

ARGUMENTAÇÃO E “COMPETÊNCIA INTERPRETATIVA” NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: O PAPEL DO GESTOR PÚBLICO ENTRE O AUMENTO DE DEMANDAS E A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES

Thereza de Jesus Santos Junqueira *

RESUMO: Estuda-se neste trabalho o papel do gestor público em um Estado Democrático de Direito, em face da requerida legitimidade de suas decisões, com vistas à afetação do destinatário, bem como à abertura do aparato estatal à participação social. Discute-se a centralização das decisões, apresentada muitas vezes como solução para o aumento de demandas, e o confronto desta solução com a legitimidade social que as requerem.

Palavras-chave: Papel do gestor público. Interpretação. Legitimidade

1 INTRODUÇÃO

Já é sabido que, diante da sociedade pluralista que constituímos, a lei perde seu papel central na ordem jurídica, legando-o a sua interpretação, com base nos princípios consagrados na Constituição, esta sim o vértice do sistema jurídico. A lei pode ser vista como um ponto de partida, mas seu sentido depende de quem a lê. E não se trata de saber qual é a vontade por trás da lei ou dentro dela. Ela é um instrumento

* A autora é Bacharel em Direito (1997-2002) e Licenciada em Letras (2003-2008) pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Belo Horizonte/ MG, e Mestre em Direito (2013) pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), Salvador/ BA. E-mail: <therezajunqueira@yahoo.com.br>.

democrático, uma vez promulgada em atenção aos ritos prescritos, mas, para que a democracia se concretize, é preciso que seja lida diante da Constituição, só assim é possível implementar efetivamente o Direito.

Fala-se em “novos métodos” de interpretação, em uma nova racionalidade para o Direito que supere o formalismo mecanicista. Mas muitos autores acabam por restringir-se ao papel do juiz, preterindo o gestor público, vinculado que está ao princípio da legalidade e à hierarquia da Administração Pública. Isso porque a função administrativa sempre foi concebida como “aplicar a lei de ofício”, excepcionada pela discricionariedade quando permitido pelo mesmo instrumento legal.

Mas o que dizer, então, sobre essa função administrativa no Estado Democrático de Direito? Se administrar é aplicar a lei de ofício, o primeiro ofício do gestor público não deveria ser aplicar a Constituição regularmente?

Para concretizar a democracia seria interessante começar pelo próprio Estado. E para se adequar de modo eficaz o maquinário estatal aos preceitos constitucionais deve-se partir justamente do que o institui: a Constituição e as leis, que devem ser relidas sob o direcionamento democrático.

O problema é que com o crescimento populacional e com as garantias assumidas pelo Estado Social, as demandas da Administração aumentam continuamente, com elas aumentam as metas quantitativas e diminui o tempo requerido para a produção jurídica, a impor um ritmo aparentemente incompatível com a atuação do intérprete. Como consequência, no âmbito do Poder Judiciário, aplica-se o precedente, muitas vezes sem discussão, tal como se aplicava a lei, sem a devida adequação ao caso concreto. Assim, um desafio do Estado é apresentar resposta a essa massificação: prometer-se à população que o Estado dará respostas justas, mas estas acabam sendo empurradas para soluções padronizadas, de discutível legitimidade.

Como produzir decisões jurídicas em um Estado democrático que administre a difícil equação entre tempo/custos de produção da decisão e os riscos de desvio de sua finalidade? Como administrar a quantidade de demandas para produzir soluções/decisões socialmente legítimas?

A interpretação do Direito e a argumentação pressuposta é um requisito para a eficácia do Direito, em qualquer seara em que sua aplicação seja demandada.

Nesse sentido, são esclarecedoras as contribuições da Teoria da Argumentação de Chaïm Perelman e Olbrechts-Tyteca, bem como da Ética do discurso, de Jürgen Habermas.

