

**VII ENCONTRO VIRTUAL DO
CONPEDI**

**FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA
JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT**

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

LEONEL SEVERO ROCHA

MARCELO TOFFANO

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

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Filosofia do direito, Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Alcebiades De Oliveira Junior; Leonel Severo Rocha; Marcelo Toffano – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-901-8

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

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Filosofia do direito. 3. Hermenêutica jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI
FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS
ALBERTO WARAT

Apresentação

TEXTO DE APRESENTAÇÃO - GT FILOSOFIA DO DIREITO, HERMENÊUTICA JURÍDICA E CÁTEDRA LUÍS ALBERTO WARAT

Apresentam-se os trabalhos exibidos, no dia 25 de junho de 2024, no Grupo de Trabalho (GT) de Filosofia do Direito, Hermenêutica Jurídica e Cátedra Luís Alberto Warat do VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI - A PESQUISA JURÍDICA NA PERSPECTIVA DA TRANSDISCIPLINARIDADE, do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

O GT, de coordenação dos trabalhos dos Professores Doutores, Leonel Severo Rocha, José Alcebíades de Oliveira Júnior e Marcelo Toffano que envolveu vinte cinco artigos que, entre perspectivas teóricas e práticas, demonstraram a importância da visão hermenêutica nos mais variados temas da contemporaneidade. Os trabalhos apresentados abriram caminho para uma importante discussão, em que os operadores do Direito puderam interagir, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela atual sociedade brasileira.

O primeiro trabalho, é de autoria de David Goncalves Menezes e Adriana Ferreira Pereira, cuja temática é a seguinte: “A CONSTRUÇÃO HERMENÊUTICO-FILOSÓFICA DA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A ESCALADA DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL: UM DIÁLOGO ENTRE HEIDEGGER, GADAMER E ISAIAH BERLIN”. A pesquisa tem como objetivo investigar correspondências entre os pensamentos de Martin Heidegger, Hans-Georg Gadamer e a proposta de Isaiah Berlin como referenciais às construções de valores em sociedades que, simbolizam determinadas concepções, atribuindo sentidos aos seus modos de convivência, demonstrando-se, ao final, que a proposta de proteção do meio ambiente surge em decorrência de determinada situação histórica que as sociedades se encontram, não dispostas em sua plenitude às sociedades pretéritas, razão pela qual a genealogia de valores, essas construções sociolinguísticas, são situadas no tempo-espaço, não sendo diferente com o Direito Ambiental. Contudo, mesmo diante dessa valoração intrínseca da natureza, permanece o problema de sua degradação.

“A INTERAÇÃO ENTRE PATRIMÔNIO CULTURAL E A FILOSOFIA DE HEIDEGGER: UMA REFLEXÃO SOBRE IDENTIDADE, MEMÓRIA E

POSSIBILIDADES DE SER”, de autoria de Priscila Kutne Armelin e Jussara Schmitt Sandri, tem o propósito de apresentar, uma análise, da interação entre o conceito de patrimônio cultural, conforme definido no artigo 216 da Constituição Federal, e a filosofia de Martin Heidegger, especialmente sua obra "Ser e Tempo". O objetivo é investigar como o patrimônio cultural, ao abordar a identidade, a ação e a memória dos diferentes grupos sociais, estabelece uma conexão entre o passado e o futuro, atuando como um processo de ativação da memória coletiva no presente.

Fernando Rodrigues de Almeida e Helber ribeiro Araújo, apresentaram o artigo “A NATUREZA DINÂMICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: EM DEFESA DE UMA ANÁLISE GENEALÓGICA”. Este trabalho aborda um estudo acerca da complexidade dos direitos da personalidade com o objetivo de problematizar a natureza dinâmica desses direitos, focando na interação entre conceitos de direito e personalidade além das estruturas de poder e conhecimento que os influenciam. Realizou-se um estudo acerca do problema central que é a estrutura paradoxal de natureza dos direitos da personalidade e conseqüentemente uma necessidade de uma genealogia como forma de investigação desses direitos, de forma que sejam observados fora de um tempo mecânico, mas sim a partir de estruturas de poder-saber.

“A PERCEPÇÃO DE DIREITOS COMO ABORDAGEM INTERDISCIPLINAR INOVADORA DO CONHECIMENTO JURÍDICO VOLTADO À DEMOCRACIA”, é de autoria de Julia Mattei e Gabriela Souza da Mota, que realizaram uma investigação sobre como a pesquisa de percepção de direitos pode contribuir para a construção do conhecimento jurídico alinhado aos ideais democráticos.

“A SENDA DO PARADOXO DAS MÃES DE HAIA E A (IM)POSSIBILIDADE DE PRODUÇÃO DE UM NOVO DIREITO INTERCULTURAL SOB O VIÉS DO DIREITO REFLEXIVO TEUBNERIANO”, cujas autores são Magda Helena Fernandes Medina Pereira e Leonel Severo Rocha, analisam os aspectos jurídicos transnacionais que envolvem a subtração internacional ilícita de crianças e adolescentes com até 15 anos de idade, e, de forma específica, as singularidades sociais e jurídicas que permeiam o paradoxo de mães de Haia brasileiras (vítimas de violência doméstica no exterior e sujeitas a serem criminalizadas como “sequestradoras” dos próprios filhos), bem como, sob o viés do Direito Reflexivo de Teubner, a (im)possibilidade de constituição de um novo Direito Intercultural.

Luciana dos Santos Lima e Dennys Damião Rodrigues Albino, desenvolveram um estudo sobre “A TEORIA DO DIREITO COMO INTEGRIDADE DE DWORKIN E O SISTEMA DE PRECEDENTES BRASILEIRO”. Seu objetivo, foi analisar a relação dos precedentes

com a teoria do Direito como integridade criada por Dworkin, passando por algumas considerações acerca da integridade que decorre da Constituição Federal de 1988. Pretendeu-se evidenciar a integridade existente no sistema jurídico brasileiro como consequência da ordem constitucional vigente, expor a teoria do Direito como integridade defendida por Dworkin e discutir a relação entre o sistema de precedentes brasileiro e a ideia de integridade do Direito a partir da teoria construída por Dworkin.

“A VERDADE E O RELATOR VENCEDOR: ASPECTOS DE UMA POSSÍVEL HERMENÊUTICA-RETÓRICA JURÍDICA VALORATIVA”, apresentado pelas autoras, Juan Pablo Ferreira Gomes, aborda uma investigação sobre a suposta crise experimentada na hermenêutica jurídica em face das mudanças paradigmáticas trazidas pela viragem ontológico-linguística proposta por Heidegger e Gadamer respectivamente

Leonel Severo Rocha e Bianca Neves de Oliveira apresentaram o trabalho “ACOPLAMENTO OPERACIONAL E CONFLITOS INTERSISTÊMICOS: ENTRE O TRANSDISCIPLINAR E O SISTÊMICO EM LUHMANN E TEUBNER”, que tem o intuito apresentar um estudo sobre A teoria dos sistemas, de Niklas Luhmann. Desta maneira, enfrenta-se o problema da transdisciplinaridade, por meio de conceitos como o de acoplamento estrutural, examinando os eventos sociais conforme se apresentam em um contexto específico de análise. O objetivo desta comunicação, portanto, é relacionar estas noções com a ideia de conflitos intersistêmicos de Gunther Gunther Teubner.

