

A discricionariedade administrativa decorrente de conceitos jurídicos indeterminados no direito pátrio

Marcelo Pires Soares*

Sumário: 1 Introdução. 2 Discricionariedade e vinculação. 3 Conceitos indeterminados. 4 A celeuma da doutrina nacional. 4.1 Primeira corrente: a inexistência de discricionariedade em conceitos jurídicos indeterminados. 4.2 Segunda corrente: os conceitos jurídicos indeterminados como causa de discricionariedade. 5 A indeterminação dos conceitos jurídicos como causa da discricionariedade administrativa. 5.1 A imprecisão da linguagem. 5.2 Interpretação *versus* discricionariedade. 5.3 Técnica legislativa de abertura das normas jurídicas. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Tece considerações acerca da existência de discricionariedade administrativa no âmbito de normas jurídicas imprecisas. Depois de breves notas sobre o Poder discricionário e a concepção humana, são desenvolvidas as duas correntes divergentes da doutrina nacional. A primeira, conduzida por Eros Roberto Grau, defende que a discricionariedade deriva somente de expressa atribuição legal. Já a segunda, proposta por Celso Antonio Bandeira de Mello, vai além e a reconhece também diante de conceitos indeterminados dispostos na lei. Realizadas as reflexões necessárias, impende aceitar tais incertezas como causas da manifestação discricionária do administrador público, mitigando o controle judicial.

Palavras-chave: Administração Pública. Discricionariedade. Conceitos indeterminados. Interpretação.

1 Introdução

A Administração Pública, ao aplicar a lei, não raro se defronta com palavras ou expressões que, em razão de

* Agente Técnico - Função Jurídica do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela mesma Instituição

seus limites de cognição pouco precisos, revelam conceitos indeterminados¹, alvo de inúmeras dúvidas.

É natural a norma jurídica trazer em seu texto tais conceitos. O legislador não tem possibilidade de definir desde logo a sua inteira abrangência, pois, para fazê-lo, encontra dificuldades de ordem lógica, física e até jurídica. Cumpre à lei ser genérica, não podendo individualizar os seus destinatários, ora pela inviabilidade material em disciplinar todas as hipóteses concretas ou lógica de suprimi-las, ora sob pena de violar a separação dos Poderes.

Diante desse quadro normativo, a doutrina nacional tem questionado a possibilidade de o administrador público, no exercício de seu poder discricionário, apreciar e completar esses conceitos jurídicos indeterminados.

2 Discricionariedade e vinculação

A legalidade não se apresenta da mesma forma para o administrador e o administrado. O campo de atuação do particular é bem mais amplo do que o da Administração. Aquele pode fazer tudo o que a lei não proíbe, já esta, somente o que ela permite. Reduzindo isto a fórmulas, pode-se dizer que o particular deve cumprir apenas uma equação de não-contradição e a administração, além de não contrariar a lei, deve atender a uma relação de subsunção.

“A lei sempre e inexoravelmente cria um quadro dotado de objetividade dentro no qual se movem os sujeitos de direito” (MELLO, 2003b, p. 820) e, de acordo com o caso concreto, este quadro varia de intensidade.

Existem situações em que o legislador disciplinou todos os elementos do ato administrativo, não restando ao administrador qualquer margem de apreciação subjetiva. Diz-se, então, ser a

¹ Muitos são os sinônimos para a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, dentre estes, destacam-se “normas jurídicas abertas”, “conceitos vagos”, “conceitos imprecisos” e “regras legais abertas”.

atuação administrativa vinculada. Em outras ocasiões somente alguns elementos foram disciplinados, cabendo ao subjetivismo do administrador preencher o campo de indeterminação da norma para satisfazer a sua finalidade. Trata-se da atuação discricionária.

A discricionariedade ocorre quando o regramento legal não define todos os aspectos da atuação administrativa, deixando margens de liberdade consoante o caso concreto, de modo que a autoridade poderá optar por uma dentre duas ou mais hipóteses razoáveis e válidas perante o Direito. Na discricionariedade, o legislador *concedeu* ao administrador espaços à formulação de juízos subjetivos.

Disso se extrai a seguinte linha de raciocínio: a discricionariedade localiza-se na própria lei, pois decorre de sua disciplina e não de sua ausência, logo, invariavelmente, depende dela e, por isso, considera-se relativa. O poder discricionário é, portanto, liberdade dentro de limites legais.

