



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA BAHIA
DEPARTAMENTO DE TECNOLOGIA E CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

RAFAEL VITÓRIA DO NASCIMENTO

**O USO DA NORMA COMO INSTRUMENTO RETÓRICO NO
EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO: A IMPRECISÃO DA
LINGUAGEM NOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

JUAZEIRO-BA

2022

RAFAEL VITÓRIA DO NASCIMENTO

**O USO DA NORMA COMO INSTRUMENTO RETÓRICO NO
EXERCÍCIO DO PODER DISCRICIONÁRIO: A IMPRECISÃO DA
LINGUAGEM NOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Monografia apresentada à Universidade do Estado da Bahia, Campus III, Juazeiro – BA, Colegiado de Direito, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Chirley Vanuyre Vianna Cordeiro

JUAZEIRO-BA

2022

RAFAEL VITÓRIA DO NASCIMENTO

**O USO DA NORMA COMO INSTRUMENTO RETÓRICO NO EXERCÍCIO DO PODER
DISCRICIONÁRIO: A IMPRECIÇÃO DA LINGUAGEM NOS CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS**

UNIVERSIDADE DO ESTADO DA BAHIA

Aprovado pelo Colegiado de Direito em 14 de julho de 2022

Ma. Profa. Chirley Vanuyre Vianna Cordeiro
Universidade do Estado da Bahia

Ma. Profa. Viviane Almeida Vieira
Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Fábio Gabriel Breitenbach
Universidade do Estado da Bahia

JUAZEIRO/BA

2022

Dedico este trabalho ao mestre
Walt Whitman e sua obra
Folhas de Relva, por me fazer
compreender, poeticamente, o
caráter solitário do canto.

AGRADECIMENTOS

Aos colegas de jornada acadêmica **Warley Gonçalves**, expoente intelectual de Guanambi, cuja parceria, nos momentos ébrios e sóbrios, foi fundamental à concretização desse sonho; **Jefferson Souza**, amigo com uma amabilidade no ser e uma inteligência ímpar; **Marcos Aurélio**, meu companheiro de dupla jornada (INCRA e UNEB) e principal responsável pelo meu ingresso na universidade, figura admirável pela disciplina amorosa em conciliar os objetivos profissionais e a presença importante da família.

À minha orientadora, professora **Chirley**, pela serenidade na condução dos trabalhos para a conclusão desta dissertação.

RESUMO

O Direito e a retórica são institutos inter-relacionados. O exercício do Direito está pautado essencialmente na linguagem. Os discursos jurídicos partem de premissas retóricas compreendidas como verdadeiras, de modo que a argumentação é dirigida ao convencimento pelo uso de conceitos universais que apelam à razão pública. A linguagem, com seu caráter arbitrário, é fundamental para os mecanismos discursivos de dominação dentro do Estado de Direito. O exercício da função administrativa dentro desse Estado de Direito encobre mecanismos de aplicação da norma, não obstante formalmente obedientes ao preceito da lei, materialmente controversos com a noção de interesse público. Nesse prisma, a atividade administrativa – calcada, essencialmente, pela discricionariedade – deve se submeter ao crivo de análise pautado não só na obediência à lei, mas na necessária aferição da congruência entre o ato emanado, a exposição de motivos utilizada como justificativa e sua efetivação no mundo dos fatos. A validade do ato administrativo, efetivada pela existência de requisitos como competência, objeto, forma, motivo e finalidade, deve se pautar, portanto, pela juridicidade. A margem de liberdade conferida ao administrador para a prática de ato não deve servir de pretexto a uma apropriação privada da linguagem, sob pena de invalidação do argumento de reserva de mérito, sendo o motivo e o objeto passíveis de averiguação. Os conceitos jurídicos indeterminados aplicáveis segundo um processo hermenêutico estão sujeitos à imprecisão da linguagem e ao uso de mecanismos retórico-discursivos pelos agentes, de modo que a doutrina majoritária defende ampla sindicabilidade dos atos administrativos que se valem de tais conceitos. As garantias aos administrados dentro do Estado de Direito incluem, desse modo, a análise dos limites interpretativos aplicados aos pressupostos jurídicos indeterminados que, por vezes, validam o ato administrativo discricionário, sem uma análise dos instrumentos discursivos utilizados na construção da norma.

Palavras-chave: Retórica, Signo Linguístico, discurso jurídico, Estado de Direito, Administração Pública, função administrativa, discricionariedade, imprecisão da linguagem, conceito jurídico indeterminado.

ABSTRACT

Law and rhetoric are interrelated institutes. The exercise of law is essentially based on language. Legal discourses depart from rhetorical premises understood as true, so that the argument is directed towards convincing through the use of universal concepts that appeal to public reason. Language, with its arbitrary character, is fundamental to the discursive mechanisms of domination within the Rule of Law. The exercise of the administrative function within this State of Law conceals mechanisms for applying the rule, despite formally complying with the precept of the law, materially controversial with the notion of public interest. In this perspective, the administrative activity - essentially based on discretion - must be submitted to the sieve of analysis based not only on obedience to the law, but on the necessary assessment of the congruence between the act emanated, the exposition of reasons used as justification and its effectiveness. in the world of facts. The validity of the administrative act, effected by the existence of requirements such as competence, object, form, motive and purpose, must therefore be guided by legality. The margin of freedom granted to the administrator to perform the act must not serve as a pretext for a private appropriation of the language, under penalty of invalidation of the merit reservation argument, the reason and object being subject to investigation. The indeterminate legal concepts applicable according to a hermeneutic process are subject to the imprecision of the language and the use of rhetorical-discursive mechanisms by the agents, so that the majority doctrine defends broad syndication of administrative acts that make use of such concepts. The guarantees to those administered within the Rule of Law include, therefore, the analysis of the interpretative limits applied to indeterminate legal assumptions that, sometimes, validate the discretionary administrative act, without an analysis of the discursive instruments used in the construction of the norm.

Keywords: Rhetoric, Linguistic Sign, legal discourse, Rule of Law, Public Administration, administrative function, discretion, imprecision of language, indeterminate legal concept.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
<u>1. A RETÓRICA E A ARGUMENTAÇÃO NO DIREITO</u>	11
1.1 Signo linguístico e arbitrariedade	14
1.2 O papel do interpretante na atribuição de sentido à norma	16
<u>2. DISCRICIONARIEDADE: NATUREZA HISTÓRICA, CONCEITO E RESERVA DE MÉRITO</u>	19
2.1 O alcance do agir discricionário	22
2.1.1 Poder discricionário e reserva de mérito	24
2.2 Parâmetros históricos de controle do poder discricionário	
2.2.1 Os elementos do ato administrativo, discricionariedade e esfera pública	25
2.2.2 Desvio de poder e parâmetros implícitos do ato	26
2.2.3 Conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial	28
2.2.4 Atos administrativos, princípios gerais do direito e a boa administração pública	29
<u>3. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA</u>	31
3.1 Evolução histórica dos conceitos jurídicos indeterminados	31
3.1.1 Posições da doutrina pátria sobre a distinção entre conceito jurídico indeterminado e conceito jurídico determinado	34
3.2 Conceito jurídico indeterminado e imprecisão da linguagem	35
3.3 Conceitos jurídicos indeterminados e mediação institucional	36
<u>CONSIDERAÇÕES FINAIS</u>	38
<u>REFERÊNCIAS</u>	42

INTRODUÇÃO

A história da retórica se entrelaça à do direito. A consolidação da arte retórica ocorreu justamente na arena de atuação dos juristas: o tribunal. Desse modo, os discursos jurídicos partem de premissas retóricas compreendidas como verdadeiras. Esse traço de verossimilhança com a realidade é a base do uso da argumentação dirigida ao convencimento.

Nesse sentido, preliminarmente, descreve-se o surgimento da arte retórica, seus aspectos persuasivos e sua evolução para um instrumento de argumentação intencionalmente direcionado.

Pontua-se, por conseguinte, o controle exercido pela linguagem jurídica ao simplificar fenômenos sociais complexos e reduzi-los, por exemplo, a meros conceitos indeterminados como 'interesse público' e 'bem estar social' no âmbito administrativo, abrindo caminhos para um uso privado da linguagem a partir de uma característica essencial do signo linguístico: a arbitrariedade.

O papel de quem convenciona o sentido da linguagem seria, portanto, fundamental à construção desse caráter retórico da norma, ao reduzir ao processos decisórios institucionais a meros jogos de linguagem e relações de poder desconectadas do interesse público.

Por oportuno, são analisadas as premissas que diferenciam o Estado de Direito do Estado de Polícia, ressaltando, criticamente, a importância da superação de uma visão estritamente legalista na proteção dos direitos fundamentais, refletindo, inclusive, no exercício do poder discricionário pela Administração Pública.

Assim, amplia-se o campo de validação da atividade administrativa para a noção de juridicidade, analisando-se o conceito de discricionariedade dentro da possibilidade de sindicância pelo judiciário, haja vista não estarem os agentes públicos imunes aos desvios na aplicação da norma, sobretudo quando há uma margem de escolha na abordagem interpretativa dos conceitos.

