

O DIREITO ADMINISTRATIVO E A DOCTRINA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

*Maria Ângela Marques Del Claro**

SUMÁRIO: 1. Contexto dos conceitos indeterminados. 2. Identificação de casos de conceitos jurídicos indeterminados. 3. Doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. 4. Discricionariedade técnica. 5. Controle pelo Poder Judiciário dos atos da administração concernentes a conceitos indeterminados. Conclusão

1 CONTEXTO DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

O polêmico tema doutrinário concernente aos conceitos jurídicos indeterminados perpassa os princípios fundamentais que informam do Direito Administrativo,¹ que não admitem poder discricionário ao agente e sim um dever discricionário (portanto, o ato administrativo nunca será discricionário, pois sempre vinculado ao menos ao elemento final, e o agente deve encontrar na própria lei a confluência da opção ótima,² em atenção

ao interesse público, para dar concretude ao ato com origem em conceito aparentemente indeterminado,³ melhor denominado vago ou fluido); discussões acerca do sistema jurídico, se “aberto” ou “fechado”; questionamentos

inerente aos conceitos indeterminados contém espaço livre para ação e resolução, a escolha entre várias modalidades de condutas igualmente possíveis; o que se dá é o aumento da discricionariedade do administrador, mas não é margem de liberdade e sim espaço de atuação conferido pela lei (em sentido amplo), que indica a solução mais adequada na hipótese a concretizar, fazendo prevalecer a finalidade pública, sempre.

³ Eros Roberto Grau considera que a indeterminação não seria dos conceitos, mas de suas expressões (de seus termos, de ordem semântica, v.g. urgência, justo preço, boa-fé), eis que o conceito jurídico terá sempre um significado. Ou o conceito contém um mínimo de conteúdo determinável ou se não possui, não é conceito.

Celso Antônio Bandeira de Mello adota a denominação conceitos legais fluidos, pois permitiriam ao intérprete mais de um entendimento razoável.

* Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR.

¹ Prescritos por Hely Lopes Meirelles como sendo os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, finalidade e publicidade.

² Muito embora para Forsthoff, que cunhou o conceito de “livre discricção”, a discricionariedade

quanto ao perfil do Estado na sociedade pós-moderna em face da evolução do capitalismo, a demandar eficiência de uma organização estatal “mínima”.

Neste aspecto, Ribeiro⁴ discute a inconveniente ampliação no uso de conceitos jurídicos indeterminados, “*expressões com conteúdo variável, tais como interesse público, interesse social, notório saber, dentre outras*”, para facilitar a administração do Estado contemporâneo à procura da eficiência, destacadamente econômica, tida como valor preponderante na sociedade transnacional em busca de competitividade.

Outrossim, a doutrina por vezes ingressa no dissenso quanto à dualidade sistêmica – sistemas jurídicos fechados ou abertos – elaborando-se que no sistema fechado não haveria lugar para o conceito administrativo indeterminado, pois todos os problemas encontrariam solução dentro do próprio sistema, que comporta solução normativa *a priori* para qualquer controvérsia, sem admitir lacunas.

O utópico sistema jurídico fechado defluiu da formação do Estado Moderno, do homem iluminista e racional que rompe com o homem teológico e se contrapõe ao poder absoluto do soberano, vislumbrando no Direito, segundo English,⁵ reação ao modelo transposto por meio de normas precisas, com conteúdo inquestionável, tão exatas a ponto de dispensar interpretação.

Resgata-se a idéia de sistema fechado ou perfeito em trabalho de Costa⁶:

(...) isto é, se constitui uma totalidade expressa em um conjunto de conceitos e proposições entre si logicamente concatenadas, “unidade imanente, perfeita e acabada” que se auto-referencia de modo de expressão privilegiado é o Código, ou se, ao contrário, nesse sistema, o Direito pode ser pensado, aplicado e interpretado como ordem de referência apenas relativa, sensível à interpretação de fatos e valores externos, consubstanciando “permanente discussão de problemas concretos”, para cuja resolução se mostra adequado não o pensamento lógico, mas o problemático, onde a base do raciocínio está centrada na compreensão axiológica ou teleológica dos princípios gerais do Direito.

Críticas, justificadas, acorrem à concepção de sistema fechado, calcadas na importância da hermenêutica, que a par do direito positivado se municia dos princípios, doutrina, usos e costumes. De outra senda, no chamado sistema aberto prepondera a atividade jurisdicional, no sentido de interpretação e criação da própria norma jurídica, tendo por norte a lei, por meio da subsunção do fato concreto à lei e princípios, atingindo a solução jurídica adequada a ser integrada ao sistema.