Entretanto, saliente-se que discricionariedade não é situação inversa à vinculação. Na verdade, são noções que se complementam. A discricionariedade não se mostra de maneira absoluta e única, pelo contrário, ela sempre aparece acompanhada da vinculação. Isso se justifica no fato de a discricionariedade e a vinculação não estarem ligadas à noção de ato e sim à de competência administrativa.

3 Conceitos indeterminados

O conceito resulta de operação intelectual humana de delimitação do campo de compreensão quanto a certo objeto, pessoa ou fato. Por meio dessa faculdade mental, o homem define os confins de seu pensamento e atribui uma noção a certa realidade. O conceito é o pensamento com *limites* fixados pela concepção, exteriorizado por palavras ou expressões (MORAES, 2004, p. 62).

De fato, em virtude da imprecisão que pode acometer esses limites, o conceito pode revestir-se de indeterminação ou ambigüidade e, por via de consequência, admitir várias soluções como corretas ao caso concreto.

Com base nos limites que venham a ser traçados ao pensamento humano, o conceito classifica-se em determinado ou indeterminado, de modo que a diferença entre eles decorre de grau de imprecisão com o qual se designa a realidade, levando-se em consideração um critério quantitativo.

A imprecisão tem origem na extensão ou conteúdo do conceito e não em sua qualidade. Caracteriza-se um conceito como indeterminado a partir do momento em que se desconhecem as fronteiras de seu campo de compreensão, ou melhor, quando restam dúvidas sobre qual solução é a mais adequada.

Certo conceito não é determinado ou indeterminado porque assim se quis *a priori* com uma simples tipologia, mas em razão do exame do caso concreto diante das soluções propostas. Somente o caso concreto é capaz de firmar se há ou não imprecisão no conceito, bem como delimitar o seu campo de abrangência.

4 A celeuma da doutrina nacional

Pode a administração, frente a conceitos como “calamidade pública”, “caso fortuito”, “urgência” e “necessidade”, colmatá-los de forma discricionária? Na solução dessas incertezas, há de prevalecer a interpretação do juiz sobre a discricionariedade do administrador?

A doutrina nacional não é unânime ao responder essas indagações e se divide em duas correntes. A primeira defende a inexistência de discricionariedade, já a outra pugna pela sua presença em certos conceitos. A problemática ora proposta,

contudo, não se restringe a meros debates doutrinários. Eminentes Cortes do País já se posicionaram contrários à manifestação discricionária do administrador na apreciação e complemento dessas normas jurídicas abertas.

4.1 Primeira corrente: A inexistência de discricionariedade em conceitos jurídicos indeterminados

Defende essa corrente, cujo principal expoente é Eros Roberto Grau, que o Poder discricionário não decorre como consequência natural de conceitos plurissignificativos, mas somente de expressa previsão legal. É a atuação discricionária restrita aos comandos taxativos da norma, que concede ao administrador a faculdade de escolher entre duas medidas jurídicas. Os conceitos jurídicos indeterminados, vinculados à interpretação do órgão judicial, e a discricionariedade são tratados como realidades opostas.

Sob o argumento da necessidade de restauração da legalidade, que se encontra fragilizada no Direito Administrativo pátrio pela introdução de “autêntico cavalo de Tróia”, a discricionariedade, Eros Grau (2005, p. 195) fundamenta a sua posição na diferença entre os juízos de legalidade e de oportunidade.

A complementação dos conceitos jurídicos indeterminados importa um juízo de legalidade, controlável de forma plena pelo Poder Judiciário, não restando espaço algum ao administrador. Já a discricionariedade deriva da formulação de um juízo de oportunidade, expressamente atribuído pelo legislador e parcialmente revisável. Desse modo, salvo as hipóteses *explícitas* de atribuição discricionária, a Administração Pública sempre estará subordinada à interpretação judicial e à estrita legalidade, ainda que diante de normas imprecisas².

² Saliente-se que Eros Grau não ignora a existência do Poder Discricionário. Na verdade, ele restringe o seu campo de atuação aos comandos da norma, de modo que não se possa identificá-lo na apreciação de conceitos vagos.

