

CONTROLE JUDICIAL DA APLICAÇÃO DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

*Gustavo Knaesel Hoffmann**

Resumo: O presente ensaio busca estipular critérios práticos aptos a nortear o controle jurisdicional incidente sobre a aplicação concreta de conceitos jurídicos indeterminados. Para tanto, desenvolve-se a tese de que a atribuição de competência discricionária e o emprego de conceitos fluidos são, ao menos do ponto de vista prático, técnicas legislativas congêneres. Defende-se que, muito embora a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não permita liberdade de volição, caracterizada pela possibilidade de escolha de uma entre várias opções de mérito igualmente válidas perante o Direito, culmina invariavelmente com a concessão de liberdade intelectual ao aplicador da norma, sobretudo diante de situação fática localizada na zona de incerteza do conceito indeterminado. Refutando-se o antagonismo entre conceitos fluidos e discricionariedade, busca-se delinear os confins da sindicabilidade dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados, valendo-se da matriz epistemológica garantista. Propõe-se, ao final, um método trifásico de controle judicial dos conceitos jurídicos indeterminados, que considera a adstrição do agente público ao campo de intelecção possível, a legitimação formal do procedimento adotado e, finalmente, a validade da atuação administrativa, relacionada à sua conformação com um plano axiológico-constitucional que lhe outorgue coerência e legitimidade.

Palavras-chave: Conceitos Jurídicos Indeterminados. Discricionariedade. Controle da Administração Pública.

Abstract: This essay seeks to stipulate practical criteria in order to guide the jurisdictional control of the application of indeterminate legal concepts. For this purpose, it develops the thesis that the allocation of discretion and the employment of fluid concepts, at least from a

* Pós-Graduando em Direito Público, com ênfase em gestão pública, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Assistente de Procuradoria de Justiça - Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2219390910810463>. E-mail para contato: hoffmann.ufsc@gmail.com.

practical point of view, represent congeners legislative techniques. It is argued that, though the concretion of indeterminate legal concepts doesn't allow freedom of volition, characterized by the possibility of choosing one among several valid options before the Law, it culminates with the granting of freedom of intellection to the applicator of the legal standard, notably on the factual situation located in the fluid concept's grey zone. Refuting the antagonism between fluid concepts and discretion, it seeks to outline the possibility of judicial control of the administrative acts that achieve indeterminate legal concepts. It is proposed a three-phase method of control, that considerates the observance of the possible semantic field of the concept, the formal legitimization of the procedure adopted by de Public Administration and the administrative action's validity, related to its conformation with a set of constitutional values, that grants it coherence and legitimacy.

Keywords: Indeterminate Legal Concepts. Discretion. Control of Public Administration.

1 Introdução

Em palestra recentemente proferida ao curso de Pós Graduação da Faculdade Damásio de Jesus, o Prof. José Eduardo Martins Cardozo – ex-advogado-geral da União, ex-ministro da Justiça e cuja notoriedade se deve à atuação na defesa da presidente afastada Dilma Rousseff no processo de impeachment – sustentou que a temática relativa ao controle jurisdicional da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados “está na base de muitos conflitos entre a Administração e o Judiciário na atualidade, em todas as esferas federativas, e representa uma das graves fronteiras de tensão entre os Poderes”.²

De fato, a discussão a respeito dos conceitos fluidos, sua inserção no âmbito da vinculação ou discricionariedade administrativa e a correlata definição dos limites do controle judicial sobre eles incidente, representam zonas nebulosas no estudo do Direito

² CARDOZO, José Eduardo Martins. **Estado de Direito e Separação dos Poderes**. Programa de Pós-Graduação em Direito Público Faculdade Damásio de Jesus, Módulo 1 – Teoria Geral do Estado, fev. 2016. Disponível em: <<http://portal.damasio.com.br/Aluno/CursoOnlineAula.aspx?AulaId=rjFruUCnJgxQ1VoRYnU32A=&CursoId=sAcerA5KrFc=&TurmaId=6E4RX36QZ4g=#titulo>>.

Administrativo, o que tem levado ao acirramento dos conflitos entre Administração e Judiciário, sobretudo no que concerne ao controle externo da atividade administrativa.

De um lado, a invocação teratológica de conceitos jurídicos indeterminados tem sido recorrentemente utilizada pelas Administrações Públicas como um atalho para as amarras e entraves típicos do regime jurídico de direito público. Nesse panorama, vale-se o gestor público dos conceitos indeterminados veiculados nos textos normativos como forma de driblar as rigorosas sujeições decorrentes, por exemplo, da Lei de Responsabilidade Fiscal e do plexo de normas atinentes à Licitação Pública e Contratos Administrativos, esquivando-se, paralelamente, do amplo controle jurisdicional sobre sua atuação.

Exemplo claro e recente dessa tendência é a discutível decretação de calamidade pública pelo Estado do Rio de Janeiro, em virtude da crise financeira que assola o ente federado, impedindo-o, em tese, de cumprir com as obrigações assumidas em decorrência da realização das Olimpíadas e Paraolimpíadas Rio 2016.

Por outro lado, o recurso aos conceitos jurídicos indeterminados tem também possibilitado a incursão do Judiciário nos espaços de atuação legitimamente conferidos pelo legislador ao administrador público, com manifesta invasão do mérito administrativo, fenômeno que talvez bem ilustre uma das facetas do chamado ativismo ou protagonismo judicial.

Como assevera Adilson de Abreu Dallari,

o estudo da história do direito administrativo é de equilíbrio entre prerrogativas e sujeições, entre os poderes e os meios e instrumentos de sua contenção, mas sempre tendo como norte a satisfação do interesse público.³

Nesse viés, diante do acirramento da tensão entre os Poderes e buscando o distante equilíbrio que falta à temática do controle judicial da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, propõe-se o presente ensaio. Busca-se, em síntese, sugerir um modelo de aferição de legitimidade da atuação administrativa, inspirado na matriz epistemológica garantista, com vistas à racionalização da interferência judicial sobre a concreção dos conceitos fluidos.

³ DALLARI, Adilson Abreu. **Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas**. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n.141, jan./mar. 1999, p. 77.

2 Definição e estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados

Os conceitos jurídicos indeterminados, também denominados conceitos vagos, fluidos ou plurivalentes, são aqueles que, por encerrarem significado impreciso e marcado por ampla subjetividade, exigem do intérprete o recurso ao padrão de valores vigorantes na sociedade, culminando, muitas vezes, em intransponíveis dúvidas quanto à sua aplicação ou exclusão ao caso em concreto. É o caso, por exemplo, dos conceitos de reputação ilibada, interesse público, relevância, urgência, justo preço, notória especialização, notável saber jurídico, excepcional valor artístico e cultural, etc.

Carvalho Filho define os conceitos jurídicos indeterminados como

termos ou expressões, contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma.⁴

Odete Medauar os conceitua enquanto “fórmulas amplas, muito utilizadas no direito público e no privado, como, por exemplo, boa-fé, justo preço, valor histórico e cultural, perigo para as pessoas, ordem pública”.⁵ Justen Filho, por sua vez, como “expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto”.⁶

Sob o ponto de vista estrutural, os conceitos fluidos compreendem (i) um núcleo fixo (*begriffkern*), ou zona de certeza positiva, configurado por dados prévios e seguros, onde não há dúvidas quanto à aplicabilidade dos conceitos, (ii) uma zona intermediária ou halo conceitual (*begriffhof*), onde não se dá certeza quanto à aplicabilidade ou inaplicabilidade do conceito jurídico indeterminado ao caso concreto e, finalmente, (iii) a zona de certeza negativa, certa quanto à exclusão do conceito.⁷

Em conhecida metáfora, o jurista argentino Genaro Carrió afirma que, ao dissecar-se a estrutura dos conceitos fluidos, observa-se uma zona de luz, onde se agrupam as situações em que não há qualquer dúvida quanto à aplicabilidade do conceito, circundada

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 55/56.

⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 133.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 57.

⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 396.

por uma zona de obscuridade, onde se inserem todos os casos nos quais o conceito é certamente inaplicável. O trânsito de uma zona a outra é lento e gradual, ou seja, entre a luminosidade e o breu há uma extensa zona de penumbra, sem limites precisos, que “paradoxalmente não começa e nem termina em lugar algum e, sem embargo, existe”.⁸

Em abordagem igualmente clara e autêntica, Hebert Hart, no clássico *O conceito de Direito*, visando ilustrar as zonas limítrofes de aplicação dos conceitos normativos, propõe as seguintes indagações: um hidroavião pode ser considerado um barco? Pode ser chamado de xadrez um jogo disputado sem as rainhas? Quanto cabelo deve ter um homem para poder ser considerado calvo? Conclui o jusfilósofo inglês que

um homem com uma cabeça brilhantemente polida é claramente careca; um outro com uma cabeleira luxuriante claramente que o não é; mas a questão respeitante a um terceiro homem, com um tufo de cabelo aqui e ali, poderia ser discutida indefinidamente.⁹

As alegorias Hart, embora não se refiram propriamente a conceitos jurídicos indeterminados, bem exemplificam o que se entende por zonas de incerteza ou halos conceituais, aqui definidas como zonas de penumbra que ocultam a verdade quanto à (in)aplicabilidade do conceito no caso concreto. E, traçando-se um paralelo entre as alegorias de Hart e a temática dos conceitos indeterminados é possível esboçar exemplos mais próximos à realidade do Direito brasileiro, senão vejamos.

O artigo 25 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) define como inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos relativos ao patrocínio de causas judiciais ou administrativas, nas hipóteses em que tais serviços sejam prestados por profissional ou empresa de notória especialização.

É evidente que um advogado que conta com primorosa formação acadêmica, numerosas publicações de livros e artigos científicos na área de especialização que se busca contratar, longa e consolidada atuação profissional e reconhecimento unânime pelos seus pares deveria ser considerado de notória especialização e, portanto, localizado na zona de certeza positiva do conceito.