2 TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO E ÉTICA DO DISCURSO – UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL

2.1 A TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO DE PERELMAN

Perelman e Olbrechts-Tyteca (1999) procuram uma racionalidade compatível com a vida prática e, para tanto, questionam o raciocínio teórico e as evidências da razão cartesiana. Eles partem de proposições verossímeis e não necessárias ou verdadeiras, que pretendem, da mesma forma, soluções possíveis: “[...] não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. [...] o campo da argumentação é o do verossímil” (PERELMAN ; OLBRECHTS-TYTECA, 1999, p. 01): “Com efeito, o objeto dessa teoria é o estudo das técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a adesão dos espíritos às teses que se lhes apresentam ao assentimento”.

E a retomada da antiguidade e da retórica justifica-se em razão justamente de seu questionamento dessa tradição racionalista e tendo em vista seu esforço em desenvolver a noção de “auditório”, elemento pressuposto em toda argumentação/discurso, e que é considerado pela retórica clássica: “é em função de um auditório que qualquer argumentação se

desenvolve”. “Com efeito, se quiser agir, o orador é obrigado a adaptar-se a seu auditório [...]” (PERELMAN ; OLBRECHTS-TYTECA, 1999, p. 07). O auditório é o referencial da retórica, é em função de um auditório que se argumenta, seja com vistas a convencê-lo ou persuadi-lo (Idem, p. 33): “É, portanto, a natureza do auditório ao qual alguns argumentos podem ser submetidos com sucesso que determina em ampla medida tanto o aspecto que assumirão as argumentações quanto o caráter, o alcance que lhe serão atribuídos”.

Aqui fica evidente a natureza dialética da argumentação. Um “outro” é sempre pressuposto, seja ele consubstanciado em uma agremiação específica, denominada de “auditório particular”, seja ele uma suposição de todos os possíveis envolvidos, seria mais ou menos a definição de “auditório universal”:

O auditório universal é constituído por cada qual a partir do que sabe de seus semelhantes, de modo a transcender as poucas oposições de que tem consciência. Assim, cada cultura, cada indivíduo tem sua própria concepção do auditório universal, e o estudo dessas variações seria muito instrutivo, pois nos faria conhecer o que os homens consideram, no decorrer da história, real, verdadeiro e objetivamente válido. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1999, p. 37).

Mas esses auditórios podem ser supostos em conjunto e inter-relação, não são independentes:

Acreditamos, pois, que os auditórios não são independentes; que são auditórios concretos particulares que podem impor uma concepção do auditório universal que lhes é própria; mas, em contrapartida, é o auditório universal não definido que é invocado para julgar da concepção do auditório universal própria de determinado auditório concreto, para examinar, a um só tempo, o modo como é composto, quais os indivíduos que, conforme o critério adotado, integram e qual

a legitimidade desse critério. Pode-se dizer que os auditórios julgam-se uns aos outros. (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1999, p. 39).

Ganha relevo a noção de argumentação se vislumbrada diante da democracia e da pluralidade de pontos de vista que congrega. Assim, quem opera o Direito deve supor sempre seu(s) auditório(s) e a possibilidade de refutação, visto que são várias as possíveis interpretações de uma mesma tradição/história.

Os argumentos pressupõem acordos prévios, hierarquias, funções decorrentes das normas da vida social. Perelman assevera, todavia, que está convencido “de que as crenças mais sólidas são as que não só são admitidas sem prova, mas também, muito amiúde, nem sequer são explicitadas.” (1999, p. 08). E é sabido que são essas crenças irrefletidamente admitidas e reproduzidas que conduziram a totalitarismos e etnocentrismos.

Nesse sentido, Perelman fala em “fatos” como pressuposições aceitas irrefletidamente, desde que uma das partes não questione sua qualidade em face de uma generalização (1999, p. 75-76):

Os fatos são subtraídos, pelo menos, provisoriamente, à argumentação, o que significa que a intensidade de adesão não tem de ser aumentada, nem de ser generalizada, e que essa adesão não tem nenhuma necessidade de justificação. [...] Só estamos em presença de um fato, do ponto de vista argumentativo, se podemos postular a seu respeito um acordo universal, não controverso.

