

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

## IPDA

Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

### Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

### Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

### Direção Executiva

Emerson Gabardo

### Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

### Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Luís Enrique Chase Plate
Alice Gonzáles Borges	Lúcia Valle Figueiredo
Carlos Ari Sundfeld	Manoel de Oliveira Franco Sobrinho ( <i>in memoriam</i> )
Carlos Ayres Britto	Marçal Justen Filho
Carlos Delpiazzi	Marcelo Figueiredo
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Márcio Cammarosano
Celso Antônio Bandeira de Mello	Maria Cristina Cesar de Oliveira
Clèmerson Merlin Clève	Nelson Figueiredo
Clóvis Beznos	Odilon Borges Junior
Enrique Silva Cimma	Pascual Caiella
Eros Roberto Grau	Paulo Eduardo Garrido Modesto
Fabrcio Motta	Paulo Henrique Blasi
Guilherme Andrés Muñoz ( <i>in memoriam</i> )	Paulo Neves de Carvalho ( <i>in memoriam</i> )
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	Paulo Ricardo Schier
Jorge Luís Salomoni	Pedro Paulo de Almeida Dutra
José Carlos Abraão	Regina Maria Macedo Nery Ferrari
José Eduardo Martins Cardoso	Rogério Gesta Leal
José Luís Said	Rolando Pantoja Bauzá
José Mario Serrate Paz	Sérgio Ferraz
Juan Pablo Cajaville Peruffo	Valmir Pontes Filho
Juarez Freitas	Yara Stropa
Julio Rodolfo Comadira	Weida Zancaner

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores, que gozam de inteira liberdade de opinião. e-mail para remessa de artigos, pareceres e contribuições: e.gab.@uol.com.br ou conselho@editoraforum.com.br Endereço para envio de contribuições: Editora Fórum  
Revista A&C, Av. Afonso Pena, 2770, 15º/16º andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.  
Trimestral  
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba  
ISSN: 1516-3210  
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional. I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

Editor responsável: Luis Cláudio Rodrigues Ferreira  
Projeto gráfico: Luis Alberto Pimenta  
Diagramação: Luis Alberto Pimenta  
Revisora: Olga M. A. Sousa  
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868  
Bibliotecária: Nilcéia Lage de Medeiros - CRB 1545/MG - 6ª região  
© Editora Fórum Ltda., 2004.  
Proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do editor.  
Distribuída em todo o território nacional  
Assinaturas e comercialização:  
Editora Fórum, Av. Afonso Pena, 2770, 15-16 andar, Funcionários, CEP 30130-007 - Belo Horizonte - MG  
Tel.: (31) 2121-4900 – 0800 704-3737  
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br  
site: www.editoraforum.com.br

# Delegificação, Legitimidade e Segurança Jurídica: a Hermenêutica Constitucional como Alternativa de Harmonização

Vanice Regina Lírio do Valle

Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Direito, Estado e Justiça pela Universidade Estácio de Sá. Doutoranda em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho. Presentemente é Secretária de Estado de Administração e Reestruturação no Governo do Estado do Rio de Janeiro

**Sumário:** 1 Introdução - 2 A desmistificação da lei e o conseqüente esvaziamento de seu conteúdo imediato - 3 Hermenêutica como instrumento relevante à definição dos limites da opção pelo abdicar da legalidade analítica em prol da delegificação - 4 O segundo momento hermenêutico: a reavaliação da delegificação pelo alcance de novos horizontes - 5 Delegificação e segurança jurídica: a hermenêutica como questão normativa reforçando a conciliação possível - 6 À guiza de conclusão - Bibliografia

## 1 Introdução

A aproximação entre hermenêutica e Direito é movimento hoje conhecido, e que se dá por circunstâncias relacionadas, a rigor, não só a uma relação intrínseca que possam ter entre si, mas também pelo próprio caminho assemelhado de evolução que ambas as áreas de conhecimento vêm desenvolvendo. Assim é que, da mesma maneira que em matéria de interpretação jurídica, Castanheira Neves (2003, p. 11)<sup>1</sup> adverte não mais se possa pretender uma redução à interpretação da lei, sendo ao contrário, de “...se pensar como *actus da realização de direito*... (destaques são do original)”; no terreno da hermenêutica, igualmente não mais se pode pensar tão-somente em conjunto de instrumentos de explicação de texto, destacando Palmer (1997, p. 19-20)<sup>2</sup> seus “... dois pólos de atenção, diferentes e interactuantes: 1) o facto de compreender um texto e 2) a questão mais englobante do que é compreender e interpretar”.

É de se observar todavia que essa aproximação se dá, não só pela similitude de trajetória já apontada, mas pela evidente relação de instru-

<sup>1</sup> CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica – I*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 11.

<sup>2</sup> PALMER, Richard E. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 19-20, Traduzido de “HERMENEUTICS – INTERPRETATION – THEORY in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer”.

mentalidade que se estabelece, e cada vez mais, entre hermenêutica e a adequada aplicação do Direito. Temas como o do conflito entre a hermenêutica de bloqueio e a hermenêutica de legitimação de aspirações sociais, sugerido por Streck (2002, p. 53);<sup>3</sup> ou mesmo da possibilidade de se pretender a construção de uma interpretação sistemática em matéria constitucional, quando se destina o próprio texto à harmonização de uma complexidade que se projeta além do sistema do jurídico;<sup>4</sup> ambos são exemplos de como a questão hermenêutica ganhou importância na ciência do direito.

Observe-se ainda que a matéria ganhou também em abrangência, na medida em que ocupando o constitucionalismo o seu lugar cimeiro devido, e sendo a Constituição o lugar por excelência para aquilo que Hart (1994, p. 140-141)<sup>5</sup> denominava norma de textura aberta, o exercício hermenêutico passa a ser o grande instrumento não só de compreensão, como igualmente, de atualização da Carta de Princípios.

Dentro dessa perspectiva, se traz à consideração outro movimento em curso na ciência do Direito, da maior atualidade, e que estará a fortalecer ainda mais o papel da hermenêutica jurídica, como o meio hábil de revelação da norma contida nos textos, e portanto, de viabilização da concretização de um direito comprometido com a justiça. Refiro-me ao movimento que constrói o conceito de delegificação, cujo conteúdo se passa a explorar no item a seguir.

## 2 A desmistificação da lei e o conseqüente esvaziamento de seu conteúdo imediato

Aprende-se ainda nos bancos escolares que a idéia de legalidade como princípio básico da organização do poder político, e como único fundamento legitimador da restrição às liberdades individuais, encontra sua expressão mais forte nos trabalhos, respectivamente, de Montesquieu (1995, p. 95)<sup>6</sup>

<sup>3</sup> STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica* – uma Nova crítica do Direito. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002, p. 53.

<sup>4</sup> GALUPPO, Marcelo Campos. *Hermenêutica Constitucional e Pluralismo*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

<sup>5</sup> HART, H. L. A.. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 140-141, traduzido de "The concept of law".

<sup>6</sup> MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Éditions Gallimard, 1995, v. I, p. 95. "La loi, en général, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque nation ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine.

Elles doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites, que c'est un très grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre.

Il faut qu'elles se rapportent à la nature et au principe du gouvernement qui est établi, ou qu'on veut établir; soit qu'elles le forment, comme font les lois politiques; soit qu'elles le maintiennent comme font les lois civiles."