Por outro lado, a contratação de um jovem recém-formado em Direito, egresso de uma universidade de qualidade questionável e com pífio desempenho acadêmico,

⁸ CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y Lenguaje*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2013, p. 31-32.

⁹ HART, H. L. A. *El concepto de derecho*. Tradução por Genaro Carrió. 2ª ed. Mexico: Nacional, 1980, p. 5.

seguramente, inserir-se-ia na zona de certeza negativa do conceito, onde não há qualquer dúvida quanto à não aplicação do conceito de “notória especialização”.

Entre as zonas de certeza positiva e negativa, no entanto, certamente existiriam inúmeros profissionais cujos atributos profissionais e acadêmicos despertariam infundável dúvida quanto à possibilidade de aplicação do conceito de notória especialização, casos estes enquadráveis no dito halo conceitual ou zona de incerteza dos conceitos jurídicos indeterminados.

Prosseguindo com os exemplos, o Decreto-Lei nº 25/1937, ao dispor sobre a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, prevê o tombamento de bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

Nestes exatos termos, a Catedral Metropolitana de Florianópolis, cuja construção foi finalizada em 1908, símbolo do povoamento definitivo da capital catarinense e com valioso acervo de arte sacra, com destaque para as obras do artista tirolês Ferdinand Demetz, seguramente se enquadra na zona de certeza positiva do conceito de “excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico”.

Os inúmeros prédios comerciais que a circundam, no entanto, erguidos com o emprego de técnicas ordinárias de arquitetura e engenharia, desprovidos de qualquer peculiaridade que lhes justifique especial proteção, por se encontrarem na zona de certeza negativa do conceito, claramente não comportam tombamento.

Na zona de penumbra, no entanto, as casas de arquitetura lusitana que remanescem em Florianópolis, destacadamente aquelas que já foram parcialmente descaracterizadas pelo tempo e ação antrópica, ensejariam, potencialmente, insolucionável dúvida quanto à aplicação do conceito de excepcional valor histórico, artístico e cultural.

Traçados estes exemplos, conclui-se que mesmo os conceitos fluidos possuem zonas de objetiva determinação, sejam elas positivas ou negativas, nas quais não se questiona a aplicação ou exclusão dos conceitos quando do contraste com o fato tipológico. A imprecisão, portanto, é atributo exclusivo da zona de incerteza ou halo conceitual dos conceitos jurídicos indeterminados.

3 Repercussão prática da fluidez: as teorias da univocidade e multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados

Se por um lado não há maiores dificuldades em aceitar-se que mesmo os conceitos jurídicos indeterminados abrigam zonas de certeza quando à sua (in)aplicabilidade ao caso concreto, por outro, a repercussão jurídica da imprecisão configura matéria bastante controversa, sendo possível delimitar o estudo da matéria em duas grandes teorias.

De um lado, parte considerável da doutrina entende que a eventual indeterminação do enunciado não se traduz na indeterminação no momento de sua aplicação, onde só se permite uma unidade de solução justa em cada caso (teoria da univocidade). Por outro lado, há quem defenda que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais implica na pluralidade de soluções igualmente justas e válidas perante o direito (teoria da multivalência).

García de Enterría e Fernández, defensores da primeira corrente, sustentam que eventual imprecisão dos conceitos jurídicos indeterminados só existe em um plano teórico-abstrato, dissipando-se, no entanto, quando do contraste do conceito com a hipótese concreta de aplicação. A indeterminação dos enunciados jurídicos, portanto, traduziria nada além da impossibilidade física de o legislador referir-se abstratamente, de forma precisa e objetiva, à todas as hipóteses da realidade concreta.¹⁰

Para os administrativistas espanhóis, a impossibilidade de precisamento apriorístico dos conceitos jurídicos indeterminados jamais poderia implicar na multiplicidade de soluções jurídicas possíveis no momento da aplicação do conceito. Em vez disso, o inerente ao conceito jurídico indeterminado, em qualquer que seja o setor do ordenamento jurídico, seria que a sua aplicação comportasse não mais que uma solução justa.¹¹

García de Enterría e Fernández são categóricos: à qualificação de circunstâncias concretas, os conceitos jurídicos indeterminados ou se aplicam, ou não se aplicam, não havendo uma terceira opção (*tertium non datur*). Nesse viés, noções como "pobreza", "velhice", "notável saber", "má reputação", "urgência", "valor artístico ou cultural", embora

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. Op. Cit, p. 393.

¹¹ Ibidem, p. 394

pudessem comportar abstratamente uma pluralidade de significados, concretamente poderiam ser apenas aplicáveis ou inaplicáveis, sem meio termo ou terceira opção.¹²

A lógica binária que marca a doutrina da univocidade, no entanto, não parece bem refletir a real complexidade da matéria, vindo a ser frontalmente rebatida pelos adeptos da teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados.

Entre os críticos, Bandeira de Mello entende ser excessiva a afirmação de que, em toda e qualquer hipótese, o contraste das expressões legais fluidas com os casos concretos levados à apreciação do administrador público ganharia densidade suficiente a ponto de extirpar por completo as dúvidas quanto à sua aplicabilidade, levando o hermeneuta, pretensamente, ao encontro de uma única solução possível e legítima perante o direito.¹³

Para o autor, seria impossível refutar que, na mais das vezes, existe a plena possibilidade de um conceito jurídico indeterminado abarcar mais de uma interpretação perfeitamente adequada perante o caso concreto, sem que, por consequência, uma destas intelecções deva ser considerada incorreta ou ilegítima.¹⁴

Reportando-se às lições do jurista austríaco Bernatzik, Bandeira de Mello pontua que "existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexistência da solução atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade e que os outros tenham uma opinião falsa".¹⁵

Neste ponto, à propósito, verifica-se convergência entre as doutrinas de Celso Antônio Bandeira de Mello e Eros Grau. Defende o ex-Ministro do Supremo que

na interpretação, sobretudo de textos normativos que veiculem "conceitos indeterminados", inexistente uma interpretação verdadeira; a única interpretação correta - que haveria então de ser exata - é objetivamente incognoscível (é in concreto, incognoscível).¹⁶

Tal posicionamento, saliente-se desde já, parece ser o que melhor se amolda à realidade jurídica, que, como visto, não comporta verdades absolutas - mesmo porque não

¹² Ibidem, p. 394

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed., 11. tirag. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 22-23.

¹⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello refuta expressamente a tese do "*Tertium non datur*", defendida por García de Enterría e Fernández.

¹⁵ Ibidem, p. 23 ss.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

se trata o Direito de uma ciência exata – tampouco se compatibiliza com o radical reducionismo do *“tertium non datur”*.

Com efeito, um esforço intelectualivo por parte do administrador público pode, de fato, conduzi-lo à clara identificação de zonas de certeza positiva e negativa, nas quais é irrefutável a aplicabilidade ou inaplicabilidade da noção imprecisa. Nada obstante, ao adentrar-se no halo conceitual dos vocábulos jurídicos plurissignificantes, a pretensa “única solução válida perante o Direito” é inalcançável, vez que, nesta zona de penumbra, as interpretações realizadas pelo aplicador da norma não podem ser objetivamente reputadas como certas ou erradas, senão por mera arbitrariedade.

Nesse viés, a aplicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, sobretudo diante de situações concretas inseríveis em seus halos conceituais, não pode ser deduzida por um simples juízo silogístico lógico-formal, que pretensamente conduziria o intérprete a resultado jurídico certo, único e absoluto.

Vale dizer, em sendo a vagueza a antítese da cognoscibilidade, a atuação concreta dos conceitos fluidos, necessariamente, não se dá por meio de simples operações lógico-dedutivas; em vez disso, a dedução da aplicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados, em suas zonas de incerteza, pressupõe atos interpretativos combinados com atos de liberdade intelectualiva do aplicador, haja vista que “em um vazio semântico” é impossível uma interpretação meramente cognitiva; o que ocorre é uma integração ou complementação da hipótese incompleta da norma (*Tatbestandserganzung*).¹⁷

Por tais razões, em que pese a ampla aceitação pela doutrina nacional da doutrina da univocidade – conforme demonstrar-se-á adiante -, deve a ela sobrepor-se a teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados.

¹⁷ KRELL, Andreas J. **A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil.** Interesse Público, v. 5, n. 23, p. 38.

4 A concreção de conceitos jurídicos indeterminados enquanto atividade discricionária ou vinculada: panorama histórico-comparatístico

A polêmica quanto à inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da discricionariedade ou vinculação administrativa não é recente, tampouco adstrita ao Direito brasileiro. Todavia, em despeito ao que muito já se escreveu sobre o assunto, a matéria permanece bastante controversa, justificando uma análise mais detida do tema.

Antes de qualquer outra coisa, deve-se salientar que as teorias da univocidade e multivalência, mencionadas no tópico anterior, e as doutrinas da segregação rígida ou flexível entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, que serão aqui abordadas, embora não coincidentes, revelam-se intimamente relacionadas.

Com efeito, os que advogam pela teoria da univocidade e identificam a concreção dos conceitos jurídicos indeterminados como um processo puramente interpretativo, que conduz o aplicador da norma à uma única solução válida perante o direito, por imposição lógica, defendem uma ferrenha distinção entre os fenômenos da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados.¹⁸

De outra banda, os que advogam pela multivalência dos conceitos fluidos, salvo raras e pontuais exceções, tendem a flexibilizar ou mesmo negar a diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, referindo-se aos mesmos enquanto técnicas legislativas congêneres.

Feitos estes breves esclarecimentos iniciais, passa-se à análise do enquadramento dos conceitos jurídicos indeterminados no campo da vinculação ou discricionariedade administrativa, valendo-se, inicialmente, de uma abordagem histórico-comparatística.

A discussão acerca da natureza dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados e, mais precisamente, da sua classificação em discricionários ou vinculados, remonta à Escola de Viena do século XIX, palco do debate entre Bernatzik e Tezner¹⁹.

