REPERCUSSÕES DO GIRO LINGUÍSTICO NA SEARA JURÍDICA: Um exemplo no direito administrativo

REPERCUSSIONS OF THE LINGUISTIC TURN ON THE JURIDICAL FIELD: an example from the administrative law

Iara Menezes Lima*

João André Alves Lança**

RESUMO: O presente trabalho busca investigar como as noções trazidas pelo giro linguístico e pela hermenêutica filosófica fornecem repostas a problemas eminentemente hermenêuticos dos ramos do direito, a partir de um exemplo pontual retirado do direito administrativo. Em um percurso de traços interdisciplinares, demonstrar-se-á como, até os dias de hoje, o direito administrativo ignora as conquistas do giro linguístico, ao propor respostas a problemas que são hermenêuticos, como é o caso das definições de vinculação e discricionariedade administrativas e o problema dos conceitos jurídicos indeterminados. A partir das implicações da virada linguística na hermenêutica jurídica, buscar-se-á demonstrar a necessidade de superação da definição tradicional de vinculação administrativa como sinônima de regulação direta e estrita e da identificação de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

PALAVRAS-CHAVE: Giro Linguístico. Hermenêutica Jurídica. Vinculação Administrativa. Discricionariedade Administrativa.

ABSTRACT: The present work has as an objective to investigate on how the concepts brought by the linguistic turn and by the philosophical hermeneutic offer answers to the eminently hermeneutical problems of law branches from an example retrieved from the administrative law. The course of interdisciplinary traits will demonstrate how - even on present day- the administrative law ignores the linguistic turn achievements when answers are proposed to hermeneutical problems, such as the case of definitions of binding and administrative discretions, as well as issues with undetermined juridical concepts. From the implications of the linguistic

* Graduada em Direito, Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduada em Filosofia, pela Faculdade Jesuíta de Filosofia e Teologia (FAJE). Professora Associada da Faculdade de Direito da UFMG. Endereço eletrônico: iaramenezeslima@yahoo.com.br.

** Graduado em Direito e Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Endereço eletrônico: joaoalanca@gmail.com.

turns on juridical hermeneutics, the need of an overcoming traditional definition of administrative binding, as a synonym of direct and written regulation and the identification of discretion on undetermined juridical concepts will be demonstrated.

KEYWORDS: Linguistc Turn. Juridical Hermeneutic. Administrative Binding. Administrative Discretion.

1 INTRODUÇÃO

A partir de um exemplo retirado do direito administrativo, o presente trabalho busca investigar como as repercussões trazidas pelo giro linguístico e pela hermenêutica filosófica à aplicação jurídica, fornecem repostas a problemas eminentemente hermenêuticos dos ramos do direito.

Estudos sobre a centralidade da linguagem no processo de mediação do conhecimento fizeram ruir as estruturas até então postas pelos representantes da chamada "filosofia da consciência", que entendiam a atividade cognoscente como um movimento dualista expressado em uma relação sujeito/objeto. Nessa relação, o sujeito abriria o caminho para a obtenção do saber a partir do acesso à suas próprias representações. Todavia, a partir do momento em que a linguagem passa a ser encarada como meio de possibilidade de conhecimento e compreensão do indivíduo no mundo, revela-se uma relação não mais sujeito/objeto, mas um processo de comunicação intersubjetivo – sujeito/sujeito.

Nesse contexto, importantes foram as contribuições de Wittgenstein e Gadamer. O primeiro concluiu que apenas com pensamentos e representações não podemos obter o sentido de uma proposição, pois as possibilidades de significação variam de acordo com "os jogos de linguagem" em que aparecem as proposições.

Gadamer, por sua vez, apresentou uma versão complementar do giro hermenêutico, propondo que a compreensão se dá por meio de um processo dialógico-linguístico, mediado e obtido a partir da fusão dos horizontes históricos de sentido dos sujeitos e/ou da obra interpretada (também encarada como um "sujeito").

A virada linguística produziu, com isso, uma nova compreensão da hermenêutica jurídica e do próprio direito. Como elemento da vida, o direito se vale igualmente da linguagem.

Nesse sentido, o direito não contém nenhuma distinção ou conceito *a priori*, mas pressupõe uma prática argumentativa e sempre em relação à realidade histórica em que é aplicado.

Importante foi, por exemplo, a assimilação desses pressupostos por Friedrich Müller, ao afirmar que texto normativo e norma não se confundem, inexistindo, portanto, norma jurídica pré-estabelecida nos enunciados linguísticos. Para esse autor, a norma somente pode ser pensada em sua relação cointegrante com a realidade à qual ela se destina.

Nesse sentido, a compreensão do direito e da hermenêutica jurídica, pós giro linguístico, forneceu uma nova leitura aos problemas interpretativos não solucionados com base nas visões da doutrina tradicional. Esse novo modo de ver, cuja porta de entrada na seara jurídica se deu, sobretudo, no âmbito do direito e da hermenêutica constitucional, deve ser estendido aos problemas interpretativos dos demais ramos do direito.

Este trabalho, por isso, pretende demonstrar como a virada hermenêutica identifica e concede soluções adequadas para a resolução de um problema, claramente hermenêutico, no âmbito do direito administrativo. Tal problema diz respeito às definições de vinculação e discricionariedade administrativas e a relação que esses institutos estabelecem com os conceitos jurídicos indeterminados.

Neste ponto, demonstrar-se-á que a ideia de vinculação administrativa não pode ser vista como aquela em que a lei já previu todos os elementos de sua aplicação, bastando ao agente apenas subsumi-la aos fatos, sem qualquer juízo valorativo ou mediação criativa. Tal visão ignora não só que a aplicação de um texto normativo sempre corresponde a uma realidade regulada, mas também que a compreensão da norma apenas se dá pela inevitável mediação linguística e a partir do horizonte histórico de sentido do intérprete. Como diz Müller (2012), a obtenção da norma jurídica para o caso envolve, necessariamente, um exercício criativo de concretização.

Assim, concluir-se-á que o administrador estará diante de vinculação administrativa sempre que na apreciação concretizante do texto legal estiver obrigado a fazê-lo da melhor maneira possível, tendo em vista a correspondente realidade regulada. O imperativo da adoção da melhor maneira possível decorre da própria natureza dos princípios e elementos de trabalho do direito administrativo, que disciplina a atividade de quem não age como “dono”, mas no interesse de outrem.

Diante disso, será possível, por fim, tecer alguns esclarecimentos sobre uma compreensão da atividade discricionária da Administração Pública e a polêmica acerca dos

conceitos jurídicos indeterminados.