Na busca de mitigar os excessos e as arbitrariedades inerentes à atuação da Administração Pública que se vale da prerrogativa de discricionariedade, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram teorias e estratégias para que o exercício da discricionariedade não se desviasse dos princípios que norteiam a atividade pública.

Nesse sentido, as teorias que sintetizam o esforço doutrinário em compreender o alcance do instituto do poder discricionário, também chamado de “itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa”, incluem a dos elementos do ato com a possibilidade de controle dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários, passando pelo desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes), o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e, por último, o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

Observa-se, ademais, que parte da doutrina considera o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade como processos distintos. O conceito jurídico indeterminado previsto na lei ensejaria a discricionariedade e, por isso, não se submeteria ao controle jurisdicional. Parcela da doutrina diverge, entretanto, desse entendimento, ao considerar a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um mecanismo de interpretação que deve, naturalmente, ser objeto de revisão pelo poder judiciário, sobretudo quando a base discursiva do comando normativo tem como traço a imprecisão da linguagem.

A análise do processo de aplicação de normas sob a ótica dos mecanismos retórico-discursivos é fundamental à aferição da legitimidade dos atos do Administrador, que, não raras vezes, camufla interesses privados sob a prerrogativa da discricionariedade, utilizando-se, sistematicamente, do caráter indeterminado dos conceitos jurídicos e da sua mediação institucional para convencionar os sentidos que aparentem maior verossimilhança com os fatos narrados, imunizando-se, sutilmente, do escrutínio público.

1. A RETÓRICA E A ARGUMENTAÇÃO NO DIREITO

Os estudos sobre a retórica remontam a sua origem na Grécia antiga, em meados do século V a.c. A consolidação dessa prática só seria possível, entretanto, com o desenvolvimento do Direito. De acordo com Olivier Reboul, a retórica consistiria na ‘arte de persuadir pelo discurso’. E eram os chamados “retores”, detentores do domínio da persuasão pela linguagem, que figuravam na defesa dos direitos dos cidadãos por meio da retórica jurídica (REBOUL apud TEODORO, 2020). A arte retórica passou a ser amplamente utilizada nos tribunais e se colocava, segundo o autor, como “um instrumento de persuasão que afirmavam ser invencível, capaz de convencer qualquer pessoa de qualquer coisa” (REBOUL apud TEODORO, 2020, p.2).

Desse modo, a partir desse contexto histórico a retórica passou a figurar como essencial à elaboração dos discursos, que teriam relação direta com a noção de verossimilhança. A impossibilidade do domínio pleno do mundo dos fatos dotava a argumentação jurídica de um poder capaz de revestir suas premissas retóricas de uma verdade, à princípio, inquestionável (REBOUL apud TEODORO, 2020).

Górgias, sofista proeminente no desenvolvimento da arte do convencimento pelo discurso, sintetizou de modo preciso o poder que as palavras podem exercer sobre os cidadãos ao dizer que “O discurso é um tirano poderosíssimo; esse elemento material de pequenez extrema e totalmente invisível alça à plenitude as obras divinas: porque a palavra pode pôr fim ao medo, dissipar a tristeza, estimular alegria, aumentar piedade” (REBOUL apud TEODORO, 2020, p. 5).

Com o passar dos anos, a arte da retórica foi aperfeiçoada, atingindo com o filósofo Aristóteles um alto grau de sofisticação. Aristóteles extrapola a noção de persuasão inerente ao discurso retórico, enfatizando também os critérios de escolha da abordagem argumentativa, de modo que o discurso persuasivo tenha como parâmetro as escolhas do enunciador numa dada circunstância.

Assim entende o autor:

Entendamos por retórica a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir. Esta não é seguramente a função de outra arte; pois cada uma das outras é apenas instrutiva e persuasiva nas áreas da sua competência; como, por exemplo, a medicina sobre a saúde e a doença, a geometria sobre as variações que afetam as grandezas, e a aritmética sobre os números; o mesmo se passando com todas as outras artes e ciências. Mas a retórica parece ter, por assim dizer, a faculdade de descobrir os meios de persuasão sobre qualquer questão dada. E por isso afirmamos que, como arte,

as regras se não aplicam a qualquer gênero específico de coisas (ARISTÓTELES apud TEODORO, 2020).

Não obstante existirem diversas áreas do conhecimento a aplicar os estratagemas da arte retórica, é no Direito que ela ganha contornos nítidos, haja vista serem os discursos de natureza jurídica essencialmente retóricos, no sentido de serem formulados a partir de premissas aparentemente racionais e verdadeiras.

Diante de formulações normativas juridicamente convincentes, estabelece-se uma relação de consenso entre o discurso e a comunidade alvo, evidenciando-se a função de controle exercida pela linguagem jurídica ao simplificar fenômenos sociais complexos e reduzi-los, por exemplo, a meros conceitos indeterminados como 'interesse público' e 'bem estar social'.

Por óbvio, a análise da retórica sob a perspectiva da argumentação e da persuasão reduz, aparentemente, seu espectro a uma espécie de verbalismo estéril e perpetuador de uma visão reducionista da arte. Tal visão, entretanto, foi bem delineada por José Lourenço Torres Neto:

É importante enfatizar que estudar a retórica vai de encontro a um preconceito popularizado onde um grande número de pessoas, independentemente de educação ou classe social, considera a retórica como uma mera arte de se falar bem ou um artifício para persuadir, relacionando-a apenas com a oratória e a eloquência, isso quando não a relacionam a discursos falaciosos, mentirosos ou enganadores proferidos por políticos ou juristas inescrupulosos. A retórica pode ser bem usada ou mal usada, como todo instrumento. Pode ser usada para o "bem" ou para o "mal". E é inegável que o mau uso produziu "exageros" para refreá-la (TORRES NETO, 2018).

Nesse sentido, a demonstração do uso da retórica nos discursos jurídicos visaria transparecer a força que a linguagem ordinária exerce sobre nossas percepções acerca da verdade dos fatos, sobretudo quando é essa mesma linguagem a interface que nos conecta com o mundo.

Essa interligação, revela Lourenço Torres, ocorre, pois

a retórica é um processo de construção da linguagem e é também a própria estrutura que constitui o significante, o idioma e, especificamente, o discurso, seja ele político ou jurídico, expresso em suas variadas formas e institutos, além de não poucas vezes apresentar verdadeiras exposições. Logo, até que se abordem mais detalhes adiante, deve-se partir do paradigma, a ideia, de que a retórica é um conjunto de conceitos, ações práticas e ações de análise, um todo, que de uma forma ou de outra, pode ser e tem sido transmitido por meio da linguagem (TORRES NETO, 2018).

Observa-se, contraditoriamente, um silêncio dos estudiosos do direito e da linguagem em relação a retórica, no sentido de não ser um instituto tão em evidência na

pesquisa acadêmica. Essa inação intelectual abre justamente o precedente para seu uso indiscriminado e tendencioso conforme crítica já explicitada.

Esse é o entendimento de Maria Luísa Malato Borralho: “A melhor retórica é a que se nega, já que dificilmente se luta contra um inimigo que se não vê” (BORRALHO, 2007, p. 25).

Por tanto, a retórica, ao se ocultar no discurso jurídico sem que o interlocutor possa identificar os estratagemas de linguagem que transformam a realidade num simulacro, tende a servir como instrumental a serviço de uma apropriação privada da linguagem (NASCIMENTO, 2018).

O professor Luís Eduardo Gomes do Nascimento assim define essa categoria teórica: “O mecanismo sutil da corrosão da legalidade é a apropriação privada da linguagem que permite o esgarçamento do binômio lícito-ilícito, inserindo condutas atípicas e legais sob a égide da ilegalidade mediante a normatização apócrifa dos fatos” (NASCIMENTO, 2018).

Está aí o cerne da discussão sobre o uso da retórica nos expedientes jurídicos. Ela se torna potencialmente danosa ao se valer de uma imprecisão característica na linguagem para o alcance de interesses privados.

Esse caráter retórico da norma, ao reduzir ao processos decisórios institucionais a meros jogos de linguagem, sinaliza aquilo que Aristóteles dizia: “a lei é a razão desprovida de emoção”. Assim entendida, podemos afirmar que a neutralidade da norma é apenas aparente, pois ela esconde relações de poder que, ocasionalmente, podem ser detectáveis pelo uso dos artifícios retóricos da linguagem.

Essa espécie de naturalização da ordem social por meio dos discursos foi explicitada por Marx: “Uma sociedade onde um só órgão se crê detentor único e exclusivo da razão do Estado e da moral concreta do Estado, onde um governo se opõe por princípio ao povo é uma sociedade onde a má consciência inventa leis de vingança” (MARX apud NASCIMENTO, 2018, p. 87).

Desse modo, ocorre o que se denomina como feitichização da esfera pública (NASCIMENTO, 2018). Esse feitichismo se configura quando o agente público ou o órgão político, subtraindo o poder de participação da comunidade alvo da norma, coloca-se numa posição de autorreferência, rezudindo os interesses da coletividade aos seus próprios desígnios (NASCIMENTO, 2018).