¹⁸ Por óbvio, partindo-se do pressuposto que a indeterminação dos conceitos fluidos não concede ao administrador público qualquer margem liberdade no momento de sua atuação prática, não haveria, em tese, falar em discricionariedade administrativa pelo emprego dos conceitos jurídicos indeterminados.

¹⁹ Vide E. BERNATZIK, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft*, Wien 1886 e F. TEZNER, *Zur Lehre von den freien Ermessen der Verwaltungsbehörde*, Wien, 1888.

Para Bernatzik, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados nos textos legais culminava na atribuição de competência discricionária à Administração Pública e, por consequência, na insindicabilidade da decisão adotada pelo agente estatal perante os tribunais administrativos.

Segundo leciona o historiador lusitano Antônio Francisco de Sousa, Bernatzik englobava, sob o conceito de discricionariedade, não apenas a liberdade de escolha, por critérios de conveniência e oportunidade, de uma dentre duas ou mais opções de mérito, mas também a liberdade de atuação administrativa diante de proposições jurídicas que veiculassem premissas fáticas complexas.²⁰

Em linhas gerais, Bernatzik, entendia que os conceitos fluídos (*Unbestimmte Rechtsbegriffe*), tais como o de interesse público, teriam de ser preenchidos por órgãos administrativos especializados, segundo critérios técnico-intelectivos próprios dos agentes estatais.²¹

Defendia, ademais, que a decisão administrativa que operasse concretamente os vocábulos jurídicos plurissignificantes, excepcionados os casos em que o administrador houvesse agido com manifesta violação ao dever legal, deveria ser imune à revisão pelos tribunais, haja vista que o Judiciário não dispunha da mesma experiência e prática que os agentes da Administração. Na concepção de Bernatzik, “[...] *de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica*”.²²

Partindo de tais premissas, articula que, em razão de sua experiência prática, do seu *know-how* e pelo seu contato direto com a realidade do cotidiano da Administração Pública, os exercentes da atividade administrativa, antes de quaisquer outros, estariam em condições de reagir, eficazmente e com oportunidade, às circunstâncias mais variadas com que se defrontavam. Por isso, não poderiam os juízes, com outra função, outra preparação e

²⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994, p. 105

²¹ RODI, Maria Tecla. **I concetti Giuridici Indeterminati: comparazioni tra sistemi giuridici e analisi economica del diritto**. Tese (Doutorado de pesquisa em direito ed economia), Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2014. Orientador: Marcello Clarich, p.14.

²² *Ibidem*, pp. 106. Do original: “Bernatzik sosteneva in particolare che il giudizio relativo all’applicazione di regole imprecise è di carattere problematico ed opinabile, per cui occorre una competenza tecnica di cui solo il funzionario dispone, con il corollario che tale giudizio sarebbe insuscettibile di controllo giudiziale, a meno che il funzionario abbia agito contro i doveri d’ufficio”.

distanciados da realidade da vida administrativa, fazer substituir a sua opinião à da autoridade administrativa.

Refratário às proposições de Bernatzik, Tezner propunha um controle objetivo, por parte dos tribunais, de todos os conceitos normativos constantes das leis que regiam a relação entre os cidadãos e a Administração Pública, inclusive os conceitos fluidos.²³

Tezner rebate a noção de discricionariedade defendida por Bernatzik e propõe uma nova conceituação, consistente na possibilidade de seleção de uma determinada forma de atuação, considerada mais oportuna por parte da Administração, dentro de um universo de várias soluções igualmente admissíveis juridicamente, em face de uma determinada situação de fato.²⁴

O jurista austríaco, em apertada síntese, sustentava que os conceitos jurídicos indeterminados pertenciam ao âmbito da vinculação administrativa, de sorte que, ao deparar-se com eles, o agente público

deveria considerar apenas o seu sentido legal, decidindo pela sua verificação ou não. [...] não existe espaço residual pertencente exclusivamente à Administração, sendo o critério geral para a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados a "opinião comum".²⁵

A retomada da origem histórica do debate acerca dos conceitos jurídicos indeterminados e, especificamente, quanto à sua inserção no campo da vinculação ou discricionariedade administrativa, revela-se oportuna, sobretudo porque é mérito da Escola de Viena do século XIX ter estabelecido as premissas básicas e os ideais centrais em torno dos quais orbitam as discussões que ocorrem atualmente tanto no Direito estrangeiro quanto no doméstico, sendo certamente este por aquele influenciado.

Com efeito, mesmo hoje, não são raras as expressas menções de doutrinadores nacionais à obra e à importância de Tezner e Bernatzik para o desenvolvimento e aprimoramento científico da matéria, a exemplo de Bandeira de Mello²⁶ e Di Pietro²⁷.

²³ KRELL, Op. Cit., p. 30.

²⁴ RODI, Op. Cit., p. 14. Do original: "Tezner oppone alla concezione di Bernatzik una visione legalistica basata su una concezione della discrezionalità che la identifica con la scelta della linea di intervento maggiormente opportuna fra una pluralità di soluzioni giuridicamente ammissibili data una determinata situazione di fatto".

²⁵ SOUSA, Op. Cit., p. 34.

²⁶ MELLO, Op. Cit., p. 23.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo REDAE** n^o 9 (fev/mar/abr 2007), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p.4.

Na Espanha, de igual forma, as lições da Escola de Viena repercutiam claramente no trato da temática do controle judicial da concreção dos conceitos jurídicos indeterminados, merecendo destaque a obra de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.

Para estes, a confusão entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados *“supôs na história do Direito Administrativo um gravíssimo peso que só recentemente começou a liberar-se. É um mérito da doutrina alemã contemporânea do Direito Público ter levado essa distinção até as últimas consequências”*.²⁸

De maneira similar a Tezner, García de Enterría e Fernández propõem uma separação rígida entre a discricionariedade, definida pelos autores como a possibilidade de escolha entre “indiferentes jurídicos”, e a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, entendida como atividade vinculada, que deveria levar, por meio de um processo de interpretação, à uma única solução válida perante o Direito.²⁹

Partindo de tais premissas, sugerem que as opções discricionárias, na medida em que perpassam por juízos “extrajurídicos” de conveniência e oportunidade (opções políticas, econômicas, sociológicas, etc)³⁰, inserem-se no âmbito exclusivo do Poder Público e, por consequência, afiguram-se imunes ao controle externo por parte do Poder Judiciário. A concreção dos conceitos jurídicos, por outro lado, enquanto atividade plenamente vinculada, admitiria amplo e irrestrito controle jurisdicional.³¹

Nas palavras dos autores, em sendo a atuação concreta de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, “o juiz pode fiscalizar, sem esforço algum, tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-

²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ. Op. Cit, p. 391. Quando os administrativistas espanhóis fazem menção à moderna doutrina alemã, se referem às concepções vigentes na Alemanha na década de setenta. Com efeito, este trecho da obra Curso de Derecho Administrativo permanece inalterada desde a primeira edição, lançada em 1974.

²⁹ Ibidem, p. 393.

³⁰ Neste ponto, Cademartori tece lúcidas críticas aos administrativistas espanhóis. Segundo o autor, “García de Enterría e Fernández, de um lado, avançam significativamente nas suas formulações teóricas, ao defenderem uma ampla apreciação do Judiciário, dos conceitos indeterminados que integram certas normas. Mas, por outro lado, ao delimitarem o campo da discricionariedade na esfera volitiva da autoridade administrativa, pautada por opções tidas como “extrajurídicas”, esses autores assumem um posicionamento teórico conservador. Isto porque negam qualquer conexão entre âmbitos tais como os do político, econômico ou de oportunidade, sendo este, também um conceito indeterminado, com a esfera do Direito. A propósito das esferas sócio-econômicas e políticas, já se observou que mesmo elas não estão imunes a padrões de vinculação normativa previstos nas atuais constituições dirigentes, tais como as normas programáticas, cuja eficácia não depende, totalmente, da promulgação de normas ulteriores”. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

³¹ Ibidem, p. 394

se chegado é a única solução justa que permite a lei". Diversamente, diante do exercício da potestade discricional, "o juiz não pode fiscalizar a entranha da decisão discricional, já que esta, tendo sido produzida dentro dos limites legais, é necessariamente justa".³²

Todavia, diferentemente da realidade espanhola e da doutrina alemã da década de setenta mencionada por García de Enterría e Fernández, o comparatista Andreas Krell sugere que, atualmente, nem na própria Alemanha, tampouco na grande maioria dos países europeus, está sendo utilizada uma distinção rígida entre discricionalidade e conceitos jurídicos indeterminados.

Em vez disso, a própria ordem jurídica da União Europeia não mais diferencia - a exemplo da Alemanha, França e Grã-Bretanha - conceitos indeterminados e discricionalidade.³³

Abstendo-se de um maior aprofundamento quanto aos importantes debates que vem sendo também protagonizados em outros países europeus, dentre os quais merecem menção Áustria, Inglaterra, Portugal, Itália e França, observa-se que a heterogeneidade do discurso continental europeu reflete e, quiçá, justifique a riqueza do tema e as múltiplas controvérsias remanescentes no debate que permeia a matéria dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito brasileiro.

E, respeitados por óbvio os contrastes advindos das diferentes tradições jurídicas caracterizantes dos diversos países elencados³⁴, tem-se que a experiência internacional possa servir de ponto de partida para as reflexões preliminares acerca da construção de um sistema mais sólido de controle jurisdicional dos atos administrativos atuadores dos conceitos jurídicos indeterminados no Brasil.

³² *Ibidem*, p. 394.

³³ KRELL, Op. Cit. p. 31

³⁴ Vide MORBIDELLI, Giuseppe. *Introduzione a Diritto e All' Interpretazione*. In: MORBIDELLI, G.; PEGORARO, L.; REPOSO, A.; VOLPI, M. **Diritto Costituzionale Italiano e Comparato**. 2ª ed. Bologna, Monduzzi Editore, 1997.

