

A interpretação da linguagem do Regime Jurídico Administrativo

JETE JANE FIORATI
WILSON FIORATI JUNIOR

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. A linguagem do Direito e sua interpretação. 3. A interpretação do Direito e a moderna lingüística. 4. O Regime Jurídico Administrativo. 5. A linguagem do Regime Jurídico Administrativo e a interpretação dos conceitos indeterminados. 6. Conclusões.

1. Introdução

O trabalho do legislador, o do juiz, o do administrador, o do intérprete e o do jurista em geral têm como instrumento comum a palavra. Saber o significado e o sentido das palavras da lei é parte integrante do mundo do jurista: sem o descobrimento do alcance das palavras e das expressões presentes no mundo jurídico inexistirá a possibilidade de sua aplicação.

Com o advento em nosso País da redemocratização, a aplicação do Direito Público, especialmente as normas que compõem o Regime Jurídico-Administrativo, passou a ter vital importância para a sobrevivência da ordem jurídica, que possui na relação da administração com os administrados um de seus alicerces, uma vez que num Estado de Direito o administrador está adstrito à lei e não poderá desviar-se dela para garantia de interesses e fins que não sejam aqueles prescritos pelas normas.

Durante o regime militar que se instaurou no Brasil por mais de vinte anos, cristalizou-se a prática de que cabe ao administrador exercer competência discricionária para determinar o significado de expressões vagas presentes no Regime Jurídico Administrativo. Se assim era, impossível ao Judiciário questionar a interpretação: tratava-se de uma escolha de significado feita pelo administrador. Com a

Jete Jane Fiorati é Professora de Direito Internacional da UNESP, Mestre e Doutora em Direito.

Wilson Fiorati Junior é Bacharel em Direito e Pesquisador Autônomo.

volta ao Estado de Direito, necessário se faz o abandono desta prática, que se entrenchoca com o regime democrático, uma vez que não é por meio do exercício da competência discricionária que se determina a significação de uma expressão vaga. Essa determinação é possível por meio da interpretação, que não se cinge à competência discricionária, mas configura-se numa atividade vinculada à lei e, portanto, passível de exame judicial, tal como ocorre nos diversos Estados democráticos de direito instalados no Ocidente.

É necessário, portanto, dotar o Brasil de um sistema jurídico administrativo cujas normas sejam aplicadas pelo administrador segundo sua significação objetiva e atual e não segundo significado subjetivo que lhe é dado pelo administrador, cuja impossibilidade de reexame judicial poderia levar a abusos contra a própria ordem jurídica.

2. A linguagem do Direito e sua interpretação

Durante o processo de evolução das espécies, um fator essencial diferenciou o homem de todas as outras espécies: a comunicação por intermédio de palavras. Só os homens utilizam a palavra como meio de comunicação: por meio da expressão do pensamento e do raciocínio, foi possível a elaboração de uma forma socializada de designação dos objetos e das idéias expressa por intermédio dos signos (símbolos e significados).

O uso da palavra pelos homens fez com que estes abandonassem a convivência instintiva assentada na idéia de sobrevivência e perpetuidade da espécie para que constituída fosse uma sociedade humana organizada, de caráter nitidamente finalístico, visando à realização de projetos, objetivos e idéias comuns.

Surgida a comunicação por palavras, a sociedade também se disciplinou por meio delas. A linguagem tornou-se o instrumento da lei e da concretização da norma como padrão de conduta exigível de todos os membros da sociedade indistintamente. Na vida cotidiana, os homens utilizam as palavras para diversos fins e o Direito, como norteador de condutas, deve procurar fazer uso de uma linguagem coerente com os fins que disciplina.

Nestes muitos milênios de existência, a sociedade humana tornou-se complexa, estratificada e especializada em diversos

campos: o Direito como disciplinador das relações sociais sofreu idêntico processo de especialização e estratificação, mas nunca perdeu seu caráter genérico norteador das condutas humanas. Se assim é, para ser compreendido e respeitado, o Direito sempre fez uso de palavras de todos conhecidas, ou seja, a linguagem do Direito é expressa por meio comum a todos os membros de uma dada sociedade.

Imprescindível também a observação de que as normas possuem uma função prescritiva, impondo padrões mínimos de conduta para que seja possível à sociedade humana organizada a concretização de seus fins. Como nem todas as normas são observadas por todos os membros da sociedade, é necessário a existência de um poder, que represente abstratamente a organização da sociedade, encarregado de adequar as normas, genéricas e abstratas, aos casos concretos e específicos, e de verificar seu efetivo cumprimento. É o poder quem cria e concretiza a norma.

Os diversos acontecimentos muitas vezes não estão em conformidade com as prescrições contidas nas normas. As normas, por sua vez, também descrevem fatos, tidos por conformes ou contrários à ordem jurídica. Os fatos da vida social e as normas que os regulamentam como condutas institucionalizadas não são categorias separadas. Unem-nas o valor. Sobre os fatos, incidem valores diversos, mas apenas alguns deles, por serem valores aceitos na sociedade como representativos de seu caráter, serão normatizados e constituirão regras obrigatórias de conduta.

Fruto de longa evolução histórica, o processo atual de elaboração, interpretação, execução e aplicação das leis começou a possuir a feição atual no século XVIII, quando as Revoluções Americana e Francesa firmaram o princípio da separação dos poderes de fazer, executar e aplicar as leis em detrimento do poder absoluto do rei, anteriormente representante exclusivo do Estado, forma de organização social e de exercício do poder. Com a separação dos poderes e das funções do Estado e a institucionalização do princípio da legalidade, também o Estado, especialmente os órgãos que têm a função de geri-lo, executando as leis, ou seja, a Administração Pública, tornaram-se submissos à lei, feita pelo Legislativo, que representa a sociedade organizada.

Com o advento do *Welfare State*, no qual o Estado, além de provedor da segurança e justiça

públicas, tornou-se também o responsável pela melhoria das condições de vida das pessoas, por meio da oferta de bens e serviços públicos, as suas funções tornaram-se mais complexas, especialmente no que se refere à administração da *res publica*. Se assim é, houve necessidade da elaboração de um corpo orgânico de princípios e leis que tivessem por objetivo a disciplina jurídica, a fixação de direitos, deveres objetivos, atividades, meios e limites do exercício da Administração Pública. Deste corpo orgânico de normas constitui-se o Regime Jurídico Administrativo.

Se o Estado representa a forma moderna de organização da sociedade, detendo o exercício do monopólio da violência, e cabe à Administração Pública gerenciá-lo, segundo os critérios estabelecidos em lei, é possível afirmar que também a linguagem utilizada na confecção do regime jurídico administrativo é uma linguagem natural, que possibilita aos cidadãos o exercício da fiscalização das atividades da Administração Pública no cumprimento de suas funções e das determinações legais.

Assim, se a linguagem do Direito como um todo, disciplinador das condutas dos súditos e da Administração Pública, é a linguagem natural dos homens, cumpre aprofundá-la por meio de estudos que problematizem a “passagem” e a mutação do caráter da norma: de genérica e abstrata – quando descrita ou prescrita em lei, ela torna-se concreta e específica – quando executada pelo administrador ou aplicada a um caso concreto. Neste processo a interpretação das palavras, no qual são expressas as normas, desempenha um papel crucial: elas serão o ponto de partida e balizamento para aplicação da norma ao caso concreto.