1.1 Signo linguístico e arbitrariedade

Uma das grandes possibilidades existente no universo linguístico é a utilização do campo de representação sígnica das palavras para a compreensão dos contextos normativos – a exemplo dos expedientes administrativos-, onde determinados atores políticos conduzem e condicionam a maioria dos discursos nesses espaços, como também para possíveis reformulações, mais condizentes com uma pretensa interpretação fidedigna da realidade onde a norma será aplicada e que se façam necessárias a um melhor funcionamento do ambiente alvo do comando normativo.

A Língua – pátria ou materna, como se costuma defini-la – nos acompanha desde a infância, e é ela, em interação com os outros códigos não-verbais, portadora de uma estrutura e de um arsenal de conceitos mais ou menos estáveis, que nos impulsiona a participar do sem-fim de jogos de linguagem presentes na vida social. Por analogia, a Língua de que dispomos assemelha-se, em virtuosidade, ao ar que respiramos, ao alimento que nos sustenta. Ou seja, o seu processo de criação é muito natural, e acabamos – consequência dessa suposta supremacia - por não ressaltar sua importância dentro dos processos de significação do mundo, do universo de linguagens para além de um sistema de signos linguísticos particulares.

Observemos o que diz Lúcia Santaella:

É tal a distração que a aparente dominância da língua provoca em nós que, na maior parte das vezes, não chegamos a tomar consciência de que o nosso estar-no-mundo, como indivíduos sociais que somos, é mediado por uma rede intrincada e plural de linguagem (SANTAELLA, 2003, p.3).

E mais adiante:

Cumpramos notar que a ilusória exclusividade da língua, como forma de linguagem e meio de comunicação privilegiados, é muito intensamente devida a um condicionamento histórico que nos levou à crença de que as únicas formas de conhecimento, de saber e de interpretação do mundo são aquelas veiculadas pela língua, na sua manifestação como linguagem verbal oral ou escrita. O saber analítico, que essa linguagem permite, conduziu à legitimação consensual e institucional de que esse é o saber de primeira ordem, em detrimento e relegando para uma segunda ordem todos os outros saberes, mais sensíveis, que as outras linguagens, as não-verbais, possibilitam (SANTAELLA, 2003, p.3).

Se por um lado, essas duas afirmações nos dizem da impossibilidade de delimitarmos a interpretação da realidade e das verdades a um só veio, o da linguagem verbal, ela, diametralmente, evidencia o campo das palavras como importante gerador de semioses, já que co-integrante do universo dos signos em geral, já que tão integrado a nossa história social e individual.

Intuitivamente, através das malhas do texto – e ainda que sua retórica sustente uma crítica a excelência da linguagem verbal-, emerge, em estado de imanência, uma verdadeira afirmação dessa modalidade produtora arguciosa de sentido, por mais (ou por essa mesma razão) que o seu espaço, no contexto apresentado, seja o da antítese.

A partir dessa concepção, o valor, ou a resultante sígnica, dependerá da adequação às relações do interior do sistema. A produção de sentido da norma está atrelada à aceitação dos motivos vinculados à sua gênese, tornando a linguagem verbal, articulada na escrita dos atos, e a própria faculdade da linguagem, totalmente dependentes de um conjunto sistemático de convenções necessárias à participação nos contextos humanos. Considera-se, portanto, nessa linha de pensamento, a língua como um produto social (SAUSSURE, 1997).

Pode-se afirmar que a língua e o próprio exercício da linguagem são um fenômeno social? Sim. O próprio fato de, desde o nosso nascimento, para podermos integrar uma comunidade linguística e social, apreendermos de forma obrigatória as regras da estrutura de uma língua é uma constatação desse fato. Entretanto, a linguística estrutural analisa a linguagem verbal apenas em termos abstratos, tirando conclusões sobre essa visão, sem ressaltar a importância fundamental dos contextos de interação e dos usuários no processo comunicativo (KOCH, 2003).

A linguagem verbal é mais do que um artefato linguístico bem estruturado, servidor do propósito de veicular mensagens ou de representar, na fala ou na escrita, o mundo e seus conceitos. Ela constitui-se de um sistema de concepções e atos simbólicos, e é a partir dessa característica essencial, que se revela o perigo de seu caráter arbitrário.

Por certo, a tradição retórica entende a dita ‘verdade’ como um consenso autopoiético, isto é, uma convenção aceita pelos partícipes da situação de comunicação (LUHMANN, 1983).

Esse caráter convencional também é característica do signo linguístico. Segundo Morris, os signos linguísticos e comunicáveis são inteiramente arbitrários, verdadeiros acordos de dominação (MORRIS, 1938).

O uso da razão para a demonstração de uma verdade estaria condicionado à escolha deliberada dos signos na exposição do argumento.

Desse modo, ser depositário de uma língua, a competência lingüística/gramatical, a capacidade de participar de contextos linguísticos formam, então, o espaço de nossa visão de realidade, o cenário de nosso comportamento, tanto do ponto de vista das

ações individuais, quanto do ponto de vista de nossa capacidade de definir o significado dos atos dos outros membros da comunidade e da maneira pela qual se nos envolvem (KOCH, 2003).

1.2 O papel do interpretante na atribuição de sentido à norma

Em todos os tempos, a prática de atribuir significados subjetivos a estruturas extralinguísticas sempre existiu dentro dos grupos humanos. Desde, por exemplo, as famosas grutas de Lascaux, passando pelos rituais primitivos de tribos, onde interagem o som e a expressão corporal, as atividades dos cerimoniais e de jogos da civilização Asteca, até os grandes monumentos da humanidade, representados na arquitetura e na produção de objetos, o homem construiu-se como um ser de linguagem. Isso confirma duas teses, até certo ponto imbricadas: a de que somos capazes de criar, produzir e reproduzir, transformar ou consumir, isto é, interagir por outras linguagens além da calcada em palavras; por conseguinte, chega-se também a forte conclusão de sermos seres tão simbólicos e complexos, quanto à pluralidade de linguagens ao redor (SANTAELLA, 2003).

Significa então dizer:

Considerando-se que todo fenômeno de cultura só funciona culturalmente porque é também um fenômeno de comunicação, e considerando-se que esses fenômenos só comunicam porque se estruturam como linguagem, pode-se concluir que todo e qualquer fato cultural, toda e qualquer atividade ou prática social constituem-se como práticas significantes, isto é, práticas de produção de linguagem e de sentido. (SANTAELLA, 2003, p. 2).

Segundo Lúcia Santaela, encontram-se, dentre os oito volumes dos *Collected papers*, obra onde estão reunidos os estudos semióticos de Charles Sanders Peirce, um mínimo de vinte a trinta formulações diferentes da definição de signo. Se acrescentarmos, a título de informação, as oitenta mil páginas de manuscritos ainda não-publicados, surgirão, de certo, uma centena a mais de variantes conceituais de signo (SANTAELLA, 2004).

Esse árduo exercício mental deve-se ao rigor teórico aplicado ao estudo dos signos, numa tentativa de equiparar tais conceitos à imensidão de fenômenos significativos, sem incorrer na falha de generalizações simplificadoras das reais características que uma definição de signo comporta.

Há duas passagens de Peirce que, fiéis a sua intencionalidade, são um demonstrativo da mais coerente ação/definição do signo. Abaixo seguem:

Um signo, ou *representamen*, é aquilo que, sob certo aspecto ou modo, representa algo para alguém. Dirigi-se a alguém, isto é, cria na mente dessa pessoa, um signo equivalente, ou talvez, um signo mais desenvolvido. Ao signo assim criado, denomino *interpretante* do primeiro signo. O signo representa alguma coisa, seu *objeto*. Representa esse objeto não em todos os seus aspectos, mas com referência a um tipo de idéia que eu, por vezes, denominei *fundamento do representamen* (PEIRCE *apud* SANTAELLA, 2004).

Defino um Signo como qualquer coisa que, de um lado, é assim determinada por um Objeto e, de outro, assim determina uma idéia na mente de uma pessoa, esta última determinação, que denomino o *Interpretante* do signo, é, desse modo, mediatemente determinada por aquele Objeto. Um signo, assim, tem uma relação triádica com o seu Objeto e com seu Interpretante (PEIRCE *apud* SANTAELLA, 2004).

A partir desses trechos, o conceito de signo fica mais manifesto e menos tributário das variações conceituais bastante sintéticas, já que a lógica da sua funcionalidade e seus mecanismos de engendramento são traçados na relação triádica mostrada, e aí está, nesse desenho lógico-formal, o limiar ou a evidência da aplicação dos princípios da retórica discursiva, como teoremas auxiliares aos estudos da Filosofia da Linguagem, aos contextos onde a interação humana ocorre pela linguagem, a exemplo dos expedientes jurídico-administrativos nascidos da combinação danosa entre a ausência de limites à discricionariedade de determinados agentes políticos e a imprecisão do signo como subterfúgio ao uso da norma sem compromisso com o princípio da veracidade.

Conclui-se que a semiótica peirceana é uma teoria, além de lógica, social do signo. Cabe a ela investigar a constituição de todo e qualquer fenômeno como fenômeno onde há a ação de um signo, produtor de uma dada significação. O papel do interpretante é de extrema importância nesse processo, pois a sua objetividade é, em gênese, coletiva, e será o signo, em primeira instância, quem determinará a sua resultante mental.