5 A concreção concreção de conceitos jurídicos indeterminados enquanto atividade discricionária ou vinculada: posicionamento da doutrina nacional

Quanto à classificação da atividade administrativa atuadora de conceitos jurídicos indeterminados em discricionária ou vinculada, é possível subdividir a doutrina nacional em três grandes grupos, aos quais se filiam a maior parte dos autores.

Primeiramente, para os defensores da rígida separação entre discricionariedade e aplicação de conceitos fluidos, a atuação de conceitos jurídicos indeterminados demandaria nada mais que um esforço intelectual por parte do aplicador da norma, conduzindo o agente administrativo, invariavelmente, à uma única solução que seja válida perante o Direito.

A discricionariedade, diferentemente, consistiria na liberdade de seleção de uma entre duas ou mais soluções jurídicas possíveis e igualmente válidas perante o Direito – indiferentes jurídicos – , segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, próprios da autoridade administrativa e protegidos do controle judicial.

Para os que aderem a este posicionamento, portanto, discricionariedade e concreção dos conceitos indeterminados jamais poderiam ser confundidas, tampouco a tais fenômenos poder-se-ia atribuir idêntico tratamento jurídico.

Defensor desta primeira corrente, Hely Lopes Meirelles sustenta que a mera existência de conceitos indeterminados nas proposições jurídicas de direito administrativo não gera discricionariedade, mas sim,

necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade [...] quando o texto legal usar conceitos indeterminados, a discricionariedade somente poderá ser reconhecida se a lei também autorizá-la.³⁵

Nesse mesmo viés, Rita Tourinho, sustenta que

deparando-se com conceitos jurídicos indeterminados, caberá apreender-lhes o sentido através da operação interpretativa, consistente em mera intelecção da lei, ao contrário da discricionariedade que permite uma opção administrativa volitiva, observados limites normativos.³⁶

³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ªed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 132 ss

³⁶ TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. **Revista Eletrônica de Direito do Estado/ REDE 15** (jul/set/ago 2008), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 10.

Na concepção de Marçal Justen Filho, a adoção de conceitos jurídicos indeterminados não autoriza decisões administrativas fundadas em razões de conveniência ou oportunidade, tampouco cede qualquer margem de autonomia para o hermeneuta escolher a melhor solução segundo avaliação subjetiva.³⁷

Lúcia Valle Figueiredo, recorrendo à doutrina italiana de Luigi Benvenuti, afirma que os conceitos jurídicos indeterminados constituem hipótese de accertamento, ou seja, de encontrar, na dinâmica da realidade, a correspondência entre significante e significado.³⁸

Chegando às mesmas conclusões, José dos Santos Carvalho Filho parte da afirmação de que conceitos indeterminados e discricionariedade situam-se em planos diferentes. Para o autor, enquanto os conceitos indeterminados se inserem no plano de previsão da norma, que define como “plano antecedente”, haja vista que a lei já estabelece a consequência jurídica que deve resultar da verificação concreta do conceito indeterminado, a discricionariedade aloja-se no plano da estatuição normativa, que define como “plano consequente”, pois o administrador tem o poder de modular os efeitos da previsão normativa conforme critérios de conveniência e oportunidade.³⁹

Por fim, Eros Grau, embora defenda a teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados, sustenta que a fluidez não culmina na atribuição de competência discricionária. Afirma que, no exercício da discricionariedade, o administrador procede à “eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de “conceitos jurídicos indeterminados” o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que – e não porque o número de soluções justas varia de uma ou outra hipótese – são distintas as duas técnicas”.⁴⁰

Uma segunda parcela da doutrina, bem exemplificada pelas administrativistas Di Pietro e Medauar, filia-se um posicionamento intermediário, segundo o qual os conceitos jurídicos indeterminados podem culminar quer na atribuição de competência vinculada, quer na atribuição de competência discricionária, devendo-se analisar caso a caso a repercussão jurídica do emprego de expressões vagas pelo legislador.

Medauar, mais precisamente, sustenta que o legislador sempre se valeu de conceitos jurídicos indeterminados sem que fossem estes necessariamente associados ao

³⁷ JUSTEN FILHO. Op. Cit. p. 238.

³⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 222

³⁹ CRAVALHO FILHO. Op. Cit. p. 56.

⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 202.

poder discricionário. Segundo a autora, em sendo possível a subsunção do caso concreto à fórmula ampla, contida na lei, haverá uma só solução justa, não havendo, portanto, margem de discricionariedade. No entanto, em determinados situações, a fórmula ampla do texto legal admitiria uma certa margem de escolha entre opções igualmente válidas, devendo-se, nessas hipóteses, ser exercido o poder discricionário.⁴¹

Di Pietro, trabalhando a divisão dos conceitos jurídicos em conceitos técnicos, conceitos de experiência e conceitos de valor, afirma que, enquanto os conceitos técnico-científicos e os conceitos empíricos ou de experiência demandam atuação vinculada da Administração Pública, vez que não admitem soluções alternativas, os conceitos de valor, compreendidos os indeterminados, podem, vezes sim, vezes não, conferir discricionariedade ao agente público quanto à apreciação da solução jurídica adequada ao interesse público, devendo tal variante ser analisada à luz do caso concreto.⁴²

A grande dificuldade quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, portanto, seria definir aprioristicamente em quais ocasiões a existência de noções de valor implicam na existência de discricionariedade para a Administração e em quais outras admitem apenas uma solução válida perante o ordenamento jurídico.⁴³

Muito embora Meduar e Di Pietro já flexibilizem a noção de univocidade dos conceitos fluidos, defendidas pela maior parte da doutrina, há um terceiro segmento doutrinário que rebate de maneira mais efusiva a rígida distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.

Bandeira de Mello, nesse sentido, refuta a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos seja alheio ao tema de discricionariedade, sugerindo que, embora tal diferenciação parta de premissas verdadeiras, chega a conclusões errôneas⁴⁴, na medida em que "não há negar incumba à Administração certa discricionariedade, alguma liberdade, na concreção dos conceitos jurídicos indeterminados".⁴⁵

O autor, sublinhe-se, não ignora a definição de discricionariedade sustentada pela doutrina da univocidade, resumível segundo ele em "liberdade de volição" e consistente,

⁴¹ MEDAUAR. Op. Cit., p. 133.

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴³ *Ibidem*, p. 259.

⁴⁴ MELLO. Op. Cit., p. 23.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 997

portanto, na possibilidade de realizar opções administrativas de mérito por um entre dois ou mais comportamentos comportados pela norma aplicada, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Sustenta, no entanto, que muito embora a liberdade de volição (caracterizante da discricionariedade propriamente dita) e a liberdade de intelecção (consequência inescusável dos conceitos jurídicos indeterminados) refiram-se a realidades lógicas distintas, delas decorre idêntica ressonância jurídica, não se justificando, portanto, a destinação de um tratamento jurídico particularizado ou uma categorização distinta a cada uma das situações.⁴⁶

Ao revés, discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados resultam, indistintamente, (i) na concessão de liberdade administrativa e consequente limitação à correção judicial e (ii) na inoponibilidade de direito de terceiros contra o comportamento administrativo adotado, produzindo, portanto, os mesmos efeitos na esfera do Direito.⁴⁷

Em sentido semelhante, Andreas Krell identifica os conceitos jurídicos indeterminados e a concessão de discricionariedade como

manifestações comuns da técnica legislativa de abertura de normas jurídicas, carecedoras de complementação, [...] são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles.⁴⁸

Salienta o autor que, muitas vezes, a diferença entre discricionariedade e vagueza de conceitos não passa de uma simples contingência na formulação legal.⁴⁹ A título de exemplo, considere-se uma Lei X que estabeleça que “a Administração Pública poderá, nos seus interesses, determinar a remoção de servidor” e uma Lei Y que estipule que “demonstrado o interesse público na remoção do servidor, a Administração promoverá a sua relocação”. Seria certo admitir que as duas leis possuem efeitos jurídicos opostos? Afigurar-se-ia razoável a afirmação de que apenas na primeira hipótese haverá liberdade de atuação ao passo que, na segunda hipótese, haveria, em todo e qualquer caso, uma única solução adequada perante o caso concreto?

⁴⁶ MELLO, 2012, p. 24 ss

⁴⁷ Ibidem, p. 23.

⁴⁸ KRELL. Op. Cit., p. 34.

⁴⁹ Ibidem, p. 34.

Como se viu até aqui, a inserção dos conceitos jurídicos indeterminados no âmbito da vinculação ou da discricionariedade administrativa é temática controversa e recebe um tratamento fragmentário e pouco uniforme por parte da doutrina nacional, existindo, contudo, certa tendência em abordar-se a atuação prática dos conceitos fluidos no âmbito da vinculação.⁵⁰ O posicionamento dominante da doutrina e jurisprudência nacional, no entanto, mostra-se problemático em alguns aspectos.

Repita-se, inicialmente, que a afirmação de que, em toda e qualquer hipótese, os conceitos jurídicos indeterminados, ao serem contrastados com a realidade fática, poderiam levar o aplicador da norma a uma única solução válida perante o Direito, é, de fato, excessiva. Um esforço intelectual por parte do administrador público pode conduzi-lo à identificação de zonas de certeza positiva e negativa, certas quanto à aplicação ou exclusão do conceito. Nada obstante, ao adentrar-se na zona cinzenta, a pretensa “*única solução válida perante o Direito*” torna-se inatingível ao intérprete.

Como consequência lógica desta primeira constatação, deve-se também admitir que os conceitos jurídicos indeterminados atribuem ao agente público certa margem de livre atuação administrativa, consistente na liberdade intelectual de conformação das situações fáticas inseríveis em seus halos conceituais. E, muito embora tal liberdade intelectual não se iguale, em termos de estrutura, à expressa liberdade de volição, é inegável que ambas as liberdades possuem o mesmo resultado prático.