<sup>7</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: Princípios do Direito Político*. Tradução de Edson Bini, Bauru: EDIPRO, 2000, p. 57-59, traduzido de "Du contrat social".

e de Rousseau (2000, p. 57-59).<sup>7</sup> Assim, no suposto de que só a lei fosse o instrumento hábil à tradução da vontade geral, firmou-se à época o conceito de legalidade como reação ao Estado absoluto, reduzindo-se as funções políticas, como leciona Garcia de Enterría (1998, p. 25),<sup>8</sup> “... a este esquema elemental: leyes generales y actos particulares em aplicación de las mismas. La gran concepción del principio de legalidad en el Derecho público, que exige una Ley previa que preceda, autorice y dé razón de cada uno de los actos singulares, tiene aquí su exacto punto de partida.”

Tal modelo, de supremacia da lei como manifestação da vontade geral, e como mecanismo único de contenção de um poder estatal que avançasse sobre os interesses dos indivíduos, embora se mostrasse um passo à frente no seu devido momento histórico, veio a sofrer abalos em seu caráter de verdadeiro dogma, com o crescimento da importância das próprias Constituições. A concepção de que um instrumento básico pudesse desenhar o traçado de organização do poder, assim como assegurar núcleos mínimos de direitos fundamentais e sociais; a tendência à materialização dessa alternativa em textos mais analíticos, e, finalmente, o conceito de constituição dirigente, com sua órbita de vinculação ao próprio legislador, vieram impor significativo redimensionamento na idéia de legalidade.<sup>9</sup>

Outro fator relevante, apontado por Otero (2003, p. 156-157),<sup>10</sup> diz respeito ao novo modelo de Estado de bem-estar, que tendo no poder público o destinatário do dever de provimento de prestações e serviços (a par do de prevenção de riscos sociais e individuais), não vê na lei o instrumento próprio à tradução de todas as necessidades, crescentes e múltiplas, dos cidadãos. Assim é que a própria mecânica necessariamente complexa e demorada de produção legislativa — antes apontada como seu principal mérito, enquanto instrumento de proteção contra os desmandos do poder — volta-se contra ela, e passa a ser um obstáculo ao adequado desempenho pelo Estado,

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporanea*. Madrid: Civitas, 1998, p. 25.

<sup>9</sup> Registre-se ainda, como fator determinante de toda uma nova reflexão em relação à aptidão da lei para figurar como elemento determinante do *modus* de realização da justiça, o fenômeno identificado por Habermas: “... a concepção liberal de lei foi esvaziada em seus dois elementos — a generalidade como garantia da igualdade e a correção, isso é, a verdade como garantia da justiça- a tal ponto que o preenchimento de seus critérios formais não basta mais para uma normatização adequada da nova matéria” (HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigações Quanto a uma Categoria da Sociedade Burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, p. 262, traduzido de “Strukturwandel der Öffentlichkeit”).

<sup>10</sup> OTERO, Paulo. *Constituição e Legalidade Administrativa: a Revolução Dogmática do Direito Administrativo*. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. *Constituição Federal – 15 Anos, Mutação e Evolução, Comentários e Perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, p. 156-157.

das funções que lhe são próprias.

Inspira ainda a revisão do conceito de legalidade o imperativo de atualidade dos preceitos. Assim é que o fortíssimo movimento de avanço tecnológico (cuja velocidade, sempre crescente, não dá sinais de diminuir) e o emergir da chamada sociedade das comunicações, com a conseqüente circulação cada vez mais acelerada de informações, ambos são fatores a determinar uma necessidade de atualidade cada vez maior às normas que pretendam, de alguma forma, regular essas relações. Ocorre que essa velocidade não se consegue imprimir à produção de instrumentos legais.

De outro lado, esse mesmo processo de aceleração de conhecimentos e de demandas evidencia a própria impossibilidade de reunião de *expertise* técnica em todas as múltiplas áreas de conhecimento, naqueles que se apresentam, ao menos nas democracias representativas, como o veículo da vontade geral: os parlamentares. Ademais, ainda que a *expertise* se pudesse verificar, se não no parlamentar propriamente dito, mas em corpo técnico que lhe pudesse subsidiar as decisões — o dilema entre dispor sobre o tema (e com isso, circunscrevê-lo à regra editada, até que o penoso processo de elaboração legislativa novamente se completasse) ou deixar que as forças de mercado ou outros fatores ditem a solução; é dúvida que ainda não encontra resposta.

O mesmo temário, da *expertise* técnica a ser detida e exercida no tratamento de determinadas áreas, pode ainda estar a sugerir outra linha de solução; a saber, a remessa mesmo da regulação a instância teoricamente neutra, eis que tecnicamente orientada. Assim, a delegificação pode se mostrar como alternativa de subtração de assuntos do terreno do trato político — eis que os critérios que devem presidir a formulação de juízos de valor hão de ser exclusiva ou principalmente os de cunho técnico.

Tem-se em verdade, uma mudança do pólo orientador da produção normativa — não mais a legalização das condutas já reiteradas no convívio social, consolidada na velha assertiva que se enunciava, de que o Direito viria sempre atrás do fato social. Agora, ao contrário, ao direito incumbe "...prever, decidir, regular, agir em simultaneidade com os processos econômico-sociais — diante de tais desafios, o Estado social, por definição, não se pode orientar pelo **tempo passado**, e, sim, pelos **tempos presente e futuro**, assumindo a sua indefinição e indeterminação", como nos ensina Vianna (1999, p.

<sup>11</sup> VIANNA, Luiz Werneck et al. *A Judicialização da Política e as Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 20-21.

20-21).<sup>11</sup>

Vale ainda trazer à consideração tema afeto ao terreno da ciência política — as novas relações de poder estabelecidas entre Executivo e Legislativo, pautadas em nosso país, por um presidencialismo de coalizão, que tornam a articulação política necessária empreender em torno de uma solução a ser expressa em lei, sempre uma arena de negociação penosa e demorada.<sup>12</sup> Em conseqüência, a formação do consenso, por mais difícil, tende a circunscrever a pauta a um número menor de pontos (menos temas a alcançar um ponto comum, menor serão as tensões políticas próprias ao processo), refletindo-se sobre o arco de situações efetivamente cogitadas pela nova norma jurídica em gestação.

Todos esses fatores (e mais outros, que escapariam à órbita de análise proposta no presente trabalho)<sup>13</sup> culminam por conferir à produção legislativa uma nova característica, em que o minimalismo, as cláusulas abertas e a indeterminação conceitual — que permita lugar para o juízo de concretização segundo as circunstâncias do caso concreto — passam a ocupar cada vez maior espaço. O caminho que se aponta portanto, é o da normatividade principialista, na expressão de Otero (2003, p. 162).<sup>14</sup>

Terreno típico dessa solução, é o do chamado direito regulatório, em que, a par de uma abertura para exercício de discricionariedade técnica na normatização de determinados temas,<sup>15</sup> por vezes se verifica — já advertia Moreira Neto (2003, p. 56-57)<sup>16</sup> verdadeira delegação legislativa, do que resultam várias questões polêmicas, dentre elas, a do *déficit* democrático de tais estruturas delegatárias, para o exercício do poder de fixação das normas abstratas de conduta.

Com tal trajetória, aquele sentimento de segurança, próprio do legalismo, e preferencialmente do legalismo analítico, não mais se apresenta como justificação suficiente ao modelo de produção de normas gerais de

<sup>12</sup> Observe-se que, no particular, não nos socorre o nosso sentimento tupiniquim, de que as boas coisas, mas especialmente as mazelas, sejam privilégio do Brasil. O tema das novas relações de poder estabelecidas entre as instituições formais é também objeto de estudos nos EUA, trazendo-se a título de notícia, o trabalho de Tushnet (TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2003) em que o mesmo reequilíbrio de poder se noticia, com os mesmos efeitos de obstacularização à atividade legislativa.

