida é de compreender-se no próprio texto ou no próprio discurso. Mesmo assim, o que se pretende é alcançar o conteúdo da obra ou do discurso, numa condição de vida própria, mas a partir da vontade dos interlocutores.

Margarida Maria Lacombe Camargo também discorre a respeito da contribuição de Ricoeur quanto ao discurso como forma interpretativa:

O autor trabalha com a relação dialógica do discurso, que tem no significado de sua mensagem a instância capaz de aproximar locutor e ouvinte. Segundo Ricoeur, na fala, enquanto discurso oral, o discurso é o evento da linguagem. Os eventos se esvanecem, mas o seu significado permanece, podendo, inclusive, ser dito novamente de outra forma. A propósito, preceitua que “a supressão e superação do evento na significação é uma característica do próprio discurso, isto é, se todo o discurso se atualiza como um evento, é compreendido como significação”. E dessa forma, sustenta que com a fala a nossa competência lingüística se atualiza na

*performance* que, enquanto acontecimento, consegue estabelecer a transição da lingüística do código para a lingüística da mensagem.<sup>229</sup>

Segundo Dilthey, dois são os momentos apreciados para a hermenêutica. Enquanto as ciências naturais sofrem o processo de explicação, as ciências humanas repousam a partir da compreensão. Dois mundos distintos que trazem situações próprias para cada um.

Já para Ricoeur, a situação é distinta, oportunidade em que a interpretação deve ser entendida como um processo eminentemente dialético, cujos momentos caracterizadores são apenas dois, mas conjugados: a explicação e a compreensão.

Para se entender a sua afirmativa, qual seja, da interação explicação/compreensão, o autor francês propõe um raciocínio evidenciado num processo único de interpretação. Há um movimento em que um leitor volta-se para o texto que quer interagir com a sua pré-compreensão, cuja visão de mundo ainda não foi formulada por completo. Todavia, à medida que o texto avança em si e pela leitura, o leitor explicita as suas expectativas. Do superficial ao aprofundamento subjetivo. Assim, para Ricoeur, explicar mais é compreender melhor o conteúdo apresentado. Como consequência, ao ler um texto, o intérprete não refaz o pensamento do autor, mas sim dialoga com este texto, compreendendo a si mesmo, apropriando-se da noção de coisa em si.<sup>230</sup>

Assim, para a perfeita validade do campo hermenêutico que tem como ponto de partida a interação com a linguagem do texto, necessário lembrar que Paul Ricoeur recorre à alteridade, visualizando o outro dentro da proposta de validade da experiência e da compreensão.

Complementa a ideia Margarida Camargo:

Na hermenêutica, apropriação pelo intérprete do texto, que goza de autonomia, faz-se à medida que ele assume o “tu”, isto é, concebe como “seu” o que é alheio. Apropriar-se significa tornar semelhante o que é estranho, de forma a possibilitar sua assimilação pelo leitor presente. A

<sup>229</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. cit., p. 39.

<sup>230</sup> Nesse sentido, Paul Ricoeur aprofunda-se no tema ao escrever “Hermenêutica e Ideologias”, oportunidade em que, no capítulo dois, trouxe à tona a perspectiva exata da função hermenêutica do distanciamento, propondo que a problemática da função positiva e também produtora do distanciamento, no cerne da historicidade da sua experiência humana, seja organizada em cinco temas centrais: “a efetuação da linguagem como *discurso*; a efetuação do discurso como *obra estruturada*; a relação da *fala com a escrita* no discurso e nas obras de discurso; a obra de discurso como *projeção de um mundo*; o discurso e a obra de discurso como *mediação da compreensão em si*.” (RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e Ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 52.)

interpretação tem assim a tarefa de atualizar a significação do texto com um *evento*. E, enquanto apropriação, a interpretação torna-se um acontecimento.<sup>231</sup>

Esse acontecimento da interpretação deve produzir um trabalho transformador de compreensão, mas jamais uma simples redução de mundo. É preciso apoderar-se primeiramente da explicação para depois adentrarmos na compreensão. O mundo do sujeito torna-se referencial de valor, cujo trabalho interpretativo sempre estará em andamento. Não será, em momento algum, terminado. A função do hermenauta é construir a ponte para o conhecimento, podendo, mais uma vez, ser usada a expressão de fusão dos horizontes, aqui envolvendo o mundo do texto com o leitor.

Assim, o primeiro lugar da interpretação para Ricoeur é o uso da linguagem para o alcance do texto apresentado.

Afirma o nosso autor:

Esta atividade de discernimento é, propriamente a interpretação: consiste em reconhecer qual a mensagem relativamente unívoca que o locutor construiu apoiado na base polissêmica do léxico comum, produzir um discurso relativamente unívoco com palavras polissêmicas, identificar essa intenção de univocidade na recepção das mensagens, eis o primeiro e o mais elementar trabalho da interpretação.<sup>232</sup>

A arte da compreensão, enfim, é compreender-se diante do texto. O intérprete interage com o mundo das ideias e para isso a hermenêutica, para Paul Ricoeur, é a arte do movimento em si mesmo.

## 6.2 A HERMENÊUTICA DA COMPREENSÃO PARA O ATO ADMINISTRATIVO

Esgotada esta parte dedicada ao pensamento dos mais tradicionais autores da hermenêutica filosófica, a pergunta que ora se faz revela uma preocupação constante: qual o papel da hermenêutica para a construção do ato jurídico? E, em especial, é possível questionar de que maneira o administrador tem a tarefa de

---

<sup>231</sup> CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Op. cit., p. 41.

<sup>232</sup> RICOEUR, Paul. Op. cit., p. 25.

construir um ato administrativo pautado na mais pura hermenêutica da compreensão?

Indagações como essas servem de apoio reflexivo no campo da ciência da interpretação. O homem deve buscar, dentro das ciências humanas (apoderando-me aqui da expressão de Wilhelm Dilthey: *Geisteswissenschaften*), o subsídio mais do que essencial do procedimental válido no que se refere a pensar a construção do ato e das suas consequências.

Se observamos que a hermenêutica filosófica preocupou-se, nos últimos dois séculos, com um salto de aprofundamento baseado na perspectiva de ser uma ciência, nada mais correto do que, em se apropriando da expressão, usá-la para o campo do direito dentro da dimensão estrutural de construção compreensiva.

O homem como centro das ações humanas e, em decorrência, das ações jurídicas, trabalha com o referencial de valor. Não são raras as vezes em que não há um alcance subjetivo de compreensão quanto a um ato realizado, seja porque o administrador não se fez entender, seja porque o ato elaborado não condiz com as diretrizes constitucionais, seja ainda porque o administrado não compreende o alcance e a eficácia do ato administrativo.

Nessa esfera de valores, a ciência da hermenêutica deve servir como um comando maior de validade não apenas para o resultado, mas, principalmente, para todo o procedimental válido na busca da efetiva compreensão.

Usar a palavra compreensão neste momento conduz o leitor a uma reflexão envolvendo o que se espera do texto a ser interpretado, considerando que compreender algo significa, primordialmente, ter o alcance desejado sobre determinado objeto, mas sem nos esquecermos que não haverá, em momento algum, a dimensão finita e imutável sobre aquele mesmo objeto anteriormente tratado. Um ato administrativo deve amoldar-se enquanto válido para um determinado sistema.

Francisco Cardozo Oliveira preocupou-se, ao estabelecer sobre os pressupostos de uma nova racionalidade do Direito, em encontrar o alcance do que seja a compreensão em si para evitar sempre uma resposta final e imutável: “Compreender mediante o interpretar significa admitir a impossibilidade teórica de

um conhecimento definitivo e acabado do objeto, expresso na universalidade intemporal e a-histórica do conceito”.<sup>233</sup>

O papel da hermenêutica passa a ser preponderante quanto à ideia de compreensão. Vamos agora nos ater ao seu ambiente jurídico, lembrando que as linhas anteriores serviram como mera reflexão acerca do seu caráter filosófico. Todavia, o estudo que ora se propõe desenvolve um papel primordial nas estruturas voltadas para a construção do Direito. A hermenêutica é essencial não apenas pela compreensão em si, mas também no seu papel de pensar. O diálogo, o texto, a linguagem, o poder, *v.g.*, são exemplos de comportamentos essenciais de formação quanto ao resultado. Quer-se com isso dizer que a hermenêutica não é um fim em si mesmo. Pelo contrário. É um referencial de início, meio e fim. Do pensamento do ato à sua execução, não é possível que esta dimensão ocorra sem a interpretação das causas e consequências.

Rogério Gesta Leal vê nesta nova hermenêutica um conjunto de contornos políticos e filosóficos sob cinco grandes temas, passando pela abordagem interdisciplinar; a abordagem jurídica dos fatos sociais; o caráter emancipatório do direito; pela consciência participativa dos operadores; e a presença de uma filosofia do direito.<sup>234</sup>

Ora, trata-se de um procedimental evolutivo de construção a partir da interação dos temas centrais da vida humana, como viver em sociedade, interagir com o outro, normatizar as relações sob o enfoque do binômio direito/dever, entre outros comportamentos elementares envolvendo os seres humanos.

Comportamentos aqui apresentados que se referem ao cotidiano do cidadão como destinatário dos atos jurídicos e também mola propulsora dos envolvimento sociais, afetivos, comportamentais e de regramento.

Tais considerações são necessárias para que possamos entender sobre o quão complexas são as relações existenciais. Dentro destas, e o que nos interessa sobremaneira, encontram-se os atos praticados pelo Estado em nome dos seus cidadãos.

A compreensão torna-se elemento caracterizador da validade dos atos administrativos até agora observados, uma vez que a preocupação dos participantes

---

<sup>233</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 61.

<sup>234</sup> Conforme LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 173-174.

– aqui entendidos como os agentes elaboradores dos atos e também os destinatários – é no sentido de estabelecer uma ligação válida entre causa e consequência das decisões tomadas sobre determinado assunto, com vistas a evitar uma deturpação interpretativa. Ou seja, se o administrador elabora um ato administrativo qualquer, isso necessariamente tem de passar por todas as etapas de validade e legitimidade. É importante que o resultado ocorra mediante o contorno de compreensão socialmente relevante. A interpretação repousará na dimensão do alcance subjetivo do outro.

Raimundo Bezerra Falcão afirma sobre uma noção de hermenêutica essencialmente relevante para o efetivo alcance da interpretação esperada:

A escolha entre as diversas alternativas de interpretação há de estar voltada para o alcance social que a aplicação do sentido, assim captado, possa ter. E se trata de algo bem distinto, porque não é todo sentido captado que se presta à ordenação social, sendo que alguns levariam mesmo à desorganização da sociedade, como todo um conjunto de efeitos deletérios para a convivência e para a paz social. E aí é que entre o papel da hermenêutica, o qual, se já tem alguma relevância no tocante a qualquer interpretação, tê-la-á muito maior no que se reporta à interpretação jurídica.<sup>235</sup>

O administrador, pois, diante do papel de construir o ato administrativo, elabora-o numa dimensão de valor próprio que as normas em sentido lato lhe permitem, principalmente a Constituição da República, que tem o papel formador da base estrutural.

Todavia, e com exata observação, a compreensão buscada passa pelo campo hermenêutico, seja pelo administrador, seja pelo administrado. A ligação entre ambos formaliza a compreensão como resultado válido. Em outras palavras: o ato praticado inicia-se pelo executor e destina-se ao administrado, oportunidade em que ambos “conversam” com o ato e pelo ato administrativo.

Por exemplo. Quando o prefeito toma uma decisão política de construção de uma creche para dar atendimento às necessidades sociais dos pais que precisam trabalhar e não tem com quem deixar as crianças, aquele (prefeito) deve elaborar o ato em atenção aos comandos constitucionais que garantem o pleno direito à educação, assim como o acesso à creche e pré-escola para crianças de zero a seis anos. Não é pura e simplesmente uma escolha sua quando, onde e como convier,

---

<sup>235</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 84.

mas sim uma necessidade premente que a Carta Magna reservou aos administradores em atendimentos aos direitos fundamentais.

A legislação brasileira tem este escopo de observar tais comandos sociais.<sup>236</sup>

E essa dimensão de escolha ocorre por exata compreensão do administrador quanto às normas existentes, devendo entender perfeitamente o seu papel de garantidor das políticas públicas de educação. Devemos lembrar que, no outro polo administrativo, o cidadão deve aguardar pelo ato a ser praticado, compreendendo o seu resultado na dimensão do binômio direito/dever estrutural.

Assim, e apenas considerando esse exemplo hipotético, a compreensão que se estabelece gira em torno de um diálogo permanente entre os atores participantes do referido processo dialógico. Uma sociedade se constrói não apenas pelos atos realizados pelos homens, pois isso é condição factual de simples agir. É preciso que haja discernimento daquilo que se pretende elaborar, situação em que as normas surgem como um parâmetro de validade, legalidade e legitimidade. Elaborar todo e qualquer ato requer a noção exata de possibilidade e autorização. O cidadão, envolvido nesta construção, emerge para a dimensão da intersubjetividade para com o outro, compreendendo-se dentro do papel decisivo socialmente posto.