Essa rede de relações, impensável fora de uma concepção de linguagem como interação, traduzida nos termos signo, sociedade e verdade, já vem sendo formulada por alguns filósofos pós-estruturalistas, tais como, Jaques Derrida, Gilles Deleuze, Lyotard e Jean Baudrillard.

Darcilia Simões, doutora em Letras Vernáculas, Prof^a Adjunta e Coordenadora do Curso de Especialização em Língua Portuguesa da UERJ, em seu artigo *Semiótica e linguagem: uma visão filosófico-lingüística das diversidades* comenta a respeito desses teóricos e dos seus anseios em compreender os fenômenos sociais e humanos a partir da desconstrução dos discursos, princípios e concepções tidos em relação à Verdade. Ela diz:

Para esses autores desconstruir o discurso não significa destruí-lo, nem mostrar como foi construído, mas refletir sobre o não-dito como subjacente ao que foi dito, buscar o silenciado sob o que foi falado. Disso pode-se extrair que a imprecisão do dizer (da linguagem) precisa ser compensada por estratégias técnico-teóricas capazes de penetrar no espaço da semiose e, sobretudo por meio da abdução, formular caminhos de interpretação que respondam a clássica pergunta semiótica: *por que isto significa o que significa*. (SIMÕES, 2006, p. 6).

Esse não-dito relativo à parte obscura do objeto é quem atestaria a falibilidade da linguagem no uso retórico da norma, pois esta é apenas um sinal que, não obstante suas pretensões, nunca representa a totalidade do objeto, embora, pela própria força da semiose, tenhamos a certeza da presença da coisa através do signo. A linguagem põe os objetos no mundo, mas o seu caráter indeterminado prova que o significado é um dado *a priori*, e há muitas significações veladas. É a partir dessa constatação, de que as coisas no mundo estão presupostas, de que a linguagem não é, está sendo, que se pode submeter um discurso retórico a questionamentos incômodos à pretensa 'frieza' da norma: Por que isso significa o que significa? Qual a razão, de fato, da expedição da norma? Que processo e quais os protagonistas políticos do mesmo definiram o sentido das coisas? Qual resultante sígnica - que não foi contemplada pelo interpretante da norma - depreenderíamos do não-dito?

A partir desses questionamentos, é possível constatar que uma tomada semiótica da realidade normativa, fundamentada no processo de análise da retórica subjacente aos discursos, é, do ponto de vista político-social, desconfortável e inadequada a estruturas governamentais ou regimes de controle sociopolítico que, em contrapartida, camuflam suas reais intenções sob discursos e práticas pseudo-funcionais, embora revestidas de normatividade e conceitos retóricos indiciários de interesse público.

É nesse sentido que a filosofia da linguagem, com o seu incessante pensar acerca dos pressupostos de verdade, e o Direito, com seus princípios basilares que tornam indisponível o interesse público, se comungam na busca de entender quais os mecanismos de apropriação privada da linguagem são utilizados pelos atores político-institucionais no processo decisório de aplicação da norma.

2. DISCRICIONARIEDADE: NATUREZA HISTÓRICA, CONCEITO E RESERVA DE MÉRITO

As discussões acerca da submissão dos atos emanados da Administração Pública à apreciação da legalidade via Judiciário, prerrogativa conferida à iniciativa de qualquer cidadão enquanto característica intrínseca do que denominamos Estado de Direito, não foram engendradas de modo pacífico, justamente pela ideia de distanciamento entre a Justiça e a Administração (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983).

De acordo com Eduardo García de Enterría, é possível vislumbrar historicamente, à época do Antigo Regime, uma tentativa de mediatização judicial dos poderes régios. Os denominados parlamentos judiciais resistiriam às reformas estruturais propostas pela monarquia, sobretudo as mudanças de cunho social. Tal conflito, entretanto, resultaria na formulação da Lei de separação entre a Administração e a Justiça, a intitulada Lei de 16 a 24 de agosto de 1790, cujo sentido comunicava a proibição de que os tribunais interferissem nas ações do corpo administrativo ou mesmo convocasse os agentes em razão do exercício de suas funções (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983).

Paradoxalmente, é justamente a prática desse ideário das garantias de liberdade, com a necessária isenção judicial da Administração, que redundará no que hoje designamos de contencioso administrativo.

A prática, portanto, do controle interno dos atos da Administração em seu próprio aparelho, de modo que o agir dos administradores sofram um escrutínio da própria máquina estatal, origina-se da demanda por um autocontrole. Nos dizeres de Enterría:

Este sistema es un sistema de autocontrol; no podían ya ejercerlo lo» jueces en virtud del dogma de la separación. Lo ejerce la propia Administración, y respecto de este control montado por la Administración en su propio interés, los particulares coadyuvan, podemos decir, al modo de un Ministerio público, 3e un Ministerio fiscal, que denuncia la infracción de la Ley y en interés de ésta (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 165)

Observa-se, ainda que de modo incipiente, o exercício de controle dos atos praticados pela Administração, inicialmente no âmbito administrativo em face das exigências do contexto histórico na separação entre Administração e Justiça, mas

naturalmente evoluindo para um inevitável controle jurisdicional do agir administrativo, reservando-se a esfera de competência típica de cada poder.

A perspicácia teórica de Enterría revela que a história da redução dessas imunidades, dessa resistência que a Administração em dado momento opôs à exigência de um controle judiciário pleno de seus atos, criando núcleos cujas ações estariam imunes à sindicância, constituiria a própria história do Direito Administrativo.

Nesse sentido, o argumento de liberdade que fundamentou, num dado momento histórico, a cisão entre os poderes aludidos, também permitiu a mitigação do poder discricionário conferido à Administração, de modo que as condutas administrativas devam guardar coerência com um fim estatal legítimo e que não violem direitos subjetivos de terceiros.

Conforme preleciona Queiró (1946, p. 42):

O Estado de Direito, ao mesmo tempo que trouxe garantias aos particulares relativamente ao agir da administração, isto é, ao mesmo tempo que fez dos administrados titulares de direitos subjetivos públicos, reduziu na mesma medida as faculdades discricionárias daquela (Queiró, 1946, p. 42).

Importante ponderar a extensão do poder discricionário no chamado Estado-Polícia, cujo regime autorizaria, nas elucubrações do teórico, a não observância das normas jurídicas pelos governantes. Em referência ao jurista francês especializado em direito administrativo, Léon Michoud, Afonso Rodrigues Queiró define o poder discricionário, no bojo da teoria do desvio de poder, quando este autoriza qualquer autoridade a agir livremente, inexistindo regra de direito que se antecipe e sirva de baliza à conduta do agente (QUEIRÓ, 1946).

Ademais, outro ponto de constrição como efeito do Estado-Polícia seria a perda da capacidade de postular direitos, frente a determinados comportamentos da Administração, por parte dos particulares.

Um terceiro ponto característico desse Estado-Polícia seria a sua insindicabilidade, não permitindo que os administrados postulem o controle dos atos de gestão por parte do judiciário.

Assinala Queiró (1946, p. 42) que

É também característica sempre assinalada do Estado-Polícia a liberdade de o administrador assumir sempre novos fins, novos objetivos e procurar realizá-los fora do quadro de qualquer norma legal, para a prosperidade da comunidade, o seu bem estar (QUEIRÓ, 1946, p. 42).

Neste ponto, é possível constatar que o exercício da discricionariedade sem os limites do regramento irá se autojustificar, mormente, com expressões de cunho genérico, abstrato e indeterminado como 'prosperidade da comunidade' e 'bem-estar', valendo-se da retórica legal para encobrir, por vezes, os desvios de finalidade nos atos estatais.

Por óbvio, as nuances do poder discricionário no descrito Estado- Polícia são extremadas, não elidindo a importância do exercício desse poder no Estado de Direito. Por conseguinte, a Administração não está circunscrita à execução da normatividade posta, mas necessita de certo grau de liberdade para, dentre as opções que atinjam a finalidade pública pretendida, selecionar a que lhe seja mais oportuna e conveniente.

O que se propõe como discussão, entretanto, é o aparente controle do arbítrio discricionário do Estado-Polícia pelo Estado de Direito, com o estabelecimento de parâmetros de atuação do administrador, quando há, em verdade, segundo Queiró, uma controvérsia interna às noções de discricionariedade e Estado de Direito se trabalhadas em conjunto.

Em seus dizeres:

Não se deve, pois, estranhar que se tenha escrito, quase paradoxalmente, que a discricionariedade reina por toda a parte do Estado de Direito, como necessária enquadração de motivos extra-jurídicos (autônomos), nas progressivas e graduais concretizações de um Direito primário e heterônomo que é como uma abóbada do Edifício do Estado de Direito; e, assim, a atividade administrativa não difere da atividade de grau imediatamente superior – a legislativa ordinária – senão em que os sujeitos que a realizam são livres e necessariamente livres de juntar à lei alguma coisa de extra-jurídico, *un nouvel apport, um aliquid novi*, já que não se consegue uma rígida execução da norma heterônoma (QUEIRÓ, 1946, p. 44).

Portanto, se por um lado podemos afirmar que a discricionariedade é elemento essencial e necessário ao Estado de Direito, não podemos olvidar da importância de uma análise detida de seus mecanismos de concretização, na medida em que os ditos motivos extra-jurídicos devem estar em consonância com os princípios que legitimam o agir administrativo, sob pena de violar a própria razão de existir do Estado de Direito e reduzi-lo a um instrumental retórico a serviço, de modo sub-reptício, de um Estado-Polícia.