Se a linguagem é o instrumento de expressão do Direito, que, por sua vez, constitui-se na disciplina de condutas humanas na sociedade organizada, fundamental é compreender o significado das palavras da lei e sua interpretação, seja individualmente (interpretação gramatical ou literal), seja em conjunto com outras palavras formando um texto ou comando (interpretação lógica), seja avaliando a inter-relação deste conjunto de palavras com outros textos presentes no ordenamento jurídico (interpretação sistemática), seja cotejando este texto com a vida social no presente e no passado (interpretação histórica), ou seja, enfim, examinando as finalidades deste texto legal (interpretação teológica).

Signos e significados foram definidos pelo arbítrio dos homens, uma vez que as palavras são signos que representam a realidade e não possuem uma relação de causa e efeito com o objeto representado. Para iniciarmos o processo de interpretação da lei é essencial verificarmos que estas palavras podem simbolizar realidades diversas, especialmente quando são analisados o seu conteúdo semântico, ou seja, a sua função dentro do processo de comunicação, e sua referência a objetos, o seu uso e o sujeito que delas faz uso.

Estabelecer uma diretriz para a interpretação afirmando que as palavras possuem o mesmo significado pode fazer sentido no que se refere à linguagem técnica da matemática ou das ciências da natureza (Química, Física e Biologia) onde impera a univocidade própria do convencionalismo científico. Assim, quando determinado elemento químico é individualizado na natureza ele recebe um nome científico, pelo qual será conhecido em toda a comunidade científica. O convencionalismo científico é expresso e unívoco, sendo que as palavras possuem cada qual um único significado.

Já a linguagem do Direito, uma vez constituir-se o Direito na “conduta humana objetivada”¹, é uma linguagem natural com todas as imperfeições e múltiplos significados dela decorrentes. Sua função é dar expressão às normas que direcionam condutas e comportamentos; e há necessidade de que suas prescrições sejam compreendidas para serem obedecidas. As palavras da qual se compõem a linguagem natural são fundadas num convencionalismo tácito e na arbitrariedade de significados, que variam conforme sua posição dentro do processo de elaboração da lei, conforme seu uso e o agente que dela faz utilização.

Na linguagem natural as palavras possuem significados equívocos, que se modificam conforme o uso que delas se faz. A palavra direito, por exemplo, possui diversos significados e pode ser utilizada como substantivo ou adjetivo. Se utilizada como substantivo poderá significar:

a) Direito é o justo ou o correto (Direito igual à Justiça);

b) Direito é o conjunto de normas jurídicas vigentes num país (Ordenamento Jurídico);

¹ RECASÉNS SICHES, L. *La nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. 2. ed. México, Porrúa, 1973. p. 33.

c) Direito é faculdade que a lei concede a alguém para praticar ou não um determinado ato ou prerrogativa concedida por lei (Direito Subjetivo);

d) Direito é uma ciência das normas obrigatórias que disciplinam a vida do homem em sociedade, utilizando-se de métodos próprios e possuindo princípios próprios (a Ciência do Direito);

e) Direito é o complexo de normas de caráter obrigatório impostas pelo Estado e que compreende as normas do Direito Costumeiro e do Direito Escrito (Direito Positivo);

f) O Direito pode ainda ser definido como uma grande árvore que possui diversos ramos: direito processual, direito civil, direito administrativo, direito internacional, entre outros;

g) Direito é prerrogativa, privilégio ou regalia.

Quando usado como adjetivo *direito* poderá significar, ao conferir uma qualidade a algo ou a alguém:

- a) destro;
- b) que segue a mesma direção, reto;
- c) que não é curvo;
- d) que é aprumado ou ereto;
- e) honesto, probo, honrado, justo;
- f) leal, franco, sincero.

Vê-se, portanto, que a linguagem natural é uma linguagem de textura aberta, ou seja, as palavras e expressões nela contidas possuem significados vagos e ambíguos. O Direito serve-se dessa linguagem natural para atingir suas finalidades de nortear e disciplinar condutas sociais. As leis devem ser adequadas à realidade dos homens, e esta nem sempre é única e igual: ao contrário, há a necessidade de defini-la a todo momento. Assim também o direito tem a necessidade de redefinição a todo momento de seus conceitos e significados, haja vista que a lei expressa-se na mesma linguagem da realidade cotidiana, e esta linguagem compõe-se de palavras que carecem de um significado unívoco.

Segundo Genaro Carrió, as palavras têm dupla função: “denotam o conjunto de objetos e conotam as características e propriedades destes mesmos objetos”². Para o mesmo autor as palavras são conotadas porque seu significado é aferido em função do contexto lingüístico e da situação humana a que se aplicam, já que as palavras muitas vezes

possuem usos emotivos ou metafóricos. E são denotadas quando se tem dúvida por imprecisão de uso da mesma, uma vez que ela pode designar genericamente fenômenos qualitativos e continuativos. Nesse sentido, acentua ainda Carrió “todas as palavras da lei são potencialmente vagas”³.

Para Christiano José de Andrade “A vagueza é pertinente à extensão e a ambigüidade à intensão”⁴. Neste sentido sempre haverá necessidade de redefinição do seu conteúdo, e tendo em vista a potencial vaguidade das palavras da lei, conclui-se que todas as palavras da lei carecem de interpretação.

Compreende-se o Direito como um produto derivado do pensar e do fazer do homem em sociedade. Fato, valor e norma integram-se e completam-se constituindo o Direito como sistema de regulamentação da vida social. Surgido da sociedade o direito a ela retorna para disciplinar suas inter-relações. Esta compreensão da função do Direito é fruto do desenvolvimento da Ciência do Direito nestes últimos dois séculos.

Durante a Idade Média, o Direito era identificado com a vontade de Deus e tanto a vida religiosa quanto a vida cotidiana estavam submetidas às mesmas normas religiosas. Com o advento do absolutismo monárquico, o Direito passou a ser elaborado pelos reis, governantes por direito divino, e por eles mesmos aplicado. No século XVIII os filósofos do Iluminismo, especialmente Rousseau e Montesquieu, afirmavam que o Direito tinha por objeto a disciplina da vida do homem em sociedade, e este mesmo Direito passou a constituir-se objeto da razão humana: os homens fazem as leis por intermédio de seus representantes eleitos, cabendo aos administradores realizá-las integralmente e aos juízes a função de aplicá-las aos casos em litígio.

Igualmente defensores da tese de que cabia ao administrador e ao juiz serem escravos da lei, fazendo um silogismo ao enquadrar o caso concreto à lei, foram os juristas franceses filiados à Escola da Exegese, à Escola Analítica Inglesa e à Pandectas da Alemanha. Pandectistas, analíticos e exegeticos acreditavam “ser possível estabelecer clareza e segurança absolutas por meio de normas rigorosamente

³ Ibidem, p. 36.

⁴ ANDRADE, C. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 158.

² CARRIÓ, G. *Notas sobre Derecho y language*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1979. p. 27.

elaboradas, e especialmente garantir uma absoluta univocidade a todas as decisões administrativas e judiciais”⁵. Estas concepções deram origem no final do século XIX ao Positivismo Jurídico.

Para o Positivismo Jurídico, que teve como seu maior sistematizador Hans Kelsen, jurista austríaco que viveu neste século, o ordenamento jurídico configura-se num sistema fechado, tendo sua validade fundada numa hierarquia de normas jurídicas que se assemelha a uma pirâmide jurídica. Desta forma, as normas que se situam na base da pirâmide retiram sua validade daquelas que estão em patamar superior e assim sucessivamente, concluindo-se que todas as leis tiram sua validade da Constituição e esta da norma hipotética fundamental, que possui caráter metanormativo e que num sistema democrático poderia ser expressa pelo poder constituinte.