Nasce uma nova racionalidade, situação em que, mais uma vez, Francisco Cardozo Oliveira reitera quanto à preocupação do intérprete em aproximar a prática da teoria, fazendo com que o administrador, como sujeito da interpretação, desenvolva o raciocínio necessário em busca do resultado útil e válido juridicamente, fazendo parte do processo interpretativo:

O intérprete que participa da estrutura circular da compreensão não se reconhece, desde logo, sujeito portador de uma racionalidade que não está situada no mundo e na estrutura mesma do compreender. Ele é ser que integra a totalidade do mundo da compreensão e que, portanto, já antecipa

---

<sup>236</sup> Nesse sentido encontra-se a própria Constituição da República ao estabelecer o dever do Estado em promover a educação das crianças: “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à **educação**, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (Grifei). Ademais, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) determina, nos seus artigos 4º e 54, o respeito à educação das crianças: “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.” “Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; (...) IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; (...)”.

uma pré-compreensão que se lhe permite inserir, pela interpretação, na situação particular do compreender.<sup>237</sup>

É, portanto, tarefa da hermenêutica ofertar aos intérpretes a referência de valor exato, cujas ferramentas suportarão as bases válidas de construção. Compreender-se, pois, em si mesmo, uma vez que a tarefa de interpretar é natural do homem. Se as leis foram editadas, é porque devem ser seguidas como forma de harmonizar a vida em sociedade. Para tanto, se num primeiro momento aquelas são abstratas e gerais, num segundo momento haverá a materialização concreta dos seus efeitos, como no caso da construção da creche, oportunidade em que o administrador interpreta os fatos e as consequências advindas das suas condutas administrativas.

Mais uma vez Raimundo Bezerra Falcão ratifica o esforço e a necessidade do homem em interpretar as coisas:

Assim, desde que há ser humano, há interpretação. Esta é, de certo modo, etapa primordial no processo de identificação ôntica do ser humano. Não há uma razão sem capacidade de interpretar. E não há comprovação possível para a existência da capacidade de interpretar sem o ato de interpretar. Logo, não há razão sem interpretação, ou, noutros termos, é impossível a identidade humana sem a interpretação, pois o ser humano só se apercebe de si interpretando. É por intermédio da interpretação do outro e de si próprio que o ser humano se apercebe de sua realidade mesma. A interpretação é, portanto, necessária ao homem.<sup>238</sup>

Conforme antes afirmado, a hermenêutica se dá pelo processo de interpretação, ensejando na compreensão dos fatos e das normas. Coloca-se a palavra norma, pois estamos diante da hermenêutica jurídica, aquela voltada para a compreensão das relações jurídicas. Assim, o Direito deve ser visto como regulação, como ponte entre os fatos previamente visualizados e os resultados legalmente e legitimamente esperados. Nada mais exato do que realizar uma elaboração detalhada de forma procedimental do ato administrativo mediante a interpretação.

---

<sup>237</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Op. cit., p. 64-65.

<sup>238</sup> FALCÃO, Raimundo Bezerra. Op. cit., p. 147.



### 6.3 DIREITO COMO REGULAÇÃO HERMENÊUTICA

Para o exato alcance da compreensão valorativa, o uso da hermenêutica mostra-se indispensável no que se refere à normatização das relações humanas e sociais. E referida normatização tem como base o Direito como fonte de todos os comandos.

O Direito aqui deve ser representado como um corpo normativo capaz de regulamentar as mais diversas relações humanas possíveis e imagináveis, cabendo à norma em si o caráter de indicação específica quando necessária para a busca da solução possível.

Não nos atrevemos a discutir conceitualmente a noção de Direito. E nem seria a nossa pretensão, pois o núcleo da investigação repousa sim na forma de interpretar os movimentos que o Direito proporciona para os atos administrativos concebidos a partir da linha reguladora dos princípios elencados na Carta Maior, este como representação simbólica do Estado Moderno.

As bases do Direito surgem de forma objetiva, mas procurando o alcance subjetivo das relações sociais. Ou seja, escreve-se esta ciência como mecanismo de regulação das desarmonias que possam ocorrer quando as pessoas não encontram na simples compreensão comum o resultado almejado das suas necessidades.

Ele (o Direito) deve ser entendido como um fenômeno regulador, tal qual afirmado por Neil MacCormick que “o direito é ordenamento normativo institucional”.<sup>239</sup> Essa situação, em que as normas servem de interação entre os homens, e alguns acabam por interpretá-las de maneira mais aprofundada, serve de orientação para os demais participantes do processo intersubjetivo de aplicação do Direito no mundo dos fatos.

Apresentar o ser humano entre o Direito e a hermenêutica pressupõe um elo voltado para a necessária e efetiva harmonização quanto aos membros participantes da sociedade. O Direito normatiza; a hermenêutica interpreta. Parece uma afirmação básica e repetida. Porém, o seu alcance deve resumir o real espírito do ordenamento posto em apreciação. Enquanto a norma é escrita, ela parte de um contexto abstrato que se baseou, certamente, em precedentes fáticos dos mais

---

<sup>239</sup> MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: 2011. p. 31.

diversos matizes da vida humana. Todavia, a partir do momento em que se mostra imprescindível trazer para o campo prático de aplicação do Direito o fato relevante para o ordenamento, aflora a análise hermenêutica do fato em si através das lentes normativas, dando ao intérprete a missão da compreensão.

Surge a interação do Direito com a ciência da hermenêutica, e este é o papel do intérprete: a clara ligação quanto aos valores essenciais em busca do melhor resultado, ensejando na argumentação e interpretação necessárias quanto ao sujeito do objeto.

MacCormick completa este raciocínio afirmando:

Portanto, o direito em ação é sempre um *locus* de argumentação e interpretação. Por mais claros que possam parecer, numa visão estática, os materiais jurídicos, na dinâmica da aplicação do direito e da contestação jurídica de acusações e alegações, há sempre uma argumentação contínua, referente à melhor forma de se ler ou interpretar o direito de modo a obter justiça quando esse direito vier a ser aplicado.<sup>240</sup>

O resultado deve ser o esperado pela Administração Pública em consonância com a sociedade.

Como afirma Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é imprescindível que tenhamos para os dias de hoje “uma ligeira observação hermenêutica”, visando, com isso, “lançar aos operadores do direito algumas observações quanto ao estado da arte da *interpretação* nesta era de eclosão de novos paradigmas”.<sup>241</sup>

Relacionar o Direito com a ciência hermenêutica requer uma construção não apenas de resultados, pois assim seria facilmente afirmado que a única preocupação repousaria em meras decisões pontuais de aplicação automática da lei, mas principalmente na construção procedimental passo a passo, ou seja, ter uma perspectiva de começo, meio e fim.

<sup>240</sup> Ibid., p. 38.

<sup>241</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno**: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 24. Completa o autor o seu raciocínio, resumindo a ideia de uma hermenêutica pós-moderna: “Desde logo, atente-se que o fenômeno da *aplicação do direito* é muito mais rico do que a *aplicação da lei* como se o entendia no positivismo jurídico. Enquanto que no positivismo jurídico o aplicador não deveria ser mais do que a *boca da lei*, como no conhecido apotegma francês dirigido aos juízes, no pós-positivismo, o intérprete-aplicador, qualquer que seja, e não apenas o magistrado, é também um conformador da *norma* aplicada, pois lhe cabe retirar do *texto* inicial, que é a *lei*, o comando a ser efetivado, que é o *direito*, mas não apenas na *exegese*, pois que também deve integrá-lo com seus próprios subsídios para afeiçoá-lo adequadamente à hipótese sob decisão e, necessariamente, enunciar os valores e as razões por que o faz, na interpretação e na integração.” (p. 24-25).

Regular o Direito pela hermenêutica e vive-versa traz-nos uma reflexão de um diálogo constante entre pensamento e ação. O homem constrói o seu caminho, mas sempre interagindo com escolhas e decisões. Somente assim é que o administrador deve ter em mente que age numa percepção de alteridade, eis que atua não em nome próprio, mas com vistas ao atendimento socialmente válido.

Portanto, a hermenêutica representa um papel importantíssimo na busca de soluções pautadas em elementos essenciais em favor do homem. Nisso surge a participação, mesmo que indireta, da figura do outro.

#### 6.4 A HERMENÊUTICA DA COMPREENSÃO: A FIGURA DO OUTRO

Se a proposta repousa no caráter interpretativo a ser dado pelo administrador em relação ao ato administrativo que ele tem o poder/dever de emanar, mister que possamos entender a hermenêutica obrigatoriamente a partir do outro. Ora, o que se quer é demonstrar que qualquer ato a ser realizado deve passar por um processo de construção e reconstrução do Direito e para o Direito, indo num chamado “além subjetivo”, ou seja, todo o administrador constrói o seu pensamento diante do conceito dado às coisas e aos objetos de interesse, como, por exemplo, saúde, educação e segurança, devendo chegar ao resultado em favor de alguém ou de alguma coisa. As medidas políticas adotadas não decorrem da simples vontade própria. Pelo contrário. Elas nascem da construção do Direito – aqui entendido simplesmente como uma ciência normativa – passando por uma interpretação de conceitos e valores em que o sujeito idealizador se submete aos ditames de uma vontade coletiva ou ainda abstrata.

Vamos citar uma hipótese em que o administrador necessita dar atendimento a um núcleo social de uma determinada região da cidade. Dentre as suas obrigações encontra-se a política da saúde. Pois bem. Construir um hospital ou um posto de saúde não requer a sua vontade interna, mas sim compreender a necessidade premente do outro, do cidadão, cujos anseios repousam no querer viver com dignidade, e a saúde se inclui neste papel. O local a ser instalado, as vias de acesso, as instalações internas devem passar por um processo hermenêutico de colocar o agente administrador na percepção subjetiva de quem precisa. É a ponte

hermenêutica. Não estamos falando de orçamento propriamente dito, mas apenas o caráter subjetivo da escolha, dos fundamentos e das finalidades esperadas.

Ora, o papel da hermenêutica, assim, passa a ser decisivo e importante quanto ao resultado, pois impõe ao administrador visualizar o ato em si a partir da percepção do outro. Essas ideias já foram pensadas quando do estudo a respeito do pensamento de Paul Ricoeur diante da hermenêutica do outro.<sup>242</sup>

O que fazemos agora é transportar a construção hermenêutica para um campo de compreensão mediante a alteridade.

O outro (sujeito destinatário do ato administrativo) é visto como um resultado a ser alcançado. A função de pensar não em si, mas para alguém (alteridade intersubjetiva), é dada como um passo exponencial de validade. Mas é bom lembrar que estamos diante dos primeiros passos. O resultado mesmo somente será alcançado por meio de um procedimental válido multidisciplinar, envolvendo, ainda, a argumentação de legalidade e de legitimidade.

Importante ainda lembrar que a idealização do trabalho administrativo não passa a ser apenas jurídico, pois pressupõe que a construção de validade tenha uma fase preliminar de consciência individual e também coletiva. Ou seja, o administrador idealiza um trabalho necessário pelas políticas essenciais de vida e de organização. Certamente que o Direito normatiza o essencial, assim como o acessório. Seria como imaginarmos aquela mesma ponte pensada anteriormente como um caminho específico de aceitação entre origem e resultado esperado.

O destinatário (administrado) espera, mesmo que de forma abstrata, o resultado válido. Surge a concepção do outro na compreensão a ser dada pelo administrador. O trabalho hermenêutico é de perspectiva não apenas ideológica, mas, sobretudo, intersubjetiva. Compreender-se é ver-se na figura do outro.

Viver de forma administrativa significa agir e este agir trabalha com escolhas a partir do resultado válido para o outro. A responsabilidade põe-se como um mecanismo concentrado de efetividade e eficácia. E na Administração Pública, o outro se torna essencial, pois passa a ser um paradigma de compreensão para o administrador. Este deve recorrer ao caráter ideológico.

Há, nesse primeiro momento, o que Inocêncio Mártires Coelho chama de “circularidade da compreensão”, situação em que o sujeito cognoscente (para nós o

---

<sup>242</sup> RICOEUR, Paul. Op. cit., p. 142-158.

administrador) não seria um ego puro, “mas intersubjetivamente determinado, inserido numa ‘cadeia de tradição’.”<sup>243</sup>

A cadeia a que se refere o autor repousa no intercâmbio necessário envolvendo não apenas o administrador, mas também o administrado e toda a determinação essencial da construção do ato administrativo. Aquele somente deve agir em função da compreensão de modo circular, ou seja, numa cadeia de mão dupla, interagindo o emanador do ato com aquele a que se destina o próprio ato.

O conjunto normativo que aponta para a construção e elaboração do ato administrativo serve como parâmetro de compreensão a partir de si mesmo para então depois permitir o caráter cognoscitivo do agente e, principalmente, em relação ao outro.

Mais uma vez Inocência Mártires Coelho aborda o tema, afirmando que cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo.<sup>244</sup>

No presente caso, os princípios constitucionais servem de paradigma axiológico para o texto e este, por sua vez, serve de apoio estrutural para a elaboração do ato. O administrador, por tarefa, age de acordo com os comandos anteriormente dados, mas com uma atenção voltada para o resultado em favor do administrado, ou ainda, em favor do objeto tratado. Aqui deve nascer uma compreensão de alteridade baseada nas premissas de construção. Tal hipótese da cadeia cognoscitiva será abordada a seguir.

---

<sup>243</sup> COELHO, Inocência Mártires. **Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica:** Fragmentos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146.