Como assevera Bandeira de Mello,

a circunstância de que um ato de inteligência e um ato de volição sejam realidades logicamente distintas – como, deveras, o são – não implica que necessariamente tenham, em face do Direito, ressonâncias diversas. In casu não o tem⁵¹.

De fato, o emprego de conceitos vagos e a expressa atribuição de discricionariedade culminam, indistintamente, na minimização da intensidade vinculatoria do administrador público ao texto legal, na consequente limitação da sindicabilidade judicial da decisão administrativas e na inoponibilidade de direitos subjetivos por terceiros contra o comportamento administrativo adotado.

⁵⁰ É o que se verifica, por exemplo, nas balizadas doutrinas de Hely Lopes Meirelles, José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Odete Medauar, Diógenes Gasparini, Márcio Pestana, Eros Grau, Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández.

⁵¹ *Ibidem*, p. 25

Nesse quadro, parece adequada a noção ampla de discricionariedade defendida por Bandeira de Mello, conceituada como a margem de liberdade que remanesce à Administração Pública para eleger, segundo critérios de conveniência e oportunidade, um dentre pelo menos dois comportamentos igualmente cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever legal de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal (*doverosità*), quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.⁵²

A par disso, tem-se que a inserção dos conceitos fluidos no âmbito da vinculação administrativa, ao negar a existência da referida liberdade intelectual, possui não outro resultado que o de, por meios obtusos, trasladá-la do âmbito administrativo para o âmbito judicial.

Com efeito, ao atribuir-se ao Judiciário o papel de enunciador da pretensa verdade única e absoluta encoberta pela vagueza do vocábulo indeterminado, reveste-se o julgador de competência para, a partir de critérios próprios, exercer a liberdade intelectual em substituição ao administrador público.

E, consoante alerta Alexy, deve-se reconhecer

o perigo de que o tribunal administrativo substitua a decisão, segundo a opinião da autoridade unicamente correta, não pela decisão em si unicamente correta, mas somente pela decisão, segundo a opinião do tribunal unicamente correta.⁵³

6 Controle judicial dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos na jurisprudência brasileira

A elaboração teórica de métodos mais eficientes de exercício do controle judicial sobre atos administrativos concebidos a partir de juízos discricionários, especificamente

⁵² *Ibidem*, p. 48.

⁵³ ALEXY, Robert. Vícios no Exercício do Poder Discricionário. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 2, p. 1213 - 1261, **Revista dos Tribunais**, Nov/2012. Versão digital disponível em Revista dos Tribunais Online, acesso em 20 de agosto de 2016, p. 19.

nas hipóteses de atuação prática de conceitos jurídicos indeterminados, pressupõe a investigação da atual jurisprudência dos Tribunais brasileiros em relação à matéria.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao longo dos últimos anos, teve oportunidade de se posicionar, por mais de uma vez, quanto ao controle judicial da atividade administrativa atuadora de conceitos jurídicos indeterminados. Do contraste entre os acórdãos, no entanto, infere-se que a matéria recebe tratamento heterogêneo, não se podendo, até o presente momento, falar em uma consolidada jurisprudência do Tribunal de Justiça catarinense em matéria de controle da concretização de conceitos fluidos.

Um dos julgados que desperta particular interesse, neste contexto, refere-se ao caso Athos Aimbarê Cardozo Beth vs Estado de Santa Catarina, levado ao conhecimento do Tribunal de Justiça por meio do recurso de Apelação Cível nº 2012.074478-3, da Capital, e julgado pela Terceira Câmara de Direito Público, sob a relatoria do Desembargador Carlos Adilson Silva, que assim se posicionou:

ADMINISTRATIVO - POLICIAL MILITAR - PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA - PEDIDO INDEFERIDO REQUISITOS SUBJETIVOS PREVISTOS NO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO DE SANTA CATARINA (LEI N. 13.357/2005) PARA A CONCESSÃO DA PROMOÇÃO EVIDENCIADOS - ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES DO STF - CONTROLE JURISDICIONAL PARA CORREÇÃO DE FLAGRANTE ILEGALIDADE, OU NOS CASOS EM QUE A DISCRICIONARIEDADE DO ATO NÃO ATENDA AOS OBJETIVOS DA NORMA - DIREITO RECONHECIDO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. "A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração." (MS 24.699-DF, rel. Min. Eros Grau). "[...]. Promoção por ato de bravura. 4. O Tribunal de origem, interpretando a legislação infraconstitucional (Decreto estadual n. 4449/80), entendeu que a conduta do militar preenche os requisitos legais, motivo pelo qual tem direito à referida promoção. [...]. A apreciação pelo Poder Judiciário do ato administrativo discricionário tido por ilegal e abusivo não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. [...]. Ademais, não verifico, no caso, violação ao princípio da separação dos poderes, pois, tendo vislumbrado a ocorrência de ilegalidade, é perfeitamente legítimo ao Poder Judiciário

realizar o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que discricionários. [...]”⁵⁴

Resumidamente, Athos Aimbarê Cardozo Beth, policial militar, propusera ação cível, pelo procedimento ordinário, objetivando a revisão judicial de ato administrativo que lhe negara a promoção na carreira militar por “*ato incomum de bravura*”. A título de esclarecimento, pontua-se que o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina (Lei 6.218 de 1983, com as alterações da Lei n. 13.357/2005) estabelece a “*bravura*” como uma das hipóteses de promoção na carreira militar (art. 62, *caput*, inciso III e parágrafo 3º).⁵⁵

Na hipótese, o policial militar havia realizado resgate aquático no Rio Tubarão, em área de aproximadamente cinco metros de profundidade, correnteza moderada, com possíveis árvores submersas, e em dia frio e chuvoso, logrando êxito em salvar a vida de uma senhora que estava prestes a se afogar, pelo que entendeu se enquadrar no conceito – indeterminado – de bravura e, por consequência, fazer *jus* à promoção na carreira

O Comando-Geral da Polícia Militar, na seara administrativa, havia negado a promoção do militar ao argumento de que, nas condições em que ocorreu, o resgate aquático realizado não comportava enquadramento no conceito de bravura, na medida que não configurava “ato incomum de coragem e audácia, que tenha ultrapassado os limites normais do cumprimento do dever, isto porque a ação foi normal sob a ótica da atividade policial militar, o policial tinha o dever de agir ou seja prestar socorro à vítima em situação de risco de morte.”

Tratava-se, portanto, de contenda envolvendo a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados “bravura”, “coragem” e “audácia”, diante de situação concreta reconhecidamente inserível em seus halos conceituais, pairando insuperável dúvida quanto à aplicação ou exclusão dos conceitos ao caso concreto.

⁵⁴ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.074478-3, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 02-07-2013.

⁵⁵ Art. 62. As promoções dos militares estaduais serão efetuadas pelos seguintes critérios: [...] III - bravura; [...] § 3º Promoção por bravura é aquela que resulta de ato ou atos não comuns de coragem e audácia, que ultrapassando os limites normais do cumprimento do dever, representam feitos indispensáveis ou úteis ao serviço operacional pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanados, independentemente da existência de vaga e poderá ocorrer post mortem.

Vale dizer, embora louvável a atitude do miliciano e inegavelmente positivos os resultados práticos dela decorrentes, as condições em que ocorreu o resgate suscitam fundada dúvida quanto ao fato de efetivamente configurar, sobretudo quando analisado sob a ótica militar, um ato de incomum bravura, coragem e audácia.

Diretamente ao ponto, o caso restou julgado procedente em primeira instância, sendo a sentença confirmada em sede recursal. O posicionamento do Tribunal de Justiça, analisado sistematicamente, é resumível em quatro premissas básicas: (i) “embora não seja da competência do judiciário analisar o mérito do ato administrativo de caráter discricionário, está legitimado a incursionar frente a casos de flagrante ilegalidade, bem assim em face de atos decorrentes de interpretação da norma”; (ii) a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados é atividade interpretativa, portanto plenamente sindicável em sede de controle judicial; (iii) a intelecção realizada pela Administração não era a correta diante do caso concreto, na medida em que o suporte fático-probatório indicava, na concepção do prolator, a prática de atos de anormal bravura, coragem e audácia⁵⁶; (iv) em sendo “*incorreta*” a interpretação dada pela Administração, o ato administrativo que negou a promoção do policial militar afigurava-se ilegal, cabendo ao Judiciário, em juízo de substituição, determinar a sua imediata promoção, inclusive com retroação dos efeitos da ascensão à data da decisão administrativa que lhe negara a benesse.

A Quarta Câmara de Direito Público, à propósito, em caso análogo ao anterior, adotou posicionamento semelhante:

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. DECLARATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. POLICIAL MILITAR. PLEITO DE PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA. INDEFERIMENTO ADMINISTRATIVO PELA COMISSÃO DE PROMOÇÃO DE PRAÇAS. REQUISITOS SUBJETIVOS INSCRITOS NO ESTATUTO DOS POLICIAIS MILITARES DO ESTADO. DISCRICIONARIEDADE DO ATO QUE NÃO IMPEDE CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. ILEGALIDADE OU ABUSO NÃO CONSTATADOS NA ESPÉCIE. RECURSO DESPROVIDO. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados”

⁵⁶ Veja-se que o critério utilizado não é outro que a concepção do magistrado de incomum bravura, coragem e audácia, conforme bem ilustrado nos seguintes trechos “Não vejo como negar que tal conduta do fuja amplamente do ordinário”. [...] “Esse militar, ao que vejo, merece seguramente a promoção”.

estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.⁵⁷

Observa-se, portanto, certa tendência no Tribunal de Justiça de Santa Catarina em admitir o amplo e irrestrito controle judicial dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos fluidos, inclusive com a substituição das decisões proferidas na esfera administrativa por comandos judiciais, mesmo nas hipóteses em que a situação de fato se insira na zona de imprecisão do conceito indeterminado.