Cumprido dizer que o alicerce do Estado de Direito no âmbito da Administração Pública é justamente a estrita submissão à Lei. A atuação administrativa, desse modo, passa a largo da autocracia que outrora regulava a não submissão aos mandamentos

de normas gerais e abstratas e que conferiam ao soberano um agir sem limites (QUEIRÓ, 1946).

No Estado Moderno, a Administração é regulada pela legislação. A formulação das diretrizes a serem seguidas nas atividades administrativas partem de um órgão legislativo. Este, por sua vez, não possui a capacidade de elaborar normas que antecipem todos os fenômenos passíveis de se realizar na seara administrativa. São limites que, pela sua lógica, induzem a norma a estabelecer condições para sua aplicação, inclusive prevendo a possibilidade de seu uso arbitrário (QUEIRÓ 1946).

Esse caráter abstrato da norma que lhe exonera da tarefa de previsão ampla e irrestrita de todos os fenômenos foi bem descrita por Bacellar Filho:

partindo do pressuposto, de todo racional, de que o legislador não haverá de ser tão criativo, imaginativo, a ponto de poder prever todas as vicissitudes ou circunstâncias enfrentadas na atividade administrativa, suprimindo com mandamentos absolutamente adequadas as mais diversas perplexidades, é que se reconhece, em dadas situações, a necessidade de um agir discricionário (BACELLAR FILHO, 2008, p. 62).

Nesse prima, é possível constatar que o espaço de atuação administrativa diante da norma, embora dotado de certa carga de regramento e da condição de obediência à lei, necessita de uma averiguação da congruência entre o ato emanado, a exposição de motivos utilizada como justificativa e sua efetivação no mundo dos fatos.

2.1 O alcance do agir discricionário

Há uma vastidão de posicionamentos sobre o instituto da discricionariedade na doutrina pátria.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade teria um parâmetro de atuação regulado pela própria lei. Nesse sentido, não seria um poder ilimitado ou sem regramento, mas se aperfeiçoaria, no rol de possibilidades delimitadas pela norma, no momento oportuno, pelos motivos eleitos e na liberdade de escolha de seu conteúdo (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

Para o autor, a discricionariedade seria, portanto, “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 414). Não haveria, assim, uma desvinculação

irrestrita da Administração ao comando normativo, mas tão somente um espaço para deliberação do administrador, que avaliará, na situação fática, a conduta mais adequada ao alcance final pretendido pela norma.

Por certo, o autor compreende ser este poder abrangido pelo preceito legal, tributário da própria lei, sem a qual não haveria balizas ao juízo de conveniência e oportunidade (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

Por seu turno, Celso Antônio ainda enfatiza a distinção entre o agir discricionário e o agir arbitrário:

não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 401).

Desse modo, a discricionariedade encontraria fundamento de validade na lei enquanto a arbitrariedade significaria a prática de atos ao arrepio do Estado de Direito Moderno. Ou, conforme preleciona Hely Lopes Meirelles, “o poder discricionário da Administração não vai ao ponto de encobrir arbitrariedade, capricho, má-fé, ou imoralidade administrativa” (MEIRELLES, 1966, p. 80).

Importante repisar as limitações da própria lei na disciplina ampla dos fatos. Segundo Andreas J. Krell, em alusão ao pensamento de John Locke, “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que detenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público” (KRELL, 2004, p.18).

Assim também compreende a doutrina de Hely Lopes Meirelles ao afirmar que

a rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois certo é falar-se em poder discricionário da Administração. Com essa ressalva conceitual, continuaremos a nos referir a atos discricionários, porque, embora inadequada, a expressão está consagrada na doutrina e na jurisprudência (MEIRELLES, 1966, p. 168).

A discricionariedade é, portanto, elemento inerente à Administração Pública, e, em razão da margem de liberdade conferida ao Estado, deve ter seu campo de

sindincabilidade ampliado, de modo que as práticas que se reputam convenientes ao interesse público não se valham da indeterminação do conceito ou da reserva de mérito para a tomada de decisão que afronte a coletividade.

2.1.1 Poder Discricionário e reserva de mérito

A análise do mérito administrativo no exercício do poder discricionário é fundamental para aferir se o mesmo pertenceria, de modo irrestrito, ao campo de isenção de um possível controle jurisdicional.

Seabra Fagundes analisa o mérito do ato administrativo enquanto partícipe da atividade do administrador. Neste aspecto, algumas situações estariam sob o crivo exclusivo da Administração, e o Judiciário, por exemplo, não poderia se imiscuir em tais circunstâncias envolvendo o mérito sob pena de penetrar, sem legitimidade, na seara da gestão pública (FAGUNDES, 1957).

Assim, não poderia o Poder Judiciário apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Seu limite de controle estaria circunscrito ao campo da legalidade (FAGUNDES, 1957).

A conclusão é pela vinculação do mérito ao âmbito político do ato administrativo, campo onde serão valorados, sob o juízo oportuno e conveniente do administrador, os aspectos relativos ao interesse público, a necessidade, a moralidade e a razoabilidade do ato.

O fato de pertencer ao rol de opções do administrador, dotando-o de uma maior liberdade, não torna o mérito, de todo modo, independente dos demais elementos que configuram o ato. O conteúdo discricionário do ato está presente no motivo e no objeto. Esses elementos, dentre os demais, refletem a análise de mérito na tomada de decisão (FAGUNDES, 1951).

Desse modo, no arcabouço garantista de princípios em se baseia o Estado de Direito, não se admite, conforme frisa Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, que o mérito escape à necessidade de análise, haja vista repercutir valores assentados na juridicidade e não exclusivos da Administração, de tal sorte que sua efetivação reflita um real interesse público e não um mero artifício retórico a encobrir ilicitudes sob pretexto de reserva de mérito. Além de oportuno e conveniente, o ato deve,

concretamente, atingir o fim público arguido, sem o qual insurgiria, por óbvio, a inafastabilidade de controle da jurisdição (FRANCO SOBRINHO, 1980, p.10).

Esse também é o entendimento de Bandeira de Mello no sentido de ser o mérito

o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 38).

Constata-se que, não obstante existir uma relativa autonomia do gestor em questões envolvendo o mérito, tal prerrogativa não autoriza a Administração a proceder de modo desarrazoado, imoral ou ilegal, circunstância que não justificaria a vedação do controle de mérito pelo Judiciário.

2.2 Parâmetros históricos de controle do poder discricionário

Historicamente, foram criadas diversas balizas jurídicas para o exercício do poder discricionário, também denominadas de “itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa” conforme aponta Gustavo Binbenbojm. Desde a teoria dos elementos do ato com a possibilidade de controle dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários, passando pelo desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes), o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e, por último, o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais (BINENBOJM, 2008).

2.2.1 Os elementos do ato administrativo, discricionariedade e esfera pública

Para a formação do ato administrativo concorrem determinados requisitos que atestam sua validade e sua eficácia. O estado de perfeição do ato se configura pelo preenchimento de todos os pressupostos, qual sejam a competência, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade.

Como primeiro elemento do ato, temos a *competência*, que referencia o sujeito. O indivíduo que pratica o ato deve ser capaz, isto é, ser dotado de competência legal para expedi-lo. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato” (DI PIETRO, 2007, p. 187). Assim, no âmbito administrativo, não basta a capacidade insculpida na doutrina civilista, mas, de fato, ser verdadeiro detentor de competência.

O *objeto* consistiria no segundo elemento ou requisito do ato administrativo, definindo-se como o “efeito jurídico imediato que o ato produz”. Nele devem coexistir os aspectos de licitude, certeza e moralidade sob pena de invalidade do ato (DI PIETRO, 2007, p. 191).

O terceiro elemento do ato administrativo é a *forma*. A *forma* consubstancia o modo como o ato manifesta sua existência, sua exteriorização (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

O *motivo* consistiria no quarto requisito do ato. Este, segundo Bandeira de Melo, seria “o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato”. A validade do ato, inclusive, estaria condicionada a sua existência. Portanto, não havendo real correspondência entre o motivo arguido para a expedição do ato com o motivo previsto em lei, a materialidade estaria ausente e o ato quedaria sem validade (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 379-381).

O quinto elemento, por fim, é a *finalidade*. A finalidade é aquilo que o ato objetiva enquanto bem jurídico previsto em lei (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 387-388).

No que tange ao requisito da finalidade, o agente público não possui prerrogativa de eleição, pois a lei já determina, de modo implícito ou explícito, o fim a ser atingido. De todo modo, o escopo final da Administração deverá ser sempre o interesse público sem desvios de competência, independente do grau de generalidade do requisito da finalidade previsto na norma (TÁCITO, 1975).

Com efeito, a análise detida do requisitos do ato administrativo revela o alcance da discricionariedade na esfera pública. Além de estar circunscrita a elementos específicos do ato – motivo e objeto -, encontra limitações no próprio requisito da finalidade, haja vista não lhe ser permitido transgredir aos fins previamente definidos, que devem ser sempre de interesse público.

2.2.2 Desvio de poder e parâmetros implícitos do ato

A teoria de desvio de poder nasce justamente dessa necessidade de controle dos atos que transgridem à finalidade legal. Assim, o ato discricionário que se desviou da finalidade pública, incorrerá no vício de desvio de poder que possibilitará a fiscalização por parte dos Tribunais (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983).

Frise-se que o uso da teoria do desvio de poder não representa a ingerência do Poder Judiciário na gestão política. A análise do desvio de poder, na visão de Caio Tácito, é justamente quem pode se antecipar à incompatibilidade entre a lei e o interesse social ao preservar o vínculo existente entre a norma e seu objetivo.

No mesmo sentido, Seabra Fagundes defende a vinculação estrita da Administração Pública aos objetivos previstos na lei. O autor advoga pela nulidade do ato quando há desvio de poder, uma vez que a autoridade agiria contrariando o espírito da lei (FAGUNDES, 1951).

Em Celso Antônio Bandeira de Mello encontramos uma definição precisa do que seria desvio de poder. Vejamos:

a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição. Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. A agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei (BANDEIRA DE MELLO, 1989, p. 27).

Nota-se que a doutrina é clara na recepção da teoria do desvio de poder, uma vez que os atos praticados com discricionariedade, ainda que inerentes ao funcionamento da Administração Pública no Estado de Direito, podem estar eivados de vícios nem sempre visíveis à coletividade atingida. Daí decorre a importância da análise de compatibilidade entre o ato discricionário, a finalidade pública arguida e os efeitos práticos no mundo exterior.

Tais efeitos podem ser aferidos, também, pela análise dos motivos atrelados à prática do ato. Trata-se da averiguação dos atos discricionários sob a ótica da teoria dos motivos determinantes. Nesse aspecto, haveria sempre uma realidade exterior a justificar a conduta discricionária do agente no cumprimento da norma. Assim, as nuances políticas que permeiam o ato não podem simular uma realidade e

posteriormente se valer da reserva de mérito para obstar o controle jurisdicional da faculdade discricionária. A materialidade, como já dito, não é objeto da discricionariedade. Por conseguinte, o Poder Judiciário deve atestar se os fatos que determinaram o agir discricionário realmente existiram e motivaram o ato (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983).

Assim, na ausência do motivo, ou se dele o agente criou uma exegese danosa ao interesse público, o ato é nulo de pleno direito por expressa afronta à legalidade extraiu consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Ou seja, tanto o erro de direito como o erro de fato representam situações passíveis de controle e anulação do ato administrativo pela via judicial (TÁCITO, 1975).

2.2.3 Conceitos jurídicos indeterminados e e controle judicial

A doutrina alemã foi fundamental para a distinção entre os conceitos de discricionariedade e conceito jurídico indeterminado. De acordo com Garcia de Enterría, um erro comum na seara administrativa é tratamento dado aos conceitos juridicamente indeterminados presentes nos regulamentos e a existência da faculdade discricionária.

O que caracteriza a indeterminação do conceito, para além do aspecto linguístico, é a ausência de exatidão pela lei do parâmetro a ser aplicado no caso concreto. Isso não significa a inexistência de critério a ser seguido no uso do conceito jurídico indeterminado, uma vez que este deve estar em consonância com o conceito legislativo na finalidade almejada. A distinção está justamente no grau de escolha que detém o ato discricionário, sendo qualquer delas elegíveis, a priori, como de interesse público.

Para a doutrina majoritária, portanto, conceito jurídico indeterminado e discricionariedade são processos distintos, ao passo que não há agir discricionário na aplicação de um conceito jurídico indeterminado, pois o conceito persegue o sentido atribuído pela lei e conseqüentemente redundando em solução unívoca. Trata-se, em verdade, de mera subsunção de um fato concreto sem a valoração de oportunidade característica do poder discricionário (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983)..

Segundo a mesma doutrina, os efeitos práticos em se distinguir os institutos estão na possibilidade de controle judicial do uso dos conceitos jurídicos

indeterminados, restringindo o espaço para alegação de reserva de mérito característico do agir discricionário. Assim, sempre que estiverem presentes conceitos indeterminados, a exemplo de 'interesse público' e 'bem comum', o ato será plenamente sindicável.

2.2.4 Atos administrativos, princípios gerais do direito e a boa administração pública

A atividade discricionária também pode se submeter ao controle dos princípios gerais do Direito. Esse princípios funcionariam como núcleo normativo de onde se irradiam os valores jurídicos materiais basilares de todo ordenamento (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983).

Dessa forma, a atividade administrativa deve se submeter à lei e aos princípios gerais de Direito. Isto posto, ante o não esgotamento de toda juridicidade pela lei, não pode o ato, sob pretexto de estar calcado na prerrogativa de discricionariedade conferida pela norma, negligenciar os princípios que orientam a máquina administrativa.

O autor defende ainda que o controle da discricionariedade por meio dos princípios gerais de Direito vincula o magistrado ao seu real múnus público de protetor da ordem jurídica.

A doutrina de Juarez Freitas também defende a legitimidade do ato administrativo discricionário segundo critérios principiológicos e para além das regras. O respeito aos princípios seria o termômetro para determinar o grau de arbitrariedade do ato (FREITAS 2009).

O autor relaciona a legitimidade do ato discricionário à denominada boa administração pública:

o direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem (FREITAS, 2009, p. 22).

Na esteira desse direito fundamental aludido, a discricionariedade administrativa representaria

a competência administrativa (e não mera faculdade) de avaliar e de escolher,

no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes e conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública (FREITAS, 2009, p. 24).

No cotejo entre a discricionariedade administrativa e o direito à boa administração pública, Freitas destaca possíveis vícios no exercício da faculdade discricionária, tais como o abuso de discricionariedade ou sua insuficiência no agir. A arbitrariedade, portanto, seja por ação ou omissão, estaria configurada.

O agente público, em conduta comissiva que não encontre fundamento de validade em norma, estaria violando os limites da competência conferida pelo poder discricionário. A omissão na prática de ato, por conseguinte, também consubstanciaria uma conduta arbitrária pela derrogação deliberada da norma ou por sua aplicação desidiosa (FREITAS, 2009).

Além disso, a Administração deve pautar suas escolhas na eficiência, na eficácia e na economicidade. A adoção de uma posição que sob pretexto de otimizar a gestão se revele concomitantemente ineficaz e ineficiente implica também no desrespeito aos princípios gerais do Direito e, por certo, passa a largo de uma boa administração pública.

Nesse prisma, haveria uma vinculação dos órgãos administrativos aos direitos fundamentais. Assim preleciona Ingo Wolfgang Sarlet:

O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos jurídicos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária (SARLET, 2005, p. 365-366).

Já foi dito sobre a reserva de mérito insindicável pelo controle jurisdicional e que pertence ao campo da discricionariedade. Importante ressaltar, entretanto, que o exercício dessa liberdade de escolha deve se pautar pelos princípios aludidos, pela concretização do conceito na aplicação da lei e pela identificação da materialidade a motivar o ato. Compreende-se que, se quaisquer desses atributos forem violados, o ato é perfeitamente sindicável.

3. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Evolução histórica dos conceitos jurídicos indeterminados

A questão dos conceitos jurídicos indeterminados advém da Áustria, no século XIX, com o intuito de decidir se a interpretação destes conceitos seria suscetível de controle pelos tribunais administrativos ou não.

Bernatzik, importante doutrinador da época, se opôs ao entendimento majoritário defendendo a coexistência da ampla discricionariedade e da aplicação de regras jurídicas determinadas, dotadas de coercibilidade e abstração. O autor defendia que determinados conceitos poderiam ser aplicados depois de um complexo processo interpretativo em cadeia, conhecido como “discricionariedade técnica” (SOUSA, 1994).

A principal tese sustentada por esta corrente é a de que não há critérios seguros de interpretação e controle, posto que a aplicação de conceitos legais indeterminados passa por um processo complexo em cadeia, logo, não haveria critérios seguros de interpretação e controle.

Indo na contramão da teoria sustentada por Bernatzik, Tezner argumentava que a teoria dos “conceitos discricionários” era incompatível com o estado democrático de direito e sem bases científicas. Na visão deste autor, a aplicação de conceitos discricionários deve se submeter ao controle do judiciário e isso não implicaria em indevida interferência judicial (SOUSA, 1994).

A partir desse debate acadêmico adveio duas grandes correntes: A teoria da duplicidade, fundada sobre as bases do pensamento de Bernatzik, que defendia a possibilidade de interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados em diversas decisões; e a teoria da unicidade, desenvolvida a partir do pensamento de Tezner, defendendo que a teoria da unicidade em contraposição aos conceitos indeterminados, por entender que apenas uma solução correta deve coexistir.

Vê-se, portanto, que os adeptos da teoria da unicidade sustentam que a interpretação e a aplicação dos conceitos legais deve importar em uma única solução adequada, conferindo ao administrador a menor margem de interpretação

possível.

Desse modo, o exercício da discricionariedade não pode implicar em absoluta liberdade perante a lei, mas em uma adequação residual do conteúdo criado pelo legislador e a situação concreta que se apresenta para o administrador. Neste sentido, os limites da discricionariedade seriam encontrados através de pesquisa no caso concreto, somente nestes termos seria possível estabelecer um conceito discricionário, livre de controle jurisdicional.