<sup>244</sup> Afirma Coelho: “Quem deseja compreender não pode entregar-se, logo de início, à causalidade das suas opiniões prévias e ignorar o mais obstinadamente possível a *opinião do texto*, até que este, finalmente... já não possa ser ouvido e perca a sua suposta compreensão. Quem quer compreender um texto, em princípio, tem que estar disposto a deixar que ele diga alguma coisa de si, até porque cada texto deve ser compreendido a partir de si mesmo. Uma consciência formada *hermeneuticamente* tem que se mostrar receptiva, desde o começo, à *alteridade* do texto, sem que isso signifique neutralidade ou autodestruição diante dele; uma verdadeira compreensão exige confronto/interação entre as verdades do intérprete e as verdades do texto.” (COELHO, Inocência Mártires. Op. cit., p. 147).

## 6.5 A HERMENÊUTICA DA CONSTRUÇÃO: A VINCULAÇÃO DO ADMINISTRADOR

Ao chegarmos neste patamar de compreensão, o que se revela de maior referência é o caráter indicativo do ordenamento jurídico. A partir da esfera normativa, o administrador tem o seu campo de atuação. Pensar o Direito e, principalmente, aplicar o Direito requer um esforço de desprendimento das bases meramente objetivas estanques que eventualmente possam ser invocadas para dar apoio e legitimidade ao seu ato. Deve haver alteridade do texto como representante abstrato do outro. Não são, pois, admitidas pré-compreensões, uma vez que estas se apoiam na perspectiva unilateral e não é este o objetivo. A intersubjetividade surge a partir do e para o outro. Com o administrador não é diferente. Ele age movido por uma vinculação direta com os comandos normativos, mormente os princípios, mesmo dentro daquela chamada margem de discricionariedade, que por décadas se baseou no tradicional binômio da oportunidade/conveniência. Não há como se admitir, neste novo milênio, que a discricionariedade comande puramente as escolhas.

Assim, possível afirmar que esta nova visão hermenêutica do ato administrativo baseado no respeito aos princípios constitucionais encontra-se apoiada na compreensão do texto, na intersubjetividade existente e no intercâmbio valorativo envolvendo administrador e administrado.

A vinculação que ora se aponta emerge, e repetimos, da compreensão do outro no mundo dos fatos e do Direito. O administrador deve, obrigatoriamente, ir ao encontro das necessidades sociais e não esperar que elas o provoquem mediante demonstração de inação administrativa.

Mais uma vez Inocêncio Mártires Coelho bem aborda o tema a partir daquilo que ele chama de “acolher o outro eu na sua ipseidade”:

Compreender, ademais, não é ficar imóvel, esperando que os outros venham a nós; é caminhar ao seu encontro, estender-lhe a mão, abrir as portas da boa vontade, num gesto largo de acolhimento. Sem esse impulso generoso, nosso esforço quando muito conseguirá constatar os limites exteriores do outro “eu”, a periferia individual, mas essa tentativa de assimilação não pode chegar ao ponto ideal de convergência, em que as diferenciações pessoais se anulam, e todo esforço compreensivo termina pela consciência do que há de incomunicável de homem para homem: “toda

coisa é naquilo em que difere; e permanece, individual, por princípio incommunicável”.<sup>245</sup>

Os sentidos surgem não apenas do eu, mas também do outro. Ao construir o ato administrativo em si, o administrador percorre o caminho do *eu* para o *outro*.

O que chamamos aqui de hermenêutica da construção é a formulação da ideia básica de que a interpretação se dá como forma de vincular o administrador não apenas pelo resultado, já que é comumente aceito que a resposta a ser alcançada na Administração Pública tem o efetivo valor, mas principalmente pela base de formação. Buscar o motivo de se aplicar determinado comando surge como condição inarredável de efetividade.

Tomando por empréstimo o pensamento de Lenio Streck sobre a consciência como elemento de escolha das decisões judiciais, podemos afirmar com o referido autor que não se pode decidir a partir do elemento subjetivo próprio, mas sim diante de uma condição específica de alteridade, situação em que os princípios têm o papel de indicação comportamental.<sup>246</sup>

Hoje, esse autor é um ferrenho defensor de um positivismo que não permite ao julgador, ou aqui estendemos ao administrador, fazer a escolha quanto ao resultado a partir da sua consciência. Por isso o empréstimo do seu pensamento, buscando apenas esclarecer que a dicção proposta repousa na construção da decisão a partir dos elementos principiológicos postos à disposição do intérprete.

A proposta hermenêutica filosófica pensada de forma racional e científica a partir do século XVIII com Friedrich Schleiermacher permite-nos uma reflexão detalhada sobre o que pensar em termos de interpretação válida para as coisas, os objetos e, principalmente, o ser humano.

Usar a expressão “construção” requer, num primeiro momento, uma iniciativa de transformação de mundo diante da vida dinâmica que se apresenta. Para o

---

<sup>245</sup> COELHO, Inocêncio Mártires. Op. cit., p. 151.

<sup>246</sup> Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 106. Vale a seguinte passagem: “E esse ponto é absolutamente fundamental! Isso porque é o modo como se compreende esse sentido do direito projetado pela comunidade política (que é uma comunidade – virtuosa – de princípios) *que condicionará a forma como a decisão jurídica será realizada de maneira que, somente a partir desse pressuposto, é que podemos falar em respostas corretas ou respostas adequadas*. Sendo mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia da integridade do direito. Não há decisão que parte do ‘grau zero de sentido’.” (p. 106).

administrador não pode ser diferente. Vincula-se ele numa construção dialógica e eficaz, buscando sempre o resultado que melhor se amolda ao comando legislativo. No caso, este comando prévio nasce dos princípios traçados pelas sociedades, mediante um processo político/social. Liberdade, dignidade da pessoa humana, intimidade, moralidade, eficiência, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade, apenas para citarmos alguns, são princípios que nos trazem uma dimensão axiológica das relações humanas.

Essa vinculação, pois, não é o mero conceito didático de ato administrativo vinculado trazido pelos manuais acadêmicos. Trata-se de algo mais aprofundado, uma vez que esta vinculação é valorativa, intersubjetiva e dialética, ou seja, vincular o administrador a uma conduta normatizada que tenha, no conteúdo ontológico das relações humanas, um resultado sempre esperado como forma de bem atender ao que determina o Direito como sistema normativo.

Tomemos por exemplo o direito à educação às crianças menores de seis anos, o que se encontra garantido constitucionalmente e ratificado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Tempos atrás, o Ministério Público paulista ingressou com ações civis em favor de crianças menores, pretendendo a garantia deste direito constitucional, uma vez que o administrador respectivo não ofertava vagas suficientes. Num desses casos, o agente violador do direito à educação seria o Município de Santo André, sendo este obrigado pela Justiça a realizar matrículas de crianças menores de seis anos em creches locais. Da decisão final do Recurso Extraordinário interposto pelo Ministério Público, em que se obrigou ao cumprimento do comando constitucional, referido Município ingressou com agravo regimental tentando a reapreciação da matéria. Em voto paradigmático, o Ministro Celso de Mello afirmou categoricamente que o direito à educação é garantido constitucionalmente, não podendo a Administração Pública, por intermédio dos seus administradores, invocar discricionariedade, oportunidade ou ainda conveniência, para negar referido direito, sobrepondo-se aquele a estes argumentos.<sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> Eis a ementa na íntegra: E M E N T A: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - RECURSO IMPROVIDO. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao



Tratou o senhor relator de demonstrar que o resultado a ser dado ao caso concreto deve ser com base no respeito aos princípios constitucionais consagrados pela Lei Maior, não havendo margem discricionária para a sua negativa. Assim, o paradigma da compreensão hermenêutica do princípio invocado vinculou o administrador de tal sorte que a sua escolha somente poderia recair na validade daquilo pensado pela Constituição da República. Estamos, pois, diante da compreensão em favor do outro, ou seja, a transmutação da vontade da Administração diante do outro. O foco sai da norma em si para a norma para si (outrem). Melhor explicando: a escolha vincula-se hermeneuticamente à compreensão da norma como mecanismo de proteção do outro. É o resgate da hermenêutica de alteridade pensada por Paul Ricoeur.

Portanto, ao administrador cabe vincular-se ao comando constitucional, cujos princípios balizadores são os fenômenos de efetividade dos direitos em si. Mesmo no ato administrativo discricionário, a escolha deve recair pela ideologia permeada pelo sistema normativo.

---

Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das "crianças de zero a seis anos de idade" (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à "reserva do possível". Doutrina. (RE 410715 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 22/11/2005, DJ 03-02-2006 PP-00076 EMENT VOL-02219-08 PP-01529 RTJ VOL-00199-03 PP-01219 RIP v. 7, n. 35, 2006, p. 291-300 RMP n. 32, 2009, p. 279-290).

## 6.6 O RESULTADO HERMENÊUTICO NO MUNDO DA ADMINISTRAÇÃO

Neste momento em que refletimos a respeito do pensar administrativo sob o viés hermenêutico, a construção do pensamento passa, conforme já dito anteriormente, pela seara da ideologia valorativa dos atos administrativos em respeito aos princípios constitucionais pensados não apenas pelo legislador constituinte, mas sobremaneira pelos interesses individuais e coletivos do cidadão, uma vez que aquele (legislador) elaborou a Carta Magna sob os olhos da sociedade.

Tudo o que fora dito e apresentado anteriormente reproduz não uma vontade pessoal e de autoconsciência do administrador. Pelo contrário. Acreditamos que a elaboração do ato administrativo – aqui visto como o ato maior de materialização das atividades inerentes da Administração em prol de suas políticas públicas – deve permear uma seara própria de reflexão hermenêutica a partir de visões conjugadas de intersubjetividade, compreensão e alteridade, não se esquecendo, com clareza, de que a vontade a ser emanada deve respeito incontinente aos princípios constitucionais.

Não obstante tenhamos pensado anteriormente os referidos princípios como um mecanismo de reflexão e paradigma de construção da decisão em si, é certo que eles configuram um comando aberto direcionado ao administrador, cujas escolhas devem ser variáveis, ou seja, apenas direcionam um caminho a ser percorrido pela Administração Pública em prol da destinatária: a sociedade. Porém, é preciso lembrar que tais princípios são dirigentes quanto ao resultado a ser alcançado, norteando a tarefa do agente público.

António Manuel Hespanha ratifica o pensamento:

Os princípios constitucionais – eles também – nem constituem “textos” fechados – que possam ser tomados, sem mais, pelo seu valor facial –, nem têm forçosamente que ser harmónicos com outros princípios igualmente constitucionais. Daí que haja sempre que decidir qual o sentido com que eles devem valer e o grau de compromisso em que tenham que entrar, em relação a outro(s) princípio(s). A possível especificidade é que – a este nível constitucional – nesta interpretação dos princípios constitucionais e na consequente eleição do seu “sentido dirigente” quanto á interpretação de

outras normas, a intenção do legislador histórico há-de ser particularmente acautelada.<sup>248</sup>

E não apenas os princípios constitucionais refletem um novo modo de pensar por parte do administrador. Por muitas vezes os princípios gerais de Direito também expõem uma necessidade de cumprimento àquilo pensado abstratamente em prol do cidadão. O princípio da boa-fé, por exemplo, deve sempre pautar as relações bilaterais envolvendo Administração Pública e administrado.

Com razão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que os princípios gerais de Direito são também limitadores da discricionariedade administrativa por corresponderem a valores consagrados no sistema jurídico.<sup>249</sup>

O que se coloca aqui, pois, é evitar o abuso pela Administração Pública com base numa pseudo discricionariedade, o que foi bem retratado por Juan Carlos Cassagne e citado por Di Pietro.<sup>250</sup>

Trata-se de uma reflexão contemporânea dos limites do administrador, cujo trabalho hermenêutico por certo tenta colocar nos trilhos da validade. Essa mesma Administração trabalha com um controle interno que, por lógica, aqui pode ser visto como uma forma de revisão daquilo realizado e se em consonância com os ditames legais de forma prévia, concomitante ou *a posteriori* ao ato realizado, buscando, assim, uma forma de não apenas legalizar o que aqui foi elaborado, mas também legitimar a atividade em si, inclusive eficiência, eficácia e economicidade.<sup>251</sup>

Nesta visão contemporânea que vivemos, alcançando a Administração como um todo em prol da sociedade, é necessário sim falar de uma concepção dialógica da atividade, cujo diálogo muitas vezes é mais virtual do que propriamente material. Utilizamos a expressão “virtual” para imaginar um diálogo em que o administrador

<sup>248</sup> HESPANHA, António Manuel. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 678.

<sup>249</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 172. Vale a seguinte passagem: “Os princípios gerais de direito são de observância obrigatória pela Administração. Se corresponderem a valores consagrados no preâmbulo da Constituição ou mesmo decorrerem implícita ou explicitamente de suas normas, o ato administrativo (e também a lei) que os contrarie padecerá do vício de inconstitucionalidade. Se não decorrerem da Constituição, mas da legislação ordinária ou mesmo da teoria geral do direito, ainda assim têm que se cumpridos pela administração, sob pena de invalidade do ato, corrigível pelo Poder Judiciário.”

<sup>250</sup> Id.

<sup>251</sup> Nesse sentido: MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 47-79. A certa altura, a autora aborda as formas internas de controle buscando a própria Administração Pública, por aparência, a efetividade de todo o seu trabalho público.

pressupõe “ouvir” o(s) interessado(s) quanto à realização de um ato administrativo, admitindo que sua futura escolha recairá naquilo considerado legítimo pelo destinatário.