“ACÓRDÃOS DO STF E OS CONFLITOS SOBRE A DISPENSA OU NÃO DO ADVOGADO: CONTRIBUIÇÃO PARA PERSPECTIVAS DAS INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA”, foi o trabalho demonstrado por seus autores, Luciano Mamede De Freitas Junior, Jose Claudio Pavão Santana e Alan Rodrigo Ribeiro De Castro. A pesquisa teve como objetivo, analisar compreender no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) os conflitos sobre a dispensa ou não do advogado nos processos jurídicos e as perspectivas das instituições do sistema de justiça do Brasil.

“DOS BENS COMUNS AO ‘COMUM’: UM DIÁLOGO ENTRE UGO MATTEI E ANTONIO NEGRI” é o trabalho de Tricieli Radaelli Fernandes e Fernando Hoffmam, que desenvolveram um estudo em torno das categorias, bem comum e “comum” a partir das teorias de Ugo Mattei e Antonio Negri. A pesquisa propõe um diálogo entre os dois autores, em busca de uma categoria de bens que se coloca entre o público e o privado. A proposta é repensar a dicotomia público/privado, resultando-se de que há a necessidade de constituir um “regime comum dos bens”.

Henrique Ribeiro Cardoso , André Felipe Santos de Souza e Ellen Tayanne Santos Copeland De Sá, são os autores do trabalho, “CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS ABERTAS NO DIREITO ADMINISTRATIVO: A HERMENÊUTICA GARANTISTA COMO BALIZADORA DA DISCRICIONARIEDADE ESTATAL”, que possui o propósito de estudar o poder discricionário da administração pública, cujo campo é alargado pela profusão de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas no âmbito do direito administrativo, impondo-se assim, a necessidade de construção de uma hermenêutica de inspiração garantista que busque balizar a atuação discricionária dos agentes públicos.

Richiele Soares Abade, apresentou artigo tratando da temática “CONEXÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA: UMA ANÁLISE À LUZ DA FILOSOFIA DE RICOEUR”, onde se apresenta a contribuição de Paul Ricoeur para entender da justiça e sua relevância na concretização dos Direitos Humanos. O referido autor leciona que justiça está intrinsecamente ligada às normas morais e pode ser entendida através de uma estudo em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH).

“DA LIBERDADE DOS MODERNOS COMPARADA À LIBERDADE DOS CONTEMPORÂNEOS” de autoria de Guilherme Borges Cilião e Clodomiro José Bannwart Júnior, tem por pressuposto, realizar um estudo dialético-comparativo do texto 'Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos', de autoria de Benjamin Constant, que ampara o conceito de liberdade na obediência apenas às leis, com textos de teorias contemporâneas do direito.

Aline Trindade do Nascimento e João Martins Bertaso, apresentaram o trabalho com o tema “DEMOCRACIA E ECO-CIDADANIA EM LUIS ALBERTO WARAT”, em que analisam, dentre vários aspectos, a democracia e a eco-cidadania a partir da teoria de Luís Alberto Warat. Para o referido autor, Democracia é lugar de autonomia, demandando o desenvolvimento de impulsos de vida e das necessidades afetivas. Também é preciso ecologizar o conceito de cidadania, percebendo-a como cuidado frente aos poderes que fundamentam a exploração e a alienação, como a possibilidade de algo mais digno para a vida em sociedade. A eco-cidadania é um trabalho cartográfico sobre o desejo, relacionando-se com todas as formas de viver, com a vontade de criar, de amar e de inventar uma outra sociedade.

“DESAFIOS DO ACESSO À JUSTIÇA: PERSPECTIVAS SOBRE O PATRIARCADO, O CONTRATO SEXUAL E O MITO DE MEDUSA”, é o tema da pesquisa de Felipe Rosa Müller , Jacson Gross e Paula Pinhal de Carlos, cujo intuito de estudar como o patriarcado

influencia o acesso à justiça, explorando o contrato social, o Mito de Medusa e conceitos filosóficos antigos. A fundamentação teórica examina as estruturas patriarcais presentes no contrato social, as narrativas culturais que marginalizam as mulheres e as contribuições da filosofia antiga para reflexão das questões de gênero. Constatam a urgência de superar as desigualdades de gênero e criar um ambiente onde todos tenham acesso equitativo à justiça.

Luiz Carlos dos Santos Junior e Ana Maria Viola De Sousa, desenvolveram um trabalho acerca do “DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE: A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DA CONDIÇÃO DE AGENTE EM AMARTYA SEN E AS PERSPECTIVAS DE JUSTIÇA”. A referida pesquisa infere-se no propósito de aprofundar a reflexão sobre a relevância da educação como um processo essencial para o avanço social, especialmente sob a ótica de Amartya Sen, destacando as capacidades individuais na busca pela realização das liberdades.

Vinicius de Negreiros Calado, apresentou o artigo, “DISCURSO JURÍDICO E PODER: APROXIMAÇÕES ENTRE WARAT E BOURDIEU”, que busca apresentar uma análise sobre o discurso jurídico como um espaço institucional, enfatizando sua capacidade de descontextualizar e negar a subjetividade do outro sob critérios universais. É discutida a relação entre habitus e campo jurídico (Bourdieu), onde o primeiro é um conhecimento adquirido e um capital, enquanto o segundo detém o monopólio de dizer o direito. O discurso jurídico, pretendendo neutralidade, é transformado em fala política (Warat), sendo reconhecido como legítimo em função da racionalização jurídica que o torna eficaz, embora ignore seu conteúdo arbitrário.

“ÉTICA E POLÍTICA PÚBLICA DE TRATAMENTO DE DADOS: UMA ANÁLISE DO FUNDAMENTO ÉTICO NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS”, da autora, Débora Alves Abrantes, tem como propósito analisar influência da ética na política pública de tratamento de dados, fundamental para garantir a proteção dos direitos individuais e a confiança na gestão de informações sensíveis. Verifica-se também que movimentos sociais e debates éticos podem levar à reforma ou criação de novas leis para refletir valores emergentes, como é o caso da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, elaborada em um contexto de avanço tecnológico e crescente coleta e processamento de informações.

Os autores, Cibele Faustino de Sousa, Emerson Vasconcelos Mendes e Renata Albuquerque Lima, apresentaram um artigo intitulado “HERMENÊUTICA, DEMOCRACIA E SEGURANÇA JURÍDICA”, cujo objetivo é analisar as decisões judiciais sob o novo Código

de Processo Civil, abordando-se a importância dessas decisões dos juízes através da análise de provas, destacando a construção do Direito brasileiro. A hermenêutica é fator fundamental para elaboração das decisões, destacando-se sobretudo a segurança jurídica.

“INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO COMO LITERATURA EM DWORKIN: A IMPORTÂNCIA DO ASSASSINO CORRETO”, foi o trabalho apresentado por Mario Cesar da Silva Andrade, que teve como propósito, analisar a concepção de Ronald Dworkin da aplicação do Direito a partir dos paralelos entre Direito e Literatura. A partir das semelhanças entre a hermenêutica jurídica e a interpretação literária, Dworkin se opõe a tese positivista do poder discricionário judicial diante de casos difíceis, defendendo a construção da decisão judicial como uma tarefa criativa ou construtiva, mas substancialmente conformada pelas razões de equidade que asseguram a coerência das boas práticas da história institucional da comunidade, as quais permitem, inclusive, a identificação de eventuais erros institucionais.

