Nº 25 – janeiro/fevereiro/março de 2011 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: UM ESTUDO A PARTIR DA TEORIA DA ADEQUABILIDADE NORMATIVA

Flávio Henrique Unes Pereira
Assessor de Ministro do STJ
Mestre em Direito Público - UFMG
Presidente do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal - IDADF.

Sumário:

1. Introdução; 2. Discricionariedade Administrativa e Conceito Jurídico Indeterminado; 2.1. Conceitos de valor e conceitos de experiência; 3. Conceito Jurídico Indeterminado e a Teoria da Adequabilidade Normativa; 4. Conclusões.

1. Introdução

A existência de conceitos jurídicos indeterminados[1] na norma desencadeia discricionariedade administrativa quando de sua aplicação? Eis a questão que motivou o presente estudo.

[1] Não se pretende aqui examinar a adequação ou não do termo "conceitos jurídicos indeterminados". De todo modo, adota-se a observação de Florivaldo Dutra de Araújo: *"[...] a imprecisão não se encontra nos signos abstratos da comunicação, nem nos objetos concretos (coisas, fatos) que existem ou ocorrem, mas na subsunção aos signos desses múltiplos objetos que cotidianamente com eles desejamos indicar."* Assim, para o mencionado autor, nem "termo" nem "conceito" indeterminado seriam adequados, vez que se trata de *" 'indeterminação (imprecisão) na subsunção do fato ao conceito previsto na lei' "*. Todavia, para evitar o uso de tão extensa expressão, aceita-se, desde que devidamente compreendida, o uso de "conceitos jurídicos indeterminados". (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo*. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). Temas de Direito Administrativo:

Pretende-se demonstrar, reportando-se à teoria da adequabilidade normativa, desenvolvida por Klaus Günther[2], que inexiste discrição administrativa quando da interpretação e aplicação dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados". Esta análise levará em conta a aplicação de normas por meio de atos administrativos, especialmente no momento em que se decide a situação contenciosa no âmbito de processos administrativo sancionadores.

Caso se entenda que há discricionariedade na ocorrência de conceitos jurídicos indeterminados, o controle jurisdicional dos respectivos atos administrativos terá extensão mais limitada do que teria na hipótese de inexistência de tal discrição. Evidente, portanto, a relevância da questão em apreço.

2. Discricionariedade Administrativa e Conceito Jurídico Indeterminado

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua "discricionariedade administrativa" como

> [...] a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, 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[3]. (g.n.)

Dois aspectos merecem destaque na conceituação do ilustre administrativista.

Um deles diz respeito ao elemento comum entre vários doutrinadores: a discricionariedade envolve margem de liberdade para o administrador que, diante de mais de um comportamento cabível, opta por um deles. É o que ensina Fernando Sainz Moreno, para quem a decisão discricionária é aquela que se toma entre duas ou mais soluções, todas igualmente válidas para o Direito[4].

Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. p. 110 e 112, 2006).

[2] GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.

3BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 48, 2003.

[4] SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, p. 304, 1976.

O outro já é extremamente controvertido na medida em que visualiza a discricionariedade administrativa quando da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados[5] ou, como afirma Celso Antônio, em razão *da fluidez das expressões da lei*. Nessa hipótese, o Poder Judiciário não poderia intervir, tendo em vista a obediência que se deve ter ao princípio da separação de poderes.

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandéz são dois dos autores que, diferentemente de Celso Antônio Bandeira de Mello, não se reportam à fluidez das expressões da lei ou a conceitos jurídicos indeterminados para conceituarem a discricionariedade administrativa[6]. Para eles, a discricionariedade cinge-se à liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas – indiferentes jurídicos – uma vez que a decisão a ser adotada se fundamenta em critérios extrajurídicos, *não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração*[7]. Já os conceitos jurídicos indeterminados, bem ao contrário, são um caso de aplicação da lei cujo processo não acarreta qualquer interferência subjetiva do intérprete. Por conseguinte, *o juiz pode fiscalizar sem esforço algum tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-se chegado é a única solução justa que a lei permite*[8].

Interessante observação acerca dos conceitos jurídicos indeterminados foi feita por Fernando Sainz Moreno, ao afirmar que inexiste uma distinção clara entre essa espécie de conceito e o denominado conceito jurídico determinado, tendo em vista que a indeterminação é um elemento conatural a qualquer conceito. Sendo assim, em princípio, seria despropositado falar em uma teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. Porém, observa o autor, a cogitada teoria tem plena razão de ser, na medida em que, a partir dela, foi possível expor as razões pelas quais todo conceito incorporado a uma norma jurídica, independentemente do grau de sua indeterminação, pode ser interpretado e aplicado de acordo com uma decisão 'justa' que esse conceito, em cada caso e em seu contexto legal e situacional, carrega implicitamente[9].

---

[5] Para Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernandéz, com a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, *"a lei refere uma esfera da realidade cujos limites não aparecem bem precisados no seu enunciado, não obstante o qual é claro que tenta delimitar uma hipótese concreta"* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 393, 1990).