2 TRAÇOS DA HERMEUTICA JURÍDICA PÓS GIRO LIGUÍNTISCO

As primeiras escolas de interpretação do direito pós revolução francesa e, em menor ou maior grau, as vertentes do positivismo jurídico foram herdeiras de um conjunto de tradições filosóficas que podem ser denominadas, salvo poucas exceções, de "filosofia da consciência" ou "mentalismo" (HABERMAS, 2004; FERNANDES, 2007).

Essa tradição apresenta como traço a sugestão de um modelo cognoscente dualista a partir de uma relação sujeito/objeto, na qual, segundo esclarece Habermas (2004), o sujeito cognoscente abre o caminho para a explicação genética do saber a partir do acesso à suas próprias representações, dadas como vivências imediatas e evidentes ao seu dispor. A partir dessas ideias, "[...] os enunciados epistemológicos se medem diretamente – e todos os outros enunciados indiretamente – pela verdade enquanto evidência subjetiva ou certeza." (HABERMAS, 2004, p. 187).

Todavia, tal tradição começa a ruir com as críticas da filosofia pós-metafísica ao primado da razão e com os estudos sobre a linguagem, a qual passa, gradativamente, a ser encarada como variável central das discussões filosóficas (FERNANDES, 2007). Essa nova orientação ficará conhecida, posteriormente, como giro linguístico.

A linguagem passa a ser encarada como o meio de possibilidade de conhecimento e compreensão do indivíduo no mundo, que, necessariamente, revela uma relação não mais entre sujeito e objeto, mas um processo de comunicação intersubjetivo, no qual

> [...] a própria linguagem começa a ser compreendida como elemento de mediação das interações existentes na sociedade. Assim, a linguagem não se resume a uma racionalidade epistemológica, mas transborda essa esfera ao apresentar-se como condição para uma racionalidade prática, de modo a unir a racionalidade teórica (preocupada, por exemplo, com a verdade de um enunciado) a uma racionalidade prática (concernente à avaliação de uma dada ação humana). (FERNANDES, 2007, p. 182).

Uma das principais contribuições para a compreensão do que foi chamado de giro linguístico (ou virada linguística, ou giro hermenêutico) veio de Wittgeinstein (2008), a partir do

segundo momento de seu pensamento, na obra “Investigações Filosóficas”. Conforme explica Harbermas (2004), a partir de Wittgenstein, pode-se concluir que somente com pensamentos e representações não se pode obter o sentido de uma proposição, pois a compreensão não é um processo psíquico.

Assim, para Wittgeinstein, a pergunta pelo significado de uma dada palavra não é um questionamento adequado, pois as possibilidades de significação variam de acordo com “os jogos de linguagem” nos quais aparecem, não como uma vivência *a priori* (HABERMAS, 2004; FERNANDES, 2007). Conforme explica Fernandes (2007, p. 183), “[...] em um jogo de linguagem, uma palavra não é apenas dependente da relação com outras (semântica), mas também está em relação com os participantes (pragmática).”

Foram, porém, os estudos de Gadamer (2001) que complementaram os avanços do giro linguístico sob a perspectiva do fazer hermenêutico. Após a releitura de filósofos predecessores e apoiado em concepções centrais da obra de Heidegger, tem-se em Gadamer o ponto culminante da chamada hermenêutica filosófica. Segundo Pereira,

> [...] em Heidegger, a compreensão deixa de ser uma propriedade para se tornar um modo de existência [...] Gadamer, fazendo uso de vários ensinamentos de Heidegger, surge com uma crítica radical ao pensamento cientifico-espiritual que perdurou por todo o século XIX, fazendo da hermenêutica uma disciplina filosófica que, para além de seu foco epistemológico – presentes na obras de Schleiermacher e Dilthey -, passa a investigar o fenômeno da compreensão em si mesmo, ou seja, passa a ter como finalidade explicitar o que ocorre nesta operação humana fundamental do compreender. (PEREIRA, 2001, p. 17).

A compreensão em Gadamer, lembra Fernandes (2007), é um processo ontológico (modo de existência), que se dá por meio de uma vivência dialógico-linguística intricada na história. Nesse sentido, a interpretação não é uma ferramenta para descobrir algum significado oculto de uma dada proposição textual, mas é uma atividade mediada pela linguagem, que acontece, a todo momento, em relação a tudo que é transmitido na história.

A compreensão se dá, assim, numa imersão em determinada tradição histórica, por meio de um movimento circular (sujeito/obra – obra/sujeito), sempre condicionada às pré-compreensões produzidas pelo horizonte histórico do sujeito e pela abertura permitida pelo objeto a partir de seu *locus* particular (PEREIRA, 2001; FERNANDES, 2007). Esse movimento circular, chamado por Gadamer (1999) de círculo hermenêutico, na forma visualizada pelo autor, não encerra uma ideia fechada, mas aberta, na qual a compreensão sempre gera novas pré-

compreensões que geram outras compreensões, nunca retornando ao mesmo lugar, pelo contrário, expandindo-se.

Segundo Gadamer (1999), a ideia de horizonte, conceito retirado de Husserl, exprime a exata noção de que a compreensão é historicamente situada. Para o autor, como explica Pereira, a possibilidade de compreensão se opera "[...] apenas no contexto do horizonte daquele que se põe a conhecer. O *horizonte* demonstra que o acesso do homem ao mundo se dá a partir de seu ponto de vista, de sua *situação hermenêutica*, que é sempre um posicionar-se perante os fenômenos." (PEREIRA, 2001, p. 27).

Tem-se em Gadamer (1999), nesse contexto, a introdução do que o autor chama de fusão de horizontes, como forma de compreensão intersubjetiva entre pontos situados em situações hermenêuticas diversas. Uma vez fixada a noção de que o processo cognitivo mediado pela linguagem se dá entre dois sujeitos – não entre sujeito e objeto – , a experiência hermenêutica tem sua realização no momento em que o horizonte histórico do intérprete se funde com o horizonte histórico do objeto interpretado, em um movimento dialógico, onde algo novo, inevitavelmente, aparece (HABERMAS, 2004; FERNADES, 2007).

A virada linguística produziu, tendo em vista tais noções, uma nova compreensão da hermenêutica jurídica e do próprio direito. Como elemento da vida, o direito vale-se igualmente da linguagem, aplicando-se àquele o que vale para esta. Não se concebe mais, desde as contribuições de Wittgenstein, que a norma seja entendida como uma dimensão apartada da situação de sua aplicação. Uma compreensão pragmática do direito leva as teorias jurídicas atentas ao giro linguístico a concluírem que não é possível apreender o sentido de uma norma da perspectiva apenas do observador, mas como coparticipante do mesmo jogo de linguagem (FERNANDES, 2007).