A interpretação, desprovida de qualquer margem de liberdade ao administrador e fundada num juízo de legalidade, encontra-se em situação diametralmente oposta à discricionariedade, de verdadeira vinculação. Tratam-se de mecanismos inconciliáveis. Ao administrador compete apenas extrair o sentido da lei tal como faria o magistrado, adotando a mesma solução ao caso concreto.

Isso se justifica na circunstância de ser a interpretação capaz de sinalizar a única resposta correta. A discricionariedade conduz o aplicador a várias soluções legítimas, enquanto a interpretação procura e só aceita uma. Esta parte de dados objetivos e concretos, enquanto aquela surge diante da ausência destes elementos. O processo interpretativo tem capacidade de precisar a solução mais adequada à norma abstrata, de forma a eliminar todas as dúvidas possíveis.

Assim, se a interpretação judicial pode dizer qual a melhor solução ao caso, remanesce ao administrador apenas acatá-la, afastando sua apreciação subjetiva.

De mais a mais, cabe destacar que, sob direção de Eros Grau, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n. 24.699-9/Distrito Federal³, posicionou-se favorável a essa corrente. Por sua vez, a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão em Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 4.053/Rio Grande do Sul⁴, também admitiu a inexistência de manifestação discricionária no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados.

Essa corrente, com o propósito de separar a discricionariedade administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, circunscreve-a às hipóteses taxativamente previstas na lei. Fora dessas, sobra ao administrador apenas uma atuação vinculada, na qual se inserem os conceitos jurídicos

3 Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, Recurso em Mandado de Segurança n. 24699-9/Distrito Federal, relator Ministro Eros Roberto Grau, julgado em 30 nov. 2004 e publicado no Diário da Justiça de 01 jul. 2005, p. 56.

4 Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, Agravo Regimental em Medida Cautelar n. 4053/Rio Grande do Sul, relator Ministro Paulo Medina, julgado em 28 ago. 2001 e publicado no Diário da Justiça de 12 nov. 2001, p. 130.

indeterminados, plenamente sindicáveis pelo juiz por meio de processo interpretativo, simples intelecção, sem qualquer elemento volitivo.

4.2 Segunda Corrente: Os conceitos jurídicos indeterminados como causa de discricionariedade

Em postura contrária, fração da doutrina nacional admite a discricionariedade administrativa na apreciação e aplicação de conceitos imprecisos existentes na norma jurídica.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello (2003a, p.18-20), insigne expoente desse pensamento, a discricionariedade pode *decorrer* de conceitos vagos contidos na hipótese (motivos do ato) e na finalidade da norma jurídica, além de seu comando. Em outros termos, a imprecisão dos conceitos jurídicos configura causa principal da manifestação discricionária da administração.

Argumenta o ilustre professor que mesmo submetidos a um criterioso processo interpretativo, muitas vezes, restam nesses conceitos campos de incerteza, que somente serão preenchidos pela vontade do administrador. A interpretação não prejudica a discricionariedade, pois apenas lhe reconhece os limites. Ela não invade o mérito administrativo, pelo contrário, estabelece eventuais significações possíveis diante do contexto da norma, aprofundando-se até onde as dúvidas não podem mais ser vencidas.

A discricionariedade restringe-se aos campos em que os questionamentos quanto à extensão do conceito ou sobre a vontade legal são insolúveis, visto a interpretação não elidir todas as dúvidas que porventura possam surgir, cabendo à administração, mediante juízo valorativo, concretizar a norma positiva. Assim, segundo Gonçalves Pereira (apud MELLO, 2003b, p. 830), “a discricionariedade começa onde acaba a interpretação”.

Ademais, ainda que a interpretação e a discricionariedade sejam compreendidas como institutos diversos, as suas conseqüências para o mundo jurídico são idênticas. As duas viabilizam a aplicação da lei ao completarem conceitos jurídicos indeterminados. Se elas dispõem dos mesmos efeitos, não sobra razão para impedir a atuação de uma só. Para essa corrente, a distinção entre discricionariedade e interpretação não tem suporte lógico. Por terem efeitos iguais, separá-las é criar diferenças onde não existe.

No entanto, nem todos os conceitos indeterminados admitem a manifestação discricionária. Por esta razão, Celso Bandeira de Mello (2003b, p. 825) passa a dividir os conceitos indeterminados em duas categorias: os derivados do plano das ciências, que, por comporem-se de valores teóricos, são unissignificativos e os atinentes ao mundo da razão prática, da sensibilidade, que são plurissignificativos, dotados de certa fluidez ou incerteza. Nestes últimos haveria discricionariedade, naqueles, mera vinculação.

