

COLEÇÃO
HERMENÊUTICA, TEORIA DO
DIREITO E ARGUMENTAÇÃO

Coordenador: Lenio Luiz Streck

Luis Henrique MADALENA

Discrecionalidade Administrativa e Hermenêutica

2016



www.editorajuspodivm.com.br

Rua Mato Grosso, 175 – Pituba, CEP: 41830-151 – Salvador – Bahia

Tel: (71) 3363-8617 / Fax: (71) 3363-5050

• E-mail: fale@editorajuspodivm.com.br

Copyright: Edições JusPODIVM

Conselho Editorial: Eduardo Viana Portela Neves, Dirley da Cunha Jr., Leonardo de Medeiros Garcia, Fredie Didier Jr., José Henrique Mouta, José Marcelo Vigliar, Marcos Ehrhardt Júnior, Nestor Távora, Robério Nunes Filho, Roberval Rocha Ferreira Filho, Rodolfo Pamplona Filho, Rodrigo Reis Mazzei e Rogério Sanches Cunha.

Diagramação: PVictor Editoração Eletrônica (pvictoredit@gmail.com)

Capa: Ana Caquetti

D611 Discricionariedade Administrativa e Hermenêutica / coordenador Lenio Luiz Streck
Salvador: Juspodivm, 2016.
240 p. (Hermenêutica, Teoria do Direito e Argumentação, v.1)

Bibliografia.
ISBN 978-85-442-1073-4

1. Interpretação da lei. Hermenêutica. 2. Fontes do Direito. 3. Direito Administrativo. I. Madalena, Luis Henrique. II. Título.

CDD 340.326

Todos os direitos desta edição reservados à Edições JusPODIVM.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Edições JusPODIVM. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
-----------------	----

CAPÍTULO 1

A DISCRICIONARIEDADE (ADMINISTRATIVA) COMO TRUNFO ARGUMENTATIVO PARA A (DES)CONSTRUÇÃO DO PODER ABSOLUTO	27
---	-----------

1.1. O desenvolvimento histórico da discricionariedade administrativa a partir do direito europeu-continental: bases filosóficas e dogmáticas.....	50
1.1.1. A Legalidade (Administrativa) e a Distinção entre o Público e o Privado	51
1.1.2. A Legalidade, a Atuação Estatal e seu Controle: a Discricionariedade Administrativa.....	60
1.2. O (inautêntico) desenvolvimento teórico brasileiro.....	81
1.2.1. Themístocles Cavalcanti	85
1.2.2. Francisco Campos	90
1.2.3. Hely Lopes Meirelles.....	93
1.2.4. Celso Antônio Bandeira de Mello.....	97
1.2.5. Eros Roberto Grau	103
1.2.6. Juarez Freitas	107
1.2.7. Marçal Justen Filho	109

CAPÍTULO 2

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA COMO VÉU DE LEGITIMIDADE DA EROSAO DA LEGALIDADE E DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	113
--	------------

2.1. Discricionariedade administrativa e individualismo: uma incompatibilidade <i>ab initio</i> ?.....	121
--	-----

2.1.2.	Individualismo, Estado (Moderno) e Discricionariedade: Democracia Delegativa?.....	125
2.2.	Discricionariedade x liberdade: de como a teoria (brasileira) do ato administrativo privatiza o Estado de forma velada	129
2.2.1.	Raymundo Faoro e “Os Donos do Poder”	130
2.2.2.	Sérgio Buarque de Holanda e “Raízes do Brasil”	133
2.2.3.	Gilberto Freyre e “Casa-grande & senzala”	136
2.2.4.	A Formação das Relações Sociais Brasileiras e o Estado (Tripulado) – A Privatização Velada do Estado.....	138
2.2.5.	Erosão da Legalidade e Incapacidade Interventiva do Estado.....	143

CAPÍTULO 3

A FILOSOFIA HERMENÊUTICA, HERMENÊUTICA FILOSÓFICA E A DISCRICIONARIEDADE

ADMINISTRATIVA: A DESTRUIÇÃO DA METAFÍSICA 149

3.1.	Indispensáveis noções de filosofia hermenêutica e hermenêutica filosófica: de como somos um diálogo	149
3.2.	Atos vinculados como casos fáceis e atos discricionários como casos difíceis: uma dicotomia assujeitadora	159
3.2.1.	A Indevida Cisão Entre Compreensão e Interpretação: a Linguagem não é uma Terceira Coisa entre o Sujeito e o Objeto	160
3.2.2.	A (Pré-)Compreensão (de Constituição) e o Círculo Hermenêutico	163
3.2.3.	Os sentidos não estão à disposição do intérprete (do Direito-Administrativo): O Direito Fundamental à Respostas Corretas.....	167
3.2.4.	A Cisão entre Atos Administrativos Vinculados e Discricionários como Condição de Possibilidade para o Relativismo da Atividade Administrativa	169
3.2.5.	De como (ao Direito) não é possível negar a inserção da faticidade no Estado Democrático de Direito.....	177

3.3.	A discricionariedade (administrativa) como vontade de poder	183
3.3.1.	A Pergunta pelo Ente (em Nietzsche) Eclipsa o Ser?	184
3.3.2.	A Morte de Deus, a Queda do Mundo Suprassensível e o Niilismo	188
3.3.3.	A Transmutação de Valores como Enredamento Cada Vez Maior na Metafísica: a Entificação e Consequente Relativização do Direito	194
3.3.4.	A vontade de poder como pensamento valorativo e a incompatibilidade dos preconceitos jurídicos brasileiros com o Estado Democrático de Direito ...	199
CONCLUSÃO		207
I.	A discricionariedade (administrativa)?!	207
II.	A crítica hermenêutica do direito como meio de quebrantamento da inautêntica discricionariedade (administrativa)	209
REFERÊNCIAS		229