Para o direito, é, ainda, fulcral a desmistificação feita por Gadamer (2003) da distinção rígida entre compreensão, interpretação e aplicação. Afirma o autor, que o ato de compreensão já carrega em si a noção de aplicação de um sentido a uma situação presente. "O objeto para o qual se dirige a nossa aplicação determina, desde o início e em sua totalidade, o conteúdo efetivo e concreto da compreensão hermenêutica". (GADAMER, 2003, p. 57). A compreensão e a aplicação são, assim, acontecimentos coincidentes no ato de interpretação. Essa noção é fundamental para o direito. Segundo Gadamer:

> Uma lei não quer ser entendida historicamente. A interpretação deve concretizá-la em sua validez jurídica. [...] Em ambos os casos isso implica que o texto, lei ou mensagem de salvação, se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar. (GADAMER, 1999, p. 461).

No direito, importantes teorias pós-positivistas, que assimilaram as conquistas do giro hermenêutico e da hermenêutica filosófica, despontaram ao longo do século XX, propondo contribuições mais compatíveis com os novos desafios do direito e da aplicação jurídica.

Um exemplo dessas importantes teorias foi a desenvolvida por Friedrich Müller (2009; 2010; 2012), na década de sessenta, conhecida como teoria estruturante do direito. Inicialmente voltado às normas constitucionais, Müller desenvolveu, com notável compreensão, novos elementos para uma teoria da norma e da própria prática jurídica, incorporando as noções da virada hermenêutico-pragmática.

Müller (2012) afirma que os enunciados normativos não coincidem com a norma, antes disso, são "apenas" textos de normas, isto é, pré-formas ou elementos iniciais da norma, a qual será produzida no transcurso da decisão. Para a teoria estruturante, não apenas inexiste norma jurídica *ante casum*, como os dados da realidade por ela regulada são coconstitutivos dela mesma (norma). Conforme resume Müller: "Isso quer dizer que a norma jurídica não existe *ante casum*: o caso da decisão é coconstitutivo. O texto da norma no Código legal é (apenas) um dado de entrada do processo de trabalho chamado 'concretização'." (MÜLLER, 2009, p. 11).

A teoria estruturante rejeita, assim, a norma como um juízo hipotético acabado em si, dogma próprio do positivismo clássico, pois conclui que a norma e seu texto não são realidades idênticas, assim como o texto da norma não contém a completude da normatividade almejada pelo ordenamento jurídico. A dimensão textual da norma apenas dirige e limita as possibilidades legais e legítimas do que a teoria estruturante chama de concretização do direito (MÜLLER, 2010).

Müller (2010) propõe, assim, que a norma jurídica deve ser compreendida como o resultado de um modelo estruturado. Nesse sentido, para o autor, a norma é composta por: "programa da norma" (ou programa normativo), que diz respeito ao seu teor literal, isto é, refere-se à ordem jurídica tradicionalmente concebida nos textos legais; e pelo "âmbito da norma" (ou âmbito normativo ou, ainda, domínio da norma) que, por sua vez, compreende o "recorte da realidade social na sua estrutura básica, que o programa da norma 'escolheu' para si, ou em parte

criou para si, como seu âmbito de regulamentação [...]" (MÜLLER, 2010, p. 57-58).

Desse modo, Müller (2010) identifica que o recorte fático-social, que constitui o âmbito normativo, revela-se parte integrante da própria norma e no mesmo nível hierárquico que o programa normativo. Isso significa que a realidade regulada é elemento da própria norma jurídica ou, em outras palavras, que a norma só pode ser pensada em sua relação indissociável e cointegrante com o recorte fático por ela regulado (MÜLLER, 2010). Fica claro, aqui, o pressuposto gadameriano, uma vez que, como destacado, não há compreensão sem aplicação a uma realidade correspondente.

Diante de tais noções, não apenas a norma, mas também a normatividade não pode mais ser vista como pré-constituída no texto normativo, mas designa o atributo dinâmico de uma norma, tanto de ordenar a realidade que a subjaz – normatividade concreta –, quanto de ser condicionada dialeticamente por essa realidade – normatividade materialmente determinada (MÜLLER, 2009; CHRISTENSEN, 2009). Segundo explica Müller:

> [...] a normatividade não é nenhuma propriedade substancial dos textos no código legal, mas um processo efetivo, temporalmente estendido, cientificamente estruturável: a saber, o efeito dinâmico da norma jurídica, que influi na realidade que lhe deve ser correlacionada (normatividade concreta) e que é influenciada por essa mesma realidade (normatividade determinada pela coisa). (MÜLLER, 2009, p. 150).

Na conclusão de Christensen, "a normatividade é a regulamentação vinculante da vida social, não podendo assim caber aos textos de normas, mas somente às normas jurídicas criadas pelo operador jurídico como sujeito do processo de concretização." (CHRISTENSEN, 2009, p. 240).

Isso significa, que a compreensão estrutural da norma não concebe a aplicação do direito como um procedimento meramente cognitivo, pois o texto da norma se volta à regulação de situações concretas e somente na consideração dessas situações comprova sua normatividade, donde surge um verdadeiro processo criativo da norma jurídica pelo operador do direito.

A metódica estruturante contempla, dessa forma, o processo de aplicação jurídica como atividade de concretização (MÜLLER, 2010). A concretização é o próprio processo de obtenção da norma, que apenas se conclui tendo em vista uma determinada situação fática, seja concreta ou ficticiamente modulada.

Assim, é inerente ao processo de aplicação do direito a presença do horizonte subjetivo

do agente que interpreta, pois este, necessariamente, participa do processo estrutural de construção da norma concreta. Ele mesmo é parte integrante da realidade para a qual se destina o imperativo jurídico.

Tais avanços na hermenêutica jurídica, entretanto, ainda se encontram, de certa forma, restritos ao âmbito do direito e da hermenêutica constitucional. Não obstante à crescente constitucionalização dos vários ramos do direito, as implicações da hermenêutica jurídica, pós giro linguístico, têm sido pouco, ou quase nada, levadas a sério por esses ramos, quando o assunto são problemas e desafios (p.ex.: casos difíceis) referentes à aplicação da norma jurídica em suas áreas.

O objetivo desta pesquisa é justamente demonstrar a impostergável necessidade de se estender às discussões relativas à aplicação da norma nos demais ramos jurídicos, as conquistas da viragem linguístico-hermenêutica e suas ressonâncias na teoria da norma e do direito.