Renata Albuquerque Lima, Thammy Islamy Carlos Brito e Emerson Vasconcelos Mendes, apresentaram um artigo intitulado “LEGAL DESIGN E A ANÁLISE DA LEI 18.246/2022 – POLÍTICA ESTADUAL DE LINGUAGEM SIMPLES DO ESTADO DO CEARÁ: UM PROPÓSITO HERMENÊUTICO”, no qual observam a importância e o papel decisório das ferramentas de Legal Design na promoção do acesso jurisdicional brasileiro a fim de estabelecer uma linguagem mais simplificada e inteligível. Desprendido do rigor técnico, o modelo interpretativo de pré-cognição da prática decisória está alicerçado nas definições de Hermenêutica Contemporânea, que tem reconhecido novas formas de linguagens, como o Visual Law, para o fortalecimento da dignidade da pessoa humana, das garantias constitucionais e da celeridade processual como meio de efetividade da Justiça.

“O DIREITO NATURAL COMO ANTESSALA PARA O JUSPOSITIVISMO” foi o trabalho apresentado por Dayane Cavalcante Teixeira, Aline Marques Fidelis e Luciano de Almeida Pereira, que teve como enfoque uma revisão teórica sobre a temática envolvendo a relação entre o direito natural e o juspositivismo. Analisaram historicamente as duas correntes e seus maiores pensadores, procurando construir por meio da interpretação uma linguagem coerente, indicando resultado sistêmico. Pretendeu-se demonstrar que uma teoria, por mais coerente e estruturada que seja, não é capaz de explicar todos os fenômenos jurídicos pertencentes ao direito. Mais ainda, que uma é suporte da outra, quer assim seja dispensável.

As autoras, Liège Novaes Marques Nogueira e Carolina Silvestre, dissertaram sobre o tema “O LEGADO KANTIANO RECEPCIONADO POR HANS KELSEN À LUZ DOS

QUADRINHOS PUROS DO DIREITO DE LUÍS ALBERTO WARAT”, com o seguinte propósito de expor acerca da recepção por parte de Hans Kelsen do trabalho de Immanuel Kant, a respeito das teorias do conhecimento. O estudo vem ilustrado pelos quadrinhos puros do direito, obra de Luís Alberto Warat que demonstra de forma muito conveniente o contexto e a forma como a Teoria Pura do Direito foi sendo construída por Hans Kelsen e demonstra, de forma inteligente quais entraves foram enfrentados pelo filósofo.

“O PODER DISCIPLINAR NAS RELAÇÕES DE EMPREGO: O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR SOB A PERSPECTIVA FOUCAULTIANA DO PODER DISCIPLINAR E SEUS DISPOSITIVOS” foi o recorte do trabalho apresentado pelos autores, Ricardo Manoel de Oliveira Morais , Bruna Soares Novais, que teve a intenção de compreender o exercício do poder diretivo do empregador sob a perspectiva Foucaultiana de poder disciplinar e seus dispositivos. Foi feita uma análise acerca da relação da disciplina com o poder diretivo do empregador, através da análise de casos controvertidos na jurisprudência trabalhista.

Juan Pablo Ferreira Gomes, desenvolveu um trabalho intitulado “O ÚLTIMO HOMEM EM NIETZSCHE: VERDADE, DIREITO E MECANISMOS DE DISSUAÇÃO”, cujo objetivo foi investigar a relação entre verdade, valor, prova e poder a partir da perspectiva da teoria do direito, aproximando a arqueologia discursiva do inquérito, ou “política da verdade”, proposta por Michel Foucault, em articulação com os materiais teóricos-discursivos acerca da noção de verdade e poder na obra de Nietzsche e os atuais mecanismos de dissuasão do conflito-litígio, bem como suas estratégias de obtenção (im)possível da verdade.

E por fim, apresenta-se o artigo “RECONHECIMENTO DA NATUREZA COMO SUJEITO DE DIREITOS: UMA NOVA ABORDAGEM NORMATIVA SOB A ÉTICA AMBIENTAL”, de autoria de Glaucia Maria de Araújo Ribeiro e Viviane da Silva Ribeiro, que apresentaram uma análise da correspondência do ordenamento jurídico brasileiro ao paradigma do novo constitucionalismo presente na América do Sul, notadamente, no Equador e Bolívia, delimitando-se a abordagem à possibilidade de interpretação do normativo pátrio sob uma nova ética ambiental.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior - Universidade Federal do Rio Grande do Sul e
Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões

Prof. Dr. Marcelo Toffano – Faculdade de Direito de Franca (FDF)

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS ABERTAS NO
DIREITO ADMINISTRATIVO: A HERMENÊUTICA GARANTISTA COMO
BALIZADORA DA DISCRICIONARIEDADE ESTATAL**

**INDETERMINATE LEGAL CONCEPTS AND OPEN CLAUSES IN
ADMINISTRATIVE LAW: GUARANTEE HERMENEUTICS AS A BARRIER OF
STATE DISCRETIONARITY**

Henrique Ribeiro Cardoso ¹
André Felipe Santos de Souza ²
Ellen Tayanne Santos Copeland De Sá ³

Resumo

Este ensaio tem como objeto de estudo a análise do poder discricionário da administração pública, cujo campo é alargado pela profusão de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas no âmbito do direito administrativo. Nessa perspectiva, impõe-se a necessidade de construção de uma hermenêutica de inspiração garantista que busque balizar a atuação discricionária dos agentes públicos. A problemática da pesquisa realizada partiu exatamente da constatação de que o campo do direito administrativo ainda carece de uma teoria da interpretação e argumentação norteada pela exigência de razoável equilíbrio entre a promoção do superior interesse público e a proteção de direitos e garantias fundamentais dos administrados. Seu objetivo principal, portanto, é demonstrar a necessidade da adoção de uma interpretação restritiva desses conceitos de abertura semântica considerável, visando à preservação dos direitos individuais e à contenção da discricionariedade estatal. A pesquisa se insere no contexto mais amplo da hermenêutica jurídica, de base neoconstitucional, na medida em que busca, através do método analítico e hipotético-dedutivo, a reafirmação das liberdades fundamentais, contribuindo para a legitimidade democrática no campo do Direito Administrativo. A motivação que fundamenta a escolha deste tema reside na necessidade imperativa de se adotar uma interpretação restritiva de categorias jurídicas dotadas de especial vagueza conceitual, de modo a evitar uma irrazoável ampliação do poder decisório de agentes públicos. Justifica-se tal pesquisa na medida em que ainda não há estudos

¹ Doutor e Mestre em Direito, pela UGF. Pós-doutorado em Direitos Humanos (IGC) e em DH e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB). Professor do Mestrado e Graduação da UFS. Promotor de Justiça (MPSE).

² Bacharel e Mestrando em Direito pela UFS/PRODIR. Bolsista no Programa de Demanda Social (DS/CAPES). Membro do Grupo de Pesquisa "Constitucionalismo, Cidadania e Implementação de Políticas Públicas" (CNPQ). Advogado. E-mail: andrefelipe@academico.ufs.br.