Não cabe ao juiz ou ao administrador perquirir o processo de elaboração das normas e sua veiculação por intermédio de leis, mas sim executarem-nas sem deixar que nesta execução interfiram valores ou concepções extrajurídicas. Neste sentido o modelo normativo preconizado por Kelsen e pelos positivistas assemelha-se a um modelo matemático onde cada fato tem seu correspondente numa norma, sendo que o conjunto de normas, que se configura no ordenamento jurídico abarca a todos os fatos, atos e condutas humanos. Como um sistema fechado, o Direito possuiria uma linguagem com termos próprios, suficientemente claros para esclarecer eventuais dúvidas do administrador na execução de normas e do juiz na sua aplicação aos casos concretos.

Com o passar dos tempos, essas concepções sofreram modificações: a ascensão de Rudolf von Ihering e sua doutrina de interesses e fins, a Escola da Livre Pesquisa de François Geny, a Escola do Direito Livre de Stammler e Kantarovikz, a Escola Sociológica Francesa, o Realismo Jurídico Norte-Americano de Marshall e Pound, o realismo Escandinavo com Alf Ross à frente, a Escola Ecológica de Carlos Cósio, a Escola Culturalista de Miguel Reale e a Lógica do Razoável de Rawls e Recaséns Siches, bem como a Tópica de Viehweg, Engisch, Carrió e Tércio Sampaio Ferraz. Essas

⁵ ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 272.

Escolas do pensamento jurídico passaram à defesa de uma maior liberdade do juiz e do administrador em relação à lei, seja porque nem sempre a lei é precisa e suficiente para ser executada cotidianamente ou aplicada aos casos concretos, nem é possível que abarque todos os casos novos e as rápidas modificações da realidade, seja porque se entende que o sentido das normas deva evoluir segundo a realidade social e esta muda.

Daí nos tempos atuais falarmos em interpretação da lei e não escravidão à lei num processo rígido de subsunção silogística que atrelava administrador e juiz à norma. Assim, cabe ao administrador na execução do regime jurídico administrativo e ao juiz durante a sua aplicação aos casos concretos interpretar-no segundo um prisma de valores atualizados.

3. A Interpretação do Direito e a moderna lingüística

Na clássica definição de Carlos Maxiliano a interpretação “é um sistema de princípios utilizados pelos juristas para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”⁶. Já nos tempos do Direito Romano a interpretação era muito utilizada e muito contribuiu para a evolução do Direito, seja a hermenêutica dos jurisconsultos, seja a aplicação dos pretores. A decadência ocorreu no período do Baixo Império fez com que os poderosos do tempo restringissem as atividades dos juristas à busca do sentido e alcance da lei cujas palavras que não fossem claras. Cunhou-se o brocardo *in claris cessat interpretatio*. Em nossos dias esta posição doutrinária é isolada, visto que a linguagem possui aspectos que, embora claros, dificultam a interpretação e o entendimento da lei.

Segundo Karl Larenz: “Objeto da Interpretação é o texto legal”. Por interpretação de um texto entendemos a exposição, o esclarecimento do sentido nele encerrado. Daí não se segue que só num texto particularmente obscuro, difícil de entender ou impreciso, haja carência de interpretação. Pelo contrário, a necessidade de interpretação de todos os textos deriva, como vimos antes, de a maioria das representações gerais e dos conceitos da linguagem corrente terem ‘contornos imprecisos’. Acresce que o uso lingüístico muitas

⁶ MAXIMILIANO, C. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 12. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990. p. 01.

vezes oscila e que o significado de uma palavra pode variar segundo a posição na frase, a acentuação ou o contexto do discurso. Mesmo onde o legislador definiu para seu uso um conceito, delimitou-o portanto em pormenor, eis que a definição quase sempre contém de novo elementos que precisam de uma avaliação mais pormenorizada. Quando o Código Civil alemão faz saber, por exemplo, que a expressão *imediatamente* significa o mesmo que *sem demora culposa*, é agora preciso a interpretação para saber quando é culposa a demora. Uma exatidão completa da delimitação só se pode alcançar quando, como é o caso das marcações de prazos, se pode trabalhar com números exatos ou quando se trata de um conceito individual como *República Federal Alemã*⁷.

Definir e determinar o alcance da lei e seu sentido no tempo atual é interpretar. Interpretar é, portanto, definir novamente, é conceituar atualmente. Para Luís Alberto Warat “interpretar a lei implica sempre a produção de definições eticamente comprometidas e, por isso, persuasivas”⁸, visando convencer o receptor a compartilhar o juízo de valor postulado pelo intérprete. Interpretar é produzir definições persuasivas que implicam a prévia realização de um processo redefinitório, alterando as características de relevância de um termo, permitindo ou provocando uma mudança em sua denotação, utilizando-se para isto de critérios axiológicos ou valorativos.

Casos de redefinição são as imprecisões expressas na vagueza e ambigüidade dos termos. Nos casos de vagueza e definição é aclaratória produzindo na realidade uma redefinição de termos. Nos casos de ambigüidade as palavras têm múltiplos significados, cabe ao juiz redefinir, confrontando os significados ao caso concreto, qual deles tem maior relação de significância com a situação concreta. Para Genaro Carrió “formular uma definição persuasiva é recomendar um ideal, modificando o significado descritivo de uma palavra, uma vez que os juízos valorativos estão encobertos por definições empíricas, objetivas e neutras, pois se consubstanciam de palavras que possuem forte conteúdo emotivo”⁹. Estes

juízos de valor encobertos não se ocultam somente sobre a aparência de prescrições, mas também de descrições de fatos.

A lingüística ao estudar os signos estabeleceu três dimensões ligadas ao grau de liberdade de uso: a dimensão sintática, onde os signos são avaliados em sua relação com outros signos; a dimensão semântica, onde se avalia os signos em relação a objetos e a dimensão pragmática, onde os signos são avaliados em relação ao usuário, intérprete ou destinatário. A linguagem do Direito é uma linguagem natural imprecisa ou dúbia e esta dubiedade ou imprecisão manifestam-se nos diversos usos da língua.

A ambigüidade reflete uma imprecisão semântica: a mesma palavra pode ter vários significados diferentes, conotando as propriedades do objeto de forma diversa. São exemplos de ambigüidade: manga, trabalho, ciência, repouso noturno, adultério. Estas imprecisões fazem com que o intérprete redefina o conceito a cada aplicação que dele faça no caso prático, utilizando como referencial o caso concreto ao qual aplicará o conceito, buscando entre eles uma relação de significância.

Também pode surgir ambigüidade na sintaxe, embora sua manifestação ocorra em menor grau e sempre ligada ao uso de conectivos como *e/ou* e às palavras *poder* e *dever*. Na lição de Alípio Silveira, interpreta-se a palavra *poder* como *dever* se a conduta estiver ligada a procedimento da Administração Pública: “O Estado pode oferecer universidades” deve ser interpretado como o “Estado deve oferecer universidades”, segundo a interpretação usualmente observada em nossos Tribunais, conforme enfatiza o mesmo autor¹⁰.