Nessa tarefa, escolheu-se como exemplo uma discussão que é corriqueira no direito administrativo, referente à relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e as ideias de vinculação e discricionariedade administrativas, a qual, até os dias de hoje, não foi devidamente diagnosticada pela doutrina tradicional sob a ótica do giro pragmático e da hermenêutica filosófica, não obstante se tratar de um problema de aplicação jurídica (interpretativo).

3 A IDEIA DE VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA: Uma crítica à doutrina tradicional

Segundo a doutrina clássica do direito administrativo, ato vinculado é aquele em que a lei delimita rigorosamente as condições e pressupostos fático-jurídicos para a sua emissão. Nesses casos, haveria vinculação administrativa sempre que o ordenamento jurídico não deixasse margem alguma de liberdade ao administrador, que diante da situação consagrada na norma deveria agir conforme seus exatos termos, sem interferência subjetiva.

Em contrapartida, considerando que o conceito de vinculação é estudado em contraposição ao de discricionariedade, ato discricionário seria aquele em que haveria, na atuação do Poder Público, um espaço deixado pela lei, a ser preenchido pelo juízo subjetivo do administrador (margem de liberdade), mediante critérios de conveniência e oportunidade.

Nessa linha, Francisco Campos (1958) dizia que em caso de vinculação administrativa o juízo seria expedido mediante a mera verificação objetiva de circunstâncias exteriores:

> Desde que o juízo é condicionado a um motivo ou a uma circunstância exterior, suscetível de verificação, é um juízo vinculado, e não discricionário. Não se trata, no caso, de uma apreciação subjetiva, mas objetiva, ou controlada mediante elementos que não dependem da opinião, da perspectiva ou de concepções mais ou menos pessoais do funcionário. (CAMPOS, 1958, p. 21).

Também Seabra Fagundes (1984) e Cretella Junior (1984) compartilham concepções semelhantes, ao lecionarem que a competência vinculada seria aquela estritamente determinada pela lei, em relação a qual, uma vez existentes as respectivas circunstâncias, deveria o administrador agir dentro de certo prazo e segundo o modo legalmente definidos.

Essa é, ainda, a lição atual de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem atos vinculados

> [...] seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com a apreciação subjetiva alguma. (2006, p. 414).

José dos Santos Carvalho Filho também afirma que "[...] quando se trata de atividade vinculada, o autor do ato deve limitar-se a fixar como objeto deste o mesmo que a lei previamente já estabeleceu." (CARVALHO FILHO, 2006, p. 96). E a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991), semelhantemente, afirma a ausência de juízo subjetivo do agente na emissão do ato vinculado. Para a autora, tem-se vinculação administrativa "[...] quando a lei estabelece uma única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos cuja existência a Administração deve apenas constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva." (DI PIETRO, 1991, p. 41).

Todos esses autores compartilham, portanto, a ideia de vinculação como sinônima de regulação direta, em que a norma definidora teria traçado detalhada e minuciosamente as condições para a emissão do ato, de modo que caberia ao administrador apenas aplicar a norma por meio de um silogismo lógico, sem qualquer juízo subjetivo. A normatividade (capacidade de regular a realidade incidente) já estaria, portanto, contida no texto normativo.

Todavia, à luz, por exemplo, da teoria estruturante de Müller (2012), concepções dessa

natureza ignoram a não identidade entre texto da norma e norma, o caráter cointegrante e complexo da realidade objeto da pretensão regulativa, o indissociável e necessário juízo de valoração concebido na atividade criativa do aplicador até a obtenção da norma concreta e a limitação advinda da própria linguagem, incapaz de reunir no texto normativo todos os elementos e casos possíveis de aplicação do direito. Como afirma Gadamer, "[...] não é possível nem necessário nem desejável que nos coloquemos entre parênteses." (GADAMER, 2003, p. 63).

Ressalva-se que, em se tratando de vinculação administrativa, não se discute que existem casos em que a vinculação é estrita, nos quais do simples confronto da disposição normativa com as circunstâncias fáticas, pode-se extrair, de plano, todos os elementos do ato, que deverá ser adotado como a medida legal cabível.

Tem-se o que os administrativistas chamam de vinculação estrita, por exemplo, na norma constitucional que determina a aposentadoria compulsória do servidor público ao completar 70 (setenta) anos de idade, prevista no art. 40, § 1º, inc. II, da Constituição da República. É claro que se determinado servidor completar setenta anos (motivo fático), o agente administrativo competente deverá expedir o ato de aposentadoria compulsória (objeto do ato), mediante a observância da forma legalmente estabelecida, para que se cumpra a finalidade de renovação dos quadros do funcionalismo público e, assim, atender ao interesse público (ARAÚJO, 2005). Nesses casos, a motivação do ato praticamente se perfaz na simples remissão dos fatos ao preceito legal.

Em geral, essas são as situações referidas por Müller (2010) em que o âmbito da norma foi gerado pelo próprio direito, como é o caso das prescrições referentes a prazos, termos temporais, datas, regras processuais, institucionais, dentre outros. Âmbitos de normas gerados ou quase inteiramente gerados pelo direito são, em maior grau que as demais prescrições, identificados diretamente no texto da norma, emergindo, dessa forma, sua vinculação estrita, para usar a linguagem do direito administrativo.

Entretanto, o próprio Müller (2010) alerta que, na maioria dos casos, o âmbito da norma apresenta tanto componentes gerados, como componentes não gerados pelo direito, haja vista as prescrições de alto conteúdo material, v.g.: os direitos fundamentais, normas principiológicas, cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados, etc. Nesses casos, a necessidade de investigação do âmbito da norma (ou realidade regulada) e o processo criativo de concretização tornam-se, não apenas evidentes, como decisivos para a obtenção da norma jurídica, que, para o

caso concreto na atividade da Administração Pública, equivale ao ato administrativo. Com as palavras do próprio Müller:

> Em prescrições referentes à forma, em normas processuais e organizacionais, em prescrições de remissão, definições legais e em regulamentações com enunciado jusdogmático-conceitual numérica ou individualmente determinado, os âmbitos de normas desaparecem por trás dos programas das normas. Quase nunca fornecem à práxis pontos de vista adicionais para a concretização. Mas quanto mais materialmente vinculada for uma norma, quanto mais partes integrantes não-gerados pelo direito contiver o seu âmbito da norma, tanto mais a sua implementação carecerá dos resultados de análises do âmbito da norma. (MÜLLER, 2010, p. 45-46).

Assim, como vem, desde o início da década de noventa, apontando Florivaldo Dutra de Araújo (2005), as hipóteses de vinculação estrita não são frequentes e, quando presentes, escondem a necessidade de se sistematizar a vinculação administrativa de acordo com uma definição teórica condizente com a complexidade que é a realidade e a gestão da coisa pública.