Esse “diálogo” idealizado busca, a partir da melhor interpretação da norma, aferir a capacidade de eficiência imaginada pelos agentes responsáveis quanto aos resultados úteis e válidos para o papel de bem desempenhar, entre outras coisas, políticas públicas. Valem-se aqueles da “compreensão do outro” como mecanismo de motivação.

Tomemos como exemplo o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE COLETIVO INTERESTADUAL. PROLONGAMENTO DE LINHA. ATO DISCRICIONÁRIO. ARTS. 38, III, 41 e 46, V, do DECRETO Nº 92.353/86. INEXISTÊNCIA DE ABUSO OU DESVIO DE PODER.

1. A simples leitura do caput dos arts. 38 e 46 do Decreto nº 92.353/86 é suficiente para demonstrar que nos encontramos frente a típico ato discricionário da Administração. Esses dispositivos prevêm que a autarquia federal poderá, a seu critério, promover o prolongamento da linha ou, ainda, sua extensão apenas em determinados horários, bem como a realização de viagens residuais e viagens em categoria de serviço diferenciado. Tudo isso a ser feito com base em estudo sobre o comportamento do mercado, a fim de se alcançar maior eficiência do serviço de transportes de passageiro.

2. Inexiste eiva na omissão administrativa em não se deferir o pedido de prolongamento para a cidade de Teófilo Otoni (MG) em favor de empresa que vem prestando serviço como concessionária na linha Ribeirão Preto (SP) a Belo Horizonte (MG).

3. Recurso especial não provido.<sup>252</sup>

Tratando-se de um chamado ato discricionário, no presente caso, a Administração buscou adequar o melhor resultado quanto ao serviço de transporte de passageiro. Para tanto, certamente sopesou as condições necessárias perante a realidade que lhe foi apresentada. O resultado, na ordem das coisas, foi em favor da chamada eficiência administrativa.

No mundo da Administração, e tendo como base o perfil hermenêutico adotado a partir da construção ideológica, realizar qualquer ato, por mais simples que seja, requer sempre o referencial de valor e este sistematicamente será encontrado nos princípios consagradores do sistema jurídico.

Nesse diapasão, inclusive, como forma de ratificar o julgado anteriormente citado, Juarez Freitas expõe que os princípios são sempre regentes das relações da

---

<sup>252</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 422.674/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 01/04/2008.

Administração Pública, cuja óptica traz o pressuposto democrático de validade, dando ênfase a um interesse coletivo que deve se sobrepor às vontades individuais, inclusive quanto ao administrador. São interessantes as suas palavras:

A Constituição brasileira de 1988 pode ser classificada no rol das pluralistas e democráticas, donde segue que o princípio da democracia, por mais controvérsias que remanesçam em torno de seu conceito, serve de pano de fundo para a hermenêutica de todos os seus dispositivos e, por extensão, das normas infraconstitucionais. Por certo, o intérprete há de tê-lo sempre em conta, à vista da essência do jogo democrático, que consiste em efetuar a síntese concreta e satisfatória dos vários princípios, em especial os da liberdade e da igualdade, em processo participativo crescente, no qual a sociedade precisa experimentar um contexto propício e estável para a eleição dos melhores modos de sua própria convivência, na busca do governo, acima de tudo, dos princípios superiores, em lugar de particularismos arcaicos e arbitrários. Vai daí que o princípio da universalização do interesse público deve afigurar como um dos mais relevantes para o Direito em geral, designadamente para o Direito Administrativo, conquanto nunca deva ser reduzido ao simples somatório ou à aferição estatística das vontades particulares.<sup>253</sup>

Alcançamos, com essa construção de alteridade, um patamar de valor dentro da Administração Pública baseado nos elementos normativos sedimentados pela Lei Maior. Situação que, dentro das mais basilares noções de Estado, surge como um véu removedor dos interesses pessoais, passando a perquirir a respeito dos interesses coletivos, eis que a concepção de administrador passa, conforme já dito anteriormente, do conceito de gerência para o outro ou para algo. Eis a essencialidade dos princípios; situação em que a ponte hermenêutica busca sempre resultados válidos.

Nas palavras de Paulo Magalhães da Costa Coelho, esses princípios são “vetores condutores dos grandes valores consagrados na Constituição e no ordenamento jurídico.”<sup>254</sup>

Isso vai ao encontro das necessidades emergentes da sociedade, cujos resultados hermenêuticos no mundo da Administração Pública são os buscados, de acordo com Costa Coelho, no posicionamento ideológico do Estado.<sup>255</sup>

---

<sup>253</sup> FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 49-50.

<sup>254</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 50.

<sup>255</sup> Id. Observemos a seguinte passagem: “Os princípios refletem um posicionamento ideológico do Estado e da Nação frente aos diversos valores da humanidade. Bem por isso, a administração pública, na gestão do Estado, na condução das políticas públicas e em suas relações com os administrados. Não pode ignorá-los; antes, ao contrário, está a eles vinculada, mesmo nas hipóteses de atuação discricionária. Todavia, a atividade administrativa se desenvolve debaixo do ordenamento

Com isso, o que se percebe é que o administrador do Estado contemporâneo não tem apenas o dever de produzir atos capazes de movimentar a máquina administrativa. Muito pelo contrário. Para os dias atuais, a sua percepção sociovalorativa é decisiva para que os atos praticados correspondam essencialmente aos anseios do cidadão, em especial com o que este último espera para si como resultado útil para as perspectivas de vida.

Pensar a Administração Pública em sua totalidade requer do administrador uma dimensão axiológica de alteridade, colocando-se, em muitos momentos, no lugar do administrado, para que com isso tenha realmente a noção daquilo que se mostra imprescindível para a sociedade de hoje. Cabe à hermenêutica o papel fundamental de ofertar ao intérprete administrativo o conteúdo necessário para a busca dos melhores resultados, tendo sempre como ponto de partida os princípios constitucionais sedimentados pela construção de um Estado ágil, moderno e socialmente responsável, cujas dimensões são atingidas a partir do momento em que a hermenêutica do sujeito é paradigma de construção e compreensão.

## 6.7 A NOVA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A RACIONALIDADE HERMENÊUTICA

Confrontando o pensamento até agora buscado, o administrador tem como desafio encontrar, dentro do sistema jurídico pensado na dimensão dos princípios norteadores, as melhores escolhas e soluções para o trabalho administrativo a que se propõe.

Não bastasse a simples situação de agir dentro dos limites legais, ao administrador cabe também, e principalmente, adotar um posicionamento de construção do ato administrativo que se baseie no respeito ao próximo, no caso, o administrado, seja ele o cidadão individual, seja a coletividade a ser atendida.

Com isso, o processo de construção do ato administrativo, em especial a dimensão axiológica esperada, deve amparar sempre aquele que busca a proteção estatal.

---

jurídico que dela exige o cumprimento de certos requisitos formais e outros, ainda, materiais. Não basta que a atividade respeite a regra de competência e se dê pelo devido processo legal formal. É preciso mais do que isso, é preciso que o ato emanado, ainda que de natureza discricionária, esteja em harmonia com os fins e os valores do ordenamento jurídico.” (p. 50).

Decisão, por si só, não se mostra um mecanismo de aferição meramente objetivo. É mais do que isso. É pensar no outro, para o outro e pelo outro.

A hermenêutica, como ciência da interpretação, busca um mecanismo de efetividade naquilo a que se apresenta, eis que a norma nasce numa perspectiva abstrata para depois alocar-se numa esfera material e específica. O administrador elabora a escolha final diante das propostas hipotéticas apresentadas. Assim, a assimilação é essencial para que ele (decididor) alcance o que o princípio formador indicar como válido e real no mundo das coisas.

As escolhas feitas são, necessariamente, reflexos de um pensamento voltado para um tripé administrativo: causa, realização e resultado.

A causa pensada e refletiva pressupõe um estudo hipotético para uma situação fática dentro do mundo das coisas. O administrador, quando diante de um fato real (saúde, por exemplo), precisa pensar no que aquilo se mostra essencial para a sociedade e, em especial, para o cidadão. Partindo das premissas dadas pelo texto constitucional, o agente público relaciona as ideias específicas envolvendo o tema e as concatena com a dimensão do problema, o que ensejaria no uso de um método tópico de solução deste mesmo problema, conforme pensamento de Theodor Viewheg.<sup>256</sup>

Pensar o problema pelo problema não deixa de ser um método apropriado para a busca das soluções diante de um caso concreto. Não basta construir um raciocínio meramente matemático ou cartesiano. É preciso ir mais além, apoiando-se num referencial de valor quanto à causa que se apresenta. Se há deficiência na prestação do serviço público envolvendo saúde, conforme anteriormente mencionado, então a discussão inicial vai se centrar no problema do outro, aqui se referindo, num primeiro momento, à alteridade, ou seja, quais são as necessidades do cidadão? O que ele precisa para uma melhora em termos de qualidade de vida? A saúde será um desses pilares?

---

<sup>256</sup> Nesse sentido: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl. Prof.<sup>a</sup> Kelly Susane Alfken da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008. O estudo feito pelo autor baseia-se numa forma interpretativa para solucionar problemas jurídicos em que as hipóteses alcancem resultados mediante aceitação e consenso. Diz o autor: “A tópica pretende proporcionar orientações e recomendações sobre o modo como se deve comportar numa determinada situação caso não se queira restar sem esperança. Essa constitui-se, portanto, a *técnica de pensar problemáticamente*. Apenas o problema concreto ocasiona de modo evidente tal jogo de ponderação, que vem se denominando tópica ou arte de criação.” (p. 33-34).

Perguntas como essas servem de parâmetro para sabermos se há ou não um eventual problema de construção de real e eficiente serviço público de saúde.

As causas, assim, baseiam-se nas necessidades, eis que uma sociedade evoluída deve, obrigatoriamente, passar pela saúde como base de crescimento.

Os pontos críticos devem ser vistos e avaliados, além dos motivos que levaram a isso e também as possibilidades de solução. Porém, o essencial agora é apenas averiguar o que levou àquela situação, lembrando que os princípios constitucionais primam para uma proteção nessa linha de raciocínio.

Dessa forma, o administrador, num primeiro momento, vincula-se à análise dos motivos que levaram a esta dimensão a ser pensada.

Pensar na saúde passa a ser uma preocupação real e constante para aquele agente como forma de solução possível dentro do seu campo de atuação administrativa.

E não podemos esquecer que a Constituição foi pensada como mecanismo de, entre outras coisas, proteção social.

Passada essa fase de análise quanto às causas, na sequência, o administrador mergulha na realização de atos administrativos aptos a alcançar uma efetividade real de construção.

Dentro do modelo exemplificativo, ou seja, no plano da saúde, a realização de obras, serviços e programas específicos para o atendimento real da saúde populacional torna-se um mecanismo procedimental válido.

Escolher um modo de agir, assim como o alinhamento de todas as etapas previstas num plano de execução, mostra-se como mecanismo mais do que vital. É uma demonstração inequívoca de aparelhamento de utilidade.

Dentro da perspectiva da alteridade, aqui o campo de aplicação do ato administrativo situa-se num referencial de projeção intersubjetiva.

A racionalidade hermenêutica agora é sobre um modelo de construção pautado no viés do que chamamos “ponte de utilidade”, ligando causa à consequência.

O modo de produção do ato, observando a construção em si e passando por uma metodologia cristalina e apta a produzir resultados úteis e válidos, relaciona-se intimamente com a atividade do administrador no “mundo dos fatos” em perfeita consonância com o “mundo dos atos”.



E o tempo passa a ser um elemento valorativo imprescindível para que a atividade se desenvolva da melhor maneira, eis que, além da causa que lhe origina, o administrador preocupa-se com uma construção temporal aliada à história daquela sociedade destino. Dizemos isso como um fator a ser agregado ao mecanismo de proteção. Exemplificando. Ao se falar em saúde como serviço básico e essencial a um determinado grupo, o administrador elabora um processo evolutivo a partir de algo previamente pensado, mesmo que não aplicado no campo prático. Como era a saúde da população? Quais as mazelas que foram percebidas nas sociedades anteriores? Como aplicar um método válido em termos de resultado? Como não repetir os erros ou omissões anteriores? Perguntas como estas demonstram que a realização pauta-se não apenas na origem, mas principalmente no modo de se construir um ato que traga a essencialidade esperada.

Não somos produtos do nada. Sempre temos uma história anterior que traz a dimensão a ser seguida. Para o administrador, a saúde, como exemplo até agora utilizado, deve primar pelo melhor desempenho em termos de serviço.

É preciso ligar o passado através da memória, situação em que François Ost faz uso da recomposição histórica e delinea a estrutura do Direito com o tempo de construção, ampliando uma discussão das convenções sociais. O resultado por ele pensado deve permear os caminhos entre história e estrutura normativa.

Assim, não há uma origem pela simples origem. Algo fora pensado antes e hoje construímos a dimensão das relações sociais a partir de experiências passadas.

Afirma o autor:

Todos esses índices conduzem a uma conclusão formal: do mesmo modo que ninguém começa a linguagem a partir do zero, ninguém começa absolutamente a instituição. “Nunca se assiste ao começo da regra, escreve Paul Ricoeur, só podemos remontar de instituição em instituição”. Nossa ação, nosso discurso, até nossa liberdade, só são possíveis sobre o fundo de interação já dado; sem estas estruturas prévias de socialidade, o próprio gesto de recusa ou de revolta nenhum sentido teria. Mas é preciso convir, este saber da instituição é, de algum modo, segundo e derivado em relação ao momento da afirmação positiva de si, da ruptura política e da fundação de uma regra nova: “é sempre no atraso, escreve ainda Ricoeur, que tomo consciência da *anterioridade* da regra em relação a qualquer nova escolha”.<sup>257</sup>

---

<sup>257</sup> OST, François. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005. p. 69-70.