<sup>13</sup> Elemento sempre apontado dentre aqueles que estariam a sugerir uma mudança de modelo, e que a rigor se relaciona com os já apontados, é a necessidade de atendimento pelo Estado de seu dever constitucional de eficiência, em especial no que diz respeito àquelas atividades cuja execução deva se dar, direta ou indiretamente por ele.

<sup>14</sup> OTERO, Paulo. *Constituição e Legalidade Administrativa*... p. 162.

<sup>15</sup> E esse necessário veio técnico no trato de determinadas matérias desaconselha o seu tratamento abrangente pelos instrumentos legislativos clássicos.

<sup>16</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 56-57.

conduta firmado exclusivamente na produção do Parlamento. Isso não implica propriamente em supressão da idéia de legalidade,<sup>17</sup> mas sim — e aqui é precioso o recurso novamente às palavras de Otero (2003, p. 165)<sup>18</sup> — uma “...demissão do papel garantístico da lei em certos sectores da actividade administrativa, rompendo-se com toda a tradição liberal que via na lei um meio de protecção da liberdade dos particulares face ao poder, confiando-se agora exclusivamente ao poder judicial a protecção dos administrados e a defesa deste novo conceito de legalidade administrativa.”<sup>19</sup>

Tal caminho, todavia, não é imune à contradita. Emblemática no tema, a crítica de Gabardo (2003, p. 176-185),<sup>20</sup> que vê na tendência à delegificação um desprestígio constitucional, ou a busca da construção de uma “... segurança flexível...” de inspiração na preservação da necessidade de garantia da ordem econômica nacional, caminho que poderia conduzir ao desinteresse pelas garantias da cidadania, tudo em favor de um prestígio maior ao valor da “governabilidade” e do “eficientismo neoliberal”.<sup>21</sup> Em suma, a priorização da racionalidade econômica poderia estar a comprometer a racionalidade jurídica que haveria de presidir uma consideração como a dos limites e abrangência da atividade legislativa em sentido estrito.

É nesse *turning point* que se encontram, delegificação e hermenêutica — eis que essa normatividade cada vez menos revestida de detalhamento, combina-se uma aplicação cada vez mais intensa por órgãos da própria

<sup>17</sup> No direito brasileiro, em especial, tal conclusão se poria como impossível, eis que o princípio se encontra consagrado em vários pontos do Texto de Outubro, notadamente, em se cuidando da Administração Pública, o art. 37, *caput*.

<sup>18</sup> OTERO, Paulo. *Constituição e Legalidade Administrativa...* p. 165.

<sup>19</sup> O tema é apaixonante, e desafia uma série de outras considerações, que não terão cabida todavia nos limites do presente trabalho. Assim, a profissão de fé que o texto permite extrair, do autor, no Judiciário como via de solução para os conflitos decorrentes da atividade administrativa mereceria, ao menos na realidade brasileira, algumas ponderações, dado à pouca aproximação que a rigor, tem o Judiciário com a racionalidade que é própria desse especial ramo do direito. Assim, a adequada compreensão de qual seja o papel do Estado, de seus mecanismos de atuação — direito financeiro e orçamentário, por exemplo, remanescem ainda matéria de pouquíssimo conhecimento — e a própria superação de conceitos das escolas clássicas do direito administrativo francês são estágios de desenvolvimento da ciência do direito administrativo que ainda não alcançaram nossos Tribunais. Disso não se extraia, todavia, uma conclusão pela inadequação do fenômeno — delegificação. Ao contrário, o que se é de extrair é a importância de um aprofundamento de sua compreensão acadêmica, para que não só a Administração Pública, mas também o Judiciário, possam vê-lo com sua dupla face: abdicação parcial da segurança decorrente da disciplina analítica em favor da busca de adequação e proporcionalidade nas soluções, especialmente naquelas ditadas por elementos técnicos mais sensíveis.

<sup>20</sup> GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma Análise das Estruturas Simbólicas do Direito Político*. Barueri: Manole, 2003, p. 176-185.

<sup>21</sup> Interessante a leitura dos argumentos do autor, que aponta também como riscos próprios à flexibilização do legalismo analítico a perda da perspectiva de conjunto na atividade regulatória, a imprevisibilidade como a regra nas relações com o Poder Público, e a fragmentação do poder (e certamente — aqui a observação é da autora — da responsabilidade e responsividade).

administração e do Poder Judiciário, quando da composição de conflitos que venham a se pôr em concreto.<sup>22</sup> O exercício portanto de conhecimento das soluções constitucionais fornecidas quanto a essa *vexata quaestio* — quando, onde e como se poderia delegificar — por esse elemento melífluo que é o texto, há de se dar a partir de um raciocínio hermeneuticamente orientado, para que as decisões se possam dar, inclusive, com um certo padrão de consistência, e não segundo voluntarismos mais exacerbados em determinados momentos políticos. Mais ainda, como se tentará demonstrar, é o adequado exercício hermenêutico que permitirá o controle, por sua vez, da observância adequada desses mesmos limites e possibilidades da delegificação (legítima), calibrando o equilíbrio já mencionado entre segurança jurídica, propósitos sociais e adequação.

### 3 Hermenêutica como instrumento relevante à definição dos limites da opção pelo abdicar da legalidade analítica em prol da delegificação

Já se afirmou no item anterior que o legalismo — forjado ainda sob a influência da idéia de que só o Parlamento, como canal de expressão da vontade popular, estaria legitimado a estabelecer regras gerais de conduta, sejam de bloqueio ou impositivas de obrigações — não mais responde, por si só, a todas as questões relacionadas ao adequado funcionamento do Estado e de seu sistema jurídico. Assim é que, de um lado, temos o reconhecimento incontestado da importância da própria Constituição como moldura posta ao processo de produção legislativa; fenômeno essa que hoje alcança até mesmo à França, berço da concepção mais clássica do legalismo, como nos aponta Blachèr (2001, p. 33-36).<sup>23</sup> De outro lado, temos o fenômeno do seu esvaziamento em favor da delegação normativa, como movimento assecuratório de sua adequação com as necessidades cada vez mais cambiantes de uma sociedade moderna, globalizada e fortemente influenciada pelas

<sup>22</sup> No tema dos efeitos do esvaziamento do conteúdo da lei, Viana (VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A Judicialização da Política...* p. 21) aponta verdadeiro papel de legislador implícito que se conferiria ao Judiciário, onde desaguardariam, por certo, as postulações decorrentes desse sistema normativo sujeito a importantes fatores de indeterminação e indefinição. Embora sem dúvida se deva conferir o devido relevo ao papel que sobrevirá ao Judiciário de definição da adequada compreensão (especialmente, da compreensão conforme a Constituição) dessa nova produção normativa, não é de se olvidar a importância do papel do Executivo, que primariamente promoverá à aplicação dessa normatividade fruto de delegificação. Não parece temerário afirmar que possivelmente, no cenário de efeitos possíveis, o papel do Executivo possa se revelar maior, na medida em que, como se sabe, os conflitos de interesses que efetivamente alcançam a apreciação do Poder Judiciário são em número cada vez menor, pelas dificuldades próprias do acesso (eficaz) à Justiça.

<sup>23</sup> BLACHÈR, Philippe. *Contrôle de Constitutionnalité et Volonté Générale*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001, p. 33-36.

inovações tecnológicas.