Tal constatação advém da noção de que, mesmo em se tratando de atos vinculados, somente se pode falar em norma jurídica em uma concepção atrelada a um caso ou a uma realidade correspondente, ainda que esta esteja oculta atrás do programa da norma. Em outras palavras, qualquer que seja a norma jurídica, ela se refere a um caso, sendo ele um caso real ou ficticiamente pensado, de modo que o processo de concretização dialética entre o texto da norma e o seu correlato âmbito fático é sempre inerente à aplicação do direito.

Como ressaltado anteriormente, Gadamer (1999) já afirmava que compreender é também aplicar, pois só se compreende algo aplicando-o em uma situação concreta na qual esteja inserido. E, segundo anota Müller: “Uma norma não é (apenas) carente de interpretação porque e à medida que ela não é ‘unívoca’, ‘evidente’, - porque à medida que ela é ‘destituída de clareza’ – mas, sobretudo, e à medida que ela deve ser aplicada a um caso (real ou fictício).” (MÜLLER, 2010, p. 48).

Aliás, tendo-se em vista as estrutura de compreensão em Gadamer (1999), pode-se afirmar que uma norma somente se torna clara porque a atividade interpretativa em relação a ela já fez o trabalho de aclará-la – processo interpretativo que, ainda assim, foi necessariamente mediado pela linguagem e pelo horizonte histórico de sentido do intérprete (ou comunidade de intérpretes). E, mesmo diante disso, a complexidade da vida sempre faz com que uma norma (no sentido da metódica tradicional: norma é igual texto normativo), aparentemente clara ou unívoca em uma situação, apareça já em outro caso extremamente destituída de clareza, o que só se

evidencia quando da necessidade de sua concretização (MÜLLER, 2010).

A subsunção, portanto, independentemente da clareza do enunciado, é apenas aparentemente um processo lógico-formal; na verdade, é um procedimento determinado pelo horizonte histórico do intérprete e sempre relativo a uma realidade concreta, que estrutura a construção da própria norma. O intérprete sempre deixa seu "rastro" subjetivo e/ou sua mediação linguistico-histórica na aplicação da norma.

Fica evidente que o conceito extraído da doutrina tradicional do direito administrativo, segundo a qual a vinculação administrativa seria aquela situação em que a lei fixou todos os requisitos, cuja existência a Administração deve apenas constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva, não pode mais subsistir.

No seio da própria doutrina administrativista, Hely Lopes Meirelles (1998) já alertava que, na prática de atos vinculados, a Administração Pública se sujeita aos ditames legais, não podendo deles se afastar, o que não significa dizer que "[...] nessa categoria de atos o administrador se converta em cego e automático executor da lei. Absolutamente não." (MEIRELLES, 1998, p. 147).

Garcia de Enterría e Fernandez (1991), igualmente, ressalvam a impropriedade de se atribuir o vocábulo "automático" ao exercício da atividade vinculada, pois "[...] o processo aplicativo da lei, por exaustivas que sejam as previsões desta, **raras vezes permite utilizar com propriedade esse conceito (exercício automático), perante a necessidade de processos interpretativos que incluem necessariamente avaliações** [...]". (GARCIA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1991, p. 389, grifos nossos).

E Juan Francisco Linares, em comentários sobre o tema, identifica com clareza que o problema se encontra no ainda enraizamento do direito administrativo aos postulados do positivismo legalista:

> A doutrina dominante na ciência do Direito Administrativo – e nos referimos à que vê o poder discricionário administrativo como algo dentro do direito e não fora dele – **seguindo a tônica do positivismo intelectualista do direito privado, não havia advertido, salvo exceções contadas e deste logo atemáticas, o arbítrio necessário que há em toda interpretação do direito para a sua aplicação**. Via na interpretação e aplicação que faz o órgão administrativo das chamadas normas atribuidoras de poder regrado uma simples aplicação analógica do já dito pela lei. (LINARES, 1958, p. 17, grifos nossos).

Assim, vê-se que o instituto da vinculação administrativa ainda não foi colocado nos

trilhos de uma explicação à luz da hermenêutica jurídica pós virada linguística, como vem ocorrendo em algumas vertentes do direito constitucional nas últimas décadas.

3.1 Conceito de Vinculação Administrativa: Uma noção pós giro linguístico

Conforme demonstrado, a definição da doutrina clássica de vinculação administrativa tem colocado a questão de forma equivocada. Ao conceber a atividade vinculada da Administração Pública como aquela em que a lei disciplina todos os requisitos do ato e o agente deve emiti-lo, então, sem qualquer margem de liberdade e sem sua interferência subjetiva, tal doutrina ignora o processo criativo concretizante inevitável em toda aplicação jurídica.

Com esse tipo de entendimento, corre-se o risco de subestimar o papel da motivação e fundamentação das decisões tomadas pelos agentes públicos, às quais devem ser ainda mais fiscalizadas, uma vez admitido o caráter criativo da aplicação do direito.

Como dito, no próprio âmbito do direito administrativo, importantes têm sido as críticas de Florivaldo Dutra de Araújo. Lembra Araújo (2005), que Kelsen (1998), ainda nas trincheiras positivistas, já dizia que toda interpretação legal ofereceria, na verdade, uma moldura que representa o direito a interpretar, a qual comportaria várias possibilidades de aplicação a serem individualizadas nos casos concretos, com a inevitável presença de um elemento volitivo da parte do intérprete. Kelsen já contestava as teorias que queriam "[...] fazer crer que a lei aplicada ao caso concreto poderia fornecer, em todas as hipóteses apenas uma única solução correta (ajustada) e que a 'justeza' (correção) jurídico-positiva desta decisão é a fundada na própria lei." (KELSEN, 1998, p. 391).

Entretanto, os marcos teóricos que precisam ser colocados na questão da vinculação administrativa são aqueles construídos "dentro" do giro hermenêutico e da hermenêutica filosófica gadameriana, como é o exemplo da leitura de Müller sobre a teoria da norma.

Assim, ainda que amparado em pressupostos teóricos aqui rejeitados, como os do positivismo kelseniano, Araújo (2005) fornece uma definição hermenêutica para a ideia de vinculação administrativa. Afirma este autor que vinculação administrativa é a qualidade que atinge determinados aspectos do ato administrativo sempre que "[...] na consideração axiológica

do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível.” (ARAÚJO, 2005, p. 65).

Essa noção deixa claro o papel concretizante do agente administrador, o qual está imbuído do poder-dever de fazer a “consideração axiológica” do programa normativo frente aos arranjos sociais, para a obtenção da norma jurídica concreta, que é equivalente ao ato administrativo.