Já a vagueza está ligada à imprecisão de significados no que tange à sua extensão: a palavra é fluída e incerta em sua denotação como calvo, culpa, mulher honesta, interesse público, local adequado, motivo justo, motivo relevante e urgente. A vagueza está ligada ao que se chamaria de conceitos indeterminados, sejam eles naturalísticos ou jurídicos. Philipp Heck distingue nos conceitos jurídicos um “núcleo conceitual” e um “halo conceitual”. Para o mesmo Heck nos conceitos naturalísticos tem se sempre a noção clara da extensão do conceito quando se está no núcleo, iniciando-se as dúvidas quando se está no halo. Cita como

⁷ LARENZ, K. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José de Sousa e Brito e José Antônio Veloso. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969. p. 355-356.

⁸ WARAT, L. A. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre : Síntese, 1979. p. 93.

⁹ CARRIÓ, op. cit., p. 104. nota 2.

¹⁰ SILVEIRA, A. *Hermenêutica no Direito brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968. p. 103.

exemplo a palavra noite: é noite às vinte e quatro horas, quando domina a escuridão, mas surgem dúvidas quando se afirma que é noite às dezoito horas, no momento do crepúsculo¹¹. Igual exemplo pode ser dado quando se trata de conceitos normativos cujo sentido se encontre preenchido por uma valoração interpretativa, como é o caso de expressões como ato vil, interesse público, mulher honesta.

A “teoria do halo” de Phillip Heck é tratada também por Genaro Carrió com o nome de “teoria da penumbra”. Segundo Carrió “todas as palavras são potencialmente vagas”¹². Para este jurista argentino “há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam exemplos típicos, aqueles frente aos quais não se duvida que a palavra é aplicada; há uma mediata zona de obscuridade circundante onde se sabe que a palavra não se aplica e entre as duas há uma zona de penumbra sem limites precisos onde se tem dúvidas sobre o emprego da palavra”¹³. Na “zona de penumbra” situam-se os conceitos como o de mulher honesta, interesse público, pequeno prejuízo ou pequeno valor.

Cabe ao intérprete descobrir o significado das palavras tendo como ponto de partida a expressão como um todo, porque o que se visa é determinar o significado da expressão. Portanto a interpretação semântica não é silogística, mas uma redefinição do conceito que é por natureza vago ou ambíguo. No mundo do direito onde impera a linguagem natural, as expressões jurídicas, até mesmo as tecno-jurídicas, são relativas e incertas porque referem-se ao que é genérico na sociedade humana, referência esta decorrente da própria lei, que tem natureza genérica e abstrata. E o genérico e o abstrato nunca têm o mesmo significado para todas as pessoas em todos os contextos. Por isso são grandes as divergências jurisprudenciais no que tange à interpretação das palavras da lei.

Além das dimensões sintática e semântica da interpretação, há necessidade de se levar em conta a sua dimensão pragmática, ou seja, a compreensão da relação entre o intérprete, o destinatário e o usuário. Trata-se do “estudo do ato de falar enquanto uma relação entre emissor e receptor na medida em que é mediada por signos lingüísticos”¹⁴. Conclui-se portanto

que a dimensão pragmática do símbolo se compõe do estudo da interação entre o receptor e o emissor, tendo por objeto um discurso dogmático, onde prevalecerá a opinião escolhida pelo emissor entre todas as opiniões possíveis, num processo de metacomunicação (a comunicação do intérprete sobre a comunicação da lei) que, por sua vez, será imposta ao receptor. Dessa forma, todo discurso normativo “revela uma violência simbólica, enquanto imposição, por um poder arbitrário, de um tipo de relação comunicativa que impõe o significado do relato”¹⁵. Por isso se vê que o aspecto pragmático da interpretação está ligado a uma interação de valores pressupostos.

Como as palavras são vagas e ambíguas e veiculam valores, observa-se que a uniformização de seu sentido liga-se à normatização pelo poder, à violência simbólica, “o poder capaz de impor significações como legítimas, dissimulando as relações de força que estão no fundamento da própria força”¹⁶. É um arbítrio que reforça o significado socialmente aceito, uma vez que “a variedade e diversidade dos sentidos decorrem também da multiplicidade dos pontos de vista dos atores sociais: várias opiniões, vários sentidos; é preciso, pois, produzir consenso... A organização dos símbolos apóia-se num processo de neutralização de outros agentes, os terceiros, sociais que são, assim, uniformizados e, como tais, tomados como ponto de referência. A uniformização dos sentidos pela neutralização de opiniões dos outros é obtida por regras pragmáticas de controle social e, isto requer, de novo, uma forma de poder de violência simbólica: o poder liderança... Por fim a variedade e diversidade dos sentidos decorrem também da multiplicidade dos símbolos e sua conseqüente vaguidade e ambigüidade. Faz mister neutralizar o próprio símbolo conferindo denotação e conotação razoavelmente precisas aos seus conteúdos. A uniformização, neste caso, requer também uma forma de poder de violência simbólica: o poder reputação, enquanto controle do repertório simbólico”¹⁷.

Neste sentido tanto Warat quanto Carrió enfatizam que interpretar significa produzir definições persuasivas que decorrem de argumentos valorativos, escondendo juízos de valor sob a aparência de definições pretensamente

¹¹ HECK, apud ENGISCH, op. cit., p. 173. nota 5.

¹² CARRIÓ, op. cit., p. 33, nota 2.

¹³ Idem, p. 35.

¹⁴ FERRAZ JR., T.S. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo : Atlas, 1991. p. 04.

¹⁵ Idem, p. 175.

¹⁶ Ibidem, p. 251.

¹⁷ Ibidem, p. 225.

empíricas, objetivas ou neutras¹⁸. Não se pode, no entanto, afirmar que: pelo fato de os signos lingüísticos serem convencionais, aceitos e compreendidos por emissores e receptores num processo intermediado pela violência simbólica, o intérprete tinha total liberdade para estabelecer o nexo entre o significante e o significado. Esta negativa se dá porque a língua é uma convenção recebida e transmitida por herança, e o intérprete não pode fazer o que quiser com o signo porque a sua significação tem um caráter institucional, social e ideológico. No dizer de Christiano de Andrade:

“Após a convenção a língua entra num processo de institucionalização, que escapa ao nosso controle. Essa institucionalização limita o intérprete, que não pode trocar os significados das palavras à vontade. Também essa institucionalização regula as relações sintagmáticas e associativas que, por sua vez, limitam o intérprete. Todavia, este do seu lado, tem certa liberdade que depende de seu grau de capacidade ou habilidade de manipular, no seu nível institucional, as associações possíveis”¹⁹.

Desenvolve-se a interpretação literal como uma paráfrase da linguagem normativa, onde há uma explicação e uma reformulação do texto com a eliminação dos defeitos e inconveniências, obtendo-se um substitutivo expressivamente mais claro e formulado em termos mais convenientes e o parafraseado é o sentido mesmo da expressão, objeto da interpretação. “A paráfrase permite alterar o contexto verbal do discurso sem modificar seu significado; é uma técnica retórica capaz de aumentar a eficácia comunicativa da linguagem, funcionando como um aperfeiçoamento em relação ao texto parafraseado”²⁰. A função da paráfrase é criar uma motivação para a linguagem normativa num claro exemplo de violência simbólica.

Já se afirmou que a interpretação resulta no arbitrário socialmente aceito, que é obtido por intermédio de decisões, legislativas ou judiciais, que exigem critérios interpretativos próprios na sua elaboração. Estes critérios quando confrontados com a ambigüidade e vagueza resultam na impossibilidade de subsunção através de silogismo e evidenciam a

existência de elementos valorativos que permitem a aplicação das normas aos casos concretos. Estes critérios são igualmente vagos: o bem comum, o interesse geral, o interesse público, a paz social e outros. Ao decidir, o juiz necessita da cooperação das partes e, portanto, deverá revelar esta decisão por meio de um discurso que implica comunicação e esta se dá durante todo o processo, com a possibilidade de argumentação entre as partes. Assim o pensamento jurídico opõe-se ao pensamento demonstrativo e universal, constituindo-se num raciocínio persuasivo e axiológico válido para determinadas pessoas e situações. É um raciocínio dialético que parte de um caso concreto e não de uma norma a interpretar.

Theodor Viehweg compreende o raciocínio jurídico como raciocínio argumentativo ou dialético, porque parte de opiniões geralmente aceitas, sendo que estas opiniões podem ser definidas como aquelas admitidas por todos²¹. Segundo Tércio Ferraz Júnior, “os conceitos e proposições básicos dos procedimentos dialéticos constituem-se não axiomas nem postulados de demonstração, mas sim fórmulas variáveis no tempo e no espaço, de reconhecida força persuasiva no confronto de opiniões”²², configurando-se pois numa prática (ou práxis) de argumentação aplicável ao exercício retórico.

Como estilo ou modo de pensar, a tópica parte de um caso particular procurando acoplá-lo a princípios e conceitos sem se ater a procedimentos rigorosamente verificáveis, mas sim utilizando-se de argumentos dialéticos, que têm como ponto de partida valores do senso comum como Estado de direito, direitos humanos, legitimidade, justiça, buscando obter de alguém um consenso para uma tese proposta. É um pensamento indutivo que tem como premissas opiniões, possíveis e factíveis.

Tópica foi a jurisprudência romana na argumentação dos juriconsultos, homens notáveis, cujos pensamentos e opiniões tornaram-se argumentos de autoridade. Neste sentido a jurisprudência configura-se numa técnica que é colocada a serviço da solução de um problema e corresponde à tópica, que é uma técnica do pensamento problemático. Para Karl Engisch a tópica seria a “teoria da arte da descoberta e da utilização de pontos de vista e de argumentos no tratamento de problemas que

¹⁸ WARAT, op. cit., p. 93, nota 8.

CARRIÓ, op. cit., p. 104, nota 2.

¹⁹ ANDRADE, op. cit., p. 197, nota 4.

²⁰ Idem, p. 173.

²¹ VIEHWEG, T. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio S. Ferrar Jr. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 36.

²² FERRAR JR, op. cit., p. 298, nota 14.

se recusam a uma solução rigorosamente dedutiva²³. Como a tópica constitui-se num pensamento que trabalha com juízos de valor, utiliza-se de uma lógica e teleológica.

Para finalizar é possível verificar que José de Oliveira Ascensão enfatiza que a tópica e a retórica são importantes no nosso mundo porque este é pragmático e opera por meio da funcionalidade, que valoriza o argumento, os elementos formais e a opinião em detrimento da verdade²⁴. Se assim é, impossível pensar o Direito como um sistema fechado, com linguagem própria, sem lacunas e sem obscuridades, como queriam os positivistas.

4. O Regime Jurídico Administrativo

O Direito Administrativo Brasileiro como ramo do Direito Público possui em seu conteúdo um conjunto de normas e princípios cogentes de aplicabilidade imediata que regulam e controlam a atividade administrativa do Estado no que se refere aos atos praticados pelo Poder Público por meio de seus agentes. Regime Jurídico Administrativo é a denominação dada a este conjunto de princípios que compõem uma unidade lógica que confere identidade ao Direito Administrativo e constitui o alicerce para toda sistematização posterior das normas que o compõem. Segundo Vedel “entende-se por regime jurídico administrativo as regras essenciais que dominam a atividade administrativa, isto é, os princípios fundamentais do Direito Administrativo”²⁵.

O Regime Jurídico Administrativo tem como princípios fundamentais a supremacia do interesse público sobre os interesses privados e a indisponibilidade pela administração pública dos interesses públicos. São estes dois princípios que lhe conferem o caráter de direito público e as suas especificidades, bem como sua natureza jurídica. Determinar a natureza jurídica significa qualificar determinadas relações existentes na vida social fazendo incidir sobre elas o Direito. Segundo Jacob Dolinger,

“A qualificação ou natureza jurídica é um processo tecno-jurídico sempre presente no direito, pelo qual se classifica ordenadamente os fatos da vida relativa-

mente às instituições criadas pela Lei ou pelo Costume, a fim de bem enquadrar as primeiras nas segundas, encontrando-se assim a solução mais adequada e apropriada para os diversos conflitos que ocorrem nas relações humanas”²⁶.

Se assim é a realidade com a qual se defronta o Direito Administrativo refere-se à regulamentação das atividades e da essência ou caráter da administração pública que se exteriorizam em seus poderes e deveres para a realização dos interesses públicos, que, por serem públicos, estão em patamar de superioridade em relação a interesses privados e à impossibilidade da administração pública de desviar-se dos interesses públicos. Nesse sentido podemos dizer que o Direito Administrativo assenta-se sobre as prerrogativas e potestades da administração pública, cuja essência e caráter ligam-se à titularidade exclusiva da dicção do interesse público, e o interesse e os direitos do administrado frente às prerrogativas desta mesma administração pública.

Para que o Regime Jurídico Administrativo esteja configurado é necessário um exame pormenorizado de seus princípios, que lhe conferem caráter orgânico e sistematizado. São princípios do Direito Administrativo, além dos dois princípios básicos que lhe definem a natureza jurídica, que se manifestam pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público pela administração, princípio da legalidade, princípio da finalidade, princípio da razoabilidade, princípio da proporcionalidade, princípio da motivação, princípio da impessoalidade, princípio da publicidade, princípio da moralidade administrativa, princípio do controle judicial dos atos administrativos e princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos.

Princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Na moderna sociedade democrática constitui-se dogma a afirmação de que o interesse da coletividade prevalece sobre o interesse do particular. Nesse sentido é possível a afirmação de que os órgãos públicos gozam de supremacia frente aos particulares em virtude de terem como obrigação a persecução do interesse público, possuindo alguns privilégios, como a

²⁶ DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. p. 307.

²³ ENGISCH, op. cit., cap. 8, nota 5.

²⁴ ASCENÇÃO, apud ANDRADE, op. cit., p. 206, nota 4.

²⁵ VEDEL, apud MELLO, C.A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 19.

presunção de legitimidade dos atos administrativos, a inversão do ônus da prova nas demandas em que a administração estiver na condição de ré, bem como prazos maiores na prática de atos processuais.

Por outro lado, como a administração está em situação de supremacia, de comando frente aos particulares, pode impor por meio da prática de atos administrativos, unilateralmente aos particulares, a prática de atos independentemente do acordo dos mesmos e exigir deles o seu cumprimento, configurando o requisito da exigibilidade dos atos administrativos. Como a administração encontra-se em posição de supremacia frente aos particulares, poderá retirar o ato a qualquer tempo por motivos de conveniência ou oportunidade (revogação do ato) ou decretar a sua nulidade quando contrários ao ordenamento jurídico (anulação do ato administrativo). Todas estas prerrogativas são concedidas à Administração, tendo em vista o fato de constituir-se ela na guardiã do interesse público. Aos poderes que lhe são concedidos correspondem deveres de atendimento ao interesse público.

Princípio da indisponibilidade do interesse público

O interesse público é indisponível, o que equivale dizer que a persecução do interesse público constitui uma obrigação, um dever para a Administração e não faculdade que se inscreve no domínio da vontade. Rui Cirne Lima afirma que “Na administração o dever e a finalidade são predominantes, no domínio da propriedade individual a vontade”. Se assim é “a Administração é atividade do que não é senhor absoluto”²⁷ e deve estar adstrita às finalidades legais.