Desse modo, concluímos que a realização do ato administrativo capaz de produzir efeitos práticos e úteis para um determinado segmento social, ou ainda para determinado cidadão, passa pelo campo da construção histórica em atenção às dimensões do passado pensadas e refletidas pelo ser humano em sintonia com a história contada em favor de uma sociedade.

As políticas públicas nos tempos atuais pensada pela Administração Pública trabalham com uma realização do outro de forma histórica, cujo contexto social contemporâneo é reflexo daquilo que vivenciamos no passado, mas com uma dimensão de evolução não apenas técnica, mas, acima de tudo, axiológica do cidadão para o cidadão.

Exemplifiquemos a decisão administrativa sob o viés da causa, realização e resultado.

Para tanto, faremos uso analítico de uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2009, hipótese em que o Poder Judiciário apreciou a falha em se ofertar serviço de saúde de qualidade aos seus administrados.

Eis a ementa:

ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTOS A HOSPITAL UNIVERSITÁRIO – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO ESTADO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO-OPONIBILIDADE DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL. 1. Não comporta conhecimento a discussão a respeito da legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo ativo da presente ação civil pública, em vista de que o Tribunal de origem decidiu a questão unicamente sob o prisma constitucional. 2. Não há como conhecer de recurso especial fundado em dissídio jurisprudencial ante a não-realização do devido cotejo analítico. 3. A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada, deixando de ser eminentemente legisladora em pró das liberdades públicas, para se tornar mais ativa com a missão de transformar a realidade social. Em decorrência, não só a administração pública recebeu a incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias à satisfação dos fins constitucionalmente delineados, como também, o Poder Judiciário teve sua margem de atuação ampliada, como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais. 4. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação do referido princípio, em matéria de políticas públicas, deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do judiciário quando a administração pública atua dentro dos limites concedidos pela lei. Em casos excepcionais, quando a administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Poder Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem

jurídica violada. 5. O indivíduo não pode exigir do estado prestações supérfluas, pois isto escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Por outro lado, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem motivos, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado Democrático de Direito. Por este motivo, o princípio da reserva do possível não pode ser oposto ao princípio do mínimo existencial. 6. Assegurar um mínimo de dignidade humana por meio de serviços públicos essenciais, dentre os quais a educação e a saúde, é escopo da República Federativa do Brasil que não pode ser condicionado à conveniência política do administrador público. A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário. Recurso especial parcialmente conhecido e improvido.<sup>258</sup>

Como se vê, o Poder Judiciário foi acionado diante da falha observada em face do Poder Público que não garantiu, de forma satisfatória, a prestação de um serviço público de qualidade.

Para tanto, os julgadores inicialmente afirmaram que não se tratava de uma ingerência de um poder sobre o outro, mas sim de se dar atendimento aos anseios sociais na área de saúde, simplesmente pelo atendimento à Constituição Federal, que garante a todos a prestação de um serviço público eficaz.

Notemos que base foi o respeito e cumprimento a princípios constitucionais, ocasião em que o administrador não cumpriu com a sua obrigação, pois negligenciou o fornecimento de equipamentos hospitalares para locais que tinham a referida necessidade.

Assim, coube a outro poder (no caso, o Judiciário) suprir essa lacuna administrativa ao determinar que fosse feita uma melhor política pública na área de saúde no seu contexto tópico, ou seja, melhoria estrutural para um determinado local.

O Poder Judiciário simplesmente cumpriu a Constituição da República ao construir um raciocínio hermenêutico de alteridade diante da racionalidade esperada pelo respectivo administrador, qual seja, de atender a pontos essenciais de qualidade de vida. Para isso, a causa foi vislumbrada diante da fragilidade do serviço prestado, com a presença de mazelas na saúde da população e, em especial, na falta de estrutura médica. A seguir, a realização operou-se na destinação de verba

---

<sup>258</sup> BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009.

própria para o intento almejado, repousando na melhoria da estrutura dos equipamentos indispensáveis para a boa prestação do serviço público. Por fim, o resultado passa a ser aferido quando temos dados e números comprovando o alcance da perspectiva constitucional de qualidade na área de saúde da população, hipótese em que o outro (na concepção hermenêutica, o sujeito destinatário) demonstra faticamente que se operou a efetividade daquilo abstratamente pensado pela Carta Magna.

A fórmula hermenêutica da racionalidade voltada para uma nova administração pública passa a constituir uma visão contemporânea de busca quanto à qualidade daquilo que se espera de um Estado idealizador e construtor de políticas públicas sérias e eficazes.

## 6.8 DECISÃO ADMINISTRATIVA SOB O PRISMA DO PENSAMENTO HERMENÊUTICO

Diante de todo esse caminho percorrido, desde a formação do Estado até a atividade administrativa pautada na hermenêutica da alteridade, passando necessariamente pelos princípios constitucionais, o que se verifica é que a decisão administrativa pensada e esperada deve essencialmente percorrer um caminho de construção racional de valor, desprendendo-se o administrador de valores pessoais ou próprios, para aprofundar-se num estado de preocupação quanto ao próximo, aquele outro muitas vezes sem rosto, mas que necessita de um atendimento próprio envolvendo as suas mazelas, anseios e desejos.

E o Direito, como norma de segurança e garantia humana, deve ter o papel essencial de permitir uma interpretação voltada para um resultado prático e que traga resultados importantes quanto à intenção do sistema jurídico.

Não é de hoje que grandes juristas já pensavam no Direito como um instrumento de transformação social. Não há um modelo estanque ao longo dos últimos séculos em termos de construção jurídica. A evolução é um curso natural e imutável para que as transformações ocorram naturalmente.

Passemos a observar alguns dos grandes nomes jurídicos para fazermos uma comparação envolvendo hermenêutica e Direito com a perspectiva de traçar um

paralelo com a função do administrador em decidir com base numa estrutura jurídico-filosófica. Trata-se de uma dimensão mediante as escolas hermenêuticas como celeiros de produção científica e social do Direito.

Friedrich Carl von Savigny, doutrinador alemão que viveu a sua construção jurídica no século XIX, trouxe uma contribuição significativa para a interpretação do Direito ao trabalhar com uma visão histórico-evolutiva, mostrando que a interpretação normativa deve ocorrer precipuamente pelas transformações sociais, trazendo, pois, o sentimento popular como uma ferramenta essencial para busca de melhorias estruturais. Assim, a interpretação deve ser a consciência da lei (utilizando esta palavra no seu sentido lato), pautando-se o legislador em construir a norma em razão da sociedade, não podendo se afastar da sua visão jurídica.

Afirma o autor:

Si la interpretación tiene por objeto darnos a conciencia de la ley, todo lo que no pertenezca al contenido de ésta, cualquiera que sea por otra parte su afinidad con dicho contenido, queda, rigurosamente hablando, extraño al objeto de la interpretación. En este punto se presenta en primera línea el motivo de la ley (*ratio legis*). Esta palabra tiene dos sentidos diferentes, según que se aplica al pasado ó al porvenir; así pues designa: 1º la regla superior de derecho, de la cual es la ley deducción y consecuencia; 2º el efecto que la ley está llamada á producir, es decir, el *fin*, la *intención* de la ley. Sería gran error establecer oposición absoluta entre estos dos sentidos; debe, por el contrario, admitirse que son inseparables en el pensamiento del legislador.<sup>259</sup>

Serve esse apontamento apenas para demonstrar que sempre houve preocupação quanto à ferramenta disponível ao intérprete, seja ele o legislador ou ainda o administrador, mesmo que numa visão inicial de interpretação autêntica. Porém, o certo é que a dimensão pensada para e pela hermenêutica ultrapassa o patamar da diminuta esfera inicial de alcance dos anseios humanos devidamente regulamentados. Vai mais do que isso. Passa-se a pensar o Direito num viés holístico, principiológico e intersubjetivo em face das necessidades do cidadão.

Portanto, outras formas de se interpretar a norma em favor do homem e da sociedade surgem no campo da filosofia do Direito, ampliando a visão jurídica que se espera para a perfeita regulação das relações sociais.

Destaca-se, também, o pensamento de Rudolf Von Ihering no século XIX, mediante um raciocínio teleológico (finalístico) do Direito.

<sup>259</sup> SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema Del Derecho Romano Actual**. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Tomo I, Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878. p. 151-152.

Nessa construção científica, o autor trabalha com a interpretação inspirada menos na lógica e mais no caráter finalístico do direito. O fim e o motivo criam o direito. O que se denota é que estamos diante da garantia das condições da vida social, hipótese em que o seu fim não é uma intenção, mas uma realidade objetiva. Direito deve ser visto como vivência e luta e jurisprudência dos interesses.

É preciso encontrar um fim ao Direito, o que foi, portanto, proposto por Ihering, com a seguinte observação de Margarida Maria Lacombe Camargo:

Assim, a partir de Ihering, a ideia de que o direito se liga a um fim, que se pretende ver realizado na prática, faz com que o mesmo abandone o campo da abstração e veja aberto o caminho para a Jurisprudência dos Interesses, encarregada de formular metodologicamente esta questão. Verificamos, no entanto, que Ihering repudia o positivismo jurídico, essencialmente formalista, mas não o positivismo filosófico, que dedica seu esforço à apreciação dos fenômenos naturais, incluindo nesta categoria os sociais. Com isto, o método realista ou teleológico, voltado para os interesses e valores que lhe servem de fundamento, vem ocupar o lugar até então preenchido pelo formalismo exegético.<sup>260</sup>

É para o autor alemão a própria luta do Direito pela vivência das relações sociais. Fim social e bem comum são finalidades reais e não procedimentais. O jurista tem que ter em mente o fim especificado pela lei, visto que o resultado que se pretende alcançar deve-se à sua atuação prática.

Com esse autor, a interpretação a ser encontrada nas normas parte sempre da perspectiva de uma intenção real e uniforme do alcance da validade pretendida.

Na sequência do pensamento jurídico-hermenêutico, a Escola da Livre Pesquisa Científica do Direito, de François Gény, afirma que a lei é insuficiente para cobrir todos os fatos sociais. Assim, a sua intenção seria o motivo do seu aparecimento, não podendo deformá-la. Diante das lacunas, devemos recorrer a outras fontes (costumes, jurisprudência e doutrina). Para Gény, a atividade do intérprete, de acordo com regras e princípios gerais da ordem jurídica, autoriza o juiz a agir *praeter legem*.

O próprio autor justifica essa forma de pensar ao desenvolver um método que privilegiasse a investigação como um mecanismo válido de interpretação, separando o trabalho do legislador em relação ao trabalho do intérprete, devendo este ser entendido como o específico aplicador. São as suas palavras:

---

<sup>260</sup> CAMARGO, Margaria Maria Lacombe. Op. cit., p. 92.

A medida que las costumbres se establecen o se afirman, a medida, sobre todo, que las leyes escritas se multiplican y extienden su campo de acción en los dominios cada día mayores del derecho privado, la parte concedida a la inspiración personal del juez a la vez restringida y precisada. Y no ha podido desaparecer enteramente, por lo mismo que las fuentes formales quedan en sí mismas impotentes para satisfacer el conjunto de la organización jurídica. Además, las disposiciones formuladas por una autoridad exterior al juez han reducido a una esfera más restringida la libre actividad de éste. Al propio tiempo, esta actividad ha perdido poco a poco de su carácter subjetivo e inconsistente. Y aun cuando libre de la conformidad a su esencia, ha disfrutado de una amplitud variables, más extensa cuando se ejercía fuera del dominio de las fuentes formales, menos completa cuando su intervención se aplica en función de las fuentes mismas.<sup>261</sup>

De grande importância interpretativa foi a contribuição de Gény para o mundo do Direito, em especial o da hermenêutica, uma vez que referido pensamento foi elaborado no final do século XIX, momento em que vigia o positivismo arraigado para os sistemas jurídicos ocidentais, não obstante houvesse vozes dissonantes rumo à evolução, destacando esse doutrinador francês, que procurava a libertação da interpretação jurídica em relação à vontade do legislador. Não havia, assim, um vínculo, mesmo que artificial, à lei, reinando a livre investigação científica para a busca do verdadeiro alcance das normas.

Ainda a título ilustrativo, e considerando que ora se busca o alcance das várias maneiras de pensar o Direito sob um viés hermenêutico, é possível apoiar-se numa interpretação mais voltada para o homem como centro do conjunto normativo, destacando-se o modelo egológico quanto aos fatos humanos e sociais, ou ainda aprofundar-se numa lógica do razoável, com a missão de se interpretar a partir do caráter vitalista da estrutura normativa apresentada para a construção da sociedade.

Esses dois modelos pensados, respectivamente, pelos juristas Carlos Cossio e Luís Recaséns Siches demonstram que a preocupação no que se refere à interpretação do Direito ultrapassa o campo positivista marcante do século XIX, adentrando na perspectiva humanística do Direito a partir do final da Segunda Guerra Mundial.

Inicialmente, com Cossio, fundador da chamada Escola Ecológica, o autor sustenta que não é a lei que se interpreta, mas a conduta humana mediante a lei, pois o juiz interpreta a lei segundo a sua ciência e consciência. Ela é um conselho,

---

<sup>261</sup> GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Prol. Raimundo Saleilles, Granada: Comares, 2000. p. 410-411.

mas não é o Direito em si. Compreender e valorar a conduta humana é indispensável para o efetivo resultado.