Mas ressalte-se que em uma argumentação o “fato”, ou a verdade (sistema de alcance mais geral), só detém essa prerrogativa enquanto não for questionado (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 1999, p. 75-76):

Mas, por conseguinte, a nenhum enunciado é assegurada a fruição definitiva desse estatuto, pois o acordo é sempre suscetível de ser questionado [...] Esse segundo processo entra em jogo a partir do momento em que é possível mostrar eficazmente que o auditório que admitia o fato é apenas um auditório particular, a cujas concepções se opõe a dos membros de um auditório mais ampliado.

A decisão jurídica, para ser legítima e democrática, requer a possibilidade de sua confirmação ou contestação e, no mínimo, requer que os possíveis atingidos possam refletir sobre ela, o que significa enfatizar seu caráter argumentativo. MacCormick (2005, p. 361) alerta que a legitimidade das decisões depende da possibilidade de argumentação: “Não apenas a posição do Direito enquanto uma disciplina científica, mas também a legitimidade das decisões judiciais, dependem da possibilidade de argumentação jurídica racional”. É na possibilidade de argumentação que reside a legitimidade.

2.2 A ÉTICA DO DISCURSO

Habermas também critica a racionalidade cartesiana, que de premissas maiores, aceitas como dogmas, permite a dedução de solução para casos concretos e, como instrumental teórico para o processamento de argumentos, oferece a racionalidade comunicativa.

A racionalidade comunicativa seria uma alternativa à forma de pensar pautada em evidências, e também supõe a necessidade de crítica e fundamentação dos argumentos. Para Habermas, é irracional a tentativa de defender argumentos de modo dogmático, sem a devida justificação. Assim, a racionalidade comunicativa leva à prática da argumentação.

Trata-se de uma mudança de enfoque: não se trata mais da ideia de indivíduo isolado, mas sim de interação, de um processo discursivo de formação da vontade, em

que o significado de um proferimento está ligado à sua validade. Os usuários da linguagem lançam-se mutuamente pretensões à validade, orientados para o entendimento acerca da pretensão levantada. E os falantes compreendem a pretensão quando compreendem as condições exigidas para sua validade, as quais não se resumem a uma pretensão à verdade da proposição, ou seja, não se restringem a seu conteúdo, mas abrangem uma pretensão à correção normativa e uma pretensão à veracidade da proposição, por meio da qual se analisa se a intenção pretendida corresponde à proferida: “[...] todo exame explícito de pretensões de validade controvertidas requer uma forma mais exigente de comunicação, que satisfaça os pressupostos próprios da argumentação” (HABERMAS, 1988, p.43).

Mas é de se esperar que, em uma sociedade plural, nem sempre o entendimento ocorra espontaneamente, seja pelo não compartilhamento de visões de mundo, seja em razão de ações motivadas estrategicamente. Com vistas a este problema é que Habermas desenvolve sua ética discursiva.

Por meio da ética discursiva, o autor torna compatíveis os procedimentos ideais requeridos para um processo igualitário de deliberação com as formas realistas de tomada de decisão que têm caracterizado o sistema político das sociedades modernas. Para tanto, ele funde em um único procedimento democrático considerações pragmáticas, compromissos éticos e considerações acerca da justiça.

Uma formação democrática da vontade não retira sua força legitimadora de uma convergência prévia de convicções éticas, mas sim dos pressupostos comunicativos que permitem aos melhores argumentos entrarem em ação em várias formas de deliberação, bem como dos procedimentos que asseguram processos justos de comunicação (HABERMAS, 1997, p. 112).

O lugar onde se pode seguramente formar essa vontade

racional é o discurso, ou os “discursos reais”. O discurso pode ser entendido como a forma reflexiva de agir comunicativo, ele permite a continuação da comunicação por outros meios, livres da experiência e das pressões da ação, concentrando-se, para tanto, unicamente na resolução discursiva das pretensões de validade conflitivas, o que é possível com a instrumentalização argumentativa de razões. É nesse sentido que Habermas trabalha com uma lógica da argumentação (1988, p. 37) e acaba por preferir a estruturação de um sistema a considerar os lugares comuns de Perelman.