Princípio da legalidade

O princípio constitucional da legalidade, presente nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, tem como pressuposto fundamental a idéia de que somente é possível a prática de um ato administrativo quando houver previsão legal anterior.

O princípio da legalidade decorre diretamente da noção de que o interesse público é indisponível para o administrador, motivo pelo qual a atividade administrativa é balizada pela lei. O princípio da legalidade é o princípio que

norteia o Estado de Direito, sujeitando toda a atividade administrativa aos ditames da lei, e impondo ao administrador o dever de não se afastar dela sob pena de responsabilidade disciplinar, civil, penal, dentre outras. Hely Lopes Meirelles enfatiza que “Na administração pública não há liberdade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”²⁸. Seabra Fagundes diz que “a legalidade na administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição para sua ação. Administrar é aplicar a lei de ofício”²⁹.

Princípio da finalidade

A administração pública no exercício de suas funções sempre tem em vista um objetivo ou finalidade específicos. O princípio da finalidade está contido no princípio da legalidade, pois cabe à lei o dever de fixar a finalidade dos atos. Dar cumprimento ao princípio da legalidade, pois cabe à lei o dever de fixar a finalidade dos atos. Dar cumprimento ao princípio da finalidade, significa igualmente cumprir o princípio da legalidade, uma vez que a finalidade legal é sempre vinculada e se configura na persecução do interesse público. Caso o administrador deixe de cumprir o fim legal do ato, enquadrar-se-á no desvio de poder, que se configura na antítese do princípio da finalidade.

Princípio da razoabilidade

Durante a execução da lei pelo administrador ele se depara muitas vezes com a necessidade de utilizar-se de critérios interpretativos para determinar a finalidade legal, definindo assim o interesse público a ser perseguido. Estes critérios deverão ser razoáveis, fundados na razão e na praxis cotidiana da administração. Assim poderiam ser consideradas condutas inválidas, tanto pela administração quanto pelo Judiciário, porque contrárias ao interesse público aquelas ações ou omissões adotadas pelos agentes públicos que se configurassem incongruentes com as finalidades pré-determinadas pela lei. Como se observa, o princípio da finalidade encontra-se em harmonia com o princípio da legalidade.

²⁸ MEIRELLES, Hely L. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964. p. 66.

²⁹ FAGUNDES, A. Seabra. *Controle jurisdicional dos atos administrativos*. Rio de Janeiro : Forense, 1979. p. 4.

²⁷ LIMA, Rui C. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1954. p. 63.

Muitas vezes a lei faculta ao administrador uma certa margem de liberdade no que se refere ao procedimento administrativo, cabendo a este determinar por meio de sua vontade, com fundamento em critérios de conveniência e oportunidade, qual a conduta a adotar dentro de uma série de condutas possíveis e igualmente previstas. Trata-se da discricionariedade administrativa, e esta margem de escolha transbordará para ilegalidade, quando a conduta escolhida for desarrazoada ou não estiver comportada na lei que estabelece a possibilidade de que seja levada a cabo uma escolha dentro de uma série possível e prevista de opções.

Princípio de proporcionalidade

Este princípio transmite uma idéia de proporção, de medida, para que, quando da aplicação da lei no campo do Direito Administrativo, as conseqüências e os resultados dela decorrentes não estejam imbuídos de exagero. Segundo este princípio entende-se que o administrador, no uso de suas funções administrativas de dar cumprimento às leis, deverá ater-se à justa medida para que os atos alcancem seus objetivos validamente previstos e na proporção em que seja demandada pela situação jurídica. Assim o ato do administrador não deverá ultrapassar, seja em intensidade ou extensidade, o necessário para atingir o interesse público. Caso contrário, este ato será considerado inválido por incongruência à finalidade legal, cabendo a sua anulação pelo Poder Judiciário. Assim, o princípio da proporcionalidade decorre do princípio da razoabilidade.

Princípio da motivação

O princípio da motivação tem como corolário o princípio da legalidade, que impõe à administração o dever de fundamentar o ato praticado, expondo as razões de fato e de direito que determinaram a sua expedição. Ausente a motivação, o ato é nulo, especialmente se for ato advindo do exercício de competência discricionária, onde se reputará razoável, conforme a lei, ou obediente à finalidade, ou não, a escolha feita pelo administrador dentro de uma série de opções que a lei lhe possibilita se este explicar as razões que o levaram a adotar aquela conduta e não outra. Nos casos em que o ato for praticado no exercício de competência vinculada, a motivação já está embutida no ato,

porque se trata de ato praticado de forma automática em estrito cumprimento da lei.

Princípio da impessoalidade

A prática dos atos administrativos deve obedecer aos critérios de imparcialidade e impessoalidade, proibida a utilização de critérios que levem ao favorecimento de determinadas pessoas ou ao direcionamento da prática de atos para beneficiar indiretamente determinadas pessoas, procurando sim uma equiparação entre os administrados. Na sua atuação o administrador deverá pautar-se pela isonomia dos administrados perante a administração, considerando-se nulos os atos que estabeleçam desigualdades ilegais entre os administrados. Um dos atos administrativos que se regem pelo princípio da impessoalidade é a instituição de concurso público para provimento dos cargos e funções administrativas.

Princípio da publicidade

Todos os atos praticados pelos agentes públicos no exercício da função administrativa devem ser dotados de transparência, permitindo aos administrados cientificarem-se de que a administração pauta-se pela persecução do interesse público. Em garantia ao princípio da publicidade a Constituição Federal prevê o recurso judicial do *habeas data* cuja titularidade é concedida ao administrado para cientificar-se sobre informações de seu interesse de caráter público que lhe forem negadas. A publicidade dos atos administrativos somente será suspensa quando o silêncio for imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, se autorizado pela lei.

Princípio da moralidade administrativa

Funda-se tal princípio nos denominados princípios de lealdade e de boa-fé, que prescrevem aos agentes públicos atuarem de acordo com princípios éticos, permeando seus atos de sinceridade e veracidade, proibindo-se qualquer comportamento de má-fé visando confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. Para invalidar tal ato o cidadão tem o remédio judicial da ação popular.

O princípio do controle judicial dos atos administrativos

É possível comparar a expressão *controle*, aqui mencionada, com a expressão *monopólio*,

uma vez que, como é princípio constitucional da unidade de jurisdição que se consubstancia na possibilidade de submissão de qualquer questão de direito ao controle judicial – inclusive os litígios entre a administração pública e os administrados – assim detém o Poder Judiciário a universalidade de jurisdição, podendo anular ou tornar nulo quaisquer atos da administração que afrontem a ordem jurídica.

O princípio da responsabilidade do Estado por atos administrativos

Prescreve o texto constitucional em seu art. 37, § 6º:

“As pessoas jurídicas de Direito Público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

Nesse sentido é possível a afirmação de que o Estado no exercício da atividade administrativa é objetivamente responsável por todos os atos que venham a ser praticados pelos agentes públicos que tragam prejuízos a terceiros, assegurado o direito de regresso do Estado contra o funcionário que tenha agido com dolo ou culpa. As concessionárias ou permissionárias, empresas privadas que prestam serviços públicos, obrigam-se do mesmo modo que o Estado, ou seja, também a empresa responsabiliza-se objetivamente pela ação do seu funcionário que cause dano ou prejuízo a terceiros.