³ Graduada pela Faculdade Pio Décimo. Pós-graduada em Direito Penal pelo Instituto Damásio de Jesus. MBA em Direito Acidentário. Advogada, Conselheira e Secretária da comissão permanente de Estágio e Exame (OAB/SE).

aprofundados sobre tal temática e sua relevância e atualidade ficam mais ressaltadas diante da tendência de ampliação do direito administrativo sancionador em detrimento do administrado.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa, Hermenêutica garantista. supremacia do interesse público. direitos fundamentais, Interpretação restritiva

Abstract/Resumen/Résumé

This essay's object of study is the analysis of the discretionary power of public administration, the field of which is expanded by the profusion of indeterminate legal concepts and open clauses within the scope of administrative law. From this perspective, there is a need to construct a hermeneutics of guarantor inspiration that seeks to guide the discretionary actions of public agents. The problem of the research came precisely from the observation that the field of administrative law still lacks a theory of interpretation and argumentation guided by the requirement for a reasonable balance between the promotion of the highest public interest and the protection of fundamental rights and guarantees of those administered. The research is inserted in the broader context of legal hermeneutics, with a neoconstitutional basis, as it seeks, through the analytical and hypothetical-deductive method, to reaffirm fundamental freedoms, contributing to democratic legitimacy in the field of Administrative Law. The motivation behind the choice of this topic lies in the imperative need to adopt a restrictive interpretation of legal categories endowed with special conceptual vagueness, in order to avoid an unreasonable expansion of the decision-making power of public agents. Such research is justified insofar as there are still no in-depth studies on this topic and its relevance and topicality are more highlighted given the tendency to expand sanctioning administrative law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative discretion, Guarantor hermeneutics. supremacy of the public interest. fundamental rights, Restrictive interpretation

1 INTRODUÇÃO

É de fácil constatação de que o campo do Direito Administrativo ainda carece de uma teoria da interpretação e argumentação jurídica norteada pela exigência de razoável equilíbrio entre a promoção do superior interesse público e a proteção de direitos e garantias fundamentais dos administrados. Na proposta que se apresenta, buscaremos demonstrar a necessidade da adoção de uma interpretação restritiva desses conceitos de abertura semântica considerável, visando à preservação dos direitos individuais e à contenção da discricionariedade estatal no que tange à atuação arbitrária exercida pelo poder regulamentar.

A pesquisa se insere no contexto mais amplo da hermenêutica jurídica, de base neoconstitucional, na medida em que busca a reafirmação das liberdades fundamentais, contribuindo para a legitimidade democrática no campo do Direito Administrativo. A motivação que fundamenta a escolha deste tema reside na necessidade imperativa de se adotar uma perspectiva garantista na interpretação de normas administrativas, especialmente por meio de uma interpretação restritiva de categorias jurídicas dotadas de especial vagueza conceitual, de modo a evitar uma irrazoável ampliação do poder decisório e investigativo de agentes públicos.

Este ensaio tem, portanto, como objeto de estudo a análise do poder de polícia da administração pública, cujo campo é alargado pela profusão de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas abertas no âmbito do direito administrativo. Nessa esteira, visa aprofundar a discussão sobre a hermenêutica no âmbito do Direito Administrativo, destacando sua importância na interpretação das normas que regem a atuação estatal, conforme se verá adiante.

Nessa perspectiva, impõe-se a necessidade de construção de uma nova hermenêutica de inspiração garantista que busque orientar e balizar a atuação discricionária dos agentes públicos. Portanto, a análise de precedentes e a identificação de padrões interpretativos são elementos fundamentais para a compreensão e aplicação das normas administrativas em casos concretos e será parte da metodologia aqui utilizada, mediante o método analítico, com finalidade de perscrutar a justificativa interpretativo-valorativa aplicável ao estudo.

Este ensaio busca uma abordagem acadêmica e científica para explorar as interconexões entre a Hermenêutica Constitucional e o exercício do controle judicial

sobre a Administração Pública. Este ensaio propõe uma análise aprofundada dessa prática, destacando suas implicações, limitações e possíveis impactos no contexto normativo do Direito Administrativo. Este ensaio visa realizar uma análise crítica dessa prática no âmbito

jurídico-administrativo, considerando suas implicações, limites e desafios, bem como avaliando sua conformidade com os princípios constitucionais e legais que regem a atividade administrativa.

2 A NOVA HERMENÊUTICA JURÍDICA E SUA REPERCUSSÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

A hermenêutica jurídica no contexto do Direito Administrativo representa um campo essencial para a compreensão e aplicação das normas que regulam a atuação da Administração Pública. Em sua essência, a hermenêutica jurídica refere-se à ciência da interpretação das normas jurídicas, desempenhando papel crucial na busca pela compreensão adequada do significado e alcance das disposições normativas. No contexto do Direito Administrativo, a hermenêutica desvela-se como uma ferramenta indispensável, considerando a complexidade das relações entre o Estado e os administrados.

A principal característica da hermenêutica jurídica no Direito Administrativo reside na necessidade de conciliar interesses públicos e privados, harmonizando a atuação estatal com as garantias individuais. Nesse sentido, a interpretação das normas administrativas não se restringe apenas ao texto legal, mas demanda uma abordagem que leve em conta os princípios constitucionais, os valores éticos e a finalidade das normas em questão. Nesse sentido, a multiplicidade de fontes do Direito Administrativo, que inclui a Constituição, leis, regulamentos, jurisprudência e doutrina, impõe ao intérprete o desafio de integrar essas diversas fontes de modo coerente. A hermenêutica, nesse contexto, atua como uma ponte entre as diferentes fontes normativas, proporcionando uma visão sistêmica e integradora do ordenamento jurídico administrativo.

Destaca-se, ainda, a importância da hermenêutica para superar lacunas e omissões normativas, aspecto comum no Direito Administrativo, dada a dinâmica e complexidade das relações entre a Administração Pública e os administrados (Pinto; Jung, p. 27-43, 2017). A interpretação extensiva e a aplicação analógica surgem como instrumentos valiosos para preencher essas lacunas, sempre respeitando os limites éticos e constitucionais (Neto, p. 93-112, 2018).

Outro ponto crucial nessa seara tange à consideração dos princípios como fonte normativa autônoma. É sabido que interpretação principiológica permite uma compreensão mais ampla e flexível das normas administrativas, possibilitando a adaptação do ordenamento jurídico às transformações sociais e tecnológicas, sem perder de vista os valores fundamentais

consagrados na Constituição. Ademais, a hermenêutica no campo administrativo está intrinsecamente ligada à jurisprudência, visto que a interpretação dada pelos tribunais exerce influência significativa na construção do sentido das normas administrativas.

3 POR UMA HERMENÊUTICA GARANTISTA NA CONTENÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A complexidade da sociedade contemporânea, com seus avanços tecnológicos e um aumento substancial nas demandas sociopolíticas, tem, naturalmente, imposto uma pressão crescente sobre o Estado.

Conforme pondera Henrique Ribeiro Cardoso (2017), essa pressão exige que o Estado produza resultados mais eficientes, capazes de satisfazer as necessidades da coletividade nacional. Isso, por sua vez, impõe tanto à Administração Pública quanto ao Poder Judiciário a necessidade de passar por uma transformação que os torne menos burocráticos e mais flexíveis ao diálogo, além de incumbir de um maior grau de responsabilidade no que tange ao seu papel em servir de maneira eficaz à sociedade, sobretudo por meio da formulação e implementação de Políticas Públicas.