Para o autor, argumentação consiste no tipo de fala em que os participantes tematizam as pretensões de validade que se tornam duvidosas e tratam de aceitá-las ou recusá-las por meio de argumentos. Uma argumentação contém razões que estão conectadas de forma sistemática com as pretensões de validade da manifestação ou emissão problematizadas.

É a lógica da argumentação, que, de acordo com a colocação dos diversos problemas e do tipo correspondente de razões, conduz à distinção entre diversos tipos de discursos. Assim, uma interação discursiva volta-se para a resolução de pretensões conflitivas e conseqüentemente para a produção de um consenso, o qual se configura tanto mais quanto mais ele se aproxime de condições argumentativas idealmente adequadas aos diferentes tipos de discursos.

Podemos, assim, apresentar uma primeira subdivisão dos tipos de discurso: o grupo dos discursos teóricos, os quais tematizam pretensões à verdade dos fatos; e o grupo dos discursos práticos, os quais tematizam pretensões relacionadas à correção normativa. São esses últimos os que agora nos interessam.

Nos discursos práticos, que tematizam pretensões práticas – as quais são sempre normativas –, o que torna válida uma norma de ação é o fato de a sua pretensão de validade poder ser reconhecida como aceitável intersubjetivamente, de forma que todos os possivelmente concernidos por sua eficácia

possam reconhecê-la como uma necessidade universalizável para eles.

Esses discursos práticos, por sua vez, tematizam diferentes sentidos do dever, orientando, assim, discursos pragmáticos, éticos e morais.

Os discursos pragmáticos são regidos por uma racionalidade de fins, orientam-se por uma escolha racional dos meios ou ponderação das metas preferidas. Assim, para a formação coletiva da vontade, o interesse próprio de um sujeito tem de estar em harmonia com o alheio. Apontam, então, os discursos pragmáticos para a necessidade de compromissos. Dessa forma, em discursos pragmáticos, decidem os argumentos que referem o saber prático a preferências dadas ou a fins estabelecidos.

As questões éticas são resolvidas em discursos éticos, voltando-se à razão prática, aqui, para o bom para nós, o dever está voltado para o que seja o bom para uma determinada comunidade. Trata-se da elucidação da identidade coletiva, mas deixando espaço para a multiplicidade de projetos individuais de vida. Os discursos éticos são decididos por argumentos consubstanciados em conselhos clínicos, os quais devem ser fundados em uma autocompreensão político-cultural de uma comunidade sólida.

Nos discursos morais, examina-se não apenas a validade e adequação dos mandamentos morais, os quais são direcionados para a vontade livre das pessoas, mas, também, se são cabíveis (HABERMAS, 1989, p. 13-16), ou seja, se eles, ao serem formulados e proferidos, expressam uma pretensão à universalização. Quando o dever é fundado nos discursos morais, o que se problematiza é a potencialidade de universalização das pretensões, cada membro deve colocar-se na situação de todos. Dessa forma, decidem os argumentos que se orientem buscando perceber se as normas tematizadas encontrariam o assentimento de todos os afetados.

Há que se considerar, ainda, as negociações, que têm

lugar quando não é possível o consenso. As negociações são apropriadas para relações sociais de poder que não podem ser neutralizadas nos discursos racionais, no entanto, elas também são reguladas através de procedimentos fundamentados discursivamente (HABERMAS, 1997, v. I, p. 142).

O princípio democrático é um desdobramento do princípio do discurso e é a partir dele que se institucionalizam os pressupostos da comunicação (os quais são tirados da práxis de comunicação dos indivíduos). A teoria discursiva da democracia propõe a superação tanto de um processo democrático liberal quanto de um processo democrático republicano.