Enfatizar-se-á que a responsabilização objetiva do Estado em virtude de danos causados a terceiros, relacionados à realização da atividade pública, somente ocorre em casos comissivos, ou seja, quando o agente público estava obrigado a executar uma atividade e na execução prejudicou o particular. Nos casos de conduta omissiva, quando o agente estava obrigado a atuar para evitar o dano e, podendo fazê-lo, não o fez, ou o fez de forma deficiente, a responsabilidade é subjetiva, porque está configurada a culpa de serviço.

O Regime Jurídico Administrativo, que se configura num sistema integrado de normas oriundas do direito público, compreende uma vasta quantidade de normas que tem por função disciplinar a constituição da administração pública, seus poderes e principalmente a sua relação com os administrados. Ocorre que a

linguagem na qual se expressam as normas do Regime Jurídico Administrativo não é uma linguagem inteiramente formalizada, composta de palavras de sentido unívoco, mas uma linguagem natural, de textura aberta, dominada pela indeterminação dos conceitos que motivam um renovar permanente da ordem jurídica, por meio da permanente redefinição de expressões legais. Estas palavras vagas são conhecidas em Direito Administrativo como conceitos indeterminados. Vaguezas e ambigüidades surgem durante todo o processo de aplicação e interpretação do Direito.

O Direito Administrativo é pródigo em conceitos jurídicos compostos por palavras vagas, situadas na “zona de penumbra”: interesse público, notável saber, reputação ilibada, finalidade pública, bem comum, motivo justo, motivo relevante e urgente e inúmeros outros cuja definição se faz após processo interpretativo removedor da indeterminação. Como se vê, a própria razão de ser do Regime Jurídico Administrativo expressa-se por intermédio de uma expressão vaga: a prossecução do interesse público. Como definir o interesse público? Nesse processo de definição do interesse público é necessária apenas a interpretação do conceito vago ou incide também a discricionariedade do administrador? Segundo Queiró, entende-se a discricionariedade como “uma outorga de liberdade, feita pelo legislador à administração, numa intencional concessão de poder de escolha, ante o qual se legitimam, como igualmente legais, igualmente correta de *lege lata*, todas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade da ação administrativa foi pelo legislador confinada”³⁰.

5. A linguagem no Regime Jurídico Administrativo e a interpretação dos conceitos indeterminados

Como já observado, o Regime Jurídico Administrativo apresenta-se eviado de expressões de conteúdo indeterminado que necessitam de determinação no momento de sua aplicação.

Os chamados conceitos indeterminados estão enquadrados na categoria das expressões atípicas, situadas nos limites da “zona de penumbra”³¹ de que fala Carrió ou no “halo

³⁰ QUEIRÓ, A. Rodrigues. *Estudos de Direito Administrativo*. Coimbra : Atlândida, 1968. p. 09.

³¹ CARRIÓ, op. cit., p. 35, nota 2.

conceitual” de Philipp Heck³². Dessa forma, os casos atípicos derivam dos equívocos causados pela ignorância do real significado da regra em relação aos fatos. Para solucionar estes casos, cabe ao juiz conhecer critérios valorativos da comunidade no seu estágio atual, que fundamentarão a redefinição da norma, num processo de reconhecimento e de interpretação da regra e não de criação do Direito.

Cabe ao administrador, intérprete e destinatário da norma, defini-la no momento de sua aplicação. Os conceitos indeterminados ou normativos somente são perceptíveis ao raciocínio quando conectados aos valores humanos, que os tornam compreensíveis a seus fins. Somente a finalidade poderá dar significação às realizações e comportamentos humanos. Segundo conclui de Recaséns Siches, o fim é criador de todo o Direito, não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito³³. Partindo deste pressuposto, a moderna doutrina alienígena, citando-se Karl Engisch, Karl Larens, Genaró Carrió, Afonso Queiró, André Gonçalves Pereira, Eduardo García de Enterría, Theodor Vieweg e entre nós, com algumas restrições Celso A. Bandeira de Mello, afirmam que a vagueza exigirá do administrador-intérprete a denotação do conceito para que seja fixada a sua extensão e assim satisfeito o interesse público. Para estes doutrinadores não há discricionariedade, ou possibilidade de escolha, na definição dos conceitos vagos, mas sim interpretação da expressão no momento de sua aplicação. O conceito é indeterminado abstratamente, mas passível de determinação quando confrontado com uma situação da vida prática ao qual deverá ser aplicado.

Interpretar é descobrir o alcance e o sentido da lei; é denotar e definir o conceito à luz de critérios valorativos objetivos e atuais vigentes na comunidade; exercer competência discricionária é escolher, motivando o ato, entre duas ou mais opções, que lhe são dadas por lei, a que melhor se adapta ao caso concreto.

Nesse sentido, imprescindível a citação das palavras de Afonso Queiró:

“O poder discricionário, consiste, por sua vez, numa outorga de liberdade feita pelo legislador à administração, numa intencional concessão do poder de escolha, ante o qual se legitimam, como igualmente legais, igualmente correta de

lege lata todas as decisões que couberem dentro de uma série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade de ação administrativa foi pelo legislador confinada. Não se trata, portanto, de uma simples, mais ou menos ineliminável ou mais ou menos intencional, deficiência de formulação da linguagem legislativa, corrigível ao fim do trabalho interpretativo; não se trata de acrescentar a um pensamento mal transmitido, mal expresso, aquela margem de clareza que lhe falta, ante o fato de o legislador não ter levado, ou não ter podido levar até o fim, onde seria, tudo somado, possível o seu empenho de comunicar aos órgãos da administração um pensamento de conteúdo possível. Trata-se, sim, de transferir à administração o encargo de eleger a medida ou o procedimento mais idôneo à prossecução de uma finalidade pública cuja realização é reputada necessária pelo legislador. Este não se reputa, freqüentemente, na melhor posição para comandar em todos os aspectos e pormenores a atividade administrativa. A sua planificação desta atividade não é, em geral – nem convém que seja –, completa”³⁴ (grifos nossos).

Portanto, a discricionariedade surge quando o legislador defere ao administrador o poder de, com sua vontade, determinar entre duas possibilidades diversas qual a ideal para dar a execução do ato, ou seja, o administrador utilizará, entre as diversas possibilidades, uma que atenda com exclusividade e perfeição a finalidade da lei. Expõe Celso A. Bandeira de Mello:

“o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição a finalidade da lei”³⁵.

Eduardo García de Enterría diz ser o ato de interpretar diverso do exercício de competência discricionária pelo administrador, uma vez que a discricionariedade implica opção outorgada ao administrador em lei, permitindo-lhe a escolha de dois critérios distintos e claramente diferenciados para resolver a questão de fato,

³⁴ QUEIRÓ, op. cit., p. 9-10, nota 30.

³⁵ MELLO, C. A. Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. São Paulo : Malheiros, 1992. p. 33.

³² HECK, apud ENGISCH, op. cit., p. 173, nota 5.

³³ RECASÉNS SICHES, op. cit., p. 223, nota 01.

numa complementação à lei. Assim, a denotação do conceito é um ato redefinitório, portanto, de caráter interpretativo, e não visa a complementar a lei, apenas aclará-la, uma vez que os conceitos fluidos somente se apresentam vagos quando abstratamente considerados, ganhando determinação quando confrontados com os casos concretos³⁶.