Conclui Costa não haver puro sistema fechado e nem absoluto sistema aberto, eis que mesmo o sistema fechado conta com “elementos de abertura”, e o sistema aberto não prescinde de regulamentação, constituindo-se “elementos de abertura” do sistema jurídico os *conceitos indeterminados* e as cláusulas gerais.

⁴ RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *Conceitos vagos no Direito Administrativo*. <http://www.teiajuridica.com/af/convag.htm>

⁵ ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. de J. Baptista MACHADO, 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 206.

⁶ COSTA, Judith Martins. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista dos Tribunais v. 680, p. 47-58, jun./1992.

De outro prisma propõe Sousa o problema dos conceitos indeterminados⁷ resgatando a maior sujeição da Administração à lei e decisões jurisdicionais, enquanto à Justiça, no Estado de Direito, impõe corresponder à realidade social efetiva, abandonando a posição de poder neutro ao assumir papel genuíno de poder estatal, efetivando controle, dinâmico e flexível apto a acompanhar a dinâmica que caracteriza a Administração moderna.

Levando-se em conta tal dinâmica, o administrador detém o dever discricionário de enfrentar o problema dos conceitos jurídicos de conteúdo indeterminado,⁸ caso a caso, pois o legislador democrático *não pode* (em razão da limitação da própria criatividade, que jamais englobaria a mobilidade da vida social), e por vezes *não deve* (o Estado absolutamente regulamentado constituiria mero exequente de ordens emanadas do Legislativo), detalhar a atividade pública, mediante normas gerais e abstratas, recorrendo, cada vez com maior frequência, à técnica legislativa do uso de conceitos indeterminados. Antônio Sousa afasta a possibilidade de o legislador democrático *não querer* discriminar o conteúdo do conceito jurídico administrativo, repelindo a doutrina que identifica na utilização dos conceitos, cláusula de renúncia de regulamentação do caso concreto. Sendo a

atividade legislativa de ordem pública um poder-dever, também é circundada pela idéia permanente de dever irrenunciável.

Em verdade, o problema do legislador decorre do desafio de nossa era, identificado por Pietro Barcellona na complexidade. Não há mais espaço para a lógica linear, tudo é multifacetado, descontínuo, fragmentado, transcultural e, em paradoxo, diante da noção de progresso inexorável, da democracia eletrônica, há um cancelamento das diferenças, tendência uniformizadora global, mediante o universalismo jurídico e liberalismo econômico.

Adotando a categoria da complexidade para construção do conhecimento, Barcellona por meio da teoria sistêmica de Luhmann, avalia que o sistema é parcial e retroage com o ambiente, sempre mais complicado, eis que concatena maior número de elementos. A dupla destinação do sistema será a redução da complexidade encontrada em seu em torno, reproduzido internamente seletivamente, em permanente adaptação, ao que se denomina autopoiese do sistema. Caso abandonada a seletividade – critérios próprios – o sistema perde a identidade e surge a crise; por outra, se o sistema conserva indiferença às constantes demandas sociais, torna-se disfuncional e destrói-se.⁹

Múltiplos são os conceitos indeterminados que a complexidade e dinâmica hodierna acenam ao agente administrador moderno,

⁷ SOUSA, Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

⁸ São muitos os sinônimos para a expressão “conceitos indeterminados”, como “normas abertas” (BULLINGER), “conceitos vagos” (LOENING), “conceitos imprecisos” (SOARES) e “regras legais abertas” (CANOTILHO).

⁹ BARCELLONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Coleção elementos de Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p.22; e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993, p.85.

justificando estudar o tema. À guisa de situar a questão, far-se-á no tópico seguinte menção a três hipóteses de conceitos indeterminados abstraídos da experiência concreta, método que parece o ideal para reconhecê-los e estudá-los.

2 IDENTIFICAÇÃO DE CASOS DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Matéria de importância singular é a de natureza ambiental, sendo que a Constituição Federal de 1988, no art. 225, *caput*, dá os parâmetros da proteção jurídica do **meio ambiente**, dispondo que:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A Lei n.º 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente) define o que se entende por meio ambiente, considerando-o *“conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.*

Poder-se-ia argumentar que o conceito de meio ambiente não restou integralmente definido pela norma infraconstitucional, porém esclarece Aguiar¹⁰ que:

“O conceito de meio ambiente é totalizador. Embora possamos falar em meio ambiente marinho, terrestre, urbano etc., essas facetas são partes de um todo sistematicamente

organizado onde as partes, reciprocamente, dependem umas das outras e onde o todo é sempre comprometido cada vez que uma parte é agredida.”