[6] Florivaldo Dutra de Araújo também não inclui, no conceito de discricionariedade, os conceitos jurídicos indeterminados: *"[...] a discrição caracterizará dado aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, pelo que a consideração axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não de direito."* (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª e. Belo Horizonte: Del Rey, p. 85, 2005).

[7] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 394, 1990.

[8] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 394, 1990.

[9] SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, p. 212/213, 1976.

A técnica dos conceitos jurídicos indeterminados é comum em todas as esferas do Direito, porém a matéria ganha complexidade quando se trata de normas do Direito Administrativo, já que a aplicação inicial desses conceitos é feita pela Administração. No entanto, não se deve confundir essa aplicação prévia com o uso de poder discricionário[10].

António Francisco de Sousa também observa que o tema "conceitos jurídicos indeterminados" possui peculiaridade no âmbito do Direito Administrativo, já que no Direito Civil e no Direito Penal, o tribunal é o único órgão que aplica a lei ao caso concreto e, pois, os conceitos jurídicos indeterminados, enquanto que naquele, o juiz tem a função de fiscalizar se a Administração deu a correta interpretação e aplicação de tais conceitos[11]. A interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração constituem, portanto, uma atividade estritamente vinculada à lei. Admitir qualquer margem de apreciação a favor da Administração *significaria alargar o campo da discricionariedade ao Tatbestand legal e com isso se estaria a aplicar um grave golpe nas garantias do cidadão que o Estado de Direito não admite*[12].

Assim, o legislador, ao valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, pode ter várias intenções, *menos a de atribuir* ***ipso facto*** *um monopólio de interpretação e aplicação à Administração*. O fato de o administrador ser, muita vez, o primeiro a formular o juízo acerca da interpretação legal não o torna imune ao controle jurisdicional, pois a aplicação de tais conceitos resulta *em uma única valoração correta que é naturalmente a melhor que todas as outras*. Vê-se que, para António Francisco de Sousa, a Administração está vinculada não apenas ao fim, como também à melhor aplicação possível do conceito[13].

Florivaldo Dutra de Araújo observa que não há dúvida quanto ao cabimento do exame por parte do juiz, a propósito de um litígio entre particulares, da existência ou não de "boa-fé", "mau comportamento" ou "honestidade". Assim, do mesmo modo, quando expressões dessa natureza surgem numa regra dirigida à autoridade administrativa, não haveria como dar um tratamento diferente, imaginando que, nessa hipótese, *como que por um passe de mágica, o juiz se torna inapto para saber se a condição abstratamente apontada pela norma efetivamente ocorre no caso concreto*[14].

O argumento de que haveria a paralisação da Administração Pública mediante a supressão da discricionariedade administrativa por meio de conceitos jurídicos indeterminados é considerado por António Francisco de

---

[10]GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 393/394, 1990.
[11]FRANCISCO DE SOUSA, António. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, p. 18, 1994.
[12]FRANCISCO DE SOUSA, António. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, p. 60, 1994.
[13] FRANCISCO DE SOUSA, António. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, p. 80, 1994.
[14]ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo*. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. p. 113, 2006.

Sousa como ultrapassado, pois tal fundamento não leva em conta os reais valores do Estado Democrático de Direito.

Para o autor,

> A Administração deve ser hoje, por imposição constitucional, dinâmica, interveniente, mas também clara e transparente. Os seus actos devem e têm de ser quanto possível transparentes e as incompatibilidades entre os interesses da Administração e os interesses dos particulares devem ser resolvidas de acordo com o 'quadro legislativo' em que se inserem. Não há motivo para considerar uma eventual cedência da Administração relativamente a um administrado como uma 'derrota' ou uma 'submissão' daquela a este. Se isso acontecer, é apenas sinal de que cada um está a ocupar o seu lugar e que o sistema funciona bem; em suma, que a vontade do legislador está a ser cumprida.[15]

A atividade administrativa que merece tratamento diferenciado refere-se, no dizer de António Francisco de Sousa, à planificação administrativa. Nessa seara, os conceitos jurídicos indeterminados são considerados como diretivas de conduta. Os exemplos indicados pelo autor são, entre outros, as necessidades ambientais e as de habitação. A criação de planos de conduta administrativa se manifesta, essencialmente, em **opções** que têm que ser tomadas, muitas delas de natureza mais política do que jurídica. Eis a conclusão a que chega António Francisco de Sousa:

> É inquestionável que os elementos da prognose se reflectem no seu resultado, pelo que a decisão deverá ser anulada sempre que não se apresente como o resultado lógico da base da prognose accionada pelo método adequado (legal) utilizado, embora seja de aceitar que, na prática, alguns destes elementos (da base como do método) não possam ser plenamente controlados (com evidentes reflexos para uma moderação da intensidade do controlo da decisão final). Certo é que a fixação da meta ou alvo prognóstico em si mesmo não

[15]FRANCISCO DE SOUSA, António. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, p. 82, 1994. No mesmo sentido observa Gerson dos Santos Sicca: *"Defender a intensa limitação do controle a partir de argumentos como a necessidade de mobilidade por parte da Administração e sua preferencial posição na ponderação dos interesses confunde argumentos políticos e jurídicos, sem considerar que o espaço de decisão é concedido ao administrