

ano 15 - n. 59 | janeiro/março - 2015
Belo Horizonte | p. 1-244 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

 **EDITORA
Fórum**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16º andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Érico Nunes Barboza e Rafael Cota Teixeira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mário Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)

Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)

Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)

Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)

Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

O princípio da dignidade humana e a motivação contextual dos atos administrativos: *applicatio* e hermenêutica filosófica

Leonel Ohlweiler

Professor de Direito Administrativo no Curso de Graduação do Unilasalle (Canoas-RS). Doutor e Mestre em Direito pela UNISINOS. Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *E-mail:* <leonelo@tj.rs.gov.br>.

Resumo: O artigo analisa o princípio da dignidade humana e os reflexos de sua aplicação na motivação dos atos administrativos. Debate a importância do Constitucionalismo para a teoria dos atos administrativos. Destaca a hermenêutica filosófica como matriz teórica para construir novas possibilidades de compreensão do dever de motivar os atos da Administração Pública. Refere o ato administrativo como ato constitucional e a necessidade de o agente público dialogar com a tradição do Constitucionalismo, especialmente com as indicações de sentido da dignidade humana e sem construir dicotomias entre motivo de fato e motivo de direito.

Palavras-chave: Ato administrativo. Constitucionalismo. Dignidade humana. Hermenêutica filosófica. Motivação contextual.

Sumário: **1** Introdução – **2** A dignidade humana como fundamento (hermenêutico) do Direito Administrativo – **3** Os atos administrativos em tempos de Constitucionalismo – **4** Dignidade humana e legitimação democrática dos atos administrativos: a motivação contextual como *applicatio* – **5** Conclusão – Referências

1 Introdução

Discutir a importância da dignidade humana é debater sobre a questão atinente ao homem e, no caso do Direito Administrativo, sobre a centralidade do cidadão no exercício da função administrativa. Examinando o processo de construção da tradição sobre a dignidade do homem, é crível dizer que, de uma fundamentação exterior, ora amparada na dependência com a natureza, ora na figura de Deus, passou-se à fundamentação interna por meio do discurso da razão como elemento importante para erigir a dignidade. A perspectiva aqui adotada centra o exame no aspecto da dignidade humana não apenas como responsável pela institucionalização de limites para a Administração Pública, mas impondo ações administrativas comprometidas, a partir da perspectiva da hermenêutica filosófica.

Hodiernamente é indubitável a existência de um conjunto de indicações constitucionais determinantes dos atos praticados pelo Poder Público, sendo que a

dignidade humana funciona como autêntica barreira de sentido, pois não é legítimo, sob a perspectiva constitucional, construir decisões administrativas capazes de velar a dignidade humana. Corolário, os atos da Administração Pública não podem olvidar os sentidos construídos pela tradição da dignidade humana, seja por meio de práticas jurídicas ou de outros elementos culturais e sociais institucionalizados pelo Direito Administrativo. No âmbito do conjunto de tarefas que devem ser desempenhadas pelo Estado, a dignidade humana é responsável pela criação daquilo que Ernest Forsthoff, em outro contexto, denominou de *Daseinvorsorge*, o Cuidado Existencial.

A filosofia moral que acompanha o princípio da dignidade humana deve ser problematizada no âmbito do Direito Administrativo. Para tal, faz-se mister constituir este ente como princípio fundamental da Administração Pública, mas na acepção de fundar algo, de erigir as práticas administrativas a partir do modo de ser da dignidade do homem. As dificuldades de compreender o exercício de tal atividade no contexto do princípio em tela, dentre outras razões, residem no grau excessivo de formalismo que impera no Direito Administrativo, além de sua formação sob os auspícios da dimensão liberal do Estado. De qualquer sorte, a dignidade humana possui a potencialidade de remeter a prática de atos administrativos à órbita das indagações filosóficas.

Inicialmente, a abordagem desta investigação será centrada na análise da relevância da dignidade humana para o Direito Administrativo, destacando-se a necessidade de compreender a questão a partir do paradigma do Constitucionalismo contemporâneo, ultrapassando-se, assim, o modo de ser liberal-individualista, responsável pela construção de diversos institutos jurídicos, como os atos administrativos. O foco da investigação não está na descoberta de um fundamento de caráter formal para a dignidade humana, mas no debate de uma justificação operatória.

Na segunda parte, o foco será o ato administrativo, o dever de motivação, bem como as consequências do Constitucionalismo, pois é importante ressaltar que o exercício da função administrativa sempre deve ser compreendido, em última análise, como exercício de competências constitucionais. O texto da Constituição Federal, no qual a dignidade humana figura como objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito, mais do que apenas fixar procedimentos, possibilita a reconstrução substancial do dever de motivar.

Estabelecidas essas pré-compreensões, no final do estudo será destacada a necessidade de pensar a motivação dos atos administrativos a partir de uma perspectiva ontológica, na qual justificar não depende de métodos ou procedimentos, mas de ingressar no mundo prático do Direito, para utilizar a expressão de Lenio Luiz Streck. A dignidade humana pode funcionar deste modo como indicação de sentidos hermenêuticos para o exercício da função administrativa. Motivar não decorre de aspectos da subjetividade do agente público. Chancelar esse entendimento, mesmo por ocasião daquilo que se costuma nominar de discricionariedade, importa construir

campos propícios para a arbitrariedade. Daí a importância da motivação contextual, como será examinada, uma motivação voltada à tradição de sentido do Constitucionalismo e capaz de possibilitar o acontecer de sentido da dignidade humana.

2 A dignidade humana como fundamento (hermenêutico) do Direito Administrativo

O Direito Administrativo constitui-se em ramo do Direito propício para haver uma diversidade de usos do princípio em comento, considerando que expõe as relações construídas entre cidadãos e Administração Pública. O grande desafio moderno, ou pós-moderno, consiste em localizar tal relação a partir do horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito, de modo a diminuir as distâncias entre teoria e prática. Deve-se evitar, contudo, adotar concepções objetificadoras de dignidade humana, transportando-as para o âmbito do Direito Administrativo. Como o Direito Administrativo teria recepcionado esse princípio? É claro que neste breve estudo não há espaço para abrir as diversas dimensões sobre tal indagação, mas, de plano, é possível afirmar que a dignidade humana também se situa no uso aleatório dos conceitos. Conforme Ernildo Stein, na medida em que tais conceitos não remetem exatamente a objetos, “eles são sem objeto e as construções com que eles trabalham não visam reconstruções de objetos reais, mas de alguma maneira são articulações de representações que se resumem numa espécie de metaconceito”.¹

Tal observação é extremamente útil para esta pesquisa; daí assume importância a justificação a partir de um dado horizonte histórico da tradição da dignidade humana ou a sua localização no âmbito de determinado paradigma.² Afasta-se, assim, a tentativa de buscar um conceito absoluto de dignidade humana, capaz de abarcar todas as possibilidades de sentido. Pretende-se defender tão somente a importância de justificar o uso desse conceito e debater sobre as condições de possibilidade de laborar o tema no exercício da função administrativa. Tal postura será crucial não apenas para retirar práticas arbitrárias de significação do princípio examinado, bem como construir seus âmbitos normativos e possíveis restrições. Adota-se aqui a importância do que Ernildo Stein chama de justificação operatória.³ A dignidade humana no

¹ STEIN, Ernildo. *Mundo Vivido: das vicissitudes e dos usos de um conceito da fenomenologia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004, p. 92.