No entanto, já a dicção constitucional de *“meio ambiente ecologicamente equilibrado”* é, sem dúvida, um conceito amplo e juridicamente indeterminado, cabendo ao agente administrativo o preenchimento do seu conteúdo, em face do caso concreto que se apresentar, a fim de cumprir as obrigações de vigilância e defesa impostas pela Carta Política de 1988.

Recorre-se ao debatido controle jurisdicional dos atos administrativos – celeuma quanto à extensão também ao mérito ou se limitado à forma, aspecto que se analisará em tópico próprio – para destacar outros exemplos de conceitos indeterminados com o que o administrador público se depara na rotina de suas atividades. É a hipótese da previsão de Decreto que regulamenta a concessão para explorar linhas de transporte coletivo público, quando exige do pretendente *“requerimento devidamente justificado”*, omissão consistente na pretensa motivação de ato revogatório, cujo conceito o exame pelo Tribunal Regional Federal da 1.ª Região entendeu ensejar apenas razoável interpretação e não nova previsão legal. Transcreve-se a ementa:

“ADMINISTRATIVO- SERVIÇOS PÚBLICOS- TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS- AUTORIZAÇÃO DE SEÇÕES DE LINHAS- POSTERIOR EXTINÇÃO DO ATO SOB FUNDAMENTO DE QUE O RESPECTIVO REQUERIMENTO NÃO FORA DEVIDAMENTE JUSTIFICADO- AUSÊNCIA DE DEVIDO PROCESSO LEGAL- MUDANÇA DE CRITÉRIO ADMINISTRATIVO- IRRETROATIVIDADE- IRRAZOABILIDADE DE MOTIVOS. 1. Impõe-se à Administração obedecer à regra do devido processo legal para tornar sem efeito ato

¹⁰ AGUIAR, R. de. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília: IBAMA, 1994. O problema do meio ambiente, p. 36.

administrativo que já tenha repercutido na esfera patrimonial do destinatário. 2- Permitir-se ao Poder Judiciário controle da existência e razoabilidade de motivos invocados para a prática de ato administrativo. 3- A expressão requerimento devidamente justificado, empregada pelo Decreto n. 952/93, como conceito indeterminado, exigia interpretação, mas não outra norma (regulamento de regulamento) que lhe explicitasse o sentido. 4- Interpretação por norma regulamentar não tem mais autoridade que qualquer outra; só o Poder Judiciário interpreta a lei incontrastavelmente. 5- É vedada, em nome da segurança jurídica, aplicação retroativa de nova interpretação (art. 2.º, parágrafo único, XIII, da Lei n.º 9.784/99). 6- Não se exige licitação para autorização de seção de linha de transporte coletivo de passageiros, mas, apenas, para a permissão originária. 7- O princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo não pode implicar em exclusividade na exploração de linhas de transporte coletivo de passageiros, em detrimento do princípio da eficiência na prestação de serviços públicos.” (TRF 1ª R., Ac. 01000895206-DF-1ª T-Rel. Juiz Conv. João Batista Gomes Moreira – DJU 28.08.2000, p. 35, grifos não do original).

Confirmando a decisão judicial que indica o caminho da interpretação para a solução de conceito indeterminado, lembra-se que Régis Fernandes Oliveira¹¹ reputa inconfundíveis os próprios conceitos de discricionariedade e interpretação. A discricionariedade conduz o intérprete a mais de uma solução legítima, enquanto a interpretação procura e só aceita uma única solução. A interpretação parte de dados objetivos e concretos, enquanto a discricionariedade parte diante da ausência destes elementos.

Encontra-se outro impressionante conflito atinente às implicações de conceito jurídico indeterminado, há anos objeto de exame pelo Supremo Tribunal Federal, na dicção do art. 192, parágrafo 3.º da Constituição Federal, que assim define ao tratar do sistema financeiro nacional:

§ 3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

Dual é a discussão travada pela doutrina e nos Tribunais quanto aos juros reais limitados. De um ângulo, a expressão *taxa de juros reais* inscrita no §3.º do art. 192 da Constituição, seria conceito jurídico indeterminado, de uso cotidiano pela autoridade monetária – na hipótese nacional, o Banco Central do Brasil – considerada a omissão do Legislativo importando em conceito submetido à autoridade jurisdicional que deve concretizar-lhe. Nesse prisma está a lição de J. C. Barbosa Moreira ao dizer que “*todo conceito jurídico indeterminado é passível de concretização pelo juiz, como é o conceito de bons costumes, como é o conceito de ordem pública e tantos outros com os quais estamos habituados a lidar em nossa tarefa cotidiana*”.