Nesse prisma, a noção de uma hermenêutica instrumental empenhada em indicar balizas ou regramentos à discricionariedade da Administração Pública não é recente. Sabe-se que a demanda por uma corrente hermenêutica pautada pela racionalidade, e fundamentada nas reais necessidades sociais, data do século XX, em face dos horrores legalizados que marcaram com espanto esse período, tendo como ápice o cenário das Grandes Guerras.

Na esteira das contribuições do método fenomenológico e do denominado “pós-positivismo” (Stein, p. 21-34, 2002), constatou-se a necessidade de uma remodelação dos métodos de interpretação das normas vigentes, visando-se à concretização dos princípios constitucionais, que, por sua vez, passaram a pautar todo o ordenamento jurídico no cenário ocidental (Ávila, 2004).

3.1 MÉTODO FENOMENOLÓGICO NA HERMENÊUTICA JURÍDICA: AMPLIANDO O CAMPO EPISTEMOLÓGICO

O método fenomenológico, que servirá de base para a construção de uma hermenêutica do Direito Administrativo, surge de uma concepção elaborada pelo renomado filósofo austríaco Edmund Husserl como uma reação à metafísica que ainda imperava em alguns setores do

pensamento acadêmico. Nesse sentido, Husserl elaborou novas bases para uma nova abordagem filosófica da ciência (Stein, p. 21-34, 2002) que, para alguns, necessitava de um novo método científico, demanda essa elencada por Franz Brentano, seu professor.

Nesse viés, vale dizer, Husserl, aspirando ao sonho de uma certeza científica plena, que permanecia posto desde a filosofia de Sócrates, empenhou-se na elaboração de um método prático que visasse alcançar tal empreitada. Inspirando-se em Descartes que, assim como Husserl, começou sua carreira no âmbito da lógica e da matemática, concebendo a dúvida como ponto inicial da observação científica, Husserl afirmava que o método científico tradicional, por conta de seu caráter empírico, dependia das experiências concretas captadas pelos sentidos humanos. Tais experiências, por sua vez, eram passíveis de inúmeras hipóteses e suposições, não servindo, portanto, como fator determinante da ciência (Bressan, 2005).

A premissa de Edmund Husserl, seguindo uma abordagem fenomenológica visando a uma ciência racional do homem, não obteve em si um sucesso satisfatório em sua época, mas serviu como ponto de partida para Heidegger que, na década de 20, desenvolveu o método de Husserl, somando ao mesmo um caráter existencialista (Seibt, p. 79-98, 2012). Heidegger, por sua vez, afastou-se das concepções transcendentais do objeto na visão de Husserl e caminhou para uma denominada “fenomenologia hermenêutica”, com um foco maior no aspecto ontológico do ser, enquanto sujeito ativo da investigação científica, analisando-o fora de sua esfera de subjetividade.

Martin Heidegger, conforme dito anteriormente, alcançou o mérito de uma abordagem fenomenológica no âmbito da ontologia, seguindo, também com base no que fora observado na antiguidade clássica, as dúvidas presentes nos diálogos platônicos (Zilhão, 2010) acerca da natureza do Homem, onde Diógenes de Sínope, conhecido pela alcunha de “cínico”, zomba da definição dos seguidores de Platão, que viam o homem enquanto umbípede implume, mediante sua comparação com uma ave depenada.

Partindo das premissas de Husserl (Galeffi, p. 13-36, 2000), Heidegger reconhece o interesse da filosofia, haja visto em Platão, acerca do estudo do “Ser”, no entanto, visa aprofundar essa dúvida abordando, por sua vez, um exame acerca do ser para o qual o “Ser” é um objeto de análise, ou seja, “Nós”. Nesse sentido, por mais complicado que possa parecer, em resumo, Heidegger afirma que nós mesmos somos o objeto arquetípico a ser analisado pela fenomenologia científica. Tal ponto de interesse para Heidegger girava em torno da compreensão de âmbito interno no que tange à análise acerca do que é um ser humano, tendo em vista o caráter implícito da existência que, por sua vez, segundo Heidegger, só pode ser explicada pelo próprio fenômeno do “existir”.

Outrossim, ainda se empenhando na análise acerca da existência humana, questão que, para Heidegger, constituía o fundamento basilar da filosofia, Heidegger desenvolveu conceito de “Ser-aí” (*Dasein*), pelo qual explica que ser humano implica estar imerso em atividades do dia a dia e que tais atividades viriam a configurar uma tentativa humana (Cardinalli, p. 249-258, 2015), levantando novamente a necessidade de haver um sentido para o ser, de conferir um sentido ao mundo e dar unidade à vida.

O filósofo alemão, ainda nesse percurso, desenvolve as noções de existência autêntica e não autêntica, conferindo à noção acerca da morte, fenômeno que, para o mesmo, não é um mero acontecimento, devendo, por sua vez, ser compreendido a partir da lente existencialista (Seibt, 2009), enquanto um critério de autenticidade sobre a existência, ou seja, ter noção de que todo ser é um ser que caminha em direção à morte é um critério que valida a existência humana, afinal é o ser humano o único ser que consegue desenvolver uma noção prática sobre a temporalidade de sua vida e seu derradeiro fim.

No âmbito da interpretação, o método fenomenológico de Heidegger vai dialogar com a hermenêutica cujas bases foram elencadas pelo ilustre filósofo alemão Friedrich Schleiermacher, que concebeu uma ideia de circularidade (Pereira, 2012) à hermenêutica clássica, conectando, desse modo, a parte e o todo do objeto analisado formando, assim, uma unidade. Tal visão foi aprimorada por Wilhelm Dilthey, filósofo alemão, que, em síntese, seguindo a visão de Schleiermacher, concebeu a ideia de que a interpretação ocorre dentro do chamado “círculo da hermenêutica”.

Partindo dessa base e tendo em vista a concepção do Ser em Heidegger (Nunes, 2012), conforme brevemente citado acima, Hans-Georg Gadamer empenha-se em um estudo hermenêutico, meio pelo qual, segundo ele, nós conhecemos o mundo que nos cerca. Nesse sentido, Gadamer avalia as circunstâncias temporais e espaciais que influenciam a interpretação (Stein, p. 204-226, 2014), afinal, como se sabe, as épocas e civilizações humanas são permeadas por predisposições e visões que estão impregnadas no interior do ser. Com base nesse fator, Gadamer afirma não ser possível compreender os fenômenos enquanto estamos apartados dessas predisposições, invertendo a concepção de que a história pertence ao homem e colocando-o enquanto fruto da mesma, determinado por suas visões e compreensões.

Como demonstrado, o caráter temporal dos objetos, para Gadamer, não constitui um obstáculo para a interpretação dos mesmos, ou seja, a tradição, a cultura e as artes temporais funcionam como fontes de luz que ajudam a aprimorar a visão do observador acerca do objeto estudado. Nesse interim, o diálogo com a história e outras fontes de sabedoria primordiais para a compreensão detalhada e mais aprofundada por meio da metodologia hermenêutica

fenomenológica (Rohden, p. 14-36, 2012), tendo em vista que as experiências e fenômenos, seguindo o que foi dito por Schleiermacher, são partes que se encontram localizadas dentro de um todo, ou seja, dentro da totalidade da vida.