Como pressupostos do processo democrático estão os direitos fundamentais, direitos básicos que devem ser garantidos pelo Estado, quais sejam: o direito a iguais liberdades subjetivas, o qual confere titularidade jurídica aos sujeitos; o direito a iguais direitos de pertinência, ou direitos de nacionalidade; o direito à garantia de ações jurídicas que são os direitos de ação, a um devido processo legislativo, a igual proteção jurídica, a igual direito à tutela jurisdicional; o direito à elaboração legislativa autônoma, que são os direitos a igual participação nos processos de formação da vontade política, através dos quais é possível a autolegislação dos cidadãos; e os direitos participatórios, relacionados à garantia do bem-estar e segurança social (CATTONI DE OLIVEIRA, 2001).

A garantia de tais direitos é, portanto, o fundamento de legitimidade do próprio Estado Democrático de Direito. Mas como garanti-los? O texto legal não existe sem ser lido e interpretado. Neste contexto a interpretação não pode ser mais vista como extração de sentidos.

2.3 UMA CONCILIAÇÃO POSSÍVEL

A teoria de Habermas parece seguir caminho paralelo à de Perelman, com conceitos diferentes e até mesmo críticas

àquele autor, especialmente ao que considera sua maior contribuição: a noção de auditório.

Mas parece possível conciliar alguns pontos, em exercício analógico, de maneira a esclarecimentos mútuos. Até porque conceitos distintos, muitas vezes, podem significar semelhantes estados de coisas.

Da mesma forma que a teoria discursiva supõe naturalmente pressupostos comunicativos, que quando não comungados devem ser problematizados, em um esforço comparativo o mesmo pode-se falar dos “fatos” de Perelman. É o questionamento dos interlocutores que solicita a discussão.

O que importa, então, é sempre a possibilidade de questionamento dos pressupostos e argumentos, sejam eles explícitos ou não e daí podemos partir para uma reflexão sobre os argumentos que os intérpretes do direito utilizam em sua prática.

3 A COMPETÊNCIA ADMINISTRATIVA PRESSUPÕE A “COMPETÊNCIA INTERPRETATIVA”?

De acordo com a tradicional distinção de Fagundes (2005), as atividades do Estado poderiam ser classificadas em três: função legislativa, judicial e administrativa. A função legislativa tem a prerrogativa criativa, a lei é uma regra, geral, abstrata e inovadora. A judicial seria chamada para a resolução de controvérsias a respeito da lei. E a administrativa consiste em “aplicar a lei de ofício”.

Considerando a juridicidade, em substituição à legalidade estrita, a aplicação dos princípios constitucionais seriam pressupostos tanto da função judicial quanto da administrativa. Nas palavras de Binenbojm (2008, p. 41): “[...] a luta contra as arbitrariedades e imunidades do poder não se pode deixar converter em uma indesejável judicialização administrativa, meramente substitutiva da Administração”. E ainda:

Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade administrativa só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à juridicidade. (BINENBOJM, 2008, p. 36).

Mas como pode o gestor aplicar a Constituição em sua tarefa cotidiana de editar atos administrativos? Pode-se falar, então, em uma “competência interpretativa” pressuposta a esta competência administrativa? E quais seriam os limites do discurso jurídico que deve ser conduzido por estes administradores, os primeiros e mais regulares aplicadores da lei?

Certo é que esse desafio precisa ser enfrentado, com todos os problemas que a Administração Pública vem sofrendo, sob pena de sua atividade ser preterida em favor do cumprimento de decisões do Poder Judiciário.

3.1 A DOCTRINA “TRADICIONAL” E A ÊNFASE NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A doutrina tradicional limita-se a vincular o administrador à lei, visto que sua atuação não pode “inovar” no mundo jurídico.

Fala-se na distinção entre atos administrativos vinculados e discricionários, contando os gestores incumbidos destes últimos, nas mais modernas doutrinas, com a faculdade de escolher uma das soluções oferecidas pela lei.

Bandeira de Mello (2010) diferencia a atividade discricionária do administrador da interpretação requerida ante “conceitos jurídicos indeterminados”, mas confronta ambas ao controle exercido pelo Poder Judiciário, aduzindo

a indispensabilidade desse controle para garantir o respeito ao princípio da legalidade e, por conseguinte, para a sustentabilidade do próprio Estado de Direito.