A contrário senso, enquanto a limitação a 12% ao ano da taxa de juros reais seria conceito constitucional determinado, com eficácia plena e imediata autoaplicabilidade, quedando apenas a tipificação da **usura** dependente de lei infraconstitucional.

¹¹ OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p.88.

Citam-se quatro decisões nesse sentido:

1. “A norma do § 3.º do art. 192 da CF é de eficácia plena, por isso que contém, em seu enunciado, todos os elementos necessários à sua aplicação. Logo, é auto-executável, de incidência imediata” (RT 653/192).

2. “O art. 192, § 3.º, da Carta da República é norma suficiente por si, auto-aplicável, não estando na dependência de regulamentação por lei ordinária. A expressão ‘nos termos que a lei determinar’ transfere à legislação infra-constitucional exclusivamente a definição da ilicitude penal (crime de usura), naturalmente em respeito ao princípio da reserva legal” (RT 675/188).

3. “O § 3.º do art. 192 da Constituição contém norma proibitiva e auto-aplicável, sem necessitar de qualquer complemento legislativo que, se editado, deverá moldar-se à vedação constitucional, e não o contrário” (RT 683/157).

4. “O limite constitucional dos juros, sendo auto-aplicável a norma do art. 192, § 3º da CF, alcança todas as transações de crédito bancário. (...)” (RT 734/488).¹²

No tocante à controvérsia gerada pelo parágrafo terceiro do artigo 192, José Afonso da Silva pronunciou-se pela auto-aplicabilidade imediata, por se tratar de norma autônoma, não subordinada à lei prevista no “caput” do artigo. Nestes termos, ensina:

“Todo parágrafo tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo) liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, por exemplo, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 192. Ele disciplina o assunto que consta dos incisos I e II do artigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica

sujeita às limitações impostas no citado parágrafo. Se o texto em causa fosse inciso de artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem ferir a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. Juros reais os economistas e financistas sabem que são aqueles que constituem valores efetivos, e se constituem sobre toda desvalorização da moeda. Revela ganho efetivo e não simples modo de corrigir a desvalorização monetária. As cláusulas contratuais que estipularem juros superiores são nulas. A cobrança acima dos limites estabelecidos, diz o texto, será considerada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei dispuser. Neste particular, parece-nos que a velha Lei da Usura ainda está em vigor.”¹³

As considerações do constitucionalista são lembradas nos diversos votos de Ministros do Supremo Tribunal Federal, vencidos ao longo destes doze anos de vigência da Carta Política, eis que prevalece o decidido no julgamento histórico da ADIn n.º 4-DF (datado de 7 de março de 1991), que empresta ao conceito de “juros reais” caráter indeterminado, e o mais grave, fundamenta a retirada da eficácia imediata ou qualquer possibilidade de determinação de a previsão inscrita no §3.º do art. 192 da Constituição (senão mediante futura e incerta lei complementar).

Ressalta-se que o Ministro Carlos Velloso, ao proferir seu voto na ADIn 004-DF, tanto resgatou a doutrina moderna que empresta eficácia plena às normas constitucionais, quanto destacou a forma de integração e

¹² Coletânea reunida por Celso OLIVEIRA, editor do site *Direito Bancário*, no artigo *Limitação constitucional dos juros e a visão do Supremo Tribunal Federal*.

¹³ SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: LRT, 1990, p. 694, grifos não do original.

interpretação dos possíveis conceitos jurídicos indeterminados, aspecto que não impediria a imediata observância da norma constitucional.¹⁴ Transcreve-se parte do voto:

*“A orientação doutrinária moderna e no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológicas, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. É que o legislador constituinte não depende do legislador ordinário. Este é que depende daquele. Então, o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica. Esses métodos ou processos de integração são conhecidos: a analogia, que consiste na aplicação a um caso não previsto por norma jurídica uma norma prevista para hipótese distinta, porém semelhante à hipótese não contemplada; o costume; os princípios gerais de direito e o juízo de equidade, que se distingue da jurisdição de equidade. **De outro lado, pode ocorrer que uma norma constitucional se refira a instituto de conceito jurídico indeterminado. Isto tornaria inaplicável a norma constitucional? Não. É que a norma dependeria, apenas, de ‘interpretação capaz de precisar e concretizar o sentido de conceitos jurídicos indeterminados’, interpretação que daria à norma ‘sentido operante, atuante’, ensina o professor e Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, com sua peculiar acuidade jurídica (José Carlos Barbosa Moreira, Mandado de Injunção). Busco, novamente, a lição de José Carlos Barbosa Moreira a dizer que ‘todo conceito jurídico indeterminado é suscetível de concretização pelo juiz, como é o conceito de boa-fé, como é o conceito de bons costumes, como é o conceito de ordem pública e tantos outros com os quais estamos habituados a lidar em nossa tarefa cotidiana’ (José Carlos***