Com razão, Araújo (2005) chama a atenção, apoiando-se em Linares (1958), para a noção de que o processo volitivo de obtenção da norma individual, não significa uma atividade desregrada ou um “voluntarismo amorfo”, mas um “voluntarismo estrutural”. Não se trata de criação livre do direito, mas nos limites e orientada pelo sentido e gêneros legais postos pela norma, assim como pelas demais regras e princípios controladores da Administração Pública. Assim como em Gadamer (2001), a mediação da linguagem e o caráter histórico-ontológico da interpretação não significa a queda em um relativismo sem volta, ou, como em Müller (2012), a concretização do âmbito da norma (realidade contingente) deve guardar a sua coerência com as possibilidades semânticas do programa normativo. Como comenta o autor:

> Os fatos não podem cosustentar ‘de maneira qualquer’ a decisão, também não segundo a oportunidade ou o assim chamado sentimento pessoal do que é direito (‘juízo’). Devem poder identificar-se para tal fim, por meio de um trabalho de fundamentação segundo o critério do programa da norma, sendo que esse trabalho deve ser apresentado abertamente. E o programa da norma é obtido pela interpretação integral e racionalmente recapitulável de todos os elementos, primacialmente linguísticos, da concretização. (MÜLLER, 2010, p. 133).

Por último, o conceito proposto traz a ideia de necessidade de concretização do “melhor comportamento” (ou adoção da medida mais adequada por parte do agente), que no direito administrativo emerge, sobretudo, a partir do princípio que os administrativistas chamam de princípio da boa administração, segundo o qual a atividade da Administração se caracteriza no desempenho de uma função atrelada a finalidades legais específicas, o que é próprio daquele que não age como “dono”, mas na gestão dos interesses de outrem; por isso, o administrador deve adotar o comportamento que melhor atenda a essas finalidades legais (ARAÚJO, 2005; BANDEIRA DE MELLO, 2006).

3.2 O problema dos conceitos jurídicos indeterminados

O ponto a que se chega permite tecer algumas considerações acerca da polêmica que talvez seja o aspecto mais problemático das respostas tradicionais que o direito administrativo dá às questões da vinculação e discricionariedade administrativas – o caso dos conceitos jurídicos indeterminados.

Tais conceitos aparecem nas hipóteses em que a norma dirigida ao administrador contém expressões vagas, fluídas, como "relevância social", "interesse coletivo", "utilidade pública", "bons costumes", etc.

A doutrina tradicional, conforme noticia Eros Grau (1995), tem atribuído como um dos fundamentos da discricionariedade a estrutura lógica do juízo que constitui seu ponto de partida. Nesse sentido, propõe que os conceitos jurídicos indeterminados são hipóteses de discricionariedade, uma vez que, segundo afirma Campos, caberia "[...] à autoridade administrativa (no caso) escolher para o ato, dentre os vários conteúdos igualmente possíveis, o que lhe pareça mais adequado ao amplo critério legal que, **devido à sua natureza, não é suscetível de uma determinação objetiva**". (CAMPOS, 1958, p. 17, grifos nossos).

Celso Antonio Bandeira de Mello, semelhantemente, afirma que discricionariedade seria a

> [...] margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, **por força da fluidez das expressões ou da liberdade conferida no mandamento, dela não possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente**. (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 940, grifos nossos).

Constata-se, desde já, que a definição de discricionariedade, atrelada à presença de conceitos jurídicos indeterminados, conforme exemplificado por Campos (1958) e Bandeira de Mello (2006), mais se aproxima, na verdade, da ideia de vinculação administrativa aqui afirmada. Ambos afirmam que, em decorrência da fluidez das expressões, deve o agente adotar ou escolher a solução mais adequada, atribuindo tal tarefa como discricionária. Ora, todavia, é no exercício de competência vinculada que o administrador encontra-se compelido a adotar a solução mais

adequada quando da emissão do ato administrativo, em atendimento ao principio da boa administração, conforme comentado.

O problema está mal posto do ponto de vista hermenêutico. Diante de conceitos jurídicos indeterminados, não há margem de liberdade discricionária ao agente. Este não pode decidir o que quer, dentre as possibilidades de aplicação. O que se verifica, na verdade, é atividade interpretativa ou, conforme Müller (2010), necessidade de concretização.

Para Müller (2010), conceitos fluidos são dados normativos que se remetem a âmbitos de normas em grande parte não gerados pelo direito, com alto grau, portanto, de conteúdo material, em relação aos quais a necessidade da atividade concretizante do aplicador do direito fica ainda mais evidente.

Logo, não são propriamente os conceitos que são indeterminados, mas a indeterminação advém do alto grau de contingência da realidade a que pretendem regular - âmbito normativo de alto conteúdo material –, o que impõe, justamente, a mediação concretizando do agente, com o fim de se chegar à norma jurídica individual (ato administrativo), exigida pelo caso concreto.

García de Enterría e Fernandez (1991), nessa mesma linha de raciocínio, afirmam que a utilização da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados não significa que a norma esteja se referindo a hipóteses impossíveis de ser determinadas, no momento da aplicação face à realidade concreta. Em outras palavras, não obstante à indeterminação dos termos utilizados pela lei, é inequívoco que a norma pretende regular uma hipótese concreta; ou seja, são indeterminados os conceitos, mas estes não autorizam uma situação de indeterminação na sua aplicação. A indeterminabilidade dos termos normativos é descortinada na concretização do texto frente às circunstâncias fático-jurídicas em questão. Por assim dizer, não se trata de solução indiscriminada por parte do administrador, pois, frente às condicionantes fáticas, há ou não há a caracterização do conceito; há ou não há boa-fé, utilidade pública, etc (GARCÍA DE ENTERRÍA E FERNANDEZ, 1991).

Aliás, fica reforçado que este é um problema eminentemente hermenêutico, ante à noção de que os conceitos jurídicos indeterminados remontam à teoria geral do próprio direito e, por isso, estão espalhados por todo o ordenamento. A técnica dos conceitos jurídicos indeterminados é comum a todas as esferas do ordenamento positivo, que deles se utiliza por questões próprias da limitação da linguagem. As realidades pensadas, tendo em vista a complexidade que as envolve, boa parte das vezes não admitem determinação mais exata ou precisa, sobretudo, quando

lembramos que o direito é voltado, também, para a regulação de relações futuras (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1991; ARAÚJO, 2005).