A partir das experiências inaugurais baseadas na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen o doutrinador argentino muda radicalmente o seu paradigma, adotando um comportamento chamado de egológico, que enxerga o Direito na condição de um fenômeno presente de forma intrínseca na vida do ego e com embate entre diversos sujeitos sociais. A norma, então, não seria nada mais que um veículo para a compreensão dos valores humanos, dando-lhe forma e sentido.

Afirma o autor sobre o pensamento envolvendo sua teoria egológica como intuição do direito:

Para nosotros el Derecho es vida humana plenaria considerada desde cierto ángulo, o como lo hemos dicho siempre, es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva. La norma, que es la significación expresada, es simplemente la representación intelectual de esa conducta como conducta.<sup>262</sup>

O processo de interpretação aqui consiste na mudança da norma estática, geral e abstrata, para a fragmentação e realização do caso concreto, observando, de forma individual, a necessidade real, apoiando-se, neste momento, no seu próprio valor experimentado pelo ser humano.

Siches, por sua vez, apresenta um modelo de valor subjetivo, cuja construção legislativa envolve não apenas a sua estrutura normativa em si, mas, principalmente, retirar da própria atividade humana o contexto maior de componente axiológico.

Suas palavras bem explicam o pretendido alcance:

Una norma jurídica es un pedazo de vida humana objetivada. Sea cual fuera su origen concreto (consuetudinario, legislativo, reglamentario, judicial, etc.), una norma jurídica encarna un tipo de acción humana que, después de haber sido vivida o pensada por el sujeto o los sujetos que la produjeron, deja un rastro o queda en el recuerdo como un plan, que se convierte en pauta normativa apoyada por el poder jurídico, es decir, por el Estado. Lo que importa subrayar aquí es que la norma jurídica es vida humana objetivada, porque siendo así resultará claro que, para comprenderla cabalmente, deberemos analizarla desde el punto de vista de la índole y de la estructura de la vida humana.<sup>263</sup>

<sup>262</sup> COSSIO, Carlos. **La Teoria Egologica Del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964. p. 202.

<sup>263</sup> SICHES, Luís Recaséns. **Nueva Filosofia de la Interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973. p. 135-136.



Para a nova interpretação que ora se espera do administrador, não se pode utilizar de uma simples lógica formal na construção das políticas e dos serviços públicos, eis que as relações humanas são pautadas em juízos jurídicos de valor.

Segundo o autor, os procedimentos decisórios e o raciocínio jurídico não obedecem a eventuais esquemas predeterminados. Deve haver uma clara utilização do chamado *logos* do razoável, com uma específica abordagem de variação entre ser e dever-ser. A atividade decisória esperada pela Administração Pública é de sentido, partindo dos textos normativos apresentados, em especial os princípios constitucionais, porém interagindo com outras práticas alheias ao sistema jurídico, mas de igual forma com a mesma importância, tal como filosofia, ciência política e sociologia, *v.g.*, criando textos que vão individualizar sobremaneira os prévios discursos normativos atuando, na sequência, *in concreto*, mas a partir da interpretação de outros discursos, estes construídos *in abstracto*, como no caso da Constituição da República e seus princípios norteadores, que são diálogos pautados na especificidade da escolha de elementos essenciais para a vida em sociedade.

E, segundo Siches, a atuação da razão prática é uma atuação que deve recorrer ao uso do elemento discursivo. Todavia, a razão prática pensada pelo autor deve invocar a introdução de um componente filosófico considerado pelo doutrinador como a lógica do razoável. Isso relaciona-se consideravelmente com uma prudência esperada pelo intérprete.

O *logos* do humano, para Siches, é, pois, uma consideração numa lógica específica quanto ao que espera da ação a ser realizada, sendo esta uma razão prática e que vai ao encontro do raciocínio humano voltado para a decisão a ser adotada e assumida pelo administrador nas escolhas palpáveis das atividades administrativas. Há, assim, um contingente de decisão que percorre caminhos dos mais variados, pois as relações humanas são caracterizadas muitas vezes por elementos de inconstâncias e irregularidades, além de eventuais fluxos multifacetários de valores.

De consequência, não deve haver perpetuação dos resultados obtidos, mas sim variações circunstanciais movidas por estes mesmos valores às vezes heterogêneos numa sociedade globalizada, mas com necessidades pragmáticas dentro de um universo fenomênico em que o ambiente sociojurídico traz uma cultura variante, flexível e transformadora a todo momento.

Conforme Siches, a lógica do razoável, como um método pensado para a interpretação jurídica das relações humanas, deve sempre permear-se pela prudência humana, extraindo a todo momento dos fatos circundados as vias de valores indispensáveis para a construção do resultado buscado. No nosso caso, em especial, nas políticas públicas de melhorias administrativas.

Por fim, segundo o autor, somente com o uso de elementos discursivos e argumentativos é que se mostra possível a construção dessa razão jurídica específica à lógica humana, utilizando-se de juízos de intertextualidade, estabelecendo, assim, um sentido real para a necessidade de decidir, pois se encerra uma cadeia interpretativa, dando sentido às normas jurídicas.

O que se espera do administrador é que não produza uma decisão administrativa somente com a construção da sua opinião singular, eis que o resultado seria eventualmente contrário à alteridade pensada em termos de políticas públicas. Também não se pode pensar sempre como uma expressão coletiva, mas, ao final, obedecer-se aos parâmetros de entendimentos jurídico-administrativos majoritários. E somente teremos esse alcance se houver, repetimos, um diálogo de consenso mediante a alteridade.

Talvez tenhamos aqui uma das eventuais respostas para a construção da decisão administrativa, mas harmonizada com a hermenêutica reflexiva do outro, utilizando-se de todo o pensamento de Paul Ricoeur sobre a interpretação da alteridade.

## 6.9 DECISÃO ADMINISTRATIVA COMO VALOR DA ALTERIDADE HERMENÊUTICA MEDIANTE DIÁLOGO E CONSENSO

Para o fechamento do raciocínio hermenêutico quanto à decisão administrativa baseada em princípios constitucionais, o administrador tem à sua frente uma gama de valores jurídicos, éticos, sociais e humanísticos em que o respeito àqueles princípios formadores da Administração Pública passa a ser uma realidade premente no mundo da alteridade.

Com isso o Poder Público tem a missão constitucional de construir suas ações com base na dimensão esperada pela sociedade, com a total interação entre

os participantes do processo administrativo do ato em si. O “eu”, o “tu” e o “ele” realizam a interface do Direito a ser correspondido, trazendo para dimensão pragmática todo o trabalho esperado dentro das ações legalizadas e legitimadas na sociedade.

Em três momentos distintos, François Ost constrói a participação hermenêutica do outro para o Direito, valendo-se, por empréstimo, do pensamento kafkaniano de uma triangulação interativa: exatamente o “eu”, o “tu” e o “ele” pensados anteriormente.

Nesse processo é possível observar e descrever a respectiva interação envolvendo os personagens do diálogo jurídico necessário para a construção do resultado administrativo desejado.

O “eu” passa a ser a identidade primeira nas ações de interação humana e social, o que é assim descrito por François Ost:

O triângulo dos pronomes pessoais nos servirá de modelo nessa tentativa de reconstrução da gênese do normativo. O “eu” é seu ponto de partida: um ser gostaria de se afirmar, designar-se como um ser único, dotado de uma identidade estável; aparecer como o autor, livre, de seus atos, como o sujeito de sua história e de seus avatares, como responsável, digno ou indigno, por suas escolhas. Uma pretensão se faz valer, uma aspiração a ser, uma virtualidade de existência que, nesse estágio ainda solipsista, não estão seguras de nenhum êxito. Entre essa pretensão e seu reconhecimento percebe-se a distância da falibilidade – o sujeito em potência é colocado em risco em relação a outrem. Como explica Ricoeur, para se traduzirem como poderes reais, essas “capacidades” do sujeito exigem a mediação da alteridade.<sup>264</sup>

Por sua vez, o “tu” surge como uma ponte entre mim (o “eu” ostiano) e o mundo, no caso, sob a perspectiva administrativa. A alteridade passa a ter um rosto construído na dimensão que se projeta para a realização de ações específicas no universo da Administração Pública.

O administrador deve projetar as suas percepções no outro que se identifica de forma específica e que lhe abre as portas para a pluralidade de “tus”, o que aqui nos permite compreender o universo social.

Os julgamentos realizados e a razão exposta devem amparar-se na correlação específica de identidade até agora entre o “eu” próprio com o “tu” alheio,

---

<sup>264</sup> OST, François. **Contar a lei**: As fontes do imaginário jurídico. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 388.

o que para o autor significa uma ligação no mundo das relações necessárias a serem materializadas.

Ost completa o raciocínio:

É o momento do “tu” – o outro que, no corpo-a-corpo ou no face-a-face, se interpõe entre o mundo e eu. Compreende-se então que tomar a palavra integra-se numa interlocução, e que o agir se dá numa estrutura de interação. Mas essa figura dual da alteridade poderia ainda reduzir-se à fusão – sedutora ou violenta, pouco importa – quase narcísica; esse “nós” poderia perfeitamente ser apenas um “eu” a dois, enquanto não se separaram as vias de passagem da alteridade à pluralidade. Esse é um ponto, a bem dizer, essencial. Trata-se de ter acesso, pelo outro, a qualquer outro. Ou, ainda, de distinguir o outro como tu (alteridade) e o outro como terceiro (pluralidade). Esse desdobramento do tu, que abre o caminho à terceira pessoa, o “ele”, dá uma profundidade à relação dual: ele substitui a imediatez da passagem ao ato pela mediação reflexiva num outro que não nós, a instância terceira (julgamento, razão) da instituição.<sup>265</sup>

Ao final, o “ele” exposto no seu raciocínio jurídico-filosófico kafkaniano completa o tripé essencial da relação hermenêutica da alteridade. Haverá, de consequência, o fechamento do triângulo dialógico, mais do que imprescindível para a construção da decisão administrativa.

Expõe o autor sua perspectiva:

O “ele” que faz então valer, no terceiro momento dessa construção, não é, portanto apenas qualquer terceira pessoa que se interpõe entre o “eu” e o “tu”: é também o desdobramento reflexivo do “eu” e do “tu”, bem como a referência ao terceiro instituído do espaço público. Esse “ele” é ao mesmo tempo o “todos” da pluralidade anônima, para além da relação dual, a distância que se abre em mim e em ti assegurando-nos a referência comum a uma identidade partilhada, e, enfim, o começo da constituição de uma comunidade política (para além do clã familiar) na qual, no espaço da “publicidade”, podem se articular as primeiras pretensões à justiça por referência a uma lei geral e abstrata – uma lei que não vale apenas como privilégio nas relações de mim a ti, mas que pode se generalizar a todos os outros seres que dizem “eu”.<sup>266</sup>

Esse pensamento vai ao encontro da dimensão buscada no presente momento: a necessidade do administrador interagir com o outro mediante a construção de um pensamento intersubjetivo e de projeção quanto ao resultado esperado, situação em que o diálogo torna-se peça fundamental estruturante dentro da Administração Pública.

---

<sup>265</sup> Ibid., p. 389.

<sup>266</sup> Id.

O administrador, o administrado e a sociedade estão intimamente ligados sob a vertente dos princípios formadores da estrutura basilar do Direito, sendo certo que não cabe decidir apenas por decidir, mas sim que os resultados sejam válidos desde que legitimados pelo diálogo da compreensão, atingindo o consenso pela razoabilidade, aqui se valendo mais uma vez do pensamento de Recaséns Siches, pois o *logos* humano é primordial para a tarefa de bem decidir.

Se nos pautamos por uma Constituição da República que fora escrita mediante um perfil idealizador de uma sociedade ais justa e solidária, por certo que ao administrador não cabe outra tarefa que não seja aquela destinada aos responsáveis pelo crescimento social.