Para o autor, a discricionariedade não consiste em arbítrio do administrador, mas sim na liberdade de, nos limites da lei, escolher a solução mais adequada face à situação concreta à qual se dirige o ato. E sua submissão ao controle judicial decorre da estrutura mesma do Estado de Direito brasileiro cuja Constituição consagra, como princípio estruturador, a universalidade da jurisdição, considerada como: verdadeira “pedra de toque da ordenação normativa brasileira”.

A Administração, diferentemente dos particulares, só pode agir em obediência à lei: “[...] não basta a simples relação de não contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. [...] Administrar é aplicar a lei de ofício” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 631):

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 642).

Ora, é uma situação conveniente ao gestor ter de cumprir “ordens judiciais” ou ter uma reserva orçamentária para atender a sentenças, já que, assim, o cenário da composição democrática de interesses e do planejamento consistente da

ação governamental perde relevância e pode ser postergado indefinidamente. Mas seria essa a função administrativa requerida pelo Estado Democrático de Direito?

Ressalte-se que não se questiona aqui o princípio da unicidade da jurisdição, mas tão somente o esvaziamento da atuação do administrador público.

3.2 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA COMO ATIVIDADE VINCULADA AO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE – A ARGUMENTAÇÃO DOS GESTORES INTÉRPRETES NA MOTIVAÇÃO DOS ATOS

O que se estuda para a função judicial deve ser adaptado para a função administrativa. Não se questiona, como dito, a unicidade da jurisdição, posto que se trata de princípio constitucional e garantia contra o arbítrio do Poder Executivo, estando todos os atos administrativos suscetíveis à apreciação pelo Poder Judiciário.

Mas, antes da apreciação pelo Poder Judiciário, é necessário que os gestores públicos tenham consciência de sua atuação como intérpretes da Constituição. Dentre os requisitos do ato administrativo, está a obrigatoriedade de motivação, e é aí que deve ser requerida a atuação criativa do gestor, que não pode olvidar do sistema jurídico pressuposto a sua atuação. É na motivação que devem vir esclarecidos os princípios que ele assume como orientadores de sua ação, de modo que aos inferiores hierárquicos seja viabilizada a possibilidade de atuar com a mesma postura crítica.

Os princípios assumidos pelo gestor não devem ser considerados meros “fatos”, à maneira de Perelman, visto que o gestor deve estar comprometido com uma ordem democrática, que pressupõe, além de diversos princípios constitucionais, diversas interpretações desses princípios. Explicitando seus pressupostos, o gestor, além de exercer sua “competência

interpretativa”, permite que seus subordinados a exerçam igualmente, de maneira mais célere e ativa, sem receios de enfrentar argumentos de autoridade:

Saber se um tópico sujeito ao discurso racional admite dois ou mais resultados “discursivamente possíveis”, ou essencialmente razoáveis é uma questão por si só discutível. Por isso, será sempre razoável problematizar, por meio de um novo discurso, a alegação de que não havia nada a ser feito em relação a um certo problema senão tomar uma decisão de autoridade (MACCORMICK, 2005, p. 361).

Embora a aplicação do Direito seja tratada à maneira da pesquisa universitária (COELHO, 1999, p. XVII-XVIII), e neste ponto a atuação do aplicador é assemelhada à do cientista, requerer que cada gestor analise os pressupostos implícitos de cada ato incorreria sim em maiores custos financeiros e de tempo. Os aplicadores devem ser tidos como “articuladores de argumentos”, mas a Administração pode ganhar em eficiência se todos os gestores se comprometerem em elucidar seus pressupostos.

A aplicação do Direito precisa ser repensada para que não seja concentrado poder decisório demais na cúpula do Judiciário. É preciso devolver a capacidade discursiva às realidades locais onde os problemas nascem e onde os administradores são os primeiros e mais regulares aplicadores da lei.