Não obstante, a rejeição da tese da presença de discricionariedade diante de conceitos jurídicos indeterminados não é apenas uma questão teórica, mas tem sérias implicações práticas no controle do ato administrativo. Conforme lecionam Garcia de Enterría e Fernandez: "Sendo a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar sem esforço algum tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-se chegado é a única solução justa que a lei permite". (GARCIA DE ENTERRÍA; FERNANDEZ 1991, p. 394). A lição desses autores contradiz, por exemplo, a ideia retrógrada de que a atividade discricionária decorreria da presença de conceitos jurídicos indeterminados e que, nesses casos, não haveria que se falar em controle do mérito administrativo, posto que estaria o administrador agindo com "margem de liberdade".

Cientes ou não dos avanços do giro linguístico e/ou dos aspectos da hermenêutica jurídica na era da hermenêutica filosófica, a jurisprudência pátria, faça-se justiça, tem se demonstrado atenta ao entendimento aqui exposto acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, ampliando o controle sobre tais atos, em significativas oportunidades.

A segunda turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, no Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 4053-RS, em que a parte pretendia a reforma da decisão do Tribunal *a quo*, que suspendeu os efeitos da liminar concedida em mandado de segurança, por entender que havia possibilidade de lesão às ordens jurídica e econômica, afastou a tese de que não caberia recurso contra a decisão, considerando não se tratar a valoração de tais conceitos imprecisos de hipótese de discricionariedade do Presidente do Tribunal de segunda instância. O Ministro Relator assentou que:

> [...] se**, em abstrato, esses conceitos se revestem de relativa incerteza, no caso concreto é possível aferir o único sentido possível em que podem ser tomados** e, por isso, na esteira da moderna doutrina administrativista, pátria e estrangeira, **a hipótese analisada é entendida como caso de vinculação (ou regulação direta) e não campo de exercício de discricionariedade.** (grifos nossos).

O mesmo STJ, no Mandado de Segurança n. 19590/RS, em que julgou caso de remoção de magistrado – ato que submetia-se ao juízo da cláusula legal "salvo relevante interesse público, devidamente justificado" – , afirmou "a viabilidade do controle do Poder Judiciário acerca de

conceitos jurídicos indeterminados e do motivo do ato administrativo.” O Relator, Ministro Felix Fischer, acompanhado por seus pares, deu provimento ao recurso, afastando o entendimento do acórdão recorrido ao concluir que não houve interesse público relevante a impedir a remoção, ato que se tratava de hipótese de vinculação administrativa, e não de discricionariedade:

> Para o Tribunal *a quo*, essa ressalva confere ao administrador a chamada discricionariedade e, por conseguinte, inviabiliza a "intromissão" do Poder Judiciário no que tange ao mérito administrativo.
> Todavia, penso que se deve melhor examinar a natureza da assertiva "relevante interesse público".
> Para mim, trata-se do chamado conceito jurídico indeterminado, ou como prefere o e. Ministro Eros Grau, "termos indeterminados de conceitos" (*in* O direito Posto e o Direito Pressuposto, 6ª ed., p. 196). [...]
> **Veja que o fato de o conceito jurídico indeterminado resultar em uma modalidade de vinculação administrativa, não engessa a atividade administrativa, vez que possibilita a adequação às peculiaridades de cada caso concreto.**
> **A respeito desse tema, o e. Ministro Eros Grau ressaltou a viabilidade de manifestação do Poder Judiciário acerca da aplicação de chamados "conceitos jurídicos indeterminados", vez que estes não configuram discricionariedade administrativa.** (grifos nossos)

Os conceitos jurídicos indeterminados revelam, portanto, hipótese de vinculação administrativa, uma vez entendidos como um problema de interpretação (ou concretização, para Müller). É assim porque não autorizam o administrador, ao concretizar o ato administrativo, escolher entre possibilidades livres, mas há a necessidade de adoção do melhor comportamento possível, pois não age em nome próprio.

3.3 A ideia de Discricionariedade Administrativa

Tendo em vista as considerações acima, não obstante a temática exija desenvolvimentos mais profundos, pode-se chegar, também, a uma noção coerente da discricionariedade administrativa.

Assim, deixando de lado a concepção tradicional, e contrapondo-se a ideia proposta de vinculação, deve se entender por discricionariedade a característica de certo aspecto do ato administrativo, sempre que a norma facultar ao administrador a escolha entre opções que se caracterizem como igualmente possíveis ou, em outros termos, como indiferentes jurídicos

(ARAÚJO, 2005).

É importante a contraposição com a noção atribuída à vinculação administrativa, pois, se diante da atividade vinculada, impõe-se o dever, como ocorre nas hipóteses de conceitos jurídicos indeterminados, de se escolher o "melhor comportamento" para o caso concreto; na discricionariedade, pelo contrário, há uma pluralidade de soluções possíveis e justas.

A discricionariedade é, portanto, a liberdade de eleição entre alternativas consideradas pela lei como igualmente justas ou indiferentes. São soluções em que o ordenamento não cria valoração diferenciada.

Na eleição de indiferentes jurídicos, pode-se optar tanto por uma, como por outra medida que se apresente, tendo em vista critérios de conveniência e oportunidade (políticos, econômicos, sociais, etc.) considerados pelo administrador, pois a própria lei lhe autoriza agir assim (GARCIA DE ENTERÍA; FERNANDEZ, 1991).

Na atuação discricionária, o imperativo axiológico da concretização defensável é deixado a cargo de critérios extrajurídicos (conveniência e oportunidade), a serem analisados pelo próprio agente administrativo competente.

É, nessa medida, que Eros Grau (1995) afirma que a doutrina tradicional do direito administrativo faz confusão entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade. Afirma o autor:

> Logo, no Estado de Direito, qualquer agente público somente deterá competência para a prática de atos discricionários – isto é, exercitando as margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da legalidade – quando a norma jurídica válida a ele atribuir a formulação de juízos de oportunidade. Fora dessa hipótese, qualquer agente público estará jungido, subordinado à legalidade. Inclusive quando lhe incumba o dever-poder de interpretar/aplicar texto ou textos normativos que veiculem conceitos jurídicos indeterminados. (GRAU, 1995, p. 321).

Dizer que o administrador está diante de indiferentes jurídicos significa ou que a lei forneceu certas opções, considerando todas elas com o mesmo valor; ou que o ditame legal deu ao agente parâmetros, dentro dos quais se abre um leque de variadas opções, igualmente possíveis, desde que contidas dentro das referidas balizas pré-fixadas (ARAÚJO, 2005).

Exemplos dessas duas hipóteses são: (a) quando a lei estabelece que para certo cargo seja nomeado alguém dentro de uma lista tríplice, previamente selecionada, situação na qual qualquer das opções será válida; ou (b) na hipótese em que a lei de licitação ordena que se elaborem regulamentos licitatórios internos para os entes da Administração Pública indireta,

observados os princípios e normas gerais estabelecidos nessa lei – nesse caso, haverá discricionariedade entre um rol indeterminado de escolhas (ARAÚJO, 2005).