Em sentido contrário, parte da doutrina defende que todo conceito jurídico indeterminado pode contribuir para uma melhor aplicação da norma, pois confere ao administrador maleabilidade para ajustá-la ao caso concreto, valendo-se de instrumentos hermenêuticos que permitam aferir a finalidade de cada norma a partir de uma interpretação teleológica do sistema.

Sousa, citando o Pensamento de Laun, argumenta que os conceitos jurídicos indeterminados não implicam em absoluta liberdade para o administrador, mas em discricionariedade vinculada, isto é, em possibilidades de escolhas restritas, sempre levando em consideração o interesse público (LAUN apud SOUSA, 1994).

Jellinek defende a doutrina da duplicidade, arguindo que se o conceito jurídico é discricionário ou não, é algo que só a lei pode resolver. Uma coisa que só é aferível a partir de uma interpretação da vontade do legislador inserta na norma, ou seja, uma interpretação global de seu conteúdo (JELLINEK apud SOUSA, 1994).

Sousa defende que em um dado momento a doutrina da duplicidade e da unicidade se encontraram, formando um verdadeiro ponto de intercessão no qual os conceitos jurídicos se tornaram indeterminados (SOUSA, 1994).

Neste sentido, é adequado inferir que os conceitos jurídicos indeterminados foram contemplados em nosso ordenamento jurídico e que eles conferem ao administrador certa margem de discricionariedade e, portanto, o controle do judiciário sobre seus atos deve se limitar a questões de legalidade e a aferição do interesse público, sob pena de indevida intervenção de um poder sobre o outro.

Imperioso frisar que, na doutrina espanhola, Enterría foi o primeiro a tratar dos conceitos jurídicos indeterminados. Para o autor houve enorme confusão entre o exercício da discricionariedade e do conceito jurídico indeterminado, técnicas fundamentais para a construção do direito administrativo moderno (ENTERRÍA, 1990).

Partindo deste pressuposto Garcia de Enterría defende que a administração não possui poderes discricionários quando diante de um conceito indeterminado. Defende o autor que esta confusão terminológica foi um dos erros mais graves da história moderna e conduziu a resultados catastróficos.

Celso Antônio Bandeira de Mello lembra que discricionariedade é:

A margem de liberdade que remanesça 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 (MELLO, 2007, p.21).

A aplicação do conceito jurídico indeterminado não deve ser um processo de discricionariedade ou de liberdade, mas uma atividade que se limita às circunstâncias reais que o qualificam, buscando uma interpretação teleológica de todo ordenamento jurídico, a fim de que o sentido atribuído a norma seja único, evitando arbitrariedades em sua aplicação no caso concreto. Em verdade, trata-se de um processo de subsunção do fato à norma, aferindo sua compatibilidade ou não, sem nenhuma margem para discricionariedade.

Enterría aponta que a aplicação de um conceito jurídico indeterminado pode ser uma tarefa árdua em determinados casos, pois na estrutura destes conceitos é possível identificar um núcleo fixo, isto é, uma zona de certeza, onde constam os dados prévios e seguros, uma zona intermediária ou de incerteza, e uma zona negativa de exclusão do conceito (ENTERRÍA, 1990).

Sainz Moreno, outro autor espanhol, segue o mesmo entendimento, partindo do pressuposto de que há uma diferença entre o conceito jurídico indeterminado e discricionariedade administrativo. Ao defender tal posição o autor sustenta que: na discricionariedade o critério da decisão não é jurídico, mas político; a expressão interesse público também é conceito jurídico indeterminado; o controle judicial não deve ser compreendido como uma interferência dos tribunais na administração, pois é papel dos juízes interpretar e aplicar o direito (MORENO apud SOUSA, 1994).

Miguel Morón, também espanhol, aponta que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados permitem um controle judicial total, salientando que a jurisprudência espanhola vem admitindo que a unicidade da solução justa é compatível com o respeito de uma margem de apreciação em favor da administração em cada caso concreto (MORÓN, 1995).

Esta posição também foi defendida por Hans Kelsen, conforme infere-se da passagem transcrita abaixo:

O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções (KELSEN, 1984, p.49).

Seguindo o mesmo entendimento dos autores mencionados acima, o doutrinador português Antônio de Sousa refuta a ideia de que o conceito jurídico indeterminado possibilita à administração pública alguma margem de discricionariedade. O autor sustenta que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados possui tão somente duas fases: Interpretação e aplicação, momento no qual ocorre a subsunção do fato à norma (SOUSA, 1994).

Nestes termos, para aplicar um conceito jurídico indeterminado o administrador deve, em primeiro lugar, determinar pela via interpretativa e com a maior precisão possível qual o sentido do conceito. Ato contínuo, deve realizar atividade pela norma, inexistindo qualquer grau de vinculação.

3.1.1 Posições da doutrina pátria sobre a distinção entre conceito jurídico indeterminado e conceito jurídico determinado

A doutrina majoritária brasileira defende uma distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa. O maior expoente desta corrente de pensamento é Eros Roberto Grau.

Para o autor, a compreensão equivocada de uma série de conceitos tidos como indeterminados pode conduzir a uma discricionariedade predatória da legalidade, ferindo a moralidade administrativa e a indisponibilidade do interesse público (GRAU, 2005).

A posição sustentada pelo autor foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal, conforme infere-se do julgado colacionado abaixo:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER foi demitido por ato de improbidade

administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando a norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. (Supremo Tribunal Federal, RMS n. 24.699-9/TO1751/PR, 1 Turma j. 30/11/1994).

Em sentido semelhante, Luís Roberto Barroso defende que os conceitos jurídicos indeterminados são expressões de texto aberto, que possuem plasticidade e fornecem um início de significação que pode ser complementado pelo intérprete, sempre considerando as circunstâncias do caso concreto (BARROSO, 2009).

Vê-se, portanto, que os conceitos jurídicos indeterminados são na realidade cláusulas geais que guiam a atuação do administrador para ajustar a norma ao caso concreto, não se confundindo com discricionariedade enquanto tomada de decisão política.

3.2 Conceito jurídico indeterminado e imprecisão da linguagem

Os conceitos jurídicos, via de regra, não atribuem significados a coisas, mas a ideias e valores jurídicos abstratos, construídos a partir das interpelações sociais de cada época (GRAUS, 1985).

Os conceitos jurídicos buscam, portanto, garantir a aplicação das normas jurídicas. Para que isso ocorra, é fundamental que eles sejam dotados de certeza, segurança jurídica e abstração, ou seja, devem ser aplicados para a coletividade como um todo e não apenas para um certo grupo. Só assim os conceitos adquirem a denominada coercibilidade social.

Nestes termos, o conceito representaria a essência do significado atribuído a cada fenômeno jurídico em cada tempo, de acordo com a estrutura social e com o conceito em que está inserido, posto que o direito também é um fenômeno social.

Por este motivo, Eros Grau conclui que a indeterminação não é uma característica dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas das expressões empregadas para caracteriza-los que variam significativamente, levando em conta as particularidades cada época.

Posicionando-se em sentido contrário, Celson Antônio Bandeira de Mello aponta que:

A imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula [...]. Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar (MELLO, 1993, p.21).

Ousamos discordar do eminente mestre, visto que uma das características da linguagem é justamente sua imprecisão. Conforme bem defendeu Eros Grau, conceitos jurídicos são ideias universais, e é essa universalidade que abre a possibilidade aos maus gestores de empregar tais conceitos e associá-los, pela via da representação e da criação de sentido, a situações concretas por meio de uma estratégia retórica bem direcionada e que se vale da extensão semântica desses conceitos para maculá-los, desviá-los de sua função.

3. 3 Conceitos jurídicos indeterminados e mediação institucional

Tecidas considerações acerca do uso indiscriminado da linguagem jurídica na seara pública, é mister analisar de maneira mais detalhada o conceito jurídico indeterminado.

Os conceitos jurídicos indeterminados estão presentes em vários ramos do direito, mas é no Direito Administrativo que essa categoria ganha destaque, justamente por sua vinculação à noção de discricionariedade.

A indeterminação desses conceitos se deve ao fato não terem sido bem delimitados pelo legislador no que tange a definição legal.

Conceitos como “interesse público”, “boa-fé”, “função social”, “bem comum” e “bons costumes” são juridicamente indeterminados em razão da abertura semântica de sua aplicação.

Como já vimos, parte da doutrina defende que o conceito jurídico indeterminado seria mais uma das causas de discricionariedade, entretanto, outra corrente defende que haveria tão somente um processo hermenêutico aplicável diante do poder judiciário.

Em verdade, normas jurídicas podem possuir conceitos objetivos, vale dizer, que não geram dúvidas no intérprete, pois são compreendidos facilmente pelo homem médio. Por outro lado, os conceitos jurídicos indeterminados demandam do

intérprete um esforço hermenêutico.

Vistos sob o prisma da jurisdição, o aperfeiçoamento desses conceitos indeterminados está condicionado a exposição de motivos feita pelo magistrado.