Outrossim, é válido afirmar que a hermenêutica, nessa fase, sofre um complexo processo de transformação, deixando de ser um método de investigação puramente positivista que, com base no que fora afirmado por Lênio Streck (p. 33, 2008), renomado jurista brasileiro, limitava a investigação a uma análise cega sobre o objeto escolhido, despidoo mesmo de parte de suas características temporais e o observador das pré-compreensões que constituíam sua visão. A nova hermenêutica, de viés mais ligado à fenomenologia de Heidegger, embora com algumas divergências (Missaggia, p. 1-13, 2012), interpreta tais elementos, antes considerados como obstáculos descartáveis, enquanto propriedades culturais importantes que constituem o objeto e favorecem o trabalho do sujeito ativo no ato relacional e bilateral do conhecimento.

No âmbito do Direito, o método fenomenológico é considerado a maior contribuição da hermenêutica contemporânea no campo da interpretação do ordenamento jurídico, servindo como base primordial para as atuais teorias que versam sobre a argumentação jurídica e afins. É nesse sentido que os juristas André Karam e Rafael Tomaz constroem a sua análise acerca da teoria crítica da hermenêutica jurídica (p. 311-326, 2017), formulada pelo professor Lênio Streck, buscando exemplificar e defender a transdisciplinaridade do método fenomenológico enquanto um meio de enriquecer a análise crítica sobre o Direito. Com base nessa visão, diálogos com a Literatura, nas Artes e na Cultura geral exemplificam o acontecer do Direito enquanto um fenômeno que é parte de um todo complexo e orgânico, seguindo a ótica unitária circular elaborada por Schleiermacher.

Ademais, é válido afirmar que a ideia do método fenomenológico ultrapassa as barreiras antes colocadas pelo pensamento positivista e considera o “ser” do Direito enquanto parte da análise crítica, constituindo também o sujeito na relação de conhecimento, conforme dito anteriormente por Wittgenstein na concepção do conhecimento enquanto uma relação bilateral e mútua entre o sujeito e o objeto observado. Nesse viés, o intérprete analisaria o objeto enquanto parte de um todo o seria mutuamente constituído pelo mesmo mediante o ato de “conhecer”.

Seguindo o pensamento de Streck (2018), pensar criticamente o Direito, seus impactos no meio social, as relações de poder e outros pontos acabariam por constituir o sujeito da relação enquanto um profissional com maior visão acerca do seu objeto, compreendendo, desse modo, como o mesmo se relaciona com os sistemas que o cercam. Por conta disso, a visão de mundo do sujeito é um importante componente que deve ser inserido e levado em conta no método

fenomenológico, afinal a lente pela qual o mundo é observado pelo agente não deve ser cegada pelo método de observação, como pregavam os positivistas dogmático-normativistas.

É importante salientar que o método fenomenológico não visa negar a dogmática jurídica ou suplantá-la, mas apenas almeja uma ampliação conceitual do seu âmbito epistemológico e metodológico, ou seja, busca aumentar o alcance de seu campo de visão, segundo Streck (2006), abrangendo de forma transdisciplinar outras importantes áreas do saber que têm muito a contribuir com o sistema do Direito e acentuando as possibilidades do sujeito se dar conta acerca do imenso complexo pré-compreensivo que acaba por validar o processo interpretativo efetivado pelo mesmo, legitimando, dessa forma, condições que permitem a consolidação do processo cognitivo.

Portanto, como afirmado por André Karam e Rafael Tomaz, a teoria crítica da hermenêutica jurídica, fundamentada no método fenomenológico e formulada por Lênio Streck, possui, hoje em dia, um pleno status científico, servindo como alicerce matricial de muitas outras teorias que versam sobre esse campo. O método fenomenológico no âmbito do Direito, nesse sentido, representa a superação do caráter metafísico, que imperava na área da hermenêutica e negava a realidade complexa que nos cerca em nome de um rigor científico abstrato, em nome de um diálogo intersubjetivo que trouxe um grande enriquecimento ao bojo da ciência jurídica e possibilitou à mesma um olhar crítico enquanto parte de um todo unitário, não de forma independente.

Sendo assim, fora nesse chamado “giro linguístico”¹ que se assentaram as bases para se pensar uma nova forma de controle sobre a discricionariedade estatal, fundada no constitucionalismo, nos direitos fundamentais e na legitimidade democrática do Estado.

¹ Com o giro linguístico, a preocupação com a linguagem, que começa principalmente com a pragmática analítica de Wittgenstein (cujo lançamento da segunda etapa de seu pensamento ocorreu em 1953 com a publicação de sua obra *Investigações Filosóficas*) e a hermenêutica de Gadamer (*Verdade de Método*, 1960), fortalece uma transição de marcos filosóficos fundamentais, isto é, a ruptura com a filosofia da consciência para a inauguração da filosofia da linguagem. Em relação ao campo do direito, o exercício do pensar filosófico, reconhecido por seu alto grau de reflexividade, volta-se tanto para o estudo epistemológico de uma Ciência do Direito, configurando-se assim como uma Filosofia da Ciência aplicada ao Direito, quanto para as investigações sobre justiça, de uma sociedade justa e de instituições justas, sendo considerada uma Filosofia Moral aplicada ao direito. Dessa forma, passa-se, superficialmente, a delinear o trajeto da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, ou seja, o pré e pós giro linguístico.

4 EVIDÊNCIAS DE UMA ADEÇÃO (OU RESISTÊNCIA) À HERMENÊUTICA GARANTISTA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Pela contribuição das lentes de Jürgen Habermas e Robert Alexy, mentores das teorias do agir comunicativo e da argumentação jurídica (Alves; Guimarães, p. 15-30, 2011), é que a hermenêutica jurídica passou a enxergar que a legitimidade da atuação da administração pública repousava na ótica dos atingidos pelos seus atos, sejam eles jurisdicionados ou administrados. Sob esse viés, o Poder Judiciário, tendo como premissa a clássica visão de Hans Kelsen (p. 241-242, 2003), mediante as cortes constitucionais, com base no princípio da supremacia da Constituição, decorrente da valiosa contribuição de Lassale (p. 33, 2001), passaria a ter um importante papel fiscalizador dos atos administrativos, exercendo um controle judicial revisional em face da esfera pública, analisando os impactos da atividade regulatória.

Nesse novo cenário de uma juridicidade impregnada de valores, cuja expressão maior está nos princípios enquanto ferramentas consubstanciadoras desse modelo axiológico, foi necessário moldar uma nova teoria da interpretação jurídica. Com isso, os princípios adquirem relevância importante, pautando a argumentação jurídica e balizando a *ratio decidendi*, constituindo juízos ponderativos (Alexy, 2005).

Nesse diapasão, para se ter a principiologia enquanto núcleo da fundamentação das decisões jurídicas, cumpre salientar a ausência de hierarquia entre tais preceitos, não havendo que se falar, na análise jurídica do caso concreto, em exclusão de um princípio por outro, haja vista que funcionam como mandamentos otimizadores (Alexy, p. 185, 2004) em face das regras, que, por sua vez, funcionam sob o prisma de razões definitivas aplicáveis casuisticamente ao cenário fático judicializado.

Para se chegar nessa razão definitiva, aplicável ao caso concreto, conforme bem sintetiza Henrique Cardoso, valer-se-á o intérprete da fundamental regra da proporcionalidade em sentido estrito, ou sub-regra da ponderação, frente aos aparentes conflitos principiológicos, balizando a atuação da administração pública (p. 200-201, 2009).