Nesse ponto, saliente-se que o referido autor não se apresenta sozinho. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 132), perfilhando entendimento semelhante, argumenta que, ao contrário dos conceitos de experiência, há discricionariedade nos de valor ou de sensibilidade. Embora não se trate de uma liberdade total, sem quaisquer limites, estes últimos admitem mais de uma solução correta, isenta de apreciação pelo Judiciário.

Tal corrente objetiva conciliar a autonomia do administrador público com a garantia da inafastabilidade da tutela judicial. Sua posição busca examinar a realidade fática do ordenamento legal, na medida em que nem todos os conceitos estão sob o jugo da vinculação. Para ela, alguns conceitos indeterminados admitem a manifestação discricionária administrativa e obstaculizam o controle judicial.

5 A indeterminação dos conceitos jurídicos como causa da discricionariedade administrativa

Não há como tolerar uma rígida separação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados. Segundo os argumentos a seguir alinhavados, o poder discricionário pode *decorrer* de concepções fluidas constantes da lei, e não somente de hipóteses de expressa atribuição.

De início, frente ao quadro evolutivo do Direito germânico, não se pode sustentar que a doutrina nacional defensora da distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade seja de vanguarda. Pelo contrário, esse entendimento, com o fim de rechaçar a legítima atividade discricionária da Administração Pública no âmbito de normas jurídicas abertas, utiliza-se de argumentos equivocados e já superados pelos autores alemães.

A teoria da “univocidade”, desenvolvida por Friedrich Tezner, não mais prevalece na Alemanha⁵. Hoje as teorias da “margem de livre apreciação” e da “sustentabilidade”, elaboradas, respectivamente, por Otto Bachof⁶ e Carl Hermann Ule⁷, comprovam diante da realidade fática a impossibilidade de se separarem esses dois fenômenos em planos estanques.

5 Tezner (apud MORAES, 2004, p. 71), em sentido contrário à teoria da “multivalência” de Edmund Bernatizik, entendia que os conceitos imprecisos utilizados pelo legislador não significavam outorga de discricionariedade, mas verdadeiro campo de vinculação da administração pública, visto que apenas o Poder Judiciário, com sua imparcialidade e conhecimentos técnicos, tinha condições de encontrar a única solução certa ao caso concreto. Para Tezner, qualquer comportamento da administração representaria a atuação de uma norma precisa ou precisável e, por esta razão, controlável judicialmente.

6 Para Otto Bachof (apud MORAES, 2004, p. 73), a “margem de apreciação” trata-se de uma área dentro da qual se reserva à administração a liberdade na compreensão e aplicação dos pressupostos de sua conduta. Indica Bachof haver um juízo de prognose concedido ao administrador na apreciação de alguns conceitos indeterminados, tal como se mostra nas decisões acerca de planejamento administrativo e critérios de avaliação de desempenho de seus subordinados.

7 Consoante Mauer (2001, p. 57), Carl Hermann Ule, com sua doutrina “da sustentabilidade”, proclama que os conceitos jurídicos indeterminados comportam uma série de decisões “sustentáveis”, em virtude de admitirem diversas valorações. Fundamenta-se tal pensamento na existência de “um âmbito de pluridimensionalidade entre a discricionariedade e a vinculação, ou seja, um terceiro espaço de relativa vinculação e relativa liberdade” (TOURINHO, 2004, p. 42).

5.1 A imprecisão da linguagem

O Direito, como ciência da conduta humana, expressa-se por meio de uma linguagem natural, inteligível a todos os seus destinatários, e não somente aos técnicos jurídicos. As normas devem atingir as relações privadas, a esfera íntima de cada particular pertencente a certa ordem jurídica, o qual deve apreender-lhe o conteúdo para que seja possível o seu cumprimento. Por esse motivo, as normas jurídicas acabam por incorporar toda imprecisão e ambigüidade dos conceitos existentes na linguagem do dia-a-dia.

Estas dificuldades da linguagem humana acabam por influenciar a densidade das normas jurídicas. O modo como o indivíduo compreende a realidade, muitas vezes, ocasiona a maior ou menor intensidade do regramento legal no qual está inserido. Conforme o conceito enquadre-se numa zona de certeza ou de penumbra, há diferentes graus de vinculação e, por conseguinte, resta alguma margem de apreciação subjetiva ao administrador público.