No Brasil, os Tribunais e os administradores públicos em geral consideram que os conceitos fluidos estão sujeitos ao exercício de competência discricionária na sua definição, ou seja, caberia ao agente “escolher” o significado do conceito vago. Além de um engano, esta posição revela uma ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que, ao “escolher” o significado para o conceito indeterminado, o agente poderia invadir o campo das leis que garantem direitos e liberdades dos cidadãos, bem assim lhes impõem direitos e obrigações, dando-lhes uma interpretação subjetiva imprópria.

Trata-se de questão relevante, tendo em vista o fato de que se fizemos como a Moderna Lingüística e Filosofia do Direito, que compreendem a determinação dos conceitos indeterminados como resultado decorrente do processo de interpretação, concluiremos que o administrador age em exercício de competência vinculada, suscetível de avaliação posterior pelo Judiciário; enquanto que se considerarmos que a definição do significado deste conceito indeterminado configura-se exercício de competência discricionária, estaremos diante da impossibilidade de avaliação posterior pelo Judiciário.

Um exemplo bastante controvertido pode demonstrar as diferenças entre a interpretação e a discricionariedade. Trata-se do art. 62 da Constituição Federal, estabelecendo que em casos de *relevância* e *urgência* poderá o Presidente da República propor medida provisória ao Congresso. Urgência e relevância são conceitos vagos, sujeitos à interpretação tão-somente ou ao exercício de competência discricionária?

A relevância da expedição da medida provisória se justifica perante a gravidade e a importância da questão a ser submetida à disciplina da medida provisória, notadamente ligada ao perecimento de algum interesse público, como por exemplo a tranquilidade pública, a confiança no sistema monetário e a propriedade dos cidadãos, garantida pelo art.

5º, *caput*, da Constituição. Já a urgência implica a impossibilidade de retardamento sob pena de que, quando a normatização for elaborada já haver perecido o interesse público. Assim, não será urgente a disciplina jurídica de uma dada situação de fato que puder aguardar o procedimento legislativo do Congresso Nacional, sem afrontar o interesse público.

Segundo Celso A. Bandeira de Melo, cabe ao Judiciário, no caso o Supremo Tribunal Federal, verificar se houve urgência e relevância na edição de medidas provisórias, porque afirmar que relevância e urgência são conceitos discricionários equivale deixar ao arbítrio do administrador a decisão e este poder utilizar-se de medidas provisórias para qualquer assunto que, ao seu talante, for urgente e relevante, mesmo que contrário à própria significação das palavras³⁷.

Conclui-se pois que os conceitos indeterminados são passíveis de interpretação e podem ter seus significados aferidos, objetiva e atualisticamente, segundo as situações fáticas nas quais são defrontados e não passíveis de uma valoração subjetiva, tal qual têm considerado nossos tribunais ao se recusarem a julgar demandas contra a administração que envolvam a interpretação de conceitos indeterminados, alegando que se trataria de invasão à competência discricionária do administrador.

6. Conclusões

A sociedade moderna organiza-se por intermédio de normas, que são sistematizadas e se exteriorizam por intermédio de palavras, frases e textos. Visando disciplinar as condutas humanas em sociedade, o Direito utiliza palavras e expressões oriundas da linguagem comum, que possuem ambigüidades e vaguezas, não empregando uma linguagem técnica, que contém palavras unívocas.

Inegável a necessidade da interpretação, uma vez que a norma jurídica é constituída por palavras características da linguagem natural e esta nem sempre é clara, derrubando assim o mito do legislador racional e conseqüentemente a possibilidade de exclusividade de interpretação literal.

A interpretação literal difere da interpretação lingüística, uma vez que a primeira visa esclarecer o sentido das palavras da lei, enquanto que a segunda visa problematizar o seu significado conforme o contexto cultural e

³⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo*. 4. ed. Madrid : Civitas, 1983. p. 420 e segs.

³⁷ MELLO, C. A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1993. p. 62-67.

valorativo em que se inserem as normas, mostrando a plurivocidade da linguagem natural.

Por configurar-se o sistema jurídico num sistema aberto que apresenta indeterminações que se manifestam na ambigüidade, na vagueza das palavras e no uso delas feito no processo de comunicação por sujeitos diferentes, segundo uma escala de valores ditada pela argumentação retórica e pelo juízo equitativo, é necessário que o juiz ou o administrador, dentro de um processo de redefinição da lei feito no momento de sua aplicação aos casos concretos, determinem, perante a situação fática em questão, o alcance e o significado das normas.

Nesse sentido a interpretação funciona como paráfrase, visando eliminar os inconvenientes da linguagem para torná-la clara e comunicativa, onde o intérprete, juiz ou administrador, se coloca entre o emissor-legislador e o receptor-súdito, esclarecendo e decodificando a mensagem por meio da descrição-redefinição dos possíveis conteúdos normativos enunciados.

O Regime Jurídico Administrativo que se baliza por princípios e normas próprios como os princípios da supremacia da Administração sobre os particulares, da indisponibilidade do interesse público e da legalidade, por constituir-se em parte desta grande árvore que é o Direito, também se exterioriza por meio de palavras oriundas da linguagem natural, possuindo uma série muito grande de conceitos indeterminados.

Cabe ao administrador interpretar os conceitos indeterminados da lei, procurando redefinir seu conteúdo à luz de critérios objetivos e valores atuais vigentes na vida social. Ao executar a interpretação dos conceitos indeterminados, o administrador atua em exercício de competência vinculada, passível de verificação posterior pelo Judiciário.

Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del Diritto Amministrativo*. Milão : Giuffré, 1960.
- ANDRADE, Christiano J. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- BARROS, Adil J. P., LEHFELD, Neide A. S. *Fundamentos de metodologia*. São Paulo : Macgraw Hil, 1986.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Coutinho. Rio de Janeiro : Campus, 1992.
- CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y lenguaje*. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1979.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1994.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Baptista Machado. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- FAGUNDES, A. Seabra. *Controle jurisdicional dos atos administrativos*. Rio de Janeiro : Forense, 1979.
- FERRAZ JR., Tércio S. *Introdução ao estudo do Direito*. São Paulo : Atlas, 1991.
- _____. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo : Forense, 1978.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Madri : Civitas, 1983.
- GORDILLO, Augustin. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires : Macchi, 1975.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos : um diálogo com Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1991.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Sousa Brito e José Antônio Veloso. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- LIMA, Rui Cirne. *Princípios do Direito Administrativo*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1954.
- MARCONI, Marina Andrade, LAKATOS, Eva. *Metodologia científica*. São Paulo : Atlas, 1982.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do Direito*. 10. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1990.
- MEIRELLES, H. Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1964.
- MELLO, Celso A. Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Malheiros, 1993.
- _____. *Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional*. São Paulo : Malheiros, 1992.
- DI PIETRO, Maria S. Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988*. São Paulo : Atlas, 1991.
- QUEIRÓ, Antônio R. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder em Direito Administrativo*. Coimbra : Coimbra Ed., 1940.
- _____. *Estudos de Direito Administrativo*. Coimbra : Atlântida Ed., 1968.
- RECASÉNS SICHES, Luiz. *La nueva filosofía de la interpretación del Derecho*. México : Porrúa, 1973.
- SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica jurídica*. São Paulo : Brasiliense, 1985.
- TÁCITO, Caio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo : Saraiva, 1975.
- _____. O abuso do poder administrativo no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, n. 56, p. 1 e segs.
- _____. A administração e o controle da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, n. 37, p. 5 e segs.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília : Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, Luís Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre : Síntese, 1979.
- _____. *O Direito e sua linguagem*. Porto Alegre : Fabris, 1984.