Em síntese, em sendo a intelecção desempenhada pela Administração incompatível com a operada pelo Judiciário, a consequência prática seria, em todo e qualquer caso, a preponderância desta sobre aquela; ao revés, havendo coincidência nas intelecções operadas, o ato administrativo é chancelado pelo Tribunal.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, de igual forma, inexiste um posicionamento consolidado quanto à possibilidade, extensão e limites do controle judicial incidente sobre a atuação prática dos conceitos jurídicos indeterminados. Ao contrário, o tema é controverso mesmo dentro das próprias Turmas da Corte da Cidadania.

De um vértice, existem numerosos julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é atividade de pura e simples interpretação e, portanto, inserível no âmbito da vinculação administrativa.

Com base em tais premissas, defende-se um amplo e irrestrito controle da atuação dos conceitos fluidos, admitindo-se a atuação jurisdicional substitutiva à decisão administrativa, quer nas hipóteses de manifesta inaplicabilidade do conceito indeterminado à situação de fato, quer nas hipóteses em que exista razoável dúvida quanto à aplicação ou exclusão do vocábulo jurídico multivalente.

Nessa linha, o Min. Mauro Campbell Marques (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 127.960-7/PR, manifestou entendimento no sentido de que *“a utilização deste tipo de técnica de construção normativa*

⁵⁷ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível n. 2012.057814-6, de Rio do Sul, rel. Des. Edegar Gruber, j. 30-07-2015.

*tem por escopo possibilitar que a Administração identifique, na análise casuística, qual é a melhor escolha - que, por ser a melhor, é única”.*⁵⁸

Sem destoar, o Min. Felix Fischer (Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça), quando do julgamento dos Recursos Ordinários em Mandado de Segurança nº 19.590/RS e 19.210/RS, ao citar o administrativista mineiro Florivaldo Dutra de Araújo, defendeu que “a indeterminação dos conceitos existe enquanto a norma permanece em sua abstração e generalidade, ao tornar-se aplicada num caso concreto, aquela desaparece, pois, diante de uma específica situação fática, a valoração desta leva a uma só conclusão”.^{59 60}

Concluiu, assim, que

sempre que seja possível oferecer ao Tribunal uma crítica séria e fundada da decisão administrativa desde a perspectiva de um conceito jurídico indeterminado, será juridicamente possível que tribunal reveja a apreciação do conceito realizada pela Administração.⁶¹

Também nesse sentido, o Min. Paulo Medina (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), por ocasião do julgamento do Agravo Regimental em Medida Cautelar nº 4.053/RS, firmou posicionamento segundo o qual

se, em abstrato, esses conceitos se revestem de relativa incerteza, no caso concreto é possível aferir o único sentido possível em que podem ser tomados [...]a hipótese analisada é entendida como caso de vinculação (ou regulação direta) e não campo de exercício de discricionariedade.⁶²

Uma segunda corrente do Superior Tribunal de Justiça, no entanto, defende um controle judicial menos abrangente da atividade administrativa concretizadora dos conceitos jurídicos indeterminados, pautado não na busca da pretensa única solução interpretativa diante do caso concreto, mas na análise de conformação da solução administrativa adotada com os princípios informadores do direito público e na análise da regularidade formal da prática do ato administrativo *sub judice*.

Concebe-se, portanto, a ideia de que o emprego dos conceitos jurídicos indeterminados pode, de fato, atribuir certa margem de liberdade ao aplicador da norma e,

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1279607/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, Dje 13/12/2011.

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.590/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 310.

⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 19.210/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235.

⁶¹ Ibidem.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 4.053/RS, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 12/11/2001, p. 130.

em não extrapolando os limites de liberdade que lhe foram conferidos, o administrador público não deve ter seus atos censurados por via de controle jurisdicional.

Precisamente nesse sentido posicionou-se o Min. Herman Benjamin (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), quando do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 36.325/ES⁶³:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. VIOLAÇÃO DE DEVERES. CONDUTA INCOMPATÍVEL COM A DIGNIDADE DA FUNÇÃO. EMPRÉSTIMO DE TERRENO PARA GUARDA DE VEÍCULOS DESTINADOS A DESMANCHE. ENVOLVIMENTO COM INTEGRANTE DE QUADRILHA DE ROUBO E RECEPÇÃO DE AUTOMÓVEIS. PESSOA QUE POSSUÍA CONDENAÇÃO PENAL TRANSITADA EM JULGADO POR CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. EXECUÇÃO DA PENA NO JUÍZO EM QUE O SANCIONADO ATUAVA. [...] CONTROLE DE LEGALIDADE DA SANÇÃO DISCIPLINAR PELO PODER JUDICIÁRIO [...] 13. A previsão de aposentadoria compulsória para os casos de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decore das funções de magistrado contempla indubitavelmente conceitos indeterminados, além de poder abarcar tanto a conduta dolosa quanto a culposa, desde que a gravidade desta autorize a imposição da pena mais grave existente para o juiz vitalício, na ordem jurídica em vigor. [...] 18. Nesse contexto, o exame das razões invocadas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo para a aplicação da aposentadoria compulsória revela que o ato administrativo não extrapolou a margem de liberdade conferida pela incidência, in concreto, dos conceitos indeterminados quanto à incompatibilidade da ação do recorrente com a dignidade, a honra e o decore das funções então ocupadas. [...] Se, diante de uma situação ocorrida no mundo dos fatos, for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público. Por outro lado, pode haver situações marcadas por objetiva certeza, a ponto de a fluidez do signo normativo não se verificar no caso concreto, quando, por exemplo, a qualquer homem médio for constatável o preenchimento de pressupostos como "urgência", "boa conduta", "má reputação" etc. **O que não cabe ao juiz, portanto, é substituir o administrador na escolha atribuída a ele por lei, nos limites da competência discricionária. Em outras palavras, o juiz não pode invadir a margem de liberdade in concreto, na qual o administrador pode atuar de maneira legítima.** (sem grifos no original)

Sem destoar, a Min. Eliana Calmon (Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça), em hipótese que versava sobre a atuação prática do conceito de "atividade efetiva

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 36.325/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 05/12/2013.

ou potencialmente causadora de significativa degradação ambiental”, estabeleceu interessante reflexão no voto do Recurso Especial 133.084-1/SP⁶⁴.

Em resposta ao interrogativo “O que é atividade efetiva ou potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente?”, consignou a Ministra que a resposta caberia ao

Estado Administração, porém, a conclusão a que chegar não está imune ao reexame do Judiciário, a quem compete a análise da subsunção do fato à norma, utilizando-se, nas hipóteses de indeterminação de conceitos, dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.⁶⁵

Por fim, também em defesa de um controle de natureza principiológica e de matriz axiológico-constitucional sobre a atividade administrativa atuadora de conceitos jurídicos indeterminados, especificamente na esfera da improbidade administrativa, o Min. Napoleão Nunes Maia Filho (Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça), no voto do Mandado de Segurança 16.666/DF, defendeu que os dispositivos sancionadores insertos na Lei de Improbidade Administrativa

carecem de objetividade suficiente para definir tipos infracionais, pois, empregando conceitos jurídicos indeterminados, vagos e imprecisos, trataram apenas de delinear em abstrato os casos de improbidade administrativa, sem, contudo, definir ou tipificar o ato ímprobo.⁶⁶

Com base em tal afirmação, deduziu que a fluidez dos referidos conceitos “permite ao intérprete administrativo e aplicador administrativo da norma uma utilização demasiadamente ampla – na verdade aberta – da legislação em comento, para sancionar aqueles a ela submetidos”, pelo que concluiu que a atuação do Judiciário nessas hipóteses, embora possível e necessária, deve se dar com o fito de “conter e limitar, ponderar e equilibrar o uso dos poderes da Administração, inclusive com a invocação dos princípios jurídicos”.⁶⁷

O que se pode concluir, portanto, é que muito embora haja consenso quanto à possibilidade do controle da concreção dos conceitos jurídicos indeterminados por via

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1330841/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, Dje 14/08/2013.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 18.666/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, Dje 07/10/2013.

⁶⁷ Ibidem.

jurisdicional, há manifesta controvérsia no Superior Tribunal de Justiça quanto à extensão e limites a que se sujeita este controle.

Por fim, migrando o foco de estudo para a Corte Constitucional, verifica-se que o posicionamento do Supremo Tribunal é resumível em um só acórdã, da lavra do ex-ministro Eros Grau, com o qual manifestaram concordância os Ministros Carlos Ayres Britto, Cezar Peluso e Marco Aurélio, por ocasião do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.699-9/DF⁶⁸. Extraí-se:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.

A estrutura argumentativa do julgado centra-se em quatro premissas fundamentais, a saber: (i) a utilização de conceitos jurídicos indeterminados nos textos normativos não culmina na concessão de discricionariedade à Administração Pública; a discricionariedade pode resultar tão somente da "expressa atribuição normativa à autoridade administrativa e não das circunstâncias de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

normativos, dos quais resultam, por obra de interpretação, as normas jurídicas". (ii) Em despeito de materializar-se enquanto atividade vinculada, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados "reclama a escolha de uma entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada".⁶⁹ (iii) Assim, por não haver uma única interpretação válida perante o caso concreto, ou melhor, em sendo esta solução ideal concretamente incognoscível, a correção do ato administrativo concretizador de conceitos jurídicos indeterminados se afere por meio "da análise e ponderação de sua motivação", pautada nos critérios hermenêuticos da proporcionalidade e razoabilidade. (iv) Por outro lado, "o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração enquanto personificada do Poder Executivo", mas, tão somente, verificar se o ato é adequado aos fins a que se propõe e coerente com os motivos que lhe ensejaram a prática.⁷⁰

Estas quatro premissas básicas, pois, sintetizam o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à possibilidade, limites e extensão do controle da atividade administrativa atuadora dos conceitos jurídicos indeterminados.

7 A proposta de um método de controle judicial dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados baseado na matriz epistemological garantista

Como visto até aqui, observa-se preocupante assistemática na doutrina e jurisprudência nacional no tocante à demarcação dos confins da sindicabilidade da atuação discricionária da Administração Pública, sobretudo no que toca à aplicação dos conceitos fluidos.