Na verdade, essas duas vertentes — a Constituição como limitação à atividade legislativa, e a possibilidade cada vez mais presente da delegação dessa mesma produção — conduzem a uma só questão hermenêutica: é possível extrair-se do texto constitucional, que é legitimado pelo seu próprio processo de formação, elementos suficientes à identificação de quais sejam os limites em que se antes imponha a atividade legislativa clássica, e por exclusão, o que seja admissível conduzir-se à atividade infra-legal, delegificada? Essa é, em verdade, a questão principal — e ainda discutida em suas respostas — envolvida no tema da delegificação: a superação do suposto *déficit* democrático das regras que dessa atividade decorram.<sup>24</sup>

Propõe-se portanto, como questão prejudicial à da delegificação, o exercício de compreensão dos verdadeiros limites do texto constitucional; seja em relação ao próprio papel que o Texto Base reconheça ao Poder Legislativo, seja em relação a cada específica área em relação à qual se ponha o tema da delegação normativa. Essa abordagem, formulada com a intermediação do processo hermenêutico incidente sobre o texto constitucional destina-se a extrair o debate da arena política, reconduzindo-o à compreensão sistêmica do traçado constitucional para a sociedade brasileira.

No que tange à primeira questão, a aproximação hermenêutica há de ter em consideração inclusive a (in)disponibilidade que se reconheça ao Legislativo em relação às atividades ordinariamente a ele acometidas. Afinal, se o tema básico envolve legitimidade de atuação, e quando se tem em conta que a delegificação no mais das vezes se dá originariamente por um instrumento legislativo de delegação de competência regulatória, a investigação há de ter em consideração igualmente a legitimidade dessa opção de parte do Poder Legislativo.

Já quando se fala em traçado de limites à delegificação em matérias concretas, parece inegável que a adequada identificação do *thelos* constitucional, quando dispõe sobre qualquer cometimento que empreenda ao Estado (e que se pretende extrair do terreno exclusivo da atuação legislativa analítica), há de funcionar como o parâmetro básico de avaliação, seja da possibilidade em si da delegificação; seja da adequação da transferência

<sup>24</sup> O item 5 deste trabalho enfrenta o tema da segurança jurídica em tempos de delegificação, e ali se poderá verificar que os argumentos relacionados a essa especial variável em verdade são periféricos, ou se põem igualmente quando se cuida de instrumentos legislativos *stricto sensu*. Por isso se afirma que a questão central reside na legitimidade dessa atuação, que afasta o legislador — no mais das vezes, com a concorrência dele mesmo — em favor de outras instâncias técnicas.

que se empreenda, desse poder regulador, do Legislativo para o Executivo.

Observe-se que a afirmação que se faz está eivada de uma sutileza que conduz o tema para muito além da simples interpretação da letra do texto constitucional — até porque o debate principal, tantas vezes sublinhado, da legitimidade da opção *vis a vis* o Texto Base não encontra solução na abordagem literal. Quando se sustenta que é a hermenêutica quem estará permitindo a identificação do *telos* da atividade estatal a em relação a qual se cogita delegificar, o que se sustenta é um processo muito mais comprometido portanto com o conteúdo da opção constitucional do que com a sua forma. Assim, fala-se — para usar a expressão de Gadamer (2002, p. 262),<sup>25</sup> em um “... condicionamento hermenêutico...”, aquele que traz para o processo de compreensão e de conhecimento do objeto da interpretação, a consciência histórica e os pré-conceitos; enfim, a consciência hermenêutica. Esses elementos, vetores da compreensão do texto constitucional, determinariam portanto a finalidades das normas-base ali contidas, e orientariam os parâmetros de superação do eventual conflito entre segurança jurídica e necessária atualidade das regras de convívio social, para o qual se propõe a delegificação como alternativa de solução. Explico.

Quando se cuida de interpretação constitucional, a inércia aponta para a manipulação de técnicas tradicionais, que partem da literalidade do texto, e que pretendem pela subssunção ou pelas exclusões recíprocas, a superação dos riscos dos mal-entendidos — objetivo proposto à hermenêutica por Schleiermacher, reproduzido na sua expressão, mas repudiado como reducionista, por Gadamer (2002, p. 259).<sup>26</sup> Afinal, como compreender se possa, em um Estado de Direito dotado de Constituição escrita e rígida, trabalhar com idéias que permitam a compreensão do sentido e do conteúdo do Texto Magno a partir de elementos outros, que não a sua literalidade ?

Muitos seriam os argumentos de superação desse exercício convencional da busca da compreensão do verdadeiro sentido constitucional. Numa

<sup>25</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e Índice*. Tradutor: Ênio Paulo Giachini, revisão da tradução, Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 262, traduzido de *Wahrheit und Methode II*.

<sup>26</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II...* p. 259. A discordância de Gadamer em relação à afirmação de Schleiermacher de que o terreno de atuação de hermenêutica seja delimitado por, de um lado, o absoluto consenso, e de outro, a absoluta divergência (SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação*. Tradução de Celso Reni Braidão. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2003, p. 31), prende-se à circunstância de que a premissa de que possam existir pontos de absoluto consenso firma pressupostos, dogmas, que escapem ao exercício da busca da compreensão; quando na verdade, embora seja de se ter por claro que a própria linguagem pressuponha zonas de consenso, fato é que disso não se deve extrair uma conclusão alienante, exclua da investigação no sentido do conhecimento, aqueles supostos pontos de *general agreement*.

perspectiva de aplicação à solução do problema, da hermenêutica — e no momento, de uma vertente da hermenêutica filosófica — oferece Gadamer (2002, p. 236)<sup>27</sup> suporte à resposta quando aponta a importância da superação pela linguagem (e aí, linguagem no sentido mais amplo que a expressão possa ter) das estruturas pré-formatadas de articulações significativas.<sup>28</sup> O texto, portanto, é veículo de um conteúdo que há de ser conhecido/identificado através de um processo que, partindo tanto de nossos consensos quanto dos estranhamentos, permita a compreensão de qual a resposta que ele, texto, oferece à pergunta sobre seu próprio caminho, que o povo formulou por ocasião do processo constituinte.<sup>29</sup>

Assim, o conhecimento — e a atualidade — de quais sejam os propósitos constitucionais para cada atividade do Estado por qualquer de seus poderes, e portanto, a percepção também de quais sejam os limites à abdicação da regulação dessas mesmas atividades por parte do Legislativo em favor de outras estruturas, há de partir de uma concepção hermenêutica que admita a transcendência de sua tarefa em relação à pretensão de imparcialidade ou ausência de pré-conceitos da atividade científica.<sup>30</sup> Por isso, o condicionamento hermenêutico preconizado por Gadamer (2002, p. 262),<sup>31</sup> ao invés de conflitar com parâmetros científicos eventualmente sustentados como aplicáveis à compreensão da Constituição; resgata, pela necessidade de adição de elementos próprios da consciência hermenêutica ao processo de percepção de seu verdadeiro conteúdo significativo, muitas das variáveis que, como se sabe, condicionam a própria formação de uma Carta-Base nacional. Afinal, a própria historicidade desse Estado que se (re)organiza, influencia, por certo, suas concepções e modelos, e esse é um fator determinante até mesmo da identidade nacional que há de ser hermenêuticamente extraído em cada de seus enunciados, sem o que a Constituição não guardará com o povo a quem ela se destina — e a quem se atribui sua

<sup>27</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II...* p. 236.

<sup>28</sup> Ainda apontando as armadilhas das estruturas pré-formatadas de articulações significativas — que poderiam partir do pressuposto de um valor semântico determinado exclusivamente por uma função sintática — Castanheira Neves adverte que há de se ter em consideração a função pragmática dos termos ou das expressões lingüísticas, serão claras ou não tendo em consideração o interlocutor a quem se destinam e o contexto em que sua compreensão deve se formar (CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico...* p. 18-19).

<sup>29</sup> É de GADAMER também a afirmação de que "... não existe nenhum enunciado que não possa ser compreendido como resposta a uma pergunta, e é só assim que ele pode realmente ser compreendido" (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II...* p. 263).

<sup>30</sup> É de Dilthey a observação de que "...as ciências humanas não podem pretender o domínio e controle técnico de seu objeto, que é um sujeito, mas devem se abrir a ele, propondo-lhe o diálogo." (REIS, José Carlos. *Wilhelm Dilthey e a Autonomia das Ciências Sociais*. Londrina: Edel, 2003, p. 201).

<sup>31</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II...* p. 262.

gênese — qualquer identidade.

Assim é que não se pode desconsiderar que o “...*germe material de sua* (da Constituição) *força vital...*”, na expressão de Hesse (1991, p. 17)<sup>32</sup> há de repousar em uma harmonia entre as condições sociopolíticas, bem como econômicas, da sociedade que ela disciplina — além de, como já mencionado, o caminho histórico já percorrido pela nação que se (re)organiza em Estado. Da mesma forma, a pretensão de condicionamento da ordem política e social que essa mesma Constituição materializa, por sua vez encontra sua gênese — ainda que num plano menos direto — nos pré-conceitos do povo que a elabora, no sentido, mais uma vez, conferido por Gadamer (2002, p. 261):<sup>33</sup> “...o fato de os preconceitos, no sentido literal da palavra, constituírem a orientação prévia de toda nossa capacidade de experiência é constitutivo da historicidade de nossa existência. São antecipações de nossa abertura para o mundo, que se tornam condições para que possamos experimentar qualquer coisa, para que aquilo que nos vem ao encontro possa nos dizer algo.”

A leitura, portanto, do texto constitucional há de estar, como se propôs, orientada por uma consciência hermenêutica (e portanto, emancipada do texto na sua dimensão literal reducionista), que resgata por si muitos dos elementos determinantes da compreensão do conteúdo mesmo do Estado que se pretendeu constituir. Mais ainda, é essa alternativa que permitirá a superação do problema da ocasionalidade (GADAMER, 2002, p. 230),<sup>34</sup> que obscurece o sentido das expressões pela pluralidade de significados, e tantas outras armadilhas que o texto, como veículo do qual eventualmente se vale a linguagem, apresenta. Essa aproximação entre intérprete e texto, por sua vez, antes mesmo de apontar os limites à delegificação, responde à pergunta acerca de sua (in)admissibilidade, na medida em que o afastamento do Parlamento como instância única ou originária de regulação de determinadas órbitas das relações sociais é alternativa de resposta que o povo há de ter traduzido, no texto constitucional, seja enquanto dito, não dito ou encoberto — manifestações igualmente relevantes da linguagem, assinaladas igualmente por Gadamer (2002, p. 209-210).<sup>35</sup>

O que se está propondo aqui, portanto, é que a adequada hermenêutica

<sup>32</sup> HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991, p. 17, traduzido de *Die Normative Kraft der Verfassung*.

<sup>33</sup> GADAMER, Hand-Georg. *Verdade e Método II...* p. 261.

<sup>34</sup> GADAMER, Hand-Georg. *Verdade e Método II...* p. 230.

<sup>35</sup> GADAMER, Hand-Georg. *Verdade e Método II...* p. 209-210.

constitucional permitirá sair da discussão — de cunho político — sobre a adequação da opção entre legalidade analítica e delegificação, eis que essa mesma possibilidade estaria legitimada pelo texto que o povo tenha proposto como limite e pauta à sociedade que entrega, ainda que de forma não explícita. Apontada como legítima a possibilidade da exclusão, total ou parcial do Parlamento, do processo de regulação de uma determinada matéria; as preocupações relacionadas à segurança jurídica — ideal que também é de se perseguir quando se cuida de atividade não legislativa, eis que nosso Estado é Democrático, mas também de Direito, expressão que não se confunde com texto legislativo *stricto sensu* — não se resolvem pela via do controle, social/popular ou jurisdicional. A tese portanto de que a delegificação implica sempre em erosão à segurança jurídica não se mostra necessariamente verdadeira; ou quando menos, é fruto de uma disposição mais cômoda dos aplicadores da lei: o texto legislado em sentido estrito, tende a maior estabilidade, e portanto sua aplicação normalmente é mais fácil — o que não significa seja essa a solução mais eficiente, e menos ainda, a mais sintonizada com as finalidades constitucionais na matéria.

Observe-se ainda que a proposta de extração pelo adequado processo hermenêutico, do *thelos* constitucional considerado para aquela particular atividade que se tenha em conta delegificar, eleva para o mesmo plano — constitucional — a investigação de como subordinar essa iniciativa ao valor de segurança jurídica. Esse elemento teleológico, por sua vez, será valiosíssimo em um segundo momento do fenômeno da abdicação da regulação da matéria pela via do legislativo, na medida em que orientará a aplicação dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade da ação reguladora perpetrada, num momento de eventual controle de legalidade ou mesmo de constitucionalidade da ação delegificada.

#### 4 O segundo momento hermenêutico: a reavaliação da delegificação pelo alcance de novos horizontes

Não constitui hoje mais nenhuma inovação, afirmar que a compreensão do conteúdo constitucional é processo dinâmico, informado pela evolução da própria sociedade. Esse elemento de incerteza — os valores e os conteúdos podem se modificar, e disso decorrerão, naturalmente, mudanças no sistema do Direito — trazido de volta com a superação do positivismo, é de ser visto, à essa altura, não ainda sob o prisma de discussão relacionado à sua (im)propriedade, mas tendo em consideração que essa

incertitude é própria do homem; e como tal, há de ser reconhecida, em especial nas ciências sociais, que o têm por sujeito. De outro lado, essa percepção determinará aquilo que já destacava Magalhães (2002, p. 139):<sup>36</sup>

Ocorre que o direito não é um texto, ainda que se exprima na forma de textos: “o texto exprime o direito, mas não é o direito. Com o texto, pratica-se e reconhece-se a diferença entre sentido e texto. Desta diferença derivam outras diferenças: a diferença entre texto e contexto, entre texto e interpretação, entre sentido e contexto, entre o sentido intencionado e aquele expresso, entre o sentido do presente da produção do texto e o sentido dos diferentes presentes da interpretação do texto”.

Já se fixou, no item acima, que a hermenêutica permitirá a identificação, dentro do conteúdo constitucional — corroborando com a expressão usada, a compreensão de que a Constituição é muito mais do que o seu texto — de quais sejam os elementos teleológicos determinantes da avaliação dos limites e possibilidades de delegificação. Ocorre que também esse processo não se poderá ter por definitivo, e isso se pode afirmar por várias razões.

A primeira delas se relaciona a que os mesmos fatores — imperativos de eficiência, maior adequação da operação de outras forças que não só o Legislativo, etc., etc. — que determinaram uma primeira delimitação do conteúdo traduzido no texto constitucional, permanecem atuando, e por isso, remanesçam aptos a gerar a necessidade de uma revisitação das conclusões antes alcançadas, como garantia permanente daquela mesma desejada atualidade do sistema proposto pelo Direito.