4 ARGUMENTAÇÃO E “COMPETÊNCIA INTERPRETATIVA” NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – COMO CONCILIAR A NECESSIDADE DE DECISÕES JUSTAS E O AUMENTO DE DEMANDAS?

Pensar em uma Administração Pública democrática e, por conseguinte, em juridicidade administrativa, com um

gestor intérprete, consciente de sua função, seria um passo para uma reforma que começa pela aplicação da Constituição e não com reformas formais:

A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição) (BINENBOJM, 2008, p. 34).

Os princípios assumidos pelo gestor não devem ser considerados meros “fatos”, à maneira de Perelman, visto que o gestor deve estar comprometido com uma ordem democrática, que pressupõe, além de diversos princípios constitucionais, diversas interpretações desses princípios. Com MacCormick (2005, p. 329): “O problema central é o estabelecimento de premissas e não a formulação de conclusões a partir delas.” Explicitando seus pressupostos, o gestor, além de exercer sua “competência interpretativa”, permite que seus subordinados a exerçam igualmente de maneira mais célere e ativa.

5 CONCLUSÃO

A Democracia ainda é, no Brasil, um regime político a ser aprimorado, sendo necessário, para tanto, os esforços da

esfera pública, defendida como o espaço da discussão em que serão forjadas as decisões. Nesse sentido, incumbe ao poder público estatal, em face de uma tradição, ao mesmo tempo liberal, social e despótica, concretizar, em consonância com uma interpretação coerente do texto constitucional, as condições básicas para que os indivíduos do Estado Liberal e os clientes do Estado Social transmutem-se em cidadãos, conferindo-lhes, inicialmente, os instrumentos necessários a viabilizar sua agremiação e participação no governo.

Vislumbramos, portanto, o Estado Democrático de Direito como um processo de aprendizado, que somente se concretizará quando os cidadãos e todo o aparato estatal, conscientes do papel que desempenham e daquele que, em face do marco democrático, devem desempenhar, assumam uma postura crítica, no sentido de decidir em conjunto, inspirados a forjar um consenso democrático, qual é o contexto em que vivem e qual é a democracia que querem.

Desse modo, é viável a consolidação da democracia, acompanhando Habermas, Perelman e MacCormick, com a assunção de uma perspectiva reflexiva pelos aplicadores/destinatários do Direito. Os atores sociais precisam, reconhecendo-se como destinatários e autores do Direito, assumir uma postura crítico-reflexiva para primeiro conhecê-lo e, após, orientar a sua vivência.

O gestor público poderia, então, colaborar com uma “reforma democrática” a partir de sua atuação consciente de intérprete da Constituição, na medida em que se ocupe continuamente com uma reconstrução problematizada do direito e do Estado, assumindo uma postura crítica em relação aos paradigmas anteriores e ao paradigma constitucionalmente vigente.

O aumento de demandas e a necessidade de decisões legítimas podem ser compatibilizados com uma ação continuamente consciente do gestor público, comprometida com a problematização dos pressupostos de sua ação e com a

argumentação, de maneira a convencer seu auditório sobre as razões que motivaram sua decisão.

Argumentation and “power of interpretation” of a democratic regime: the role of the public manager between rising demands and legitimacy of decisions

ABSTRACT: This work studies the role of the public manager in a democratic state, given the required legitimacy of their decisions with a view to allocating the recipient as well as the opening of the state apparatus to social participation. It discusses the centralization of decisions, often presented as a solution for increasing demands, and the confrontation of this solution with the social legitimacy that they require. Increased demands and the need to legitimate decisions can be made compatible with a continually conscious action of public management, committed to the questioning of their assumptions and the arguments so convincing about the reasons for its decisions.

Keywords: Role of the public manager. Interpretation. Legitimacy.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CARVALHO NETO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado democrático de direito. **Revista de Direito Comparado**, n.3. Belo Horizonte: UFMG, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. Prefácio. In: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Accion Comunicativa**. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1988.

_____. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. Vol. I. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Tradução de Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

MENDES, Conrado Hübner. Entre heróis e demagogos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 31 maio. 2011, Painel.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.