² As observações de Ernildo Stein devem ser bem entendidas na medida em que “(...) o uso aleatório não significa que seja tão aleatório. Significa aleatório no sentido em que num número infinito de conceitos à minha disposição eu apelo a um deles ou a vários deles independentemente de sua gênese e de sua ordem, utilizando-os no meu discurso filosófico (...)” (STEIN, 2004, p. 97).

³ Segundo o autor: “Deve haver coerência interna no uso dos conceitos para que eles, em conjunto, me ofereçam um todo articulado operatoricamente, um todo que me dê a possibilidade de dizer: o sentido deste texto é este. No momento em que uso aleatoriamente um conceito e o coloco dentro de um conjunto de páginas sobre um tema determinado que quero desenvolver, eu legitimo este conceito, eu lhe dou uma certa garantia que ele somente teria se eu estivesse reproduzindo a história da filosofia na qual ele surgiu, ou o paradigma no

Direito Administrativo necessita de justificação operatória, e aqui será compreendida a partir do horizonte do Constitucionalismo moderno, bem como com o contributo da hermenêutica filosófica. A partir desses dois aspectos, é crível laborar com as consequências desse modo de compreender a dignidade humana e as respectivas projeções sobre a motivação dos atos administrativos, tema específico deste estudo.

Conforme já debatido em outras ocasiões, o Direito Administrativo foi recepcionado por uma matriz de sentido liberal-individualista, entendendo-se o motivo pela qual frutificou nesse campo do Direito a concepção kantiana de dignidade humana. Segundo Fernando Ferreira dos Santos,

(...) o conceito de dignidade da pessoa humana, como fim em si mesmo, atrás exposto, há de ser enquadrado, como ponto de partida e de chegada, dentro de uma concepção liberal do Estado, da qual Kant é um dos grandes representantes. De fato, na obra kantiana, a liberdade aparece como ponto fundamental de toda a sua reflexão ética. Pertencente ao mundo inteligível, o homem independe das causas determinantes do mundo sensível, por isso é livre. (...) Situar o conceito de dignidade da pessoa humana de Kant dentro de sua filosofia liberal importa ressaltar os seus limites, na defesa do individualismo, que, antinomicamente, há de prevalecer em relação à sociedade, em caso de conflito. Além, é claro, de uma compreensão assaz acanhada das funções do Estado.⁴

A partir do que foi referido, é curial problematizar as repercussões hermenêuticas da dignidade humana no Direito Administrativo com o olhar para o horizonte da tradição de sentido que culminou com sua inserção no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal, assumindo uma postura de diálogo. Dessa forma, torna-se necessário abandonar certas teorizações desenraizadas de dignidade humana, adotando-se construções de sentido enraizadas num certo conceito de mundo da vida, o que remete exatamente para a motivação contextual dos atos praticados pela Administração Pública. Logo, não se pode olvidar que a Administração Pública brasileira deve fundar-se ontologicamente para instituir um Estado Democrático de Direito. É claro que hodiernamente tal expressão chegou às raias de tornar-se um signo linguístico dotado de múltiplas possibilidades de compreensão. Aqui se adota a concepção de democracia como condição de possibilidade para assegurar aos cidadãos o exercício de direitos sociais e individuais, na qual não apenas a liberdade

qual ele se desenvolveu, ou no conjunto de ideias do autor que ele se desenvolveu, porque lá ele teria uma coerência recebida do conjunto. Assim, quando eu o desligo desse contexto histórico, sou obrigado como que criar um contexto atual a partir de outros conceitos. É isto que chamo de uma espécie de justificação operatória. Eu passo a justificar o uso de um conceito filosófico descritivamente. Neste sentido, descrevendo um conjunto de conceitos, utilizando um conjunto de conceitos, eu também justifico o uso deles através de uma descrição determinada" (STEIN, 2004, p. 98-99).

⁴ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*, p. 27-28.

deverá ser significada nas decisões administrativas, mas a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade. A democracia deve fundar-se hermeneuticamente nas relações de sentido históricas desveladas pelo que representou o pacto político e social de 1988, portanto, com vocação não apenas para reafirmar a dimensão liberal de Estado, mas a consolidação do Estado Democrático.

A dignidade humana aparece no Direito Administrativo e, por corolário, na teoria dos atos administrativos, considerando esse horizonte de tradição histórica, no sentido de que o homem deve possuir condições existenciais de ser o que ele é, melhor dizendo, na sua humanidade de ser no mundo que tem necessidades. No intuito de ilustrar essa dimensão da dignidade humana, vale referir a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre direito à saúde e políticas públicas, especialmente o julgamento da ADPF nº 45/DF, na qual a questão da legitimidade dos atos administrativos, especialmente no que tange ao controle da discricionariedade, foi abordada com fundamento na dignidade humana, fixando-se o entendimento segundo o qual não há como admitir espaços para a conveniência e oportunidade no exercício da função administrativa quando está em jogo o sentido da fundamentalidade do direito à saúde.

A Administração Pública, prioritariamente, deverá assumir a postura de criar tais condições para fazer acontecer o Cuidado Existencial. Tal indicação de sentido orientou a excelsa corte quando estabeleceu limites para a tese da reserva do possível em matéria de políticas públicas, pois é crucial exercer controle sobre tais decisões administrativas, sob pena de fraudar o dever constitucional de salvaguardar o dever de criar condições adequadas de existência digna:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanação direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV).⁵

⁵ ARE 639.337-Agr, Rel. Min. Celso de Mello, j. 28.8.2011, 2ª T., DJE de 15-9-2011.

De outra banda, a dignidade humana também deverá ser examinada no âmbito da intersubjetividade com os outros no mundo, considerando as múltiplas relações nas quais aparece a Administração intermediando relações entre e com os cidadãos.

A partir do paradigma da filosofia hermenêutica, laborar a dignidade humana no Direito Administrativo⁶ importa considerar no seu processo de concretização o cuidado como existencial, ou seja, algo que é ínsito ao modo de ser dos agentes públicos no exercício das funções administrativas. A Administração Pública tem como tarefa guardar o cidadão de toda e qualquer espécie de exploração, de entificações que lhe velem a dignidade. Essas são as razões pelas quais alguns dos institutos tradicionais desse ramo do Direito deverão ser repensados. Os atos administrativos somente justificam-se na medida em que promoverem tal cuidado e não olvidarem a dignidade do cidadão.

Os atos da Administração Pública, mais do que meras declarações do Estado, são atos de interpretação, e a dignidade humana funciona como barreira de sentido, devendo necessariamente ingressar no processo de *applicatio*. Essa é uma questão importante para desvelar novas condições de possibilidade relativamente à motivação dos atos administrativos, pois o pensamento dogmático tradicional, influenciado pelo pensamento exegético da Revolução Francesa, aprisionou o conhecimento sobre o tema no âmbito da lógica formal, deixando de considerar os aspectos primordiais do mundo da vida, no qual o cidadão revela-se na sua faticidade. Logo, não há ato administrativo sem compreensão hermenêutica, o que é crucial para repensar toda a teorização construída desde o século XVIII. Não há como compreender o texto do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal imerso apenas no âmbito da lógica formal, pois, como bem destacou Ernildo Stein:

(...) sabemos que os conceitos sempre têm mais atrás de si do que simplesmente serem funções, ou serem signos. Eles vêm carregados por elementos de valor, de validade, e este caráter de valor ou validade é que faz com que os conceitos não sejam simplesmente abstratos, todos eles formais e abstratos, mas faz com que eles tenham uma certa carga valorativa.⁷

Tal afirmação impõe ultrapassar as dicotomias tão presentes na construção sobre atos da Administração Pública, como motivo de fato e motivo de direito, conforme será examinado na última parte desta pesquisa. Laborar com a dignidade humana no Direito Administrativo, com base nos paradigmas da hermenêutica crítica,

⁶ Sobre as repercussões de tal teoria de base no campo do Direito ver: STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m)Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

⁷ Stein (2004, p. 114).

exige por parte dos operadores uma justificação dos seus elementos de referência. Não há como, *a priori*, fundar metafisicamente um discurso objetificador sobre a dignidade humana, mas apenas indicar elementos de sentido, até porque não se pode fazer tudo no Direito Administrativo com a bandeira da dignidade humana. Na segunda parte desta pesquisa, o tema referente à dignidade humana será considerado como indicação fundamental para compreender o nível de vinculação constitucional da Administração Pública quando ela pratica atos administrativos e fundamenta suas decisões; mas, desde já, é importante adiantar duas questões: a dignidade humana pode ajudar à deslocar o processo de compreensão do tema para o mundo prático do Direito,⁸ bem como construir barreiras hermenêuticas de sentido contra decisões arbitrárias.

3 Os atos administrativos em tempos de Constitucionalismo

Conforme já salientado em outra oportunidade,⁹ o advento do Constitucionalismo representou nova forma de viver o Direito, compreendendo-o em bases marcadamente democráticas, pois se trata de “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.¹⁰ Nessa esteira é que a teoria dos atos administrativos deve ser pré-compreendida, não apenas voltada para questões de uma legalidade metafísica, mas, antes de tudo, para a dimensão da constitucionalidade hermenêutica da função administrativa,¹¹ na qual a dignidade humana constitui-se importante fundamento de sentido. Destaca-se que, em hipótese alguma, a legalidade deve ser desconsiderada, como grande conquista do processo de civilização. No entanto, o horizonte de sentido aqui adotado reflete a lei no âmbito do Constitucionalismo, especialmente no que tange ao conjunto de novas tarefas impostas aos administradores por ocasião do exercício da função administrativa.

Mais recentemente se tem falado no chamado neoconstitucionalismo, responsável por mudanças no paradigma do Estado Constitucional, destacando-se dentre tais alterações o modo de vislumbrar o texto constitucional, não mais como mero

⁸ Sobre a questão ver: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹ Ver: OHLWEILER, Leonel. O Contributo da Jurisdição Constitucional para a Formação do Regime Jurídico-Administrativo. *Revista do IHJ*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004, p. 285-328.

¹⁰ Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 47.

¹¹ Aliás, é digno de nota o trabalho desenvolvido por administrativistas que adotam o paradigma do Constitucionalismo: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. Editora Atlas, 2012; FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005; BACELLAR FILHO, Romeu. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998; e GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002; dentre tantos outros.

documento de ordem política, mas dotado de normatividade, assumindo crucial condição normativa de garantia dos cidadãos. Destarte, considerando o conteúdo com alto grau de elementos principiológicos, a Constituição impõe repensar o modo de fazer o Direito, e, no caso, o próprio Direito Administrativo, ficando patentes as insuficiências da vetusta concepção positivista fundada no dedutivismo.¹²

A expressão neoconstitucionalismo tem gerado diversos debates, não apenas por suas ambiguidades, mas por certos exageros e posturas que contribuem para um voluntarismo no processo decisório, como bem destaca Lenio Luiz Streck, embora reconheça a importância inicial do movimento para marcar a necessidade de ultrapassar o vetusto Constitucionalismo de feições liberais,¹³ mas preferindo utilizar a expressão Constitucionalismo Contemporâneo:

Assim, é preferível chamar o Constitucionalismo instituído a partir do segundo pós-guerra de Constitucionalismo Contemporâneo (com iniciais maiúsculas), para evitar os mal-entendidos que permeiam o termo neoconstitucionalismo. Na verdade, refiro-me aos modelos constitucionais que implementam, de fato, o plus normativo democrático.¹⁴

De qualquer sorte, a concepção do Constitucionalismo, como alude o autor, deve pautar-se pelo debate sobre a teoria do Estado e as consequências do Estado Democrático de Direito, bem como pela necessidade de repensar a teoria das fontes, a teoria da norma e a teoria da interpretação.¹⁵

Relativamente ao primeiro aspecto, e conforme o tema desta investigação, cada vez mais urge construir uma Teoria do Direito Administrativo capaz de defender a obrigatoriedade dos atos administrativos como atos constitucionais. Há entendimentos dogmáticos segundo os quais os atos administrativos são declarações de vontade da Administração Pública e adquirem suas características próprias, dentre elas a obrigatoriedade na medida em que praticados por uma autoridade competente

¹² Cf. SATRE ARIZA, Santiago. La Ciencia Jurídica ante el neoconstitucionalismo. *In*: neoconstitucionalismo (s). Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 245. O autor destaca que com o neoconstitucionalismo o modelo de ciência jurídica começa a exigir algo que se contrapõe ao defendido pelo positivismo jurídico. Opõe-se um modelo em que as principais características são: a inevitável intervenção dos juízos de valor na análise do Direito e a prioridade do caráter prático da ciência jurídica. De outra banda, destaca que a incorporação de conteúdos materiais supõe que a teoria jurídica não pode ser independente da política. Tais elementos, aliados com outros que a seguir serão destacados, necessariamente determinam mudanças paradigmáticas no Direito Administrativo e na teoria tradicional dos atos praticados pela Administração Pública.

¹³ Em virtude desse debate foi editada importante obra, a saber: FERRAJOLI, Luigi *et al.* *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Nessa obra há o texto desenvolvido por Lenio Luiz Streck, “neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo” (FERRAJOLI *et al.*, p. 59-87), no qual encontram-se críticas significativas ao movimento neoconstitucionalista, mas, ao mesmo tempo, reconhece-se a relevância das questões colocadas.

¹⁴ Ferrajoli *et al.* (2012, p. 63).

¹⁵ No âmbito do Direito Administrativo, ver: OHLWEILER, Leonel. Teoria Versus prática: em busca da função social da dogmática jurídica (o exemplo privilegiado do Direito Administrativo). *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 3, 2005, p. 129-164.

e respeitadas algumas etapas procedimentais. A partir da visão aqui defendida, comungando das bases do Constitucionalismo Contemporâneo, o ente só é no seu sentido (ser). Dessa forma, todos os atos administrativos estão inseridos em uma relação de *co-pertença* com o sentido de Constituição. No Estado Constitucional, o ato praticado pela Administração Pública só é obrigatório na medida em que seja válido e desvelado a partir do horizonte de sentido constitucional, no caso, fundado no princípio da dignidade humana, explicitado no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, há precedentes importantes do Superior Tribunal de Justiça que controlam o exercício do poder disciplinar da Administração Pública, dentre outras indicações, com base na dignidade humana, aludindo, por exemplo:

(...) A materialização do dever-poder estatal de punir deve estar compatibilizada com os preceitos fundamentais que tutelam a dignidade humana, de sorte que o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar não pode consubstanciar ato arbitrário pautado em presunções subjetivas, mas deve sempre estar calcado em prova robusta e coerente, assegurando a aplicação do princípio da segurança jurídica às partes.¹⁶

O Direito Administrativo deverá trabalhar, portanto, com a Constituição dotada de máxima força normativa, assumindo o Poder Judiciário a importante tarefa de controlar o exercício das competências administrativas dentro deste paradigma. O texto constitucional não possui vocação apenas para fixar as regras do jogo, mas de transformar substancialmente os atos administrativos, o que importa reconstruir a própria concepção de motivação, como será examinado no próximo item.

No âmbito da teoria do direito, debatendo-se a questão das fontes, a compreensão constitucionalizada questiona alguns entendimentos do positivismo jurídico, especialmente a insuficiente visão dos atos administrativos como construção dogmática calcada quase que exclusivamente na lei. Certamente, no horizonte do sentido da concepção aqui defendida, o texto de lei é importante elemento de referência para os atos praticados pela Administração Pública, mas é crucial compreender que não há um sentido imanente da lei,¹⁷ obtido por métodos e procedimentos. Com efeito, sempre haverá um ato administrativo como resultado da compreensão constitucional, marcada pelo sentido dos princípios jurídicos. Tal postura hermenêutica, com certeza, reflete na questão dos requisitos dogmáticos dos atos administrativos

¹⁶ RMS 28.169/PE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 26.10.2010, DJe 29.11.2010; e decisão proferida no MS 14.283/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, j. 23.03.2011.

¹⁷ Trata-se de abandonar o *platonismo das regras*, como adverte Neves (NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 19). Refere o autor que tal postura adota como perspectiva que as prescrições jurídicas seriam entidades autossignificantes ou conteriam num "em si" a sua significação. Por outro lado, as regras predeterminariam a sua própria aplicação, de modo que essa significação seria critério único e decisivo da aplicação.

e no tema desta investigação sobre os motivos determinantes da atuação do Poder Público. De qualquer sorte, esse viés de compreensão não significa chancelar práticas arbitrárias, pelo contrário. Na linha defendida por Lenio Luiz Streck, os princípios jurídicos funcionam exatamente para controlar o processo de construção do sentido,¹⁸ no caso, dos atos administrativos.

Ora, tudo que já foi referido não fez parte da dogmática do Direito Administrativo do século XVIII, ainda tão presente nos processos de produção dos agentes públicos, juízes e advogados. Sempre é relevante destacar que, apesar de diversas contradições práticas e teóricas, o trabalho da doutrina e jurisprudência administrativa pós Revolução Francesa possuía algumas necessidades específicas, como institucionalizar mecanismos para cessar as arbitrariedades do período anterior.

O acontecer do Constitucionalismo, com suas marchas e contramarchas, sempre mirou salvaguardar os cidadãos de práticas autoritárias. O Direito Administrativo, por sua vez, surge de forma paradoxal, contraditória no que tange aos seus princípios epocais. Muito embora exista o discurso segundo o qual tal ramo do Direito nasceu para limitar o Poder Executivo, deve-se destacar as percucientes observações de Paulo Otero, para quem se desenvolveu uma visão garantista sobre a origem e a função do Direito Administrativo, como sendo um Direito que nasce quando o Poder aceita submeter-se ao Direito. No entanto, adverte que a criação de uma jurisdição administrativa própria, subtraindo a resolução dos litígios jurídico-administrativos aos tribunais comuns não pretendeu proteger os cidadãos. Antes, fundamentou-se na desconfiança dos revolucionários franceses contra os tribunais judiciais, “pretendendo impedir que o espírito de hostilidade reinante nesses últimos contra a Revolução limitasse a liberdade de acção das autoridades administrativas revolucionárias”.¹⁹

É nesse panorama que se desvelam a construção teórica dos atos administrativos, exigindo atualmente uma profunda modificação para fazer acontecer o modo de ser constitucional das funções da Administração Pública, e a compreensão hermenêutica do princípio da dignidade humana. De qualquer sorte, o ato administrativo do Estado Liberal é visto como manifestação autoritária do poder estatal em relação a um particular. São elucidativas as referências de Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, quando cita a concepção de Administração agressiva dos direitos dos particulares, cuja atividade estava fulcrada no ato administrativo, atividade essa ainda marcadamente concentrada e centralizada.²⁰ É interessante a expressão utilizada pelo autor, ao dizer que o ato administrativo no período fazia jogo duplo, servindo simultaneamente de garantia da própria Administração e dos cidadãos.

¹⁸ Streck (2012, p. 132).

¹⁹ Cf. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 275.

²⁰ Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 40.

O ato administrativo tornou-se, nas bases do Estado de Direito, a principal figura dogmática do Direito Administrativo, fruto do postulado metafísico da legalidade, alimentado pelo horizonte da liberdade individual e da separação entre Estado e sociedade. O ato oriundo da Administração resultava da declaração da vontade de uma lei geral e abstrata, cuja essência era transportada para a materialização levada a efeito pelo agente público, pois “à Administração Pública cabia a tarefa mecânica e heterocondicionada de realização da vontade do Estado manifestada sob a forma de lei”.²¹ Ao longo de sua historicidade, portanto, dois elementos marcaram o ato administrativo: poder e vontade. Realizar a lei era manifestação do poder administrativo pertencente à Administração, o que concorreu para dotá-lo de eficácia unilateral. De outra banda, ao agente público caberia tão somente realizar a vontade que estava presente no texto legal, o que também se apresentou paradoxal, convivendo-se com amplos espaços de liberdade do Poder Público.

Para o presente estudo não interessa a discussão surgida sobre a permanência ou não do interesse dogmático pela figura do ato administrativo. Não se desconhece que o período atual é marcado pela eclosão de diversas outras formas de atuação da Administração Pública. Aqui centra-se o debate em como tal espécie de ato sofreu modificações na sua concepção teórica, bem como as condições hermenêuticas da dignidade humana no dever de motivar os atos administrativos. Vale referir que do ato de polícia passou-se ao ato prestador, migrando, ainda, com o advento do chamado Constitucionalismo, ao plano da função administrativa constitucionalizada, o que traz inúmeras consequências ao plano da Teoria dos Atos Administrativos.

Considerando a onipresença da Constituição, oferecendo um vasto conteúdo material para também regular a atuação do Poder Público, é crível falar-se de autêntica vinculação hermenêutico-constitucional. Qualquer ato da Administração Pública deve ser fundado em pré-compreensões da tradição constitucional do Estado Democrático de Direito, materializando no plano do caso concreto a normatividade dos princípios jurídicos. É nesse cenário que se insere a dignidade humana do inciso III do artigo 1º da Constituição Federal.

A pretensão de teóricos do século XIX, fixando uma separação entre o Direito Administrativo, Constituição e Política, não se sustenta mais em tempos de Constitucionalismo, pois a vinculação já aludida é edificada por uma gama de indícios formais que retratam certas opções morais, políticas, sociais e filosóficas de uma dada sociedade. O ato administrativo há de ser o resultado de inúmeras diretrizes voltadas aos poderes públicos. Destarte, na medida em que tais indicações são muitas vezes contraditórias, devido à complexidade das funções modernas da Administração Pública, o ato administrativo será sempre o resultado da compreensão constitucional,

²¹ Silva (1996, p. 60).

o que importa redimensionar a própria teoria da interpretação recepcionada pela dogmática jurídico-administrativa. Nesse contexto, o ato administrativo está vinculado não somente às normas jurídicas resultantes de textos de lei, mas construídas do Direito como um todo, falando-se, assim, no princípio da juridicidade, ou seja:

(...) uma legalidade mais exigente, revelando que o poder público não está apenas limitado pelo Direito que cria, encontrando-se condicionado por normas e princípios cuja existência e respectiva força vinculativa não se encontram na disponibilidade deste mesmo poder. Neste sentido, a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista-legalista configurada na legalidade administrativa (...)²²

Do que acima foi exposto, a conclusão é que o ato praticado pela Administração Pública deverá ser autêntico ato constitucional materializado a partir de uma relação circular na qual aparecem regras, princípios constitucionais, questões de direito e questões de fato. Efetivamente, urge modificar as bases teóricas que deram origem a esse instituto, condição indispensável para melhor compreender o dever de motivar os atos administrativos no horizonte de sentido do Constitucionalismo Contemporâneo e, de forma mais específica com esta investigação, da própria dignidade humana. Como referido no item anterior, trata-se de situar o cidadão em outro patamar com o exercício das funções da Administração Pública.

A dignidade humana, dessa forma, não será utilizada como mecanismo procedimental de correção das decisões administrativas ou um conceito metafísico, fundado em bases exteriores ao próprio modo de ser jurídico, mas importante existencial que sustenta a compreensão constitucionalizada, remetendo ao mundo prático.²³ É indubitável, sob a perspectiva hermenêutica, que a dignidade humana indica a opção moral adotada pela Constituição Federal: o *ethos* do cuidado com o cidadão, impondo, a partir do entendimento de Ronald Dworkin,²⁴ uma autêntica leitura moral dos atos praticados pela Administração Pública, isto é, uma pré-compreensão constitucional.

4 Dignidade humana e legitimação democrática dos atos administrativos: a motivação contextual como *applicatio*

A motivação pode ser vislumbrada hermeneuticamente sob uma dupla perspectiva, ora como explicitação do já compreendido, ora como fundamento mesmo do ato

²² Cf. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 15.

²³ Trata-se de expressão utilizada por Streck.

²⁴ Sobre a questão ver: DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

administrativo. Em relação ao último aspecto, a doutrina costuma fazer a distinção entre motivo e motivação, pois aquele estaria relacionado com os pressupostos de fato e de direito que determinam a prática do ato,²⁵ enquanto a motivação constituir-se na exteriorização dos motivos. Sob a perspectiva aqui adotada, sem qualquer possibilidade de fixar dicotomias, o motivo é de caráter ontológico, ou seja, relaciona-se com o ato de compreensão do agente público ao praticar o ato administrativo. A motivação, por sua vez, é a explicitação daquilo que já foi pré-compreendido pelo agente público, mas não a mera exposição de fatos, textos legais e de suas correlações. Motivar é descrever o círculo hermenêutico responsável pela decisão, mas ambos, motivo e motivação, estão jungidos no modo de ser da compreensão.

Avaliar corretamente essas afirmações impõe, ainda que brevemente, desvendar o movimento de compreensão que subjaz o motivo. Quando o agente público está diante de um texto a ser materializado, encontra-se com um conjunto de expectativas de sentido. No âmbito do círculo hermenêutico, tal projeto de sentido prévio é constantemente revisado na medida em que mais se compreende o texto.²⁶ No entanto, adotar essa visão hermenêutica não importa defender posturas relativistas. Gadamer, com precisão, indica que não se pode iniciar a compreensão de um texto com opiniões arbitrárias, ou seja, no que tange à prática de atos administrativos, o agente público não pode dirigir-se aos textos simplesmente com as opiniões prévias que possui e tomar a decisão administrativa. É crucial examinar tais opiniões no que tange à sua origem e à validade, e, como adverte Rodolfo Arango, “*los textos jurídicos, las prácticas sociales y la tradición en general, son el marco de posibilidad del sentido e imponen precisos límites a la libertad de interpretación. Dentro de la multiplicidad de lo opinable, no todo es posible*”.²⁷

Trata-se de compreender que as indicações de um Estado Democrático de Direito não autorizam que o agente público, ao praticar um ato administrativo, adote sentidos arbitrários, mas aqueles que acontecem no horizonte da adequada

²⁵ Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 227-228; e MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 181-182.

²⁶ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Vol. I, Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993, p. 333. Essa é a razão pela qual o motivo adquire um caráter ontológico para a hermenêutica. Não é algo que dependa de um método ou procedimento, relacionando-se muito mais com as condições de possibilidade de ser no mundo. O agente público, sempre se dirige para compreender um texto – seja ele regra, princípio, direito, etc. – com um conjunto de expectativas relacionadas com algum sentido determinado. Este constante ir e vir, do texto ao intérprete e do intérprete ao texto, denomina-se círculo hermenêutico, como alude de forma expressa Gadamer: “*la interpretación empieza siempre con conceptos previos que tendrán que ser sustituidos progresivamente por otros más adecuados. Y es todo este constante reprojectar, en el cual consiste el movimiento de sentido del comprender e interpretar, lo que constituye el proceso que describe Heidegger*” (p. 333).

²⁷ ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999, p. 92. Ademais, como aduz Streck (2012, p. 336), muito embora o intérprete atribua sentido ao texto, “não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa”, sob pena de cancelar a arbitrariedade no processo hermenêutico.

compreensão constitucional. Como menciona Gadamer, para o intérprete, no caso o agente público, não há liberdade frente ao texto, ou seja, a hermenêutica não defende a postura segundo a qual o texto não importa, pelo contrário. A grande questão é que o texto não possui um sentido imanente e permanente, até porque se constitui hermeneuticamente como obra aberta. Obviamente, o texto em si não é capaz de esgotar todos os elementos que o agente público deverá compreender, e motivar, para a prática do ato administrativo. Mas, em contrapartida, não se pode atribuir a pecha de arbitrária à prática hermenêutica de construção do ato administrativo pela razão de que o texto precisa sempre ser corrigido;²⁸ não se pode olvidar que compreensão é *applicatio*, aplicação ao caso concreto.

Ora, tudo o que foi mencionado em relação aos atos administrativos no horizonte de sentido do Constitucionalismo assume especial relevo no processo de compreensão determinante da prática de tais atos. Na medida em que todo ato da Administração Pública é um ato constitucional, o agente público possui o dever hermenêutico de confrontar suas expectativas de sentido com a tradição do Constitucionalismo moderno, explicitada pelos indícios formais dos princípios e, no horizonte específico desta pesquisa, com a dignidade humana.²⁹ Como os textos só acontecem na medida do seu sentido constitucional, o agente público deve assumir a postura de deixar-se dizer algo pelo texto constitucionalizado, sustentado por aquilo que Dworkin trabalha, pela Leitura Moral da Constituição; e, no caso brasileiro, pelas condições de possibilidade dos princípios constitucionais.

Logo, não há que se falar no motivo como consequência da subjetividade do agente público, mas determinado pelo conjunto de vozes da tradição constitucional e das práticas da comunidade política. O princípio da dignidade humana, dessa forma, como característica dos princípios jurídicos, possui a capacidade de resgatar o mundo prático do Direito relativamente ao dever de motivar os atos administrativos, isto é, “Resgatar o mundo prático no direito significa colocar a interpretação no centro da

²⁸ Cf. Gadamer (1993, p. 389-390). Segundo Gadamer, aquele que aplica o direito encontra-se em uma situação bastante peculiar, pois é obrigado a adaptar-se às circunstâncias e aos dados concretos, buscando encontrar um direito melhor. Trata-se da correção do texto. Aristóteles, falando na *epiêikeia*, menciona a correção da lei, mostrando que toda lei encontra-se em uma tensão necessária a respeito da concretização do atuar, pois é geral e não poderia conter em si a realidade prática em toda sua concretização.

²⁹ O material linguístico construído a partir do Constitucionalismo moderno funciona como elemento para proporcionar o que Gadamer chamou de *choque com o texto*. Melhor explicando, o horizonte de sentido da Constituição é responsável por colocar ao intérprete a possibilidade de uma diferença no uso acostumado da linguagem do senso comum teórico, marcado pelo positivismo jurídico no qual a força normativa da Constituição não interage como deveria. Ao falar-se em choque com o texto pretende-se apontar para o intérprete uma saída do círculo das próprias posições pré-concebidas. Trata-se do que já foi mencionado anteriormente como *vinculação hermenêutico-constitucional* do agente público. Vislumbrar o motivo a partir dessas premissas também importa dar outra perspectiva à motivação dos atos administrativos. Cuidado, respeito e autonomia, como indicativos fenomenológicos do modo de ser do cidadão, serão cruciais para desvelar atos administrativos voltados ao verdadeiro acontecer do Estado Constitucional no horizonte de sentido da dignidade humana.

problemática da aplicação jurídica, explorar o elemento hermenêutico da experiência jurídica e enfrentar aquilo que o positivismo desconsiderou”.

Quando se fala em motivação contextual, é exatamente colocar a interpretação no centro da questão, constituindo-se a dignidade humana como um dos aspectos da compreensão que auxilia na caminhada para o acontecer fenomenológico do cuidado com o cidadão no exercício das funções administrativas. Daí a necessidade de ultrapassar algumas concepções ainda atreladas ao aspecto semântico, pois dificultam o ingresso nesse mundo prático do Direito.

Outro aspecto a destacar é a noção de *applicatio* de Gadamer, pois como o motivo está relacionado com o processo de compreensão, não há como separar o motivo do caso concreto a ser decidido pelo agente público. Não há primeiro a elaboração do motivo do ato administrativo e, após, a aplicação desse motivo ao caso. Quando surge o motivo do ato, tal processo de compreensão ocorre como aplicação. Gadamer teve o mérito de defender o entendimento segundo o qual a compreensão, a interpretação e a aplicação ocorrem em um processo unitário, não havendo separações metafísicas.³⁰

O dever de motivar os atos administrativos, dessa forma, possui a tarefa hermenêutica de explicitar a concretização dos textos em cada caso, ou seja, em sua aplicação. Como tal dever é exercido no âmbito do Estado Constitucional de Direito, o ato administrativo motivado não pode ser fruto de decisões arbitrárias como já aludido, mas resulta de uma compreensão (ontológico-existencial) do todo. A dignidade humana ocupa papel crucial, pois não funciona de modo a corrigir as práticas jurídico-administrativas, mas existencial: integra o horizonte moral do intérprete, firma o sentido de que não é correto agir de modo a velar o cuidado com o cidadão.

O agente público, que deve obediência à Constituição por pertencer a uma comunidade constitucional, possui a tarefa de mediar a dignidade humana e a tradição constitucional, com a situação concreta, conferindo ao ato administrativo o caráter de norma jurídica individual.³¹ Não se concebe, pois, uma norma jurídica individual retirada metafisicamente de textos, mas construída hermeneuticamente.

³⁰ A hermenêutica filosófica é importante para o Direito Administrativo recuperar o valor hermenêutico do motivo dos atos praticados pela Administração Pública. Para a concepção mais tradicional, o problema hermenêutico era dividido por intermédio de uma análise de três momentos distintos: a *subtilitas intelligendi*, *subtilitas explicandi* e *subtilitas applicandi*. Segundo Gadamer, a interpretação não é um ato complementar e posterior ao da compreensão, senão que compreender é sempre interpretar, e, por consequência, a interpretação é a forma explícita da compreensão: “*Sin embargo, nuestras consideraciones nos fuerzan a admitir que en la comprensión siempre tiene lugar algo así como una aplicación del texto que se quiere comprender a la situación actual del intérprete. En este sentido nos vemos obligados a dar un paso más allá de la hermenéutica romántica, considerando como un proceso unitario no solo el de comprensión e interpretación, sino también el de la aplicación*” (GADAMER, 1993, p. 378-379).

³¹ Por vezes, o ato administrativo tem sido considerado como ato de mera declaração do Estado que produz efeitos concretos, submetido à lei e ao controle jurisdicional. Debater sobre a importância do motivo/motivação, não apenas como requisitos formais de validade do ato administrativo, mas como ações hermenêuticas, é determinante para superar essa posição tradicional, assumindo importância vislumbrar o ato da Administração como norma jurídica individual. É crível dizer que a matriz teórica exposta neste breve estudo permite que o ato administrativo não seja mais visto como dissociado da compreensão, que é existencial.

Com efeito, o dever de motivar é um dever de explicitação hermenêutica das pré-compreensões dos agentes públicos, justificando essa que acontece como consectário da compreensão constitucionalmente adequada. Fica claro que não é a motivação do ato administrativo responsável pela compreensão, constituindo-se mais em um processo de esclarecimento da dimensão ontológica do ato administrativo. Compreender, é possível dizer, faz parte do modo de ser dos atos praticados pela Administração Pública, constituindo-se em autêntico existencial do Estado Constitucional de Direito. Logo, não depende de métodos, de técnicas divididas em etapas, o que representaria continuar vendo a questão sob o enfoque meramente procedimental.

A compreensão que deverá estar explicitada na motivação do ato administrativo é verdadeiro ato de aplicação, não obtido dedutivamente, mas consequência de uma fusão de horizontes – do agente público com o horizonte da tradição do Constitucionalismo moderno –, dotada de caráter aberto, histórico e não objetificadora. A motivação dos atos da Administração Pública é uma relação de sentido, isto é, uma aproximação entre os indícios formais do texto – regra, princípio, direitos – com as vivências do mundo prático.

Quando o agente público compreende para interpretar³² ou, no caso do tema desta pesquisa, compreende (motivo) para motivar, tal processo (a) ocorre lançado para uma situação concreta, (b) é uma intervenção discursiva e (c) caracteriza-se pelo entendimento. Essas seriam as características hermenêuticas do dever de motivar os atos praticados pela Administração Pública. Ocorre no horizonte de sentido do caso; materializa-se como compreensão (entendimento com o todo das práticas jurídicas) na qual o agente público tem o dever de avaliar de forma transparente as vinculações constitucionais; e acontece na linguagem, até porque essa é a casa do sentido da Constituição, assumindo especial relevo a linguagem dos princípios fundamentais dos artigos 1º e 3º da Constituição Federal.

A dignidade humana, portanto, ingressa como importante indicação de sentido para a fundamentação hermenêutica dos atos da Administração Pública, por certo nunca funcionando isoladamente, mas inserida no horizonte pragmático da comunidade de outros princípios jurídicos, pois faz parte do contexto moral e político³³ da Constituição Federal.

³² Cf. Streck (2012, p. 404): “Isso significa afirmar que, ao contrário do que se diz, não interpretamos para, depois, compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar, sendo a interpretação a explicitação do compreendido, nas palavras de Gadamer. A explicitação da resposta de cada caso deverá estar sustentada em consistente justificação, contendo a reconstrução do direito, doutrinária e jurisprudencialmente, confrontando tradições, enfim, colocando a lume a fundamentação jurídica que, ao fim e ao cabo, legitimará a decisão no plano do que se entende por responsabilidade política do intérprete no paradigma do Estado Democrático de Direito”.

³³ Cf. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: A hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 178.

O motivo do ato administrativo e a motivação sempre são referentes ao caso³⁴ e estão inseridos no âmbito de um saber prático. Um dos equívocos de algumas concepções teóricas sobre o tema ora abordado foi desconsiderar o que foi explicitado aqui: a incontornável deficiência do texto. Conforme Gadamer, fazendo referência à lei: “*la ley es siempre deficiente, no porque lo sea en sí misma sino porque frente a la ordenación a la que se refieren las leyes, la realidad humana es siempre deficiente y no permite una aplicación simple de las mismas*”.³⁵

Portanto, não apenas o motivo do ato administrativo é sempre o motivo desse ato – do caso –, mas toda e qualquer explicitação dessa compreensão há de ser contextual e, ao mesmo tempo, respeitar a integridade do conjunto de princípios jurídicos. Não há como primeiro compreender o texto para após aplicá-lo concretamente, na medida em que inexistente separação entre questão de fato e questão de direito, pois o texto já vem pré-compreendido referente ao fato, e o fato apresenta-se normado.³⁶ O ato administrativo, dessa forma, é sempre um ato de sentido construído a partir da faticidade na qual o agente público está inserido, respeitando-se os conteúdos de base do texto.³⁷

A contextualidade do dever de motivar representa a exigência de contemporaneidade, ou seja, explicitar o conjunto de pré-compreensões determinantes da prática do ato no momento de sua manifestação.³⁸ Essa explicitação dos motivos deve ser de tal ordem que seja capaz de indicar o motivo da decisão no contexto das

³⁴ Sobre a importância do caso concreto para a hermenêutica ver: Streck (2012, p. 356-365). Assim como no campo da hermenêutica, o ato administrativo é compreendido a partir de sentidos abstratos de textos jurídicos, olvidando-se a sua dimensão pragmática de realização das possibilidades concretas do Direito. É no plano do caso concreto que motivo/motivação do ato administrativo acontecem como sentido. Entender tal dimensão de faticidade do ato administrativo é crucial, inclusive, para melhor dimensionar o tema do controle jurisdicional, pois não é possível, sob a perspectiva teórica adotada aqui, admitir que de forma *a priori*, baseado em conceitos abstratos de mérito, conveniência, oportunidade, etc., excluam-se da apreciação do Poder Judiciário determinados atos da Administração. Qualquer controle também é um controle hermenêutico e, portanto, ocorre no horizonte das possibilidades do caso. Como aduz o autor, “o texto só é no seu sentido, e o sentido só é no seu texto, fenômeno que se dá sempre em um mundo prático, ou, se se quiser, na situação concreta do caso jurídico” (STRECK, 2012, p. 361). O ato administrativo é uma explicitação do sentido da ação da Administração Pública no caso concreto, mesmo para aqueles atos nominados de regulamentares – eis que a regulação não é o geral, mas uma junção do individual. Quando se diz, dessa forma, que o motivo e a motivação referem-se ao caso, pretende-se destacar a faticidade presente no fundamento do ato e na sua explicitação, que não são momentos separados metafisicamente, mas compõem uma unidade hermenêutica.

³⁵ Cf. GADAMER (1993, p. 390).

³⁶ Cf. STRECK (2012, p. 337-340).

³⁷ Cf. STRECK (2012, p. 337).