Barbosa Moreira, obra e local citados). Não seria procedente, portanto, o segundo argumento dos que entendem que o § 3º do artigo 192 não é auto-aplicável: a locução ‘taxa de juros reais’ não teria sido definida juridicamente, o que impediria a imediata aplicação da norma limitadora dos juros.” Também esses elementos, Sr. Presidente, levam-se interpretando o parágrafo 3 do Artigo 192 da Constituição de 1988, a emprestar-lhe aplicabilidade e eficácia plena.” (grifos não do original)

3 DOCTRINA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Cumprido destacar que a doutrina reserva a expressão “conceito jurídico indeterminado” apenas àqueles que se revestem de elevado grau de indeterminação, distinguindo categorias nessa indeterminação: *conceitos descritivos* (também chamados empíricos, por guardarem referibilidade a objetivos que participam da realidade, como se dá nos conceitos de homem e de morte); *conceitos normativos* (guardam referência em valores), que se subdividem em conceito normativo em sentido estrito (conexão ao universo normativa é representável, a exemplo do conceito de “roubo”), *conceitos normativos de valor* (simultaneamente mantêm conexão ao universo normativo e a uma valoração, são exemplos menor, ser indigno, imoral); *conceitos discricionários* (caracterizados pela “autonomia da valoração pessoal”, encontrados na discricionariedade judicial e administrativa).¹⁵

Portanto, como ensina Luciano Ferreira Leite, nem todos os conceitos indeterminados estão abrangidos pela discricionariedade,

¹⁴ RTJ 147/816-817.

¹⁵ Classificação cunhada por Antônio Francisco de Sousa.

permanecendo neste particular apenas os conceitos cuja indeterminação impeça determinação teórica, fixando “à mercê” da determinação subjetiva individual.

A doutrina dos “conceitos jurídicos indeterminados” surgiu no século XIX, na Áustria, sendo os primeiros estudos realizados por Edmund Bernatzik e Friedrich Tezner, confrontando a viabilidade do tema. A professora Regina Helena Costa, citando Martin Bullinger, revela que após a Segunda Guerra Mundial, por duas décadas, a doutrina sofreu esquecimento nos países germânicos, passando por revisão e retomada “*com a idéia de imprescindibilidade da possibilidade de criação livre na Administração Pública*”¹⁶ no que contribuíram sobremaneira as decisões do Tribunal Constitucional Federal.

Vale-se do rico histórico desenvolvido por Sousa para estudo da doutrina.

3.1 Nos países germânicos

Em 1886 o austríaco Bernatzik negava que a discricionariedade e a aplicação do Direito fossem excludentes, como se constituíssem realidades opostas. Por meio de um processo intelectual altamente complexo chamado “discricionariedade técnica” compreendia possível a aplicação dos conceitos indeterminados, representando a primeira manifestação da “teoria da multivalência” (na interpretação e incidência dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas). Essa teoria passou a

fundamentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo austríaco.

Segundo Forsthoff, Bernatzik foi pioneiro ao sustentar que o administrador, mesmo quando no exercício de poder discricionário, não está liberado de um agir consoante à lei, submetido que é à moralidade administrativa.¹⁷

Em oposição, Tezner (1888) reconhecia em qualquer conceito certo grau de insegurança da palavra, sendo a doutrina dos conceitos indeterminados cientificamente infundada e inimiga do Estado de Direito (viola os princípios do Estado de Direito).¹⁸ Para o doutrinador, entre os conceitos legais indeterminados e conceitos legais indeterminados haveria apenas diferença de grau, não de qualidade. Tezner origina a “teoria da univocidade” ou “teoria da unicidade” dos conceitos legais indeterminados, no sentido de que quando interpretado um conceito só pode haver uma decisão correta. É o poder discricionário em contraponto ao poder vinculado.

Um dos discípulos de Tezner, Bühler sustentou que os conceitos indeterminados, por serem conceitos jurídicos, têm vinculação jurídica.

Nos países germânicos a concepção dominante acerca dos “conceitos indeterminados” apresenta quatro traços fundamentais:

1. Divisão da norma em previsão (*Tatbestand* – que segundo definição de Larenz, são os acontecimentos individuais, estados ou demais dados que constituem conexão a uma situação

¹⁶ COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista de Direito Público, n. 95, p. 125-138.

¹⁷ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudio Políticos, 1958, p. 138.