A previsão legal de hipótese de indiferentes jurídicos é, portanto, fundamental para a discricionariedade, pois se trata de liberdade de escolha concedida pela própria lei, e não extraída da imprecisão de seus termos normativos: "[...] não há, pois, discricionariedade à margem da lei, senão justamente só em virtude da lei e naquilo em que a lei tenha disposto." (GARCIA DE ENTERÍA; FERNANDEZ, 1991, p. 390).

4 CONCLUSÃO

O giro linguístico, como visto, trouxe uma nova compreensão do direito e sua aplicação. Até o referido giro, a linguagem era vista como mero instrumento à disposição do conhecimento, o qual, por sua vez, era entendido como algo acessado a partir das próprias representações do sujeito, numa relação sujeito/objeto. Com a virada linguística, entretanto, a linguagem passa a ser vista ao mesmo tempo como possibilidade e limite do conhecimento.

Nesse contexto, a partir das contribuições de Wittgenstein, compreendeu-se que o significado de uma palavra somente se obtém mediante a compreensão do seu uso em determinado contexto, não sendo mais possível uma compreensão *a priori*, mas apenas dentro dos "jogos de linguagem" em que é aplicada.

Além disso, foram decisivos os estudos complementares de Gadamer e sua hermenêutica filosófica. O autor trouxe a noção de que o conhecimento se dá por meio de diálogos intersubjetivos entre o intérprete e a coisa, percebido em movimentos circulares de pré-compreensão e compreensão. O conhecimento, nesse sentido, é sempre construído numa tradição histórica específica, por meio da fusão dos horizontes históricos de sentido do intérprete e do objeto interpretado, mediada pela linguagem. E compreensão, interpretação e aplicação são vistas como um processo único, no qual só se compreende algo mediante a sua aplicação em uma situação concreta, o que é apreendido no ato de interpretação.

Desse modo, sendo o direito uma realidade igualmente linguística, não pode mais ser visto a partir de divisões e conceitos eminentemente semânticos, mas como um saber

argumentativo e historicamente situado. E, igualmente contestadas, são as visões da dogmática jurídica tradicional para as quais a própria norma traria, em si, o seu significado e suas condições de aplicação. Como objetou Müller (2012), texto e norma não são dimensões idênticas, sendo a norma jurídica obtida sempre por um processo de concretização do seu programa (dimensão textual), com o seu âmbito (realidade regulada).

Percebe-se, assim, que o giro hermenêutico traz uma nova leitura aos problemas interpretativos de todos os ramos do direito. O objeto desta pesquisa foi, justamente, demonstrar, de forma pontual, a necessidade de aplicação das conquistas da virada linguística aos demais ramos da dogmática jurídica, que não o direito e a hermenêutica constitucional, a partir de um exemplo retirado do direito administrativo.

Este é o exemplo da polêmica quanto à distinção entre vinculação e discricionariedade administrativas e a relação desses institutos com o problema dos conceitos jurídicos indeterminados. Quando esse é o assunto, vê-se que, até os dias hoje, grande parte da doutrina administrativista não utiliza marcos teóricos fincados nas conquistas do giro linguístico, gerando uma série de imprecisões teóricas, em uma questão que é eminentemente hermenêutica.

Viu-se, portanto, que precisa ser superada a ideia de vinculação administrativa como sinônima de regulação direta e estrita, na qual o texto legal teria traçado detalhada e minuciosamente as condições para a emissão do ato, de modo que caberia ao administrador apenas aplicar a norma por meio de um silogismo lógico.

Entretanto, uma vez que a mediação criativa e histórico-liguística do intérprete é inerente à aplicação do texto normativo, a atividade vinculada não é aquela em que o agente age por meio de mera subsunção e/ou sem qualquer interferência subjetiva, mas aquela que lhe exige, diante de sua função executiva, emitir o ato que corresponda à norma individual adequada para a situação, em virtude do princípio da boa administração.

E, na hipótese de conceitos jurídicos indeterminados, não há discrição ou margem de liberdade ao agente, quanto à escolha de opções indiferentes. Há uma necessidade interpretativa ou concretizante. A imprecisão do conceito não indica a liberdade do intérprete para adotar a medida que quiser, mas sim o poder-dever de concretizar a hipótese normativa frente as circunstâncias de seu respectivo caso, “determinando” o melhor comportamento capaz de atender o interesse público. É hipótese, portanto, de vinculação.

Discricionariedade administrativa, por sua vez, tendo em vista tais noções, dá-se na

situação em que é conferida ao intérprete a liberdade de eleição entre alternativas consideradas pela lei como igualmente justas ou indiferentes. São soluções em que o ordenamento não cria valoração diferenciada, podendo ser chamadas de indiferentes jurídicos. Nesses casos, sim, há discricionariedade, ou seja, pode-se optar tanto por uma, como por outra medida que se apresente, tendo em vista critérios de conveniência e oportunidade (políticos, econômicos, sociais, etc.) considerados pelo administrador, pois tal possibilidade é concedida pela própria lei.

Esse é, portanto, um exemplo claro de que a hermenêutica jurídica não pode ficar restrita aos seus próprios estudos e linhas de pesquisa, mas precisa, constantemente, voltar suas luzes para problemas concretos das diversos áreas do direito, em exercícios cada vez mais interdisciplinares.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Teoria estrutural do direito de Friedrich Müller. In: MÜLLER, Friedrich. *O Novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 233-235.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental n. 4053-RS*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 12 nov. 2001. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 16 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos Declaratórios n. 1237001/CE*. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. 19 maio 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 16 mar. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 19590/RS*. Relator: Ministro Felix Fischer. 02 fev. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 16 mar. 2013.

CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. v.i. Rio de Janeiro: Freitas Bastos S/A, 1958.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CRETELLA JUNIOR, José. *Controle do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CRISTENSEN, Ralph. Teoria Estruturante do Direito. In: MÜLLER, Friedrich. *O Novo paradigma do direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 235-248.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) Crise*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

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

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas-Ramon. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da Discricionariedade e Restauração da Legalidade. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). *Perspectivas do Direito Público*: Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação*: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

LINARES, Juan Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Albeledo-Perrot, 1958.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MÜLLER, Friedrich. Metodologia do direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MÜLLER, Friedrich. *O Novo Paradigma do Direito*: introdução à teoria e metódica estruturantes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito I*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

WITTGEINSTEIN, Ludwig. Investigações Filosóficas. 5. ed. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco; Petrópolis: Rosas, 2008.