⁶⁹ Neste ponto, data venia, o argumento não se mostra minimamente racional. Ora, se a aplicação do conceito jurídico indeterminado "reclama a escolha de uma entre várias interpretações possíveis", por óbvio, esta escolha se dá por atos de volição, naturalmente limitados pela moldura normativa que lhes faculta a prática.

⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RMS 24699, Relator(a): Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

Ironicamente, o controle jurisdicional, concebido como importantíssima forma de contenção dos abusos praticados através do deturpado exercício da competência discricionária, tem sido, não raras vezes, o novo *locus* da arbitrariedade.

Nesse viés, diante da incompletude e das incongruências verificadas, propõe-se um método de aferição de legitimidade dos atos administrativos concebidos a partir da atuação concreta de conceitos jurídicos indeterminados, pautado nos controles de intelecção, de vigência e de validade da atuação administrativa.

Despido da petulância de pretender sugerir um método único, findo e acabado, busca-se tão somente a racionalização da intervenção jurisdicional sobre a atividade administrativa concretizadora de conceitos fluidos, com a proposta de uma plataforma de pensamento possível, objetiva e potencialmente eficaz, inspirada na matriz epistemológica garantista.

Como visto anteriormente, a discricionariedade potencialmente decorrente do emprego de conceitos jurídicos indeterminados cinge-se sempre ao halo conceitual da noção imprecisa, ou seja, ao campo de insolucionáveis dúvidas sobre a aplicação ou exclusão dos conceitos utilizados pela regra de direito em aplicação. Fora deste campo, nas zonas de certeza positiva ou negativa dos conceitos, não há discricionariedade, mas, vinculação.⁷¹

Consequentemente, em havendo determinado litígio sobre a correta subsunção de dada situação fática à um dispositivo legal que, em sua redação, empregue conceitos jurídicos indeterminados, caberá ao Judiciário, antes de mais nada, o exercício do controle intelectual da atuação administrativa, conferindo se o agente público, ao dar concreção ao conceito fluido, ateu-se ao campo significativo possível, ou, ao contrário, se o desconheceu.⁷²

Seria ingênuo, no entanto, negligenciar o risco de que o julgador, ao exercer o controle intelectual da aplicação concreta do conceito jurídico indeterminado,

substitua a decisão, segundo a opinião da autoridade unicamente correta, não pela decisão em si unicamente correta, mas somente pela decisão, segundo a opinião do tribunal unicamente correta.⁷³

Com razão sugere Krell que

⁷¹ MELLO, Op. Cit., p. 31/32.

⁷² Ibidem, p. 24.

⁷³ ALEXY, Op. Cit., p. 19.

nos países onde há um controle judicial abrangente dos conceitos legais indeterminados sempre surge o perigo da transformação da função dos tribunais em atividade substitutiva da Administração, cujas atribuições e tarefas, como visto, não se restringem a uma mera aplicação cognitiva da lei.⁷⁴

Assim, justamente diante de tais riscos e em consonância com a teoria da multivalência dos conceitos jurídicos indeterminados, é fundamental que o controle intelectual se exerça de maneira negativa, ou seja, com invalidação dos atos administrativos concebidos a partir de intelecções absurdas, flagrantemente desbordantes do campo significativo possível.

Por óbvio, jamais poderia o agente administrativo, em nome da fluidez dos conceitos, dar-lhes uma significação não comportada por um âmbito mínimo de significância. Dito a outro modo,

a intelecção bizarra, original, ou as peculiares idiosincrasias que informem a intelecção desatada que algum agente público porventura possa fazer dos conceitos vagos mencionados na lei, evidentemente, não pode ter o condão de sobrepor-se ao sentido que razoavelmente se lhes conhece em dado meio social.⁷⁵

Ademais, fosse o juízo intelectual operado pelo administrador insindicável, o emprego dos conceitos fluidos culminaria na atribuição de poder absoluto em favor da Administração, na medida em que a extensão da potestade seria aquela que a autoridade administrativa lhe quisesse dar.

Chegar-se-ia, outrossim, à absurda conclusão de que os conceitos jurídicos indeterminados não possuem valor significativo algum, equivalendo a um nada jurídico, absolutamente imprestáveis à delimitação da competência conferida ao agente público.⁷⁶

Por outro lado, deve-se reconhecer a impossibilidade e inoportunidade do exercício de um controle intelectual positivo da concreção dos conceitos fluidos, no sentido da enunciação pelo Judiciário de uma pretensa verdade única e absoluta encoberta pela fluidez do conceito, com conseqüente substituição do ato administrativo praticado no legítimo

⁷⁴ KRELL. Op. Cit., p. 41.

⁷⁵ MELLO. Op. Cit., p. 31.

⁷⁶ Ibidem, p. 29.

exercício da liberdade que foi conferida ao agente público. Nesse ponto, irretocável o supracolacionado acórdão da lavra do Min. Hermann Benjamim⁷⁷.

Daí porque, no litígio que verse sobre a aplicação dos conceitos indeterminados, o judiciário não deve controlar se o resultado dessa operação foi “o correto”, mas, tão somente, se o mesmo é sustentável⁷⁸. O julgador, portanto, não deve se ater ao que uma autoridade razoável deveria fazer, mas, ao que essa autoridade razoável certamente não poderia ter feito.⁷⁹

Com efeito, se diante de determinada situação concreta, inserível no halo conceitual do conceito normativo fluido, o administrador, em entendimento razoável e comportado pelo campo significativo possível, decidir pela aplicação ou pela inaplicação do conceito, não se poderá dizer que violou o direito, ainda que igualmente sustentáveis sejam as opiniões divergentes.

E, se não violou a lei e não lhe traiu a finalidade, é claro que terá o administrador procedido em plena adstrição à liberdade intelectual que, *in concreto*, o direito lhe facultava e, por consequência, faleceria o Judiciário de título jurídico para censurar a conduta da Administração, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe são conformes.⁸⁰

Dito a outro modo,

verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma intelecção perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo – desassitirá ao Judiciário assumir est’outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio.⁸¹

Outrossim, na delimitação do campo semântico possível, dois fatores essenciais deverem ser levados em consideração, quer pelo administrador, ao dar atuação concreta ao

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 36.325/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, Dje 05/12/2013. “Se, diante de uma situação ocorrida no mundo dos fatos, for possível à Administração adotar duas ou mais medidas igualmente razoáveis, então ao Poder Judiciário é vedado dizer qual delas mais atenderia ao interesse público. Por outro lado, pode haver situações marcadas por objetiva certeza, a ponto de a fluidez do signo normativo não se verificar no caso concreto, quando, por exemplo, a qualquer homem médio for constatável o preenchimento de pressupostos como “urgência”, “boa conduta”, “má reputação” etc. O que não cabe ao juiz, portanto, é substituir o administrador na escolha atribuída a ele por lei, nos limites da competência discricionária. Em outras palavras, o juiz não pode invadir a margem de liberdade in concreto, na qual o administrador pode atuar de maneira legítima”.

⁷⁸ KRELL. Op. cit., p. 39.

⁷⁹ CADEMARTORI. Op. Cit., p. 161.

⁸⁰ MELLO, 2012, p. 24.

⁸¹ Ibidem, p. 24.

conceito jurídico indeterminado, quer pelos Tribunais, no exercício do controle jurisdicional da atividade intelectual.

Primeiramente, deve-se ter em mente que o Direito é uma linguagem, “é uma fala que veicula prescrições. O que nele se diz é para ser compreendido por toda a sociedade, de modo que as pessoas em geral possam conhecer os próprios direitos e atuar em conformidade das leis e evitar eventual consequência da transgressão”. Por consequência, o campo significativo possível de dado conceito, ainda que fluido, não pode ser outro que aquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhe corresponde.⁸²

Segundamente, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminado deve se dar contextualmente, ou seja, levando em consideração, dentre outros fatores, o ordenamento jurídico, entendido como um todo coerente complexo de normas. Como explica Bandeira de Mello, “esse todo contextual termina por adensar um pouco o que haja de fluidez nesse conceito, embora não elimine sempre, necessariamente e de modo completo o campo de possíveis dúvidas”.⁸³

Portanto, na fase do controle de intelecção, deve o julgador, resumidamente, invalidar os atos administrativos concebidos a partir de intelecções absurdas, notadamente aquelas desbordantes do campo significativo possível – cujos confins são definidos contextualmente, levando em consideração a utilização corrente na sociedade e o plexo total de normas jurídicas.

Perpassada a fase do controle intelectual da atuação concreta dos conceitos jurídicos indeterminados e aferindo-se que a intelecção operada pela Administração Pública ateu-se ao campo semântico possível, deve-se proceder ao controle de vigência do ato administrativo concebido a partir da atuação prática dos conceitos fluidos.

Necessário esclarecer, preliminarmente, que a concepção positivista tradicional discrepa da conceituação garantista no que concerne à vigência dos atos administrativos. Enquanto na concepção tradicional o termo vigência representa a dimensão temporal do

⁸² *Ibidem*, pp. 29/30.

⁸³ *Ibidem*, pp. 30/31

ato, na concepção garantista, vigência diz respeito à legitimação formal e aos aspectos estruturais axiologicamente neutros dos atos administrativos.⁸⁴

Consoante esclarece Cademartori,

os juízos formulados sobre a vigência das normas assentam sob bases eminentemente descritivas, posto que referem-se a fatos concretos, seja a promulgação das normas pela autoridade competente ou a observância do devido processo na sua edição, por exemplo.⁸⁵

Feitas tais ressalvas, pode-se afirmar que, nesta segunda fase do controle jurisdicional, a aferição da vigência do ato opera-se por meio de juízos de fato, não opináveis, com bases eminentemente descritivas e axiologicamente neutras, consubstanciando-se na verificação de sua adequação formal e sua correspondência procedimental com o estatuído em normas superiores, notadamente no que concerne ao sujeito e à forma do ato.⁸⁶

Por corolário, o ato administrativo que, ao dar concreção à conceito fluido, tenha se adstrito ao campo intelectual possível, mas, por outro lado, tenha sido praticado por autoridade incompetente ou mediante procedimento diverso daquele estatuído na legislação que lhe regule a prática, por não contemplar o requisito da vigência, comporta imediata invalidação por via jurisdicional.