Nesse cenário, tendo em vista a aplicabilidade da regra da proporcionalidade em face do controle dos atos estatais (Ávila, p. 112, 2004), será analisada a medida administrativa, seja ela uma política pública ou um mero ato do poder público, no que tange, em primeira esfera, à sua eficácia para solucionar possível violação à harmonia constitucional, sob a lente de sua adequação ao fim buscado. Em seguida, sob a lente da necessidade, verificar-se-ão medidas substitutas menos agressivas aos direitos fundamentais, que possam vir a ser aplicadas no caso concreto, gozando de melhor ou igual eficácia. Por fim, será analisada a proporcionalidade em

sentido estrito (Silva, p. 45, 2002), ou seja, o aparente conflito entre a medida, seja ela em ato ou potência, e o direito fundamental por ela atingido, verificando a importância que se perde em face do que poderia ser ganho com a efetivação da medida administrativa.

Sendo assim, é nesse ponto em que teremos contato com a questão dos conceitos jurídicos indeterminados. Sabemos que a relevância e a compreensão das linguagens, relacionadas na sua natureza como sistemas ou agrupamentos de símbolos arbitrários, cujos significados inerentes a palavras ou expressões linguísticas, encontra-se inextricavelmente vinculada a convenções condicionais (Grau, p. 58, 1988). Em outras palavras, a linguagem se configura como um conjunto de signos que viabiliza uma relação dialógica, interpretativa e comunicativa entre os indivíduos.

É imperativo sublinhar que, frequentemente, o legislador recorre a conceitos que se caracterizam pela sua vaguidade, ambiguidade ou incerteza (Ferraz Júnior, p. 258, 1994). Essa imprecisão e ambiguidade dos conceitos, presentes na linguagem cotidiana, são transpostas para a linguagem jurídica.

4.1 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E CLÁUSULAS ABERTAS BALIZADAS POR UMA HERMENÊUTICA GARANTISTA

Diferentemente das disciplinas das ciências exatas, nas quais se delineiam conceitos rigorosamente definidos, a linguagem jurídica ostenta uma tendência marcada ao emprego de metáforas, metonímias, sinédoques e outras figuras de linguagem, as quais se manifestam de forma proeminente nos graus de sentimento e de interesse implicados no discurso jurídico, conferindo-lhe vitalidade e retórica. A consequência desse cenário é a presença constante de conceitos jurídicos indeterminados no âmbito do sistema jurídico. Rosa Maria de Andrade Nery registra que os conceitos jurídicos indeterminados:

[...] são termos vagos, abertos, de grande amplitude, de significado e alcance variados. Isso significa que eles podem, assim como as cláusulas gerais, se amoldar a várias situações da vida. São, portanto, arquétipos para a solução de vários conflitos, problemas da vida e soluções (p. 211, 2008).

Já, Gilberto Fachetti Silvestre define a cláusula geral como

um termo ou sintagma: significa que sempre se expressarão por meio de termos (palavras individuais ou expressões). Ou pedaços de normas (sintagma), que se associarão a outro enunciado normativo para ter significado completo e aplicação. A experiência brasileira quanto às normas vagas, pelo menos no que se refere às cláusulas gerais, indica que elas não

são ou um termo ou um sintagma. Quer dizer: se expressam por meio de palavras individuais ou em conjunto com amplo significado e que só ganham sentido quando ligadas a outra norma. [...] A indeterminação quer dizer que o termo ou expressão pode ter vários significados possíveis; sua abrangência é ampla e, conseqüentemente, abrange várias situações da vida. Já o valor indica que aquele sintagma deseja incorporar um determinado padrão axiológico à conduta das pessoas e ao cotidiano da sociedade (Silvestre, p. 181, 2017).

Na seara do Direito Administrativo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001) identifica duas posturas básicas no tocante aos conceitos jurídicos indeterminados. Primeiro, destaca a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração porque, diante deles, caberá à mesma perquirir um trabalho de interpretação que leve à única solução possível, no sentido de que se afastariam quaisquer correntes interpretativas dissonantes à aplicada, sendo esta dotada de univocidade.

Na linha de Eros Grau (p. 192, 2002), faz-se necessário apartar a técnica da discricionariedade do mero decisionismo jurídico (Macedo Júnior, p. 201-215, 1994), haja vista que aquela dispõe de expressa previsão legal, estando no campo dos juízos de legalidade, enquanto esta, conforme melhor desenvolvido por Carl Schmitt (p. 261, 2001), enquadra-se na seara dos juízos de oportunidade, cujo estopim é a ambigüidade ou o equívoco legislativo.

Por fim, e com maior risco à esfera dos direitos fundamentais, se destaca a postura dos que acham que os conceitos jurídicos indeterminados podem conferir discricionariedade à Administração desde que se trate de conceito de valor (Moreno, p. 307, 1976), ou seja, frente a uma classificação dos conceitos jurídicos indeterminados, consideramos os conceitos de experiência e os conceitos de valor. Neste, o administrador parte de sua subjetividade, sendo exercício da própria discricionariedade, para conferir significado valorativo ao conceito jurídico indeterminado, enquanto naquele a valoração se dá com base na experiência do administrador, que somente ratifica e precisa o conceito, conferindo-lhe um significado pétreo.

Regina Helena Costa (p. 79-108, 1988), por outro lado, apresenta uma perspectiva equidistante, ao sustentar que a inclusão de conceitos indeterminados na legislação pode ou não resultar na concessão de margem discricionária à Administração Pública, revelando, assim, que a resolução dessa problemática não pode ser predeterminada a priori, mas, sim, deve ser determinado a partir das especificações específicas do caso em análise.

Em via contrária, nesse contexto, quando se está diante de conceitos pautados na experiência, é relevante ressaltar que o escopo do controle judicial se revela abrangente, precisamente porque incumbe ao Poder Judiciário, em sua atribuição típica, a tarefa de interpretar a extensão e o sentido das normas jurídicas, com vistas à sua aplicação justa.

Em contrapartida, quando estão presentes conceitos de valor, e, conseqüentemente, situações envolvendo a discricionariedade administrativa, o escopo do controle judicial adquire contornos mais restritos, limitando-se à avaliação das configurações e limites estabelecidos. O papel do Judiciário consiste, neste caso, em verificar se a escolha efetuada pela Administração Pública permanece dentro dos limites da razoabilidade.

Esta abordagem é corroborada por José Eduardo Martins Cardoso, que enfaticamente sustenta que "é prejudicial conceber que os conceitos jurídicos indeterminados gerem poder discricionário ou que jamais poderão conferir tal autoridade ao administrador público" (Garcia, p. 75, 2005). O fato real é que a presença de tais conceitos pode resultar em poderes discricionários em algumas situações e não em outras. Isto deve-se ao fato de que, por vezes, uma atividade interpretativa não é capaz de identificar um único sentido objetivo, plausível, razoável e compatível com o ordenamento jurídico para a definição de seu sentido e alcance.