Significa dizer que

em um regime político democrático as decisões de uma autoridade judicial não podem prescindir da fundamentação. Além de ser necessária para o controle externo da decisão, é indispensável para a sua legitimação. Não se pode admitir que uma decisão seja correta simplesmente porque emanou de uma autoridade, por isso consiste em um elemento indispensável para a validade da decisão que sejam expostos as razões que levaram àquela decisão (SOUSA, 1986).

Assim, o julgador deverá explicar o sentido que atribuiu à abstração normativa.

Por seu turno, no âmbito da Administração Pública, onde comumente se vislumbra o exercício do poder discricionário, não poderá o gestor prescindir também dessa necessidade de justificação diante da adoção manifesta de conceitos indeterminados em seus expedientes decisórios.

O fato da vagueza dos conceitos conferirem ao administrador uma margem de oportunidade e conveniência para a tomada de decisão não deve significar, em respeito aos bens jurídicos protegidos pelo Estado de Direito, uma liberdade para agir com arbítrio dissimulado de obediência aos rituais autorizados pela lei.

Não obstante, ainda há discussão doutrinária sobre o a influência dos conceitos jurídicos indeterminados no agir discricionário.

António Francisco de Sousa vê os conceitos jurídicos indeterminados como como instrumentos concedidos pelo legislador ao gestor público, de modo que as atividades administrativas se desenvolvam sem solução de continuidade, adequadamente e no tempo exigido pelas circunstâncias concretas (SOUSA, 1986).

Tal visão, entretanto, edulcora uma realidade oposta nem sempre perceptível, isto é, quando a tomada de decisão é feita via representação institucional, corre-se o risco sério da apropriação da linguagem e deturpação do espaço aberto pelo legislador (NASCIMENTO, 2018).

Para Luís Eduardo,

A mediação social dos processos decisórios, por meio de instituições, não ancora em si mesma, mas emana do poder comunitário. Como a sociedade não tem uma essência pré-estabelecida, isto é, não é fundada num dado natural imutável, a questão da representação suscita grandes problemas (NACIMENTO, 2018, p. 83).

Em outras palavras, quando a coletividade objeto da norma está condicionada, por uma mediação institucional, às razões de decidir do interpretante, acreditar, sem senso crítico, que o agente cumprirá a finalidade pública na aplicação do conceito indeterminado significa abdicar da hipótese de sindicabilidade perante o Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O pressuposto de existência do Estado de Direito é a supremacia das leis – comandos normativos em abstrato – sobre todos os atores sociais (indivíduos e poder público), bem como o respeito aos direitos fundamentais. Desse modo, diferente do chamado Estado-Polícia onde o monarca limitava a capacidade de postular direitos frente a determinados comportamentos da Administração, o Estado de Direito Moderno sustenta uma retórica de garantia dos direitos individuais, contando, inclusive, com a separação de poderes como técnica aos parâmetros de atuação de cada atividade.

A ideia de segregação de poderes surge como técnica institucional basilar, haja vista a garantia de exercício de um poder político sem concentração, com a existência de instâncias independentes no denominado sistema de freios e contrapesos. Assim, a edição de leis seria tarefa do legislativo, a sua aplicação do executivo e o julgamento dos conflitos caberia ao judiciário.

Por seu turno, a Administração Pública, a quem cumpre o papel de efetivar as políticas públicas na sociedade, não atua simplesmente aplicando de ofício os comandos legislativos. Os órgãos pertencentes ao poder executivo, embora também submissos ao império da lei, possuem uma margem de ponderação na sua tomada de decisão, de modo que, em determinadas situações, poderão interpretar o conceito jurídico do modo mais oportuno e conveniente, em tese, ao interesse público.

Com efeito, a ideia de supremacia do princípio da legalidade como fonte do Estado de Direito, sem ponderações de ordem moral na tomada de algumas decisões no âmbito administrativo, deve ser questionada. A atuação administrativa vai além da expedição de comandos normativos para fiel execução da lei. O atendimento às formalidades na aplicação da norma não assegura sua legitimidade no caso concreto, de modo que devem ser verificadas as circunstâncias que atestam, de fato, o atendimento ao interesse público pelo agente, isto é, um agir pautado pelo princípio da juridicidade.

Contudo, o esforço de submissão dos atos emanados da Administração a uma instância judicial foi, historicamente, difícil. Mesmo após a separação entre a Administração e a Justiça, foram criados núcleos de atuação estatal que estavam imunes ao controle do poder judiciário, dentre eles os atos discricionários.

Em relação aos atos discricionários, tanto a doutrina como a jurisprudência ratificam sua importância para o gestor público, no sentido de existir uma liberdade de atuação diante da norma, sobretudo em razão do legislador não conseguir antecipar todas as situações passíveis de ocorrência nos espaços públicos.

Assim, a conduta pautada na discricionariedade, com a ponderação da oportunidade e da conveniência na tomada de decisão, é uma necessidade da Administração Pública e, a princípio, obstaria um questionamento do mérito pela via judicial como corolário próprio da separação de poderes aludida.

A possibilidade de atuar com uma margem de liberdade nas escolhas e distante do crivo do judiciário, entretanto, não raras vezes, resulta em desvios de poder. Por isso, juristas e doutrinadores desenvolvem teorias que expliquem e definam limites à discricionariedade no âmbito da Administração Pública.

Essa série de teorias que sintetizam um esforço intelectual em compreender o alcance do instituto do poder discricionário, também chamado de “itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa”, inclui a teoria dos elementos do ato com a possibilidade de controle dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários, passando pelo desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes), o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e, por último, o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

Acerca dos estudos doutrinários dos conceitos jurídicos indeterminados, localizados inicialmente na Áustria, as discussões giram em torno da extensão interpretativa desses conceitos, tais como ‘interesse público’ e ‘bem comum’, de modo que há questionamentos se sua aplicação no caso concreto ensejaria um controle jurisdicional ou pertenceria a reserva de mérito do gestor público.

Boa parte da doutrina, nacional e internacional, distingue conceito jurídico indeterminado e discricionariedade administrativa. E, partindo de uma visão de conceito jurídico indeterminado como categoria aberta ao processo hermenêutico – e como tal sujeito à imprecisão da linguagem e ao uso de mecanismos retórico-discursivos pelos agentes -, a tese majoritária é ampla sindicabilidade dos atos administrativos que se valem de tais conceitos.

A abordagem do tema, nesse sentido, além de discutir os limites à autonomia dos poderes no Estado de Direito, inclui a análise dos limites interpretativos aplicados

aos pressupostos jurídicos indeterminados que, por vezes, validam o ato administrativo discricionário, sem uma análise dos instrumentos discursivos utilizados na construção do texto.

Portanto, analisar o processo de aplicação de normas sob a ótica dos mecanismos retórico-discursivos é fundamental à aferição da legitimidade dos atos no âmbito da Administração Pública, haja vista existirem, não raras vezes, motivações interna corporis a engendrar essa produção de atos discricionários, tornando a norma um mero instrumento retórico desconectado da realidade funcional circundante.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Retórica**. Tomo I. Lisboa: IN-CM, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Desvio de poder. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BORRALHO, Maria Luísa Malato; CUNHA, Paulo Ferreira da. **Manual de retórica e direito**. Lisboa: Quid Juris, 2007.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 1-16, jan./mar. 1951.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1957

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomaz-Ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. 3. ed. Madrid : Civitas, 1983.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre os conceitos jurídicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 74, p. 217-221, abr./jun. 1985.

_____. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2005.

KELSEN, H. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

KOCH, Ingedore Villaça. **A inter-ação pela linguagem**. São Paulo, Contexto, 2003.

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

MORRIS, C. W. **Foundations of the Theory of Signs**. Chicago: University of Chicago Press, 1938.

NASCIMENTO, Luís Eduardo Gomes do. **A analogia contra o fantasma do indecidível**. Disponível em: <<https://www.eapois.com/a-analogia-contra-o-fantasma-do-indecidivel#:~:text=O%20mecanismo%20sutil%20da%20corros%C3%A3o,%20normatiza%C3%A7%C3%A3o%20ap%C3%B3crifa%20dos%20fatos.>>. Acesso em 20 mai. 2022.

_____. **As Antinomias do Direito na Modernidade Periférica**. Paulo Afonso: editora SABEH, 2018.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 41-78, out. 1946.

REBOUL, Olivier. **Introdução à Retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SANCHEZ MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Tecnos, 1995.

SANTAELLA, Lucia. **A teoria geral dos signos: como as linguagens significam as coisas**. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2004.

_____. **O que é Semiótica**. São Paulo. Ed Brasiliense, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de Linguística Geral**. São Paulo, Editora Cultrix, 1997.

SIMÕES, Darcilia . **Semiótica e linguagem: uma visão filsofófico-lingüística das diversidades**. Semioses, Rio de Janeiro, v. 1, 2006.

SOUSA, António Francisco. **“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. Os “conceitos legais indeterminados” no direito administrativo alemão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TEODORO, Fabiano Jardel. **Retórica e argumentação no discurso jurídico**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66932/retorica-e-argumentacao-no-discurso-juridico>> Acesso em 20 mai. 2022.

TORRES NETO, José Lourenço. **Influências na retórica (do direito) a partir de**

parmênides e heráclito. Revista Quaestio Iuris. Rio de Janeiro, 2018.