As mediações pensadas por Ost são o parâmetro para o perfeito procedimental construtivo.<sup>267</sup>

É certo, ainda, que vivemos numa sociedade pluralista, situação em que o agente público tem uma missão ainda mais espinhosa para encontrar o ponto de equilíbrio no conjunto de relações humanas pensadas para a efetividade. O justo torna-se também essencial para a medida das coisas, o que foi pensado por António Manuel Hespanha da seguinte maneira para justificar o reconhecimento das ações pluralistas dentro do Direito:

Estamos – hoje, mas, na verdade, sempre estivemos – em sociedades pluralistas, em que diversas pessoas, diversos grupos sociais, diversas comunidades de especialistas, diversas “escolas” de entre os especialistas, não são unânimes no sentido de dar às normas (ou aos factos). Nomeadamente porque não compartilham de uma mesma visão de mundo, nem dos mesmos interesses, nem, consequentemente, de uma mesma opinião acerca do que é justo ou injusto. Por isso, na sua tarefa de “actualizar” (*i.e.*, aplicar à actualidade) as normas jurídicas, o intérprete confronta-se com uma pluralidade de interpretações possíveis. Então, a sua preocupação há-de ser de escolher, de entre as interpretações *possíveis* (*i.e.*, socialmente manifestadas), as mais *geralmente esperadas, desejadas e estabilizadoras*, nomeadamente por serem as mais aceites, em geral ou numa comunidade observadora, crítica e reflexiva de especialistas, por serem as *mais praticadas*, por serem as *mais reconhecidas* (*i.e.*, por

---

<sup>267</sup> Finaliza o autor: “Longe de ser alienante (o objeto de um “processo de tornar-se alheio a si mesmo” do qual veremos tantos exemplos em Kafka), a entrada em cena da lei é assim preparada por uma série de mediações interpessoais que traduzem antes sua virtude libertadora. Solidamente ancorada na estrutura fiduciária das trocas intersubjetivas, a começar pela partilha de uma linguagem comum, instituição de todas as instituições, uma tal lei poderá pretender passar, com sucesso, pelo teste do critério da moralidade abstrata; ela será generalizável e até mesmo universalizável: longe de ser a decisão arbitrária e terrível de um “tu” tirânico imposta a um ser incapaz de protestar com seu “eu”, ela se presta ao jogo da universalização, de modo que o “tu” que a profere submete-se a ele como um todo, como qualquer outro.” (Ibid., p. 391.).

cumprirem melhor e mais cabalmente as condições da norma de reconhecimento do direito positivo).<sup>268</sup>

Nessa vertente, para o autor, a interpretação sempre será o produto de um diálogo, produzindo, nesse patamar, uma hermenêutica para o outro e pelo outro.<sup>269</sup>

Tudo o que fora pensado pelos filósofos hermeneutas, como também pelos juristas voltados à interpretação do Direito, reveste-se agora da validade essencial das relações humanas.

Diálogo, compreensão e consenso são sinais de uma maturidade social para a intersubjetividade que permeia as nossas vidas, principalmente pelo fato de que estamos diante de uma sociedade cada vez mais exigente quanto aos destinos traçados dentro do Estado Democrático de Direito. É certo que num primeiro momento somente se imagina um cabedal de direitos. Porém, o correto é pensar também nos respectivos deveres que nos rodeiam, eis que as relações humanas são marcadas por fatos e ações dentro do universo dialógico.

Desde a construção de um Estado democrático e transformador, o homem sempre se preocupou com um sistema normativo capaz de atender aos anseios sociais. Os princípios pensados e construídos dentro da cadeia jurídica tornaram-se pedra angular em todos os níveis, fazendo com que as condutas humanas fossem regidas por valores intrínsecos e extrínsecos nas relações desencadeadas.

Em extensa obra escrita por Lênio Streck, o autor percorre os caminhos da Constituição, hermenêutica e teorias discursivas envolvendo a arte de decidir, pautando-se no binômio validade e legitimidade do Direito, mesmo diante de uma profusão de princípios para garantir os direitos fundamentais.

Porém, mesmo diante das críticas apresentadas quanto à elasticidade da discricionariedade decisória, ainda assim há, pelo autor, uma referência especial de respeito à Constituição da República.

---

<sup>268</sup> HESPANHA, António Manuel. Op. cit., p. 673.

<sup>269</sup> Prossegue o doutrinador lusitano: “Neste Sentido, a interpretação é o produto de um diálogo – em que participam os juristas como seu saber especializado, mas também a comunidade geral, com o seu senso comum do justo e do injusto; o seu resultado tende a ser a criação de soluções que se possam enraizar (*ius radicatum*), que possam ser como que a digestão comunitária das normas (*scientia iuris est practica digestiva*).” (Ibid., p. 673-674).

Afirma o doutrinador:

Há, assim, um direito fundamental de que a Constituição seja cumprida. Trata-se de um direito fundamental a uma resposta adequada à Constituição ou, se quiser, uma resposta constitucionalmente adequada (ou, ainda, uma resposta hermeneuticamente correta em relação à Constituição). Essa resposta (decisão) ultrapassa o raciocínio causal-explicativo, porque busca no *ethos* principiológico a fusão de horizontes demanda pela situação que se apresenta. A decisão constitucionalmente adequada é *applicatio* (superada, portanto, a cisão do ato interpretativo em conhecimento, interpretação e aplicação), logo, a Constituição só acontece como “concretização”, como demonstrado por *Friedrich Müller* a partir de Gadamer.<sup>270</sup>

Respeitar a Constituição como conjunto normativo estruturante é primordial para o início de um trabalho hermenêutico de compreensão das necessidades humanas e sociais, porém jamais se esquecendo da existência do outro na esfera das decisões administrativas voltadas para as políticas públicas transformadoras da sociedade.

Há necessidade de uma consciência axiológica pelo administrador em favor do administrado elevando a hermenêutica a um patamar essencial na construção do Direito, principalmente nos tempos do pós-Segunda Guerra Mundial, situação em que as amarras do positivismo foram substituídas por uma integração envolvendo norma e cidadão sob o viés principiológico, não obstante Lênio Streck ainda apresente reservas diante da imensidade de princípios dentro do sistema jurídico. Todavia, completa o seu raciocínio final ao apontar o caminho esperado pela decisão:

A decisão (resposta) estará adequada na medida em que for respeitada, em maior grau, a autonomia do direito (que se pressupõe produzido democraticamente), evitada a discricionariedade (além da abolição de qualquer atitude arbitrária) e respeitada a coerência e a integridade do direito, a partir de uma detalhada fundamentação. O direito fundamental a uma resposta correta, mais do que o assentamento de uma perspectiva democrática (portanto, de tratamento equânime, de respeito ao contraditório e à produção democrática legislativa), é um “produto” filosófico, porque caudatário de um novo paradigma que ultrapassa o esquema sujeito-objeto predominante nas duas metafísicas.<sup>271</sup>

<sup>270</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 619.

<sup>271</sup> *Ibid.*, p. 620.

Portanto, a construção da decisão administrativa passa, invariavelmente, pelo campo da compreensão da alteridade, situação em que diálogo e consenso compõem o universo de valores socialmente válidos para a transformação de uma sociedade.

O discurso pretendido pelo administrador deve sempre se pautar numa análise reflexiva de compreensão, pois não se pode perder de vista que as relações humanas estão cada vez mais complexas num mundo em que as exigências e transformações comportamentais são muito rápidas, necessitando que a Administração Pública, dentro de um critério de políticas essenciais para o avanço dos anseios comunitários, esteja sempre antevendo e projetando aquilo que se mostra compatível com a dimensão do homem no universo das coisas, fazendo com que a concepção de justiça tenha em contorno indispensável para ao resultado ser alcançado.

Paul Ricoeur trabalha com o tema a partir de uma vertente envolvendo o ato de julgar e, por empréstimo, alcançamos esta dimensão sob a óptica da decisão administrativa, dado que a pretensão sempre repousou na percepção de resultado legalmente válido e legitimamente aceito.

Se vivemos numa sociedade dialógica, é preciso que saibamos compartilhar e dividir tarefas, para alcançar um melhor universo homogêneo de direitos e deveres entre os cidadãos.

Deve, obrigatoriamente, haver um reconhecimento do outro na dimensão em que vivemos e construímos o destino de uma sociedade.

Afirma o doutrinador:

Portanto, considero que o ato de julgar tem como horizonte um equilíbrio frágil entre os dois componentes da partilha: o que aparta minha parte da sua e o que, por outro lado, faz que cada um de nós tome parte da sociedade.

É essa justa distância entre os parceiros defrontados, próximos demais no conflito e distantes demais na ignorância, no ódio e no desprezo, que resume bem, a meu ver, os dois aspectos do ato de julgar: por um lado, deslindar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer que cada um reconheça a parte que o outro toma na mesma sociedade, em virtude da qual o ganhador e o perdedor do processo seriam considerados como pessoas que tiveram sua justa parte nesse esquema de cooperação que é a sociedade.<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> RICOEUR, Paul. **O justo 1**: a justiça como regra moral e como instituição. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 181.



Somos parte da história que nós mesmos escrevemos. E essa construção permite, e sempre permitirá, traçar um perfil conceitual daquilo que esperamos para os nossos objetivos. Agregamo-nos em sociedade e construímos o nosso arcabouço jurídico pautado num Estado de proteção. Os princípios formadores são essenciais para que aquela história pensada não se perca na totalidade premente e nem na individualidade do homem. Ricoeur pensou na história de forma solta na sua construção. Para ele, a história só é história na medida em que não consente nem no discurso absoluto, nem na singularidade absoluta, observando-se que o seu sentido se mantém confuso, misturado<sup>273</sup>.

Assim, o homem faz parte de um contexto social em que o administrador deve constantemente pensar em ações e condutas de compreensão a partir do elemento da alteridade, transformando o discurso do seu labor em ação intersubjetiva e coletiva de consenso.

Não haverá uma resposta final de atividade administrativa na qual a Administração Pública vai se basear como se tivéssemos uma obra pronta e acabada. É preciso construir diariamente os preceitos que vão dar a ela (Administração) os caminhos ideológicos a serem percorridos.

Estado, princípios, decisão administrativa e alteridade correlacionam-se de forma harmônica em prol de uma sociedade mais justa e humana.

---

<sup>273</sup> Conforme RICOEUR, Paul. **Historia y Verdad**. Trad. de Alfonso Ortiz García, 3. ed., Madrid: Encuentro Ediciones, 1990. p. 27-32.

## 7 CONCLUSÃO

Do presente trabalho, o que se retira como lição final é a dimensão que o homem se insere no mundo das coisas e dos sentidos. Nessa perspectiva, o Estado tem a função primordial de construir uma sociedade em que os conceitos básicos de cidadania estejam presentes de forma indene de dúvidas.

Desde o momento em que o homem se associou para fins específicos de vida coletiva com qualidade, os contornos imaginados projetaram-se num patamar de normatização harmônica e dialógica.

É preciso entender que o Estado existe como forma de proteção social e não como um viés meramente totalitário de imposição de condutas e sentimentos.

Chegar à decisão administrativa mais sensível aos anseios humanos leva-nos a uma reflexão de que o Estado foi pensado e construído paulatinamente como uma forma de legitimação coletiva.

Observamos que a agregação entre os homens passou a ser uma realidade a partir do momento em que eles projetaram uma cooperação de vontades e transformaram, mesmo que hipoteticamente, o Estado num ente personalizado e idealizado fisicamente, como uma mera visualização de expectativas das necessidades individuais e coletivas. É o caráter da busca do bem comum.

A dimensão unitária do Estado tornou-se ferramenta primordial para o crescimento de um povo. Mesmo no período clássico da história das civilizações, havia uma composição de ideias dimensionadas sob a óptica de valores, mormente os morais, não obstante para algumas sociedades a religiosidade fosse um caráter específico a ser seguido. Porém, era um pensamento contextual histórico, cujo comportamento mítico era visível entre os seus membros, o que, de certa forma, perdeu força com o passar dos tempos, envolvendo, atualmente, os Estado sob um manto eminentemente político, tal qual a ciência política foi construída.

O crescimento ideológico foi levando, paulatinamente, os homens a uma construção de princípios responsáveis na formação de sociedades cada vez mais complexas, ensejando, necessariamente, em novos contornos de procedimentos e resultados válidos para as necessidades básicas exigíveis em favor dos seus membros. A participação social toma efetivamente um vulto de presença.

Surge, pois, e de forma essencial, o consenso de elaboração de uma norma maior capaz de abranger todas as expectativas e necessidades vivenciais do cidadão inserido no contexto macro e coletivo.

A constituição reguladora pensada é o resultado do diálogo travado entre os cidadãos e em harmonia psicológica diante do Estado democrático participativo que se fez surgir na contemporaneidade social.

Ultrapassa-se o campo meramente jurídico de uma Constituição para adentrarmos em outros campos das ciências humanas, uma vez que a estruturação de uma Carta Magna reveste-se de todas as ideias e reflexões lançadas pelos participantes do processo construtivo organizacional de harmonização e paz social.

A democratização do discurso participativo faz legitimar a esfera jurídica construída ao longo da história de uma nação, cujos resultados devem ser sentidos diariamente diante das conquistas em todos os segmentos sociais.

Isso fortalece a supremacia das normas estruturantes, situação em que o “eu” do cidadão coaduna-se com o “nós” social, mas a partir do “ele” Estado, pois este é o núcleo de ligação das diversas correntes ideológicas e políticas. Dessa forma, não se pode falar em Constituição sem uma devida apreciação das forças legais, morais, éticas e políticas que envolvem uma sociedade, seja para o presente, seja para o futuro de um povo. E as tarefas devem ser distribuídas de tal modo que cada uma realize a sua parte na formação do quadro estruturante maior que deve ser formado ao final, permitindo-se o binômio envolvendo ação e reação de políticas públicas.

Os políticos que elaboram e votam a construção de uma Constituição da República, bem como as leis infraconstitucionais, devem ser a voz da razão e dos sentimentos, eis que são os legitimados por sufrágio universal.

E a partir da sua elaboração, o caráter dirigente proposto de forma abstrata ganha contornos de imposição ideológica, adotando um modelo a ser seguido pelo aplicador administrativo, cuja regra matriz é formadora da dimensão político-social nas suas linhas estruturantes. Ganha-se convicção afirmativa quanto a causa e efeito comportamental das políticas públicas.

A interpretação que se propõe agora é exatamente da sua materialização como papel fundamental para o estado social, hipótese em que os princípios pensados precisam ser concretizados ao longo do tempo, período este que vai desde a criação axiológica até a efetivação racional e eficaz.

Pensar os princípios estruturantes requer uma consciência de dimensão abstrata voltada para o campo prático e real, pois sempre haverá uma base de comportamento ou ainda orientação ideológica a ser materializada para o alcance, entre outros, de equidade relacional.