Assim, diante de um cenário em que a situação fática se encontra indubitavelmente enquadrada na esfera da certeza ou do núcleo conceitual, a Administração Pública se depara com apenas uma alternativa viável a ser exigida no caso concreto. Em contrapartida, quando os fatos se inserem na área de incerteza ou na zona conceitual mais ampla, há a possibilidade de atribuição de poder discricionário às autoridades administrativas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resumo, a hermenêutica jurídica no Direito Administrativo assume uma posição central na interpretação das normas que regulam a atuação do Estado. Sendo assim, consolida-se que a abordagem sistemática, a visão dos princípios e a integração de diferentes fontes normativas são elementos-chave para uma interpretação sólida e coerente, capaz de conciliar os interesses públicos e privados, promovendo, assim, a justiça e a efetividade do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, a interseção entre a Hermenêutica Constitucional e o controle judicial da Administração Pública revela-se como um campo complexo e interdisciplinar, onde a interpretação constitucional assume papel central na busca pelo equilíbrio entre a atuação estatal e a proteção dos direitos fundamentais. Essa relação intrínseca contribui para a consolidação de um Estado de Direito efetivo, no qual a Administração Pública atua em conformidade com os princípios e valores inscritos na Constituição, sob o escrutínio crítico e normativo dos órgãos judiciais.

Em síntese, no que tange ao recorte aqui proposto, temos que uma atuação arbitrária

baseada no Direito Administrativo Sancionador representa um desafio para a harmonia entre a atuação estatal e a preservação dos direitos individuais. Sua análise e crítica exigiram uma abordagem cuidadosa, pautada nos princípios fundamentais do Direito Administrativo, visando garantir que uma Administração Pública atue de maneira legítima, eficiente e em consonância com os valores consagrados no ordenamento jurídico.

Portanto, uma análise crítica de tal prática mediante o poder regulamentar é essencial para garantir que essa prerrogativa seja exercida de maneira consistente com os valores democráticos e os princípios que orientam o Direito Administrativo, visto que uma abordagem criteriosa, pautada na legalidade, proporcionalidade, transparência e eficácia é necessária para mitigar possíveis abusos e garantir que a regulação estatal atenda aos anseios da sociedade de maneira equitativa e eficiente.

Em suma, a análise crítica da prática através do poder regulamentar é uma tarefa intrínseca ao desenvolvimento e à sustentabilidade do Estado Democrático de Direito, cabe a nós, por fim, a reflexão contínua sobre os limites, propósitos e consequências dessa prática, que assegura não apenas a conformidade com os princípios jurídicos, mas também a efetividade na consecução dos objetivos estatais. Desse modo, a busca incessante por uma regulamentação justa, eficiente e alinhada aos valores constitucionais é, assim, um imperativo para a construção de uma sociedade democrática e equitativa.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução: Zilda Hutschinson Schild Silva. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.
- ALEXY, Robert. **El concepto y validez del derecho**. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2004.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRESSAN, Leocir et al. **O conceito de evidência nas Meditações Cartesianas**: Acrítica de Husserl a Descartes. 2005.
- CARDINALLI, Ida Elizabeth. Heidegger: o estudo dos elementos humanos baseados na existência humana como ser-aí (existência). **Psicologia Usp**, v. 26, nº 2, pág. 249-258, 2015.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro. **Proporcionalidade e argumentação**: a teoria de Robert Alexy e seus pressupostos filosóficos. Curitiba: Juruá, 2009, p. 200-201.
- CARDOSO, Henrique Ribeiro; PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; SOUSA, Otavio Augusto Reis de. Possibilidade e limites do controle judicial das ações e das omissões da Administração Pública na Implantação de políticas públicas com sede constitucional. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 15, n. 61, p. 117-144, 2015.
- CARDOSO; Henrique Ribeiro. **O Paradoxo da Judicialização das Políticas Públicas de Saúde no Brasil**: Um Ponto Cego do Direito? Imprensa: Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2017.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado**, São Paulo, v. 29, p. 79-108, jun. 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do estudo do direito**: técnica, decisão e dominação. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GALEFFI, Dante Augusto. O que é isto—a fenomenologia de Husserl. **Revista Ideação**, Feira de Santana, v. 5, p. 13-36, 2000.
- GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GRAU, Eros. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1988. p. 58.
- GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição, 1997 (1ª edição traduzida do original *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und «prozessualen» Verfassungsinterpretation*, 1975).

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. *LuaNova: Revista de Cultura e Política*, p. 201-215, 1994.

MORENO, Fernando Sainz. **Conceptos jurídicos, interpretación y discricionariedad administrativa**. Madri: Civitas, 1976. p. 307.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Introdução a pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

NUNES, Benedito. **Heidegger & ser e tempo**. Editora Schwarcz-Companhia das Letras, 2002.

PEREIRA, Viviane Magalhães. **A hermenêutica de Schleiermacher e a questão da individualidade**. 2012.

PINTO, Emerson de Lima; JUNG, Mariana Kovara. Interpretação e direito administrativo: o contributo da hermenêutica jurídica para compreensão do direito e seus termos indeterminados. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi**, v. 4, n. 02, 2017.

ROHDEN, Luiz. Hermenêutica filosófica: entre Heidegger e Gadamer!. **Natureza humana**, v. 14, n. 2, p. 14- 36, 2012

MISSAGGIA, Juliana. A hermenêutica em Heidegger e Gadamer: algumas confluências e divergências. **Griot: Revista de Filosofia**, v. 6, n. 2, p. 1-13, 2012.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. Art. 23 da LINDB-O equilíbrio entre mudança e previsibilidade na hermenêutica jurídica. **Revista de Direito Administrativo**, p. 93- 112, 2018.

SCHMITT, Carl. **Sobre os três tipos do pensamento jurídico**. Trad. Peter Naumann. In: MACEDO JUNIOR., Ronaldo Porto. *Carl Schmitt e a fundamentação do Direito*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

SEIBT, Cezar Luís. Heidegger: Da fenomenologia " reflexiva" à fenomenologia hermenêutica. Princípios: **Revista de Filosofia (UFRN)**, v. 19, n. 31, p. 79-98, 2012.

SEIBT, Cezar. **Poder-ser próprio**: angústia e morte em ser e tempo de Heidegger. 2009.

SILVA, Viviani Ghizoni da. **Fishing expedition e encontro fortuito na busca e apreensão**. BOD GmbH DE, 2022.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. Parte Geral do Código Civil brasileiro: princípios, cláusulas

gerais, conceitos jurídicos indeterminados e questões polêmicas. In: BATISTA, Alexandre Jamal. Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de Direito Privado – homenagem ao Professor Doutor Francisco José Cahali. São Paulo: IASP, 2017, v. 1, p. 95-188.

STEIN, Ernildo. Da fenomenologia hermenêutica à hermenêutica filosófica. **Veritas(Porto Alegre)**, v. 47, n. 1, p. 21-34, 2002.

STEIN, Ernildo. Gadamer e a consumação da hermenêutica. **Problemata: Revista Internacional de Filosofia**, v. 5, n. 1, p. 204-226, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O Que é Isto - A Hermenêutica Jurídica?**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Lições de crítica hermenêutica do direito**. Livraria do Advogado Editora, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Saraiva Educação SA, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. Hermeneutica e Possibilidades Críticas do Direito: Ensaio sobre a Cegueira Positivista. **Revista Brasileira Estudos Políticos**, v. 97, p. 137, 2008.

TRINDADE, André Karam; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Crítica Hermenêutica do Direito: do quadro referencial teórico à articulação de uma posição filosófica sobre o Direito. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, v. 9, n. 3, p. 311-326, 2017.

ZILHÃO, António. **Animal racional ou bípede implume?**. Guerra e Paz, 2010