5.2 Interpretação *versus* discricionariedade

Para aqueles que defendem a inexistência de discricionariedade em conceitos jurídicos indeterminados, a interpretação mostra-se como único mecanismo hábil para solver toda incerteza da norma jurídica. Todavia, essa teoria extremada deve ser afastada. É evidente a existência de discricionariedade administrativa em certos conceitos, os quais somente por meio da vontade do administrador terão o seu alcance realmente definidos.

A interpretação não se restringe a um simples processo “intelectivo”, plenamente controlável. Diante de dados conceitos indeterminados, é impossível uma atitude meramente cognitiva,

de simples extração de significados; o que ocorre é uma integração ou “complementação”. Há a necessidade de uma capacidade criativa do intérprete, expressa em seus elementos volitivos.

“Todo ato de interpretação jurídica possui características construtivas e criativas, não havendo somente uma subsunção lógica mecânica” (KRELL, 2004b, p. 203). A interpretação cognoscitiva combina-se, necessariamente, com um ato volitivo. Ao interpretar a lei, em dado limite, pode-se dispor de vontade e, por conseguinte, de discricionariedade.

5.3 Técnica legislativa de abertura das normas jurídicas

Se o legislador não quis ou deixou de disciplinar em sua plenitude a atuação do administrador público, é porque a este atribuiu a possibilidade de complementar a norma legal. O emprego de conceitos indeterminados não é simples acaso, tampouco erro do legislador, mas sim sua intenção acertada de ver a lei preenchida pelo administrador. A omissão da lei é proposital e não falha de seu elaborador.

Mais adequado, portanto, mostra-se ter os conceitos jurídicos indeterminados como “técnica legislativa de abertura das normas jurídicas” (KRELL, 2004a, p. 35), carecedoras de complementação, de modo que o Poder Judiciário, ao apreciá-las, não pode substituir a administração pública sob a alegação de equívoco legislativo.

Certo é que a separação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade ceifa a autonomia da administração pública, pois de forma evidente faz substituir a sua atividade pela do magistrado. Essa rigidez é incompatível com a realidade prática, na qual sempre se deve garantir uma margem de flexibilidade ao poder decisório do administrador, a custo de enrijecer e impedir a sua ação.

6 Conclusão

Fixar a linha divisória entre discricionariedade administrativa e vinculação sempre foi tarefa difícil. Os reflexos constitucionais no regime tripartido de poder e na infastabilidade da tutela jurisdicional revelam a sutileza da questão, bem como a cautela de que o aplicador da lei deve se revestir na hora de estudar o tema. Nesse campo minado, insere-se justamente a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados que, responsável por desenvolver uma nova perspectiva de análise da discricionariedade, instaurou um grande debate no Direito pátrio.

Em que pesem os argumentos da corrente contrária ao Poder discricionário na apreciação de conceitos indeterminados, não se pode sustentar tamanho rigorismo. Não há como se circunscrever a discricionariedade às previsões taxativas do legislador. A sua atuação vai além e configura mecanismo de preenchimento de incertezas jurídicas. Em suma, a discricionariedade é campo de liberdade decisória remanescente ao administrador público em razão de *conceitos imprecisos contidos na lei* ou de expressa atribuição de seus comandos.

Abstract: It discusses the existence of administrative discretionarity under imprecise juridical rules. After some brief notes on the Discretionary Power and human conception, two opposite views about National Doctrine are developed. The first one, driven by Eros Roberto Grau, defends that discretionarity derives only from the express legal attribution, whereas the second one, proposed by Celso Antonio Bandeira de Mello, goes beyond it and recognizes it before the undetermined concepts of Law. Once the necessary reflections are made it is imminent to accept such uncertainties as causes of discretionary manifestation by the public administrator, thus mitigating judicial review.

Keywords: Public Administration. Discretionarity. Undetermined concepts. Interpretation.

Referências

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2005.
- KRELL, Andréa J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- _____. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista da Escola de Magistratura Federal da 5.ª Região*. Recife, n. 8, p. 177-224, 2004.
- MAURER, Hartmut; HECK, Luís Afonso (trad.). *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MORAES, Germana de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa. Ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.