¹⁸ Noção subjacente nos textos de Eros Roberto Grau.

de fato; refere-se tanto a coisas quanto a acontecimentos da natureza, intenções, ações humanas, qualidades ou predicados de valor) e estatuição;

2. Inserção dos “conceitos legais indeterminados” no *Tatbestand* legal, enquanto a discricionariedade fica na estatuição;

3. Subordinação da interpretação e aplicação de todos os conceitos legais indeterminados ao controle total ou pleno dos tribunais administrativos;

4. Reconhecimento na aplicação de certas categorias de conceitos legais indeterminados de uma ‘margem de apreciação’ a favor da autoridade administrativa que os aplica, no tocante aos pressupostos de conduta da autoridade, limitando o poder jurisdicional. A margem de apreciação diz respeito apenas à aplicação e não à interpretação, segundo Bachof.

A “*doutrina da margem de apreciação*” é negada hoje na Alemanha, como princípio geral, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, mantida somente para campos restritos e a título excepcional. Rupp, um dos defensores da vinculação total da Administração à lei e a um controle jurisdicional integral, assenta duas convicções: a possibilidade de existência de uma ordem legal perfeita; a crença na independência e objetividade do juiz: desenvolve a imagem de um juiz perfeito.

Resumindo o pensamento de García de Enterría e Ramón Fernández, Lúcia V. Figueiredo, na atualidade a doutrina majoritária alemã contrapõe conceitos determinados aos indeterminados, sem que nestes últimos encontrem-se elementos de discricionariedade. Os conceitos indeterminados são passíveis de inclusão em zona de certeza, onde “*tertium non datur*”, isto é, ou há ou não há, por exemplo, urgência ou insalubridade.

Destarte, todo conceito é finito, contendo um núcleo de certeza positiva, como ao contrário, um núcleo de certeza negativa, mas com a possibilidade de existir uma zona intermediária, onde residem os mais complexos problemas da “indeterminação”.¹⁹ Ainda para García de Enterría e Ramón Fernández a doutrina alemã que reconhecia ampla margem de apreciação à Administração está superada, pois atualmente se reconhece o controle judicial das decisões administrativas acerca de conceitos indeterminados.²⁰

Também há a “*doutrina dos fatores*” desenvolvida por Hugo Kellner. Para essa corrente o Direito somente pode ser encontrado nos fatos e nas normas; encontrar o Direito é processo de equiparação, assimilação de fatos e normas. O conteúdo da norma é dado à Administração, contudo a norma pode criar, adaptar, transformar a realidade abrangida pelo seu programa e, deste modo, concretizar a decisão jurídica no caso concreto, com reflexos para o conteúdo normativo. Em estreita síntese:

1. O processo de realização do direito não se opera em dimensão única, da norma para a realidade, mas os fatores podem, reflexamente, a partir da realidade, determinar o conteúdo jurídico da norma, ou seja, ter efeito normativo.

2. A Administração pode influenciar, através da fixação de dados e fatos, o *Tatbestand* idealizado por um conceito legal indeterminado, podendo assim determinar a decisão jurídica.

¹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 121-122.

²⁰ Para COSTA, Regina Helena. Op. Cit., p. 131, na Espanha também pondera tal pensamento.

3.2 França

Nesse país a doutrina majoritária indica uma igualdade entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa, verificando-se entre ambas apenas uma diferença quantitativa – maior ou menor margem de liberdade – e não qualitativa, problema a cargo da jurisprudência.

Assim, o marco importante francês é a força da jurisprudência administrativa, sobremaneira a proveniente do Conselho de Estado.

Para Debasch, o controle jurisdicional não se confunde com intromissão desmedida na Administração, observando que, mesmo perante um poder discricionário, o Conselho de Estado exerce sempre um controle mínimo, que apresenta duas facetas: o *controle normal de legalidade externa* (competência da autoridade e não vício de forma); e o *controle reduzido na legalidade interna* (três aspectos: verificar se o ato foi praticado no interesse do serviço; se fundou em motivo juridicamente correto; se assenta em motivo materialmente exato).

Na França teria origem a doutrina do “desvio de poder”, criada por Jéze em razão dos Tribunais Administrativos. Consiste a teoria em admitir o controle judicial do ato administrativo – ainda que discricionário – quando verificado o desvio de finalidade, que pode se dar quando há desvio de finalidades específicas do campo de interesse público (v.g. a situação exige do agente público o poder de fiscalizar, e imprime-se o poder de polícia), assim como quando incluídas finalidades não-administrativas ou até extrajurídicas (o administrador beneficia particulares, em detrimento do interesse coletivo).