Tomemos por exemplo, a opção pela delegificação de normas atinentes à aferição da adequação dos serviços públicos. Essa conclusão — pela possibilidade da delegação legislativa, segundo parâmetros básicos firmados em cláusulas abertas — pode sobrevir como fruto de uma avaliação segundo as circunstâncias de seu tempo: o acompanhamento, por hipótese, da evolução tecnológica no ramo do transporte aéreo<sup>37</sup> demanda, para que se possa garantir a observância dos parâmetros recomendáveis de viabilidade econômica da atividade, segurança e preservação do equilíbrio ambiental, a delegificação de seus critérios de operação. Dessa conclusão pode decorrer,

<sup>36</sup> MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o Direito como um Paradoxo: Observações sobre o Giro Hermenêutico da Ciência Jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica Plural: Possibilidades Jusfilosóficas em Contextos Imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 139.

<sup>37</sup> Suponhamos um país em que o controle do transporte aéreo remanesça sob execução direta pelo Poder Público.

posteriormente, um juízo relacionado à possibilidade/adequação de se lançar também no terreno delegificado (ainda que não em relação a seu núcleo central, mas nos detalhes procedimentais de materialização dessa mesma participação), as formas de participação do usuário no que tange a esse mesmo serviço.<sup>38</sup> Significa dizer que a opção inicial pela delegificação — superado o juízo de possibilidade, e a identificação do elemento teleológico norteador necessariamente da atuação originalmente prevista dos poderes públicos naquela esfera pode e deve ser objeto de permanente re-ratificação, para se adequar ao sentido agora oferecido pelo diferente presente. em relação ao qual se procede à interpretação do texto constitucional.

Também essa assertiva encontra fundamento no caminho apresentado pela hermenêutica filosófica à adequada construção da compreensão daquilo que se interpreta. Já Schleiermacher (2003, p. 49-50),<sup>39</sup> em relação ao processo de interpretação de uma obra, apontava que a compreensão se dava de forma gradual e sempre provisória, “...um pouco mais completa, se nós podemos abarcar com a vista uma parte mais extensa, mas também começando com novas incertezas [e como no crepúsculo], quando nós passamos a uma outra parte, [porque então], temos diante de nós um novo começo, embora subordinado.” Embora a transcrição se volte para o tema da interpretação que se vai desenvolvendo em partes sucessivas de um mesmo texto; e aqui se esteja a cuidar de outro fenômeno; qual seja, a revisão da interpretação de um mesmo ou de mais de uma parte do texto constitucional segundo as novas realidades do presente; nem por isso a citação se tem por desvirtuada.<sup>40</sup> Afinal, embora não se cuide desse evoluir de leitura e interpretação que relaciona partes — todo quando da reavaliação das iniciativas — ou da abrangência de uma iniciativa já havida — de delegificação; não resta dúvida que na sua essência, o processo é o mesmo, qual seja, de conhecimento, agora relacional,<sup>41</sup> de um texto (o constitucional) e de seus limites e possibilidades no que respeita à abdicação do tratamento via legalismo analítico.

<sup>38</sup> Art. 37, §3º da Constituição Federal.

<sup>39</sup> SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: Arte e Técnica...* p. 49-50.

<sup>40</sup> É o próprio autor a advertência veemente contra a citação descontextualizada: “...assim como a palavra é um elemento e uma parte de uma frase, assim também é a frase no contexto mais vasto do discurso. Por causa disso é que acontece, tão facilmente, de representações inteiramente falsas serem associadas a frases isoladas de um escritor, quando se retiram as frases de seu contexto original para incorporá-las, como testemunho ou prova, a outro contexto; e isto acontece tão freqüentemente que o espantoso apenas é que esta fidelidade dos citadores não tenha ainda se tornado proverbial” (SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: Arte e Técnica...* p. 48).

<sup>41</sup> Diz-se aqui relacional, porque tem em consideração uma compreensão antes fixada, e possivelmente, uma experiência de delegificação dela decorrente. Assim, a relação se dá não só entre as partes do texto, mas também entre o texto e as conseqüências da interpretação construtiva que antes se desenvolveu.

Tendo em consideração uma outra vertente — não a do processo de compreensão em si do texto, de partes para um todo, mas sim a mobilidade histórica da existência humana (que nos remete portanto, a diversos “presentes” do texto), Gadamer (2002, p. 455-458)<sup>42</sup> acrescenta a importância da “...fusão de horizontes...”. Essa idéia-chave parte do conceito de horizonte como o “... âmbito de visão que abarca e encerra tudo o que é visível a partir de um determinado ponto...”, conferindo-lhe um viés filosófico para traduzir, na idéia de horizonte (de compreensão) a “... determinidade finita...” do pensamento, e a percepção de que ele progride, ampliando com isso, seu alcance.

Se assim o é — se a mobilidade histórica do homem lhe confere, em cada momento, distintos horizontes de compreensão — e se esses mesmos horizontes se renovam e se ampliam, vez que cada homem em cada momento histórico terá uma visão mais ampla de suas possibilidades de conhecimento (inclusive tendo em consideração o patamar antes alcançado); tem-se por certo que a identificação das hipóteses e da abrangência da opção, não pelo legalismo clássico, mas por outros mecanismos que busquem harmonizar segurança jurídica com a indispensável adequação, também será processo de conhecimento (desses limites) sempre renovado, e que permitirá sempre à condução de um novo horizonte. O recurso, na hipótese, às palavras do autor é insubstituível:

Na verdade, o horizonte do presente está num processo de constante formação, na medida em que estamos obrigados a pôs à prova constantemente todos os nossos preconceitos. Parte dessa prova é o encontro com o passado e a compreensão da tradição da qual nós mesmos procedemos. O horizonte do presente não se forma, pois, à margem do passado. Nem mesmo existe um horizonte do presente por si mesmo, assim como não existem horizontes históricos a serem ganhos. Antes, **compreender é sempre o processo de fusão desses horizontes presumivelmente dados por si mesmos**. Nós conhecemos a força dessa fusão sobretudo de tempos mais antigos e de sua relação para consigo mesmos e com suas origens. A fusão se dá constantemente na vigência da tradição, pois nela o velho e o novo crescem sempre juntos para uma validade vital, sem que um e outro cheguem a se destacar explicitamente por si mesmos.

A par de iluminar a essência fenomenológica da remodelagem do conhecimento derivado de um texto, as idéias de Gadamer (2002, p. 458)<sup>43</sup>

<sup>42</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 455-458, traduzido de Wahrheit und Methode.

<sup>43</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais...* p. 455-458.

no particular permitem o entendimento de que a tarefa hermenêutica, ao invés de negar esse movimento histórico, fruto da própria inquietude do homem (que sempre julga poder mudar não só a realidade que o cerca, nas as circunstâncias que a partir dela, interferem no seu existir); ao contrário, ela o revela e sublinha. Será próprio dos textos — e em especial, do texto constitucional, forjado em uma colisão de interesses sociais que tentam, com ou sem sucesso, se harmonizar — uma tensão interna, que há de orientar o processo de sua compreensão, e de construção de seu verdadeiro significado, inclusive no que tange à delimitação do que se deva, efetivamente, manter no campo da legalidade estrita, e do que possa permitir essa nova fórmula de flexibilização.

Finalmente, é de se ter em conta que o tema da delegificação — como se mencionou inicialmente — surge como alternativa de solução para um impasse decorrente da necessidade de harmonização entre o sistema clássico de produção legislativa analítica, e outros valores que apontam essa fórmula como inapta, modernamente, a oferecer alternativa adequada de prevenção e disciplina de potenciais conflitos de interesses. Nesse sentido, a própria idéia da delegificação como técnica normativa é, na sua origem, teleologicamente orientada; ou seja, ela se põe como instrumento de aproximação entre os termos da regulação (pela sua relação de imediatividade, ou pela sua origem em um órgão ou instância dotado de *expertise* técnica) e dos casos que o mundo da vida nos trazem. Nesse sentido também, ter-se-á um maior potencial de acerto no exercício da interpretação, naquele sentido/fundamento normativo proposto por Castanheira Neves (2003, p. 28),<sup>44</sup> de formulação do “...juízo decisório de um concreto problema normativo-jurídico: a referência desse critério ao mérito deste problema ou a compreensão-assimilação intencionalmente normativa daquele critério justamente como critério normativo da concreta solução do problema jurídico, é o que essencialmente exige e constitui a interpretação jurídica”.