O núcleo de coalizão dos princípios deve ramificar-se nas relações sociais a partir de uma harmonização axiológica, pois, sendo juízos fundamentais, devem ser fundantes para validar um sistema de conhecimentos e percepções humanas.

Além de terem uma carga quantitativa, considerando-se aqui a dimensão de aplicação no mundo prático, os princípios também devem apresentar uma carga qualitativa, buscando-se uma projeção de apontamento para o ótimo como resultado final e dando os contornos de uma aplicação material própria para os casos apresentados.

Ademais, observamos que os princípios devem correlacionar-se com a realidade social, trazendo nas suas estruturas os imperativos determinantes para que se regulem as futuras composições coletivas, incluindo em vários campos das relações, tais como economia, religião, moral, política, cultura etc.

Há um compromisso com estrutura e finalidade dos princípios, situação em que a primeira desenha o arcabouço matriz da norma, como vida, saúde, dignidade humana etc., e a segundo como resultado, utilidade, harmonização, entre outras considerações, permitindo-nos pensar que é possível dimensionar o princípio no contexto jurídico para além da abstração, alcançando a destinação prática e usual para as relações humanas.

Os princípios constitucionais, como elementos de definição basilar, são um símbolo de efetivação da carga deontológica levada a efeito nas normas infraconstitucionais, trazendo ao administrador um universo aplicativo do Direito como instrumento real de conquistas em prol do universo social.

É preciso que haja uma coerência geral do sistema apresentado, universalizando-se os princípios construídos em abstrato para o mundo das coisas e das relações.

Conforme já mencionado anteriormente, dentro da construção doutrinária de Canotilho, os princípios pensados e adotados pela sociedade têm um grau de abstração, determinabilidade, fundamentabilidade, proximidade da ideia de Direito e, por fim, uma natureza normogênica. Como todos esses parâmetros, seguir um princípio passa a ser um aconselhamento de prudência por parte do administrador,

resultando em condutas pautadas no razoável, refletindo vontades, sentimentos e harmonização das comunidades envolvidas.

O homem necessita desses resultados, cabendo ao administrador pautar naquilo que seja essencialmente relevante para o mundo das coisas.

Todavia, a operação de atendimento às necessidades somente se alcança mediante a realização de atos administrativos materiais do Direito, impondo ao seu aplicador uma conduta de respeito àqueles princípios postos juridicamente.

Como representantes do Estado, os administradores vinculam-se aos princípios constitucionalmente escritos, ensejando em decisões que atendam não apenas à legalidade, mas, sobretudo, à legitimidade.

Por isso, pensamos em políticas públicas conectadas com a realidade apresentada de forma valorativa, tendo como aplicação os requisitos extrínsecos do ato administrativo sob um novo enfoque perceptivo quanto à competência não apenas legal, mas também racional; ao objeto pautado no efeito jurídico da possibilidade e do caráter ético plausível; da forma conectada a uma instrumentalidade simples e razoável; do motivo amparado na justificativa aquiescida pelo destinatário; e pela finalidade como uma vontade abstrata plurissubjetiva, iniciando-se com o agente e finalizando em prol do cidadão ou da sociedade.

Passa, então, o ato administrativo a ser um elemento volitivo axiológico social, transportando-se da generalidade e abstração das coisas e dos lugares para o mundo do real e efetivo, porém sempre baseado nos imperativos constitucionais. É o deslocamento do direito formal para o direito material do Estado. Há uma constitucionalização das políticas públicas.

Porém, e o mais essencial, para a confirmação do estudo ora proposto, é a análise hermenêutica da decisão administrativa sob o viés da alteridade, pois o contorno filosófico é posto em nome da busca dos melhores resultados.

A hermenêutica deve ser vista como ciência e, acima de tudo, como um mecanismo de perfeita percepção do mundo fenomênico trazido para a realidade das coisas e dos objetos.

A proposta apresentada repousa no estudo necessário da referida ciência com um mecanismo hábil para permitir ao intérprete que tenha em mente as condições e instrumentos mais do que hábeis e úteis em prol de construção e resultado válidos do ato administrativo em si.

Os pensadores hermenêuticos sempre se debruçaram sobre a arte da interpretação para o mundo posto à disposição do ser humano, pontuando que a nossa preocupação concentra-se a partir do século XIX, eis que há uma sedimentação da hermenêutica como ciência humanística e em busca de resultados plausíveis em favor do homem e da sociedade.

O mais essencial aqui é dimensionar a hermenêutica mediante um referencial de alteridade, ponto central de discussão e análise, sendo certo que ao administrador, ao fazer uso das suas prerrogativas de construção do ato administrativo, elabora uma pesquisa axiológica e, muitas vezes, empírica quanto ao objeto e resultado.

O agente público transporta da abstração normativa a compreensão necessária para a construção da sua decisão, materializando os direitos fundamentais, por exemplo, na perspectiva de intersubjetividade, cujo diálogo é realizado sem exatamente uma presença física, mas diante de uma projeção hipotética de consenso instrumental, num primeiro momento, para a material numa segunda fase.

Esse é o caminho a ser percorrido pelo administrador, compreendendo as necessidades do “tu” a ser percebido pelo “eu” e valendo do “ele” como o controlador maior, cujo resultado será apresentado em favor do “nós”. O uso de pronomes é feito propositadamente para uma melhor dimensão e adequação das ideias palpitantes que a hermenêutica oferece em favor das ciências. O homem concentra-se na intenção de realizar condutas efetivas de consciência e aceitação valorativa.

Não há solidão no seu desiderato. Muito pelo contrário. A questão é saber como dimensionar os atos a serem praticados baseando-se na estrutura normativa do Direito, mas sem perder o contato com a figura do outro. A projeção que se espera vincula o administrador numa construção regida por um sistema multifacetário, afastando-se a ideia de individualismo quanto ao elaborador do ato. Assim, o que se espera é a presença da consciência coletiva num mundo complexo e heterogêneo da contemporaneidade vivida, cujas relações estão cada vez mais difíceis, trazendo ao agente público uma gama de situações e de escolhas fáticas, porém não exatamente factíveis, entendendo-se aqui como o universo aberto das manifestações e intenções sociais, mas que determinam, ideologicamente, a escolha a partir da vinculação determinada pelos princípios.

Somente assim, e por ser o homem o centro ideológico do Direito, é que a Administração Pública deve sempre se pautar na construção da alteridade, tanto para os direitos como para os deveres do cidadão, formando-se uma triangulação do “eu”, “tu” e “ele”, perfazendo um resultado para o “nós”, buscando-se, acima de tudo, o contexto de justiça como referencial de proteção social.

## REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. **Principi di Diritto Amministrativo: I soggetti Attivi e L'esplicazione della Funzione Amministrativa.** v. I, 4. ed. Milano: Giuffrè, 1978.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito.** Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de los Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de Falência e Recuperação de Empresas.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ANABITARTE, Alfredo Gallego. **Constitución y Personalidad Jurídica del Estado.** Madrid: Tecnos, 1992.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de Direito Administrativo.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana.** Trad. Roberto raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.
- ARISTÓTELES. **Política.** Trad. Pedro Constantin Toles. 5. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2003.
- AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado: Exposição clara e completa dos princípios fundamentais da doutrina do Estado.** 4. ed. 3. impr. Porto Alegre: Globo, 1968.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas.** Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 6. ed. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.



BAUMAN, Zigmunt. **44 cartas do mundo moderno líquido**. Trad. Vera Pereira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

\_\_\_\_\_. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Tempos Líquidos**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BETIOLI, Antonio Bento. **Introdução ao Direito**. Lições de Propedêutica Jurídica Tridimensional. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Regina Lyra. 2. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

\_\_\_\_\_. **Estado, governo, sociedade: Para uma teoria geral da política**. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 17. reimp. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado**. 3. ed. rev. e ampl. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha\\_maria\\_da\\_penha.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/programas/lei-maria-da-penha/cartilha_maria_da_penha.pdf)> Acesso em: 31 mar. 2013.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 1041197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 16/09/2009.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 422.674/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 01/04/2008.

CADERMATORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

CAETANO, Marcello. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. tomo I. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica Jurídica Heterorreflexiva: Uma teoria dialógica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de. **Hermenêutica Constitucional: Métodos e princípios específicos de interpretação**. Florianópolis: Obra Jurídica, 1997.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de Direito Administrativo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. I.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica filosófica à Hermenêutica jurídica: Fragmentos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CORETH, Emerich. **Questões Fundamentais de Hermenêutica**. Trad. Carlos Lopes de Matos. São Paulo: EPU, Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

COSSIO, Carlos. **La Teoria Egologica Del Derecho y el Concepto Juridico de Libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia: Ensaio de história do pensamento jurídico**. Trad. Alexandre Rodrigues de Castro *et al*, Curitiba: Juruá, 2010. p. 100.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.) **Canotilho e a Constituição Dirigente**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Fundamentos de Direito Constitucional**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIEZ, Manuel Maria. **El Acto Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1961.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas Constitucionais Programáticas. Normatividade, Operatividade e Efetividade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Princípios fundamentais do direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIORINI, Bartolomé A. **La discrecionalidad en la administración pública**. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1952.

FORST, Rainer. **Contextos da Justiça: Filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo**. Trad. Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1999.

GADAMER, Hans Georg. **Verdade e Método**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

\_\_\_\_\_; FRUCHON, Pierre (org.). **O problema da consciência histórica**. Trad. Paulo César Duque Estrada. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del Estado contemporâneo**. Madrid: Alianza Universidad, 1996.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 16. ed. atual. por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

GÉNY, François. **Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo**. Prol. Raimundo Saleilles, Granada: Comares, 2000.

GORDILLO, Agustin A. **El Acto Administrativo**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1969.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Trad. Flavio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HACHEM, Daniel Wunder. **Princípio Constitucional da Supremacia do Interesse Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1989.

HESPANHA, António Manuel. **Hércules Confundido: Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português**. Curitiba: Juruá, 2009.

\_\_\_\_\_. **O caleidoscópio do direito: o direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã, ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Claret, 2009. (Coleção a obra-prima de cada autor.)

IHERING, Rudolf Von. **A luta pelo direito**. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Trad. Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio amado, 1979.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Pref. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEAL, Rogério Gesta. **Hermenêutica e Direito**: Considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos. 3. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

\_\_\_\_\_. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. rev. e reelab. por Paulo Alberto Pasqualini. São Paulo: Malheiros, 2007.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada. **Direito e Interpretação: racionalidades e instituições**. São Paulo: 2011.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. **Teoria Geral do Direito**: segurança, valor, hermenêutica, princípios, sistema. São Paulo: Saraiva, 2004.

MALBERG, R. Carre de. **Teoria General del Estado**. Trad. José Lión Depetre. Pánuco, México: Fondo de cultural Economica, 1948.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. Trad. Maria Lúcia Cumo. 20. reimp., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

MARÍN, Rafael Hernández. **Introducción a la teoría de la norma jurídica**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2002.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAYER, Otto. **Derecho Administrativo Alemán**. Tomo I. Parte General. Trad. Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**: Introdução à Teoria da Constituição. Tomo II. 2. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 1988.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Constitucional**: Preliminares, o Estado e os sistemas Constitucionais. Tomo I. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTORO, André Franco. **Introdução à Ciência do Direito**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORÓN, Miguel Sanches. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Tecnos, 1994.

NEVES, Castanheira. **Digesto: Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros**. Coimbra: Coimbra, 1995. v. I.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e tutela da posse e da propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

OST, François. **Contar a lei: As fontes do imaginário jurídico**. Trad. Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

\_\_\_\_\_. **O tempo do direito**. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC, 2005.

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

PANZA, Luiz Osório Moraes. Repensando a Justiça: uma análise conceitual pós-moderna para o alcance da democracia. In: KOZICKI, Katya; CHUEIRI, Vera Karam de. (coord.) **Estudos em Direito, Política e Literatura: Hermenêutica, Justiça e Democracia**. Curitiba: Juruá, 2006. v. I.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962.

PESTANA, Márcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RÃO, Vicente. **O Direito e a Vida dos Direitos**. 5. ed. anot. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

\_\_\_\_\_. **Lições Preliminares de Direito**. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1981.

RICOEUR, Paul. **Hermenêutica e Ideologias**. Trad. Hilton Japiassu. Petrópolis: Vozes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Historia y Verdad**. Trad. de Alfonso Ortiz García, 3. ed., Madrid: Encuentro Ediciones, 1990.

\_\_\_\_\_. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 181.

ROTHEMBURG, Walter Claudius. **Princípios Constitucionais**. 2. tir. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Trad. Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2009.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Sistema Del Derecho Romano Actual**. Trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley. Tomo I, Madrid: F. Góngora y Compañía, 1878.

SENADO. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/glossario-legislativo/audiencia-publica>> Acesso em: 28 mar. 2013.

SICHES, Luís Recaséns. **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**. 2. ed. México: Porrúa, 1973.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. **Hermenêutica de Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do Estado: Novos Paradigmas em face da Globalização**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. **Código de Boa Conduta Administrativa**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/transparency/civil\\_society/code/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/transparency/civil_society/code/index_pt.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2013.

VIANA, Rodolfo Pereira. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Tradução da 5. ed. Alemã, rev. e ampl. Prof.<sup>a</sup> Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: Duas Vocações. Trad. Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Trad. Marina Gascón. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J.J. Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.