Por outro lado, apresentando adstrição ao campo significativo possível e plena legitimação formal, o ato administrativo concretizador de conceito jurídico indeterminado deve ser analisado, finalmente, sob a perspectiva de sua legitimação material.

O controle dos atos administrativos concebidos a partir da atuação concreta dos conceitos normativos fluidos, afóra a análise de sua legitimação meramente formal, deve impreterivelmente perpassar pela verificação de sua plena conformação axiológico-constitucional e de sua correspondência com os valores que embasam o Estado Constitucional de Direito, a ser operada em sede do controle de validade do ato, notadamente a terceira e última etapa do controle sobre ele incidente.

Com efeito, o Estado Constitucional de Direito pode ser definido como

⁸⁴ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional no Estado Constitucional e Democrático de Direito. In: Ubaldo Cesar Balthazar e Sergio Ricardo Ferreira Mota. (Org.). **Direito Tributário e outros temas**. 1ª ed., p. 185-194. Florianópolis: Insular, 2015, p. 188.

⁸⁵ CADEMARTORI, 2000, p. 200.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 24.

a dupla sujeição do Direito ao Direito. Gerada esta, pela dissociação entre vigência e validade, entre legitimação formal e legitimação substancial [...] graças a esta dissociação, a legitimidade do direito positivo reporta-se aos valores fundamentais de ordem constitucional.⁸⁷

Novamente, convém esclarecer que o conceito de validade adotado pela matriz epistemológica garantista discrepa da definição utilizada pela doutrina positivista tradicional. Enquanto na concepção tradicional a validade corresponde ao atendimento das exigências formais impostas pelo ordenamento jurídico, sob uma ótica garantista, a validade é concebida como a adequação substancial dos atos em relação aos direitos fundamentais no seu aspecto valorativo, sendo que, neste âmbito, o controle se opera por meio de princípios.

A dissociação dos planos de vigência e validade dos atos administrativos, pontuase, é de suma importância no aprimoramento científico em matéria de controle de discricionariedade da Administração Pública, na medida que permite a otimização da incompleta doutrina do *détournement de pouvoir*, inapta à satisfação das exigências impostas pelo Estado Constitucional de Direito e à construção de uma democracia substancial.⁸⁸

Feitas estas breves considerações, importa esclarecer que, na fase do controle de validade dos atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados, cumprirá ao judiciário, enquanto controlador externo da atividade administrativa, verificar a observância pelo administrador público dos princípios constitucionais escorados nos direitos fundamentais e nos respectivos valores morais e políticos por eles traduzidos.

Deverá, outrossim, avaliar as consequências sócio-políticas das decisões administrativas em questão, harmonizando-lhe com uma dimensão política de primazia do administrado frente à Administração.

Ao fazê-lo, no entanto, deve o julgador proceder com cautela, sob pena de “*uma retomada jusnaturalista do direito*”. Com efeito, diferentemente do que se verifica na fase de aferição da *vigência* da atuação administrativa - caracterizada pela emissão de juízos de fato, não opináveis, com bases eminentemente descritivas e axiologicamente neutras -, na fase da aferição da *validade*, o controle jurisdicional perpassa por juízos de valor, o que

⁸⁷ CADEMARTORI, 2015, p. 188.

⁸⁸ CADEMARTORI, 2000, p. 187/188.

novamente traz à tona a problemática verificada no âmbito controle intelectualivo de ter-se o judiciário alçado ao papel de “enunciador da valoração adequada”.⁸⁹

Quanto a isto, cumpre esclarecer que o julgador deverá dar à norma aplicanda é necessariamente aquele que melhor garanta os direitos fundamentais dos jurisdicionados e torne mais efetivas as normas constitucionais, com a redução do desvio entre estas e a realidade social e jurídica.

Assim, para efetuar tal controle, o órgão judiciário deverá considerar os pressupostos de validade do ato em questão, notadamente o motivo, a finalidade e a causa,

verificando se foi observada uma relação de adequação axiológico constitucional do ato administrativo com aquilo que, no caso concreto, possa ser o razoável, proporcional, moral, de interesse do cidadão e demais exigências principiológicas.⁹⁰

Bem por isso que é que a intelecção dada pela Administração Pública por ocasião da atuação concreta dos conceitos jurídicos indeterminados, além de adstrita ao campo possível de significância e formalmente legítima, deve ser conectada à uma dimensão política de centralidade do administrado frente à Administração Pública e à uma dimensão moral de consonância da atuação administrativa com os valores fundamentais, outorgando coerência e legitimidade ao controle jurisdicional incidente sobre os atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados.

8 Considerações finais

Embora a parcela significativa da doutrina nacional defenda que a concreção dos conceitos jurídicos indeterminados é ato vinculado, parece mais acertado afirmar que o emprego de conceitos vagos na proposição jurídica e a expressa atribuição de competência discricionária produzem idêntico resultado jurídico (minimização da intensidade vinculatória do administrador público ao texto legal, limitação da sindicabilidade judicial da decisão administrativa e inoponibilidade de direitos subjetivos frente ao comportamento administrativo adotado), justificando o reposicionamento da concreção dos conceitos fluidos ao âmbito da discricionariedade administrativa.

⁸⁹ CADEMARTORI, 2000, p. 187/188.

⁹⁰ *Ibidem*, p 189.

No que tange ao controle judicial da aplicação de conceitos fluidos, observa-se, a partir da análise dos julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a matéria permanece bastante controversa e recebe tratamento pouco uniforme. Há, contudo, forte tendência em se admitir o amplo e irrestrito controle judicial sobre os atos administrativos concretizadores de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a substituição das decisões proferidas na esfera administrativa por comandos judiciais, mesmo nas hipóteses em que a situação de fato se insira na zona de imprecisão do conceito fluido.

Essa tendência, contudo, vem justificando a indevida incursão do Judiciário em espaços de legítima atuação administrativa, culminando no acirramento da tensão entre os Poderes, sobretudo no que concerne ao controle externo da Administração Pública.

Assim, diante das vicissitudes e idiosincrasias presentes na doutrina e jurisprudência nacional, afigura-se potencialmente profícua a racionalização da sindicabilidade dos conceitos jurídicos por meio da adoção do método controle proposto neste ensaio, baseado na aferição da adstrição do agente público ao campo de intelecção possível, na análise da legitimação formal do procedimento adotado e, finalmente, na aferição holística da validade da atuação administrativa, mediante a sua conformação com um plano axiológico-constitucional.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Vícios no Exercício do Poder Discretionários**. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 2, p. 1213 – 1261, Revista dos Tribunais, Nov/2012.

BRASIL. **Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937**. (Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. (Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm>. Acesso em 20 de agosto de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1279607/PR**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, Dje 13/12/2011

_____. **RMS 19.590/RS**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2006, DJ 20/03/2006, p. 310.

_____. **RMS 19.210/RS**, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/03/2005, DJ 10/04/2006, p. 235.

_____. **AgRg na MC 4.053/RS**, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/08/2001, DJ 12/11/2001, p. 130.

_____. **RMS 36.325/ES**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2013, Dje 05/12/2013.

_____. **REsp 1330841/SP**, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2013, Dje 14/08/2013.

_____. **MS 18.666/DF**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/08/2013, Dje 07/10/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RMS 24699**, Rel. Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01-07-2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

_____. **A discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional no Estado constitucional e democrático de direito**. Tese (Doutorado em Ciências Humanas - Especialidade Direito), Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2000. Orientador: Ubaldo Cesar Balthazar. 243 p.

_____. **A discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional no Estado Constitucional e Democrático de Direito**. In: Ubaldo Cesar Balthazar e Sergio Ricardo Ferreira Mota. (Org.). Direito Tributário e outros temas. 1ª ed., p. 185-194. Florianópolis: Insular, 2015

CARDOZO, José Eduardo Martins. **Estado de Direito e Separação dos Poderes**. Palestra proferida ao programa de Pós-Graduação em Direito Público Faculdade Damásio de Jesus, Módulo I – Teoria Geral do Estado, fev. 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y Lenguaje*. 3ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1986.

DALLARI, Adilson Abreu. **Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas**. Revista de Informação Legislativa, v. 36, n.141, jan./mar. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Discrecionalidade técnica e discrecionalidade administrativa**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo REDAE nº 9 (fev/mar/abr 2007), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

HART, H. L. A. **El concepto de derecho**. Tradução por Genaro Carrió. Mexico: Nacional, 1980.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed., 2. tirag. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KRELL, Andreas J. **A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discrecionalidade no Brasil**. Interesse Público, v. 5, n. 23, p. 21-49.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2. ed., 11. tirag. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORBIDELLI, Giuseppe. **Introduzione a Diritto e All' Interpretazione**. In: MORBIDELLI, G.; PEGORARO, L.; REPOSO, A.; VOLPI, M. **Diritto Costituzionale Italiano e Comparato**. 2ª ed. Bologna, Monduzzi Editore, 1997.

RODI, Maria Tecla. ***I concetti Giuridici Indeterminati: comparazioni tra sistemi giuridici e analisi economica del diritto***. Tese (Dottorato di ricerca in diritto ed economia), Università Internazionale degli Studi Sociali Guido Carli, Roma, 2014. Orientador: Marcello Clarich, 273p.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2012.074478-3**, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 02-07-2013.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível n. 2012.057814-6**, de Rio do Sul, rel. Des. Edegar Gruber, j. 30-07-2015.

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

TOURINHO, Rita. **A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados**. Revista Eletrônica de Direito do Estado/ REDE 15 (jul/set/ago 2008), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público.