## 5 Delegificação e segurança jurídica: a hermenêutica como questão normativa reforçando a conciliação possível

Vale ainda destacar o potencial do raciocínio hermenêutico para a superação do apontado impasse de legitimação da delegificação, quando se tem em consideração os argumentos de violação à segurança jurídica.

Duas são as vertentes de crítica apontadas quando se tem em consideração o tema do apartamento (total ou parcial) do Legislativo e a segurança jurídica: o primeiro deles seria a possível precariedade das regras,

<sup>44</sup> NEVES, Castanheira. *O Actual Problema Metodológico...* p. 63.

que sujeitas a mecanismos mais simples de aprovação, gerariam grandes dificuldades na adequada identificação de quais sejam os deveres impostos a cada cidadão.<sup>45</sup> O argumento é apresentado por Gabardo (2003, p. 181),<sup>46</sup> que alude até mesmo a uma inversão de raciocínio que negaria legitimação democrática de uma Constituição que impõe um sistema (no que ao que parece, o autor faz compreender o legalismo) às gerações futuras; quando na verdade essa imposição clara dos direitos e deveres é que deveria caracterizar o sistema democrático.

O argumento — parece — não subsiste a uma compreensão mais adequada do que seja, no seu núcleo, o conceito de segurança jurídica tida como própria do Estado Democrático de Direito pós-positivista. Afinal, nessa etapa de desenvolvimento já se sabe que texto legislativo não se identifica necessariamente com critério jurídico eticamente aceitável, ou menos ainda, valorativamente adequado, tendo em consideração os parâmetros princípios constitucionalmente estabelecidos. Não deflui portanto, pura e simplesmente do texto legislativo, a pretendida segurança jurídica, eis que aquela que o Estado Democrático de Direito busca tutelar não é a que resulta da observância formal do texto escrito, mas aquela comprometida com valores constitucionalmente qualificados.

Sintetiza a conclusão de que a supostamente necessária relação entre legalismo analítico e segurança jurídica seja uma falsa questão, a lição de Novoa (2000, p. 37):<sup>47</sup>

Y ello es quizás a de los puntos más importantes para definir la peculiaridad de la seguridad jurídica como principio: la seguridad es, probablemente, el principio constitucional cuya positivización resulta menos imprescindible, pues el mismo se deduca de la propia esencia de un Estado de Derecho, donde prevalezcan los valores frente al legalismo.

Se assim é, o cerne da garantia da segurança jurídica estará portanto em uma aplicação concreta — seja pela via legislativa estrita, seja pela via dos instrumentos próprios da regulação delegificada — dos valores constitucionalmente garantidos, também esses, a serem revelados por intermédio de uma leitura hermeneuticamente orientada.

Num plano mais concreto de argumentos, diga-se ainda que a tese

<sup>45</sup> Observe-se que a consideração aqui diz respeito àquele aspecto da segurança jurídica apontado como segurança objetiva, relacionado não propriamente à esfera individual, mas sim à previsibilidade do *modus* de estabelecimento e manutenção das relações sociais.

<sup>46</sup> GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado...* p. 176-185.

<sup>47</sup> NOVOA, César García. *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000,

dada volatilidade das regras não legislativas (fruto da delegificação) se constitui quase que um atentar contra a realidade das coisas. A uma, porque no sistema constitucional brasileiro — que ainda lida com a figura, embora reformatada, da medida provisória — é difícil negar a “volatilidade” das regras legais, assim compreendidas como aquelas apontadas no art. 59 da Constituição Federal. Se isso é verdade para a chamada legislação ordinária, não é menos verdade — diga-se — em relação às próprias emendas constitucionais, que freqüentes, e despreocupadas com qualquer visão sistêmica, tornam o domínio do próprio conteúdo literal do texto constitucional um verdadeiro desafio. A se ter por correto portanto o argumento do autor, seria de se questionar não só a legitimidade democrática da delegificação, como também do próprio uso dos instrumentos legislativos constitucionalmente previstos.

Segundo aspecto que se aponta como determinante de um conflito entre delegificação e segurança jurídica seria a fragmentação de poder e a mudança de orientação de interpretação de atos normativos, prática que se daria “...principalmente por ocasião da verificação de seus efeitos na esfera jurídica dos interessados...” (GABARDO, 2003, p. 178).<sup>48</sup> Também aqui a afirmação parece equívoca, quando menos, no que remete esse estado de coisas à atividade reguladora fruto de delegificação.

Não é a hierarquia do ato normativo a ser aplicado que determina o processo hermenêutico — e por via de conseqüência, a adequação das conclusões dele decorrentes, em cada momento no tempo, e no evoluir mesmo do processo de construção do conhecimento. Assim, eventuais desvios de percurso da perfeita identificação dos limites da regra jurídica não se pode atribuir ao *status* do ato normativo em aplicação; mas a sim a uma eventual má prática do aplicador, ou ainda, a uma errônea compreensão de qual seja o processo de concretização no caso, da norma. Afinal, a superveniência de resultados distintos — e mesmo da mudança de orientação (que não se constitui tampouco privilégio das normas infra-legais) — se constitui fenômeno facilmente compreensível para a hermenêutica, sem que dele se possa extrair qualquer indicação patológica. Ao contrário, constitui traço de adequação do processo hermenêutico desenvolvido, a sua conciliação com as particularidades do caso, circunstância que pode determinar a diferenciação de resultados equivocadamente apontada como ameaçadora da segurança jurídica. Senão vejamos.

Já Gadamer (2002, p. 461)<sup>49</sup> destacava, ao cuidar especificamente da hermenêutica jurídica, a “tensão existente entre o texto proposto — da

<sup>48</sup> GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade...* p. 178.

lei ou da revelação — por um lado, e o sentido que alcança sua aplicação ao instante concreto da interpretação...”. A adequação entre a pretensão do texto jurídico (qual seja, regular ou prevenir um conflito de interesses) e a interpretação há de se dar à vista da situação concreta que se ponha. E é natural que assim o seja, já que o texto não existe isoladamente, mas sim axiologicamente orientado.

Se essa compreensão já se pode extrair da escola da hermenêutica filosófica, com maior razão se extrairá daqueles autores que como Castanheira Neves (2003, p. 63),<sup>50</sup> preconizam a hermenêutica jurídica como uma questão normativa — adicionando a seu conceito, o elemento da necessária formulação do critério jurídico decisório. Isso porque o processo de construção da regra jurídica, para a hermenêutica pautada pelo traço da normatividade, tampouco se esgotará no texto — aliás, tem no conhecimento do texto em si, talvez o seu momento menos relevante. A interpretação, para Castanheira Neves (2003, p. 28-29),<sup>51</sup> que concebe a hermenêutica como normativamente orientada — seja da lei, seja da norma infra-legal fruto da delegificação — se traduz em um ato também normativo-constutivo; portanto, de identificação de um critério jurídico de solução. É na interpretação voltada para a solução do caso concreto que se estabelecerá a relação referencial entre o critério jurídico e o problema; e essa aproximação se dará de forma igualmente instrumental à segurança jurídica.