A teoria francesa do “desvio de poder”, fundada na análise da finalidade, influenciou

o Supremo Tribunal Federal brasileiro, que após julgamento, relatado pelo Ministro Vítor Nunes Leal, passou a aceitar o exame judicial do mérito do ato administrativo.²¹

Caracterizam o sistema francês, portanto:

1. Predomínio dos casos em que o controle não é exercido;
2. Ausência de uma teoria específica dos conceitos indeterminados ou vagos e da chamada “discricionariedade técnica”;
3. Flexibilidade das decisões do juiz, baseada na natureza e importância dos interesses em causa;
4. Dificuldades, para o juiz, na adoção dos ‘quadros teóricos’, de controle mínimo e de controle normal;
5. Tendência para aumentar o controle do juiz nos casos em que a Administração faz aplicação de conceitos indeterminados;
6. Influência das decisões do Conselho de Estado sobre a doutrina;
7. Papel central ao maleável ‘erro manifesto’ no controle da discricionariedade administrativa, especialmente no controle da qualificação jurídica dos fatos.

4 “DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA”

Doutrina e jurisprudência portuguesas, espanhola e italiana diferenciam na “discricionariedade administrativa” a “discricionariedade técnica”, imprópria ou aparente. Para Alessi, esta última tem o sentido de um poder de valoração técnica. Toda decisão altamente técnica (exigindo conhecimentos especiais de perícia, técnica ou ciência) ou implicando juízo de valor

²¹ Pub. Revista de Direito Administrativo, n. 3, p. 70-98.

próprio da Administração seria livre, desde que não viciada de “erro manifesto” ou de erro sobre os pressupostos de fato. Por outro prisma, é de difícil definição o que são decisões altamente técnicas, por si só um conceito de valor, e ao retirar o controle jurisdicional, gera problemas para a ordem jurídica democrática.

Segundo Sousa, o juiz administrativo não pode deixar de ser um juiz permanentemente a produzir justiça (no caso concreto), e não um juiz que se acomoda com a decisão não grosseiramente errônea; em que pese a necessidade de espectro de liberdade que a Administração moderna exige, para fazer frente à dinâmica de desafios que deve solucionar. Todavia, essa liberdade nunca poderá implicar diminuição de garantias do cidadão, sendo imprescindível encontrar o ponto de equilíbrio.

Por fim, concorrem na discricionariedade técnica três situações:

1. juízos técnicos de existência, de cognição ou de verificação;
2. valoração técnica (juízos de valor), por exemplo, avaliação do valor artístico;
3. juízos de probabilidade ou de prognose – assentados em circunstâncias concretas, projetam-se para o futuro, mediante estimativas – por exemplo, a capacidade de tráfego de um aeroporto ou de uma estrada, capacidade de atendimento por um hospital.

Na doutrina brasileira, Grau²² rechaça a tese da discricionariedade técnica, fundado em múltiplos motivos. Primeiro, porque definir o que seja “decisão altamente técnica”

é tarefa recoberta de subjetividade. Segundo, eis que se o juiz desconhece a matéria discutida em razão da natureza técnica que comporta; deve ouvir peritos para melhor firmar convicção sustentável. Terceiro, emana da dificuldade do controle destas decisões, em sacrifício da segurança jurídica, uma autorização para que a Administração decida. Quarto, porque ao limitar-se ao controle jurisdicional o “erro manifesto”, deixa-se à margem o “erro não manifesto”, circunstância legalmente intolerável. Em outra obra, conclui Grau o raciocínio:

Assim, em certas questões que requerem uma definição técnica a Administração Pública teria seu poder de decisão restrito ao que fosse opinado pela técnica, pelos técnicos. Neste caso, se a Administração pública contraria a opinião técnica e cometesse um erro manifesto, caberia recurso ao judiciário.²³

5 CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO CONCERNENTES A CONCEITOS INDETERMINADOS. CONCLUSÃO

Em trabalho monográfico apresentado no III Congresso Internacional de Direito realizado em Recife, Ana Carolina Moura Queiroz pretende esclarecer a possibilidade do controle pelo Poder Judiciário de atos administrativos envolvendo conceitos jurídicos indeterminados, considerando que mesmo os conceitos de interesse público e moralidade administrativa são conceitos indeterminados. Neste controle não há

²² GRAU, Eros Roberto. *Discricionariedade técnica e parecer técnico*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 93, jan./mar. 1990, p.115.