³⁸ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever da Motivação Expressa dos Atos Administrativos*. p. 41. O autor destaca, com base em critérios teóricos diversos, que admitir a invocação posterior de fundamentos como modalidade de fundamentação agravaria o risco de desvirtuamento da razão decisória por “fabricações póstumas”, expressão de Giannini. Destarte, desligaria as decisões da formulação da respectiva razão de ser, abrindo mão de uma das garantias mais relevantes da compreensão do agir administrativo. A motivação posterior, com efeito, corre o sério risco de impor uma espécie de separação metafísica entre o ato administrativo praticado e o motivo determinante de sua prática, considerando a impossibilidade hermenêutica de fazer tal cisão. Muito embora exista distinção entre ser (ato administrativo) e ente (texto), não há separação. O texto só é na medida do seu ser, do ato administrativo como ato de sentido.

questões de fato e de direito relevantes para a prática do ato, bem como de realizar da melhor maneira possível a história institucional, como destaca Rafael Tomaz de Oliveira, em relação à decisão judicial:

Deste modo, toda reflexão sobre o conceito de princípio e as possibilidades de sua determinação precisam atentar para o fato de que eles são construídos no interior de uma comunidade histórica que desde sempre é compreendida antecipadamente na historicidade do ser-aí.³⁹

É claro que tal visão do dever de motivar é corolário da concepção do ato administrativo não como instrumento autoritário da Administração Pública, mas ato no qual serão desveladas as circunstâncias do caso, adotando-se também a melhor forma de aplicar hermeneuticamente a dignidade humana. Em hipótese alguma a compreensão hermenêutica da motivação, logo fundada em argumentos de princípios, remete a uma postura de arbitrariedade ou de subjetivismo, pelo contrário, a compreensão deve sempre se fundar nesse projeto prático de fundamentação histórica, construído no tempo pela comunidade política.

Quando se fala que a motivação deve ser contextual, não se pretende admitir que haja motivo fora de um dado contexto (caso). Como a compreensão e a interpretação são sempre no âmbito da unidade entre questão de fato e questão de direito, o motivo não comporta uma visão universalista. Ao falar-se em motivação contextual, pretende-se ressaltar que a explicitação do pré-compreendido também ocorre hermeneuticamente, no caso, sob pena de cair-se na dicotomia metafísica entre discurso de fundamentação e discurso de aplicação.⁴⁰ A partir disso, é possível dizer que a contextualidade da motivação exige a explicitação dos textos no âmbito do horizonte de sentido dado pelo caso, ou da situação hermenêutica. Dessa forma, igualmente, a dignidade humana não ingressa no processo de compreensão como universal aplicado de forma dedutiva. Trata-se muito mais do dever de o agente público explicitar por ocasião da prática do ato administrativo as pré-compreensões determinantes dos sentidos contextuais;⁴¹ e não olvidar que a dignidade humana não acontece de forma isolada, divorciada do todo de princípios, mas integra a história da própria comunidade política, faz parte da história institucional e da qual o agente público é apenas um dos autores da tradição constitucional.

³⁹ Oliveira (2008, p. 205).

⁴⁰ Sobre a questão ver: Streck (2012, p. 125 e seguintes).

⁴¹ Sobre a importância hermenêutica de contextualizar a decisão administrativa é interessante a decisão do STJ, MS nº 9.944-DF (2004/0122461-0), 1ª S., Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.05.2005, sobre o indeferimento de autorização para funcionamento de curso superior, sob o argumento genérico de "evidente desnecessidade". Prevaleceu o entendimento segundo o qual o ato administrativo que nega ou afeta direitos ou interesses dos cidadãos deve indicar, de forma explícita, os motivos de fato e de direito, não sendo suficiente a referência genérica do interesse público.

5 Conclusão

Os debates sobre a dignidade humana são profícuos no âmbito do Direito e refletem as dificuldades da própria compreensão do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. De qualquer modo, as questões suscitadas nesta pesquisa evidenciaram que os conceitos não podem ser vislumbrados como indicações abstratas, mas possuem uma tradição de sentido que os sustenta e o intérprete possui a responsabilidade hermenêutica de dialogar com esse horizonte de compreensão, situando-se no caso. A dignidade humana relaciona-se, portanto, com a discussão sobre a própria condição do homem e os diversos desdobramentos nas relações estabelecidas com a Administração Pública.

Na medida em que o ato administrativo é sempre um ato constitucional, é inevitável problematizar os reflexos da dignidade humana sobre essa importante figura dogmática do Direito Administrativo, especialmente por ocasião da motivação dos fundamentos de fato e de direito que legitimam a ação do Poder Público. Não há dicotomia ou separações procedimentais entre motivos de fato e motivos de direito, eis que a prática de atos administrativos é *applicatio*, para utilizar a referência de Hans-Georg Gadamer.

Logo, não se trata de resgatar um mecanismo procedimental de correção das decisões administrativas ou introduzir conceitos de ordem metafísica, fundados em bases exteriores ao próprio modo de ser jurídico, mas vislumbrar na dignidade humana a importante indicação constitucional do cuidado (Martin Heidegger) com o cidadão nas relações jurídico-administrativas.

A motivação dos atos administrativos, a partir do olhar aqui proposto, é sempre contextual, pois a interpretação está no centro da questão, sendo a dignidade humana indício formal e condição de possibilidade para o diálogo entre cidadãos e Administração Pública.

Trata-se, portanto, de princípio fundamental para democratizar ainda mais as relações administrativas, obstaculizando o exercício arbitrário das competências exercidas pelos agentes públicos e resgatando a integridade do Estado Constitucional; como em diversos momentos alude Lenio Luiz Streck, a eterna busca pela resposta constitucionalmente adequada. E também existem atos administrativos constitucionalmente adequados – o que se espera da Administração Pública em tempos de Constitucionalismo.

The principle of human dignity and the contextual motivation of administrative acts: *applicatio* and philosophical hermeneutics

Abstract: The article examines the principle of human dignity and the reflections of your application on the motivation of administrative acts. It also debates the importance of Constitutionalism for the theory of administrative acts and highlights the philosophical hermeneutics as theoretical matrix to construct

new possibilities for understanding of the duty to motivate the acts of the public administration. It referred to administrative act as constitutional act and the need for the public agent talk to the tradition of constitutionalism, especially with the sense of human dignity and without build dichotomies between reason and reason of law.

Keywords: Administrative act. Constitutionalism. Dignity. Human Contextual motivation. Philosophical hermeneutics.

Referências

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Dever da Motivação Expressa dos Atos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1992.
- ARANGO, Rodolfo. *¿Hay respuestas correctas en el derecho?* Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1999.
- BACELLAR FILHO, Romeu. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y Método: Fundamentos de una hermenéutica filosófica*. Vol. I. Salamanca: Ediciones Sígueme, 1993.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- NEVES, Castanheira A. *Metodologia Jurídica: Problemas Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.
- OHLWEILER, Leonel. O Contributo da Jurisdição Constitucional para a Formação do Regime Jurídico-Administrativo. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.
- OHLWEILER, Leonel. Teoria Versus Prática: em busca da função social da dogmática jurídica (o exemplo privilegiado do Direito Administrativo), *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, 2005.
- OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Celso Bastos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.
- SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SATRE ARIZA, Santiago. La Ciencia Jurídica ante el neoconstitucionalismo. *In: Neoconstitucionalismo (s)*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

STEIN, Ernildo. *Mundo Vivido: Das Vicissitudes e dos Usos de Um Conceito da Fenomenologia*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. *In: FERRAJOLI, Luigi et al. Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OHLWEILER, Leonel. O princípio da dignidade humana e a motivação contextual dos atos administrativos: *applicatio* e hermenêutica filosófica. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 177-197, jan./mar. 2015.

Recebido em: 30.07.2013

Aprovado em: 19.12.2014