Fato é que segurança jurídica é valor que há de ser considerado na sua essência, e não na manifestação externa de imutabilidade de regras. Segurança jurídica é valor indissociado também da busca da justiça, que pressupõe essa sensibilidade da norma às particularidades do caso. Também é esclarecedora, na hipótese, a lição de Castanheira Neves (2003, p. 65):<sup>52</sup>

Não se trata (quando se cogita de interpretação) tão-só disso, mas diferentemente de reassumir uma problemática solução abstractamente tipificada, i. é, uma solução dada típico-abstractamente a um certo e pressuposto problema prático — tal é verdadeiramente o sentido da norma como prático critério normativo-jurídico — para a continuar numa constitutiva realização problematicamente concreta. Vendo assim naquela solução problemática o modelo ou o tipo de solução de concretos problemas análogos e que, justamente porque modelo ou tipo de uma solução problemática, não pode deixar de ser reelaborada para a específica solução do problema concreto ou para atender numa intencional concretização problemático-normativa às especificidades do particular problema a resolver — segundo agora,

<sup>49</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais...* p. 461.

<sup>50</sup> NEVES, Castanheira. *O Actual Problema Metodológico...* p. 63.

<sup>51</sup> NEVES, Castanheira. *O Actual Problema Metodológico...* p. 28-29.

<sup>52</sup> NEVES, Castanheira. *O Actual Problema Metodológico...* p. 65.

não um princípio teórico de objectividade, mas um princípio pragmático de justiça, o princípio próprio de uma atitude prático-normativa.

Disso tudo resulta que, também no que tange à prevenção de eventuais ameaças à segurança jurídica vislumbradas — equivocadamente — como originárias da delegificação; o caminho da compreensão hermeneuticamente orientada do problema é o que aponta ao intérprete o destino seguro de sua atuação.

## 6 À guiza de conclusão

Iniciou-se o presente texto trazendo considerações sobre o processo de esvaziamento do conteúdo da lei, ponto de partida para a reflexão acerca da relação possível entre hermenêutica e delegificação. Tal mudança subverte modelos que datam da Revolução Francesa, profundamente arraigados no imaginário da comunidade jurídica. É preciso perceber, todavia, que tal situação de fato — dissociação entre a capacidade reguladora do Parlamento e as expectativas que historicamente sobre ele se punham — já existe, e é perceptível entre os eleitores, que não vêm mais nesse mecanismo tradicional resposta adequada às suas necessidades.<sup>53</sup> É certo que um modelo de legalismo estrito, com supremacia do Parlamento enquanto suposto veículo da vontade geral, não se substituirá por outro de traçado delegificador sem dúvidas e debates — especialmente na própria comunidade jurídica, que se vê ainda a braços com muitas outras mudanças de paradigma decorrentes ainda da superação mesmo do antigo (e confortável) modelo do positivismo e do raciocínio subsuntivo.

Fundamental, porém, para que se possa ao menos prosseguir na investigação dos (de)méritos do modelo delegificado é a superação da imputação de ilegitimidade, cuja origem — parece — em que pese os argumentos em contrário, não repousa em uma racionalidade estritamente jurídica. Afinal, não é estranho ao direito constitucional, por exemplo, que a legitimação se possa buscar em outro apoio que não o sufrágio popular; sendo o exemplo mais candente disso, a própria função jurisdicional. Não é, portanto, o Direito que identifica na delegificação um processo carente de legitimidade — ao menos não enquanto modelo teórico.

<sup>53</sup> Essa afirmação se faz sem qualquer pretensão de formulação de um juízo político, mas a partir da simples constatação de que o fenômeno freqüente da impossibilidade do eleitor brasileiro sequer nominar os últimos candidatos em eleições proporcionais a quem confiou seu voto demonstra descaracterização da representatividade, elemento fundamental a toda a concepção que suporta o legalismo clássico.

O ponto-chave do enfrentamento do tema da delegação legislativa reside em harmonizar a solução proposta com os parâmetros constitucionais — e nesse particular, desponta o relevo da hermenêutica, menos pelo que ela possa produzir de resultado imediato de aplicação de normas e construção do critério jurídico de solução; e mais pelo que ela possa acrescentar quanto à perfeita compreensão do processo de alcance do conhecimento (em particular, do conhecimento dos desígnios do texto constitucional). Aponta-se portanto o uso da hermenêutica como um elemento fundamental para o prosseguimento nesse diálogo acadêmico acerca das (im)possibilidades da delegificação. E com isso se lança uma primeira provocação ao encaminhamento do debate sob outro prisma (o hermenêutico), que pretende intensificar o diálogo na busca da superação de uma posição que demoniza a delegação, no todo ou em parte, da atividade legiferante. E é fundamental que se ofereça esse primeiro passo de dialética na busca da superação das diferenças entre as duas concepções. Afinal, foi ainda Gadamer (2002, p. 252)<sup>54</sup> quem lecionou que “... a ‘incapacidade para o diálogo’ parece-me ser mais a objeção que se lança contra aquele que não quer seguir nossas idéias do que uma carência real no outro.”

## Bibliografia

BLACHÈRE, Philippe. *Contrôle de Constitutionnalité et Volonté Générale*. Paris: Presses Universitaires de France, 2001.

CASTANHEIRA NEVES, A. *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*. Coimbra: Coimbra Ed., 2003.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e Legitimidade do Estado: uma Análise das Estruturas Simbólicas do Direito Poítico*. Barueri: Manole, 2003.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II: Complementos e Índice*. Tradutor: Ênio Paulo Giachini, revisão da tradução, Márcia Sá Cavalcante-Schuback. Petrópolis: Vozes, 2002. Traduzido de Wahrheit und Methode II.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: Traços Fundamentais de uma Hermenêutica Filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. Traduzido de Wahrheit und Methode.

GALUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica Constitucional e Pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Org.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*. Madrid: Civitas, 1998.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública: Investigações Quanto a uma Categoria da Sociedade Burguesa*. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo

<sup>54</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método II...* p. 252.

- Brasileiro, 1984. Traduzido de “Strukturwandel der öffentlichkeit”.
- HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994. Traduzido de “The concept of law”.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. Traduzido de *Die Normative Kraft der Verfassung*.
- MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Interpretando o Direito como um Paradoxo: Observações sobre o Giro Hermenêutico da Ciência Jurídica. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Hermenêutica Plural: Possibilidades Jusfilosóficas em Contextos Imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- MONTESQUIEU. *De L'Esprit des Lois*. Paris: Éditions Gallimard, 1995. v. I.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- NOVOA, César Garcia. *El Principio de Seguridad Jurídica en Materia Tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- OTERO, Paulo. Constituição e Legalidade Administrativa: a Revolução Dogmática do Direito Administrativo. In: TAVARES, André Ramos; FERREIRA, Olavo A. V. Alves; LENZA, Pedro. *Constituição Federal – 15 Anos, Mutação e Evolução, Comentários e Perspectivas*. São Paulo: Método, 2003.
- PALMER, Richard E.. *Hermenêutica*. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1997. Traduzido de “HERMENEUTICS – INTERPRETATION – THEORY in Schleiermacher, Dilthey, Heidegger and Gadamer”.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social: Princípios do Direito Político*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2000. Traduzido de “Du contrat social”.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich. *Hermenêutica: Arte e Técnica da Interpretação*. Tradução de Celso Reni Braidá. Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2003.
- STRECK, Lênio. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – uma Nova Crítica do Direito*. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2002.
- TUSHNET, Mark. *The New Constitutional Order*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2003.
- VIANNA, Luiz Werneck et. al. *A Judicialização da Política e as Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.