²³ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.44.

substituição do administrador pelo juiz ou negativa à discricionariedade.²⁴

O espaço de atuação discricionária é aquele, para Bandeira de Mello, em que:

“(...) para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida ao mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.”²⁵

Queiroz ressalta também ser inafastável o princípio constitucional, inscrito no art. 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, quanto a não se poder subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Questão que suscita maior discussão jurídica diz respeito à extensão deste exame realizado pelo Poder Judiciário, se de mera legalidade, moralidade ou até mesmo de mérito, e os efeitos sobre o eixo do Estado Democrático de Direito atinente à tripartite separação dos poderes.

Ora, o administrador, quando se confronta com um conceito jurídico indeterminado, tem o dever jurídico de exercer a discricionariedade, observando o também dever jurídico de boa administração, a fim de encontrar a solução mais adequada ao interesse público, conforme já declinado em linhas transatas.

Portanto, destacam-se os argumentos desenvolvidos por Bandeira de Mello, relativos ao controle pelo Judiciário para aferir a adequação da solução adotada pelo administrador, não importar em intromissão no mérito do ato administrativo. Por mérito, o professor entende:

(...) 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.

Assim, o controle do mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) pelo Judiciário não interfere no espaço específico de atuação da Administração, considerando que cada poder estatal não é totalmente isolado, interligando-se em sistemas de controle, o que valoriza os princípios democráticos e promove o bem comum.

Em que pese tal arrazoado, alguns autores defendem que a moralidade administrativa se liga a fator interno da Administração, devendo ser controlada exclusivamente em seu âmbito. Parece, *venia concessa*, superada a polêmica em face do artigo 5.º, inciso LXXIII, da Carta Política, que prevê o instrumento da ação popular para casos que impliquem, também, ofensa à moralidade pública (moral, bons costumes, regras de boa administração, princípios de justiça, equidade, senso comum quanto à honestidade).

Nesse prisma, é mais radical o pensamento de José de Ribamar Soares:

O ato administrativo, como pedra fundamental da atuação da administração pública, deve estar sujeito a um controle amplo pelo

²⁴ *O controle pelo Poder Judiciário dos atos discionários da Administração*. Novembro de 1999.

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

Poder Judiciário, não apenas no que diz respeito à sua legalidade, como também à sua moralidade, mesmo que isto implique um exame do seu mérito.

De outra senda, no entanto, encontram-se estudos que se mostram intransigentes quanto aos limites claros do controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos. Di Pietro, por exemplo, não admite o controle judicial do mérito administrativo, pois, ao fazê-lo, o Judiciário oferecerá seus próprios critérios em substituição à “*opção legítima*” fixada pela autoridade competente, aniquilando a autonomia entre Poderes. Combate as teorias do “desvio do poder” e “dos motivos determinantes” elaboradas, para a autora, em confirmação ao pendor do direito brasileiro “*no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial.*”²⁶

Avalia o que chama de tendência do Direito Administrativo, particularmente no que refere aos conceitos jurídicos indeterminados:

Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública, etc). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de ‘conceitos legais indeterminados’ (cf. Martin Bullinger, 1987).

Sem embargos ou distorções, inclina-se a conclusão deste trabalho pela primeira corrente. O chamado “poder discricionário” da administração revela-se, verdadeiramente, poder-dever consistente em margem de atuação prevista em lei, conferida ao agente para interpretar os “conceitos jurídicos indeterminados” à luz dos fatos concretos e dos princípios que informam sua atuação, encontrando a solução oportuna e conveniente ao interesse público visando ao bem comum. Logo, serão atos passíveis de controle pelo Poder Judiciário em sua inteireza, sem mácula ou limitação ao princípio de separação dos Poderes do Estado de Direito.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 203.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, R. de. *Direito do meio ambiente e participação popular*. Brasília: IBAMA, 1994. O problema do meio ambiente.
- BARCELONA, Pietro. *O egoísmo maduro e a insensatez do capital*. Coleção elementos de Direito. São Paulo: Ícone, 1995.
- COSTA, Judith Martins. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista dos Tribunais v. 680, p. 47-58, jun./1992.
- COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista de Direito Público, n. 95, p. 125-138.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. de J. Baptista MACHADO, 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Instituto de Estudio Políticos, 1958.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- GRAU, Eros Roberto. *Discricionariedade técnica e parecer técnico*. Revista de Direito Público, São Paulo, n. 93, jan./mar. 1990.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do Direito na Sociedade Pós-Moderna*. Introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1993.
- MEIRELLES; Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes. *Ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- RIBEIRO, Lúcio Ronaldo Pereira. *Conceitos vagos no Direito Administrativo*. <http://www.teiajuridica.com/af/convag.htm>
- SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: LRT, 1990.
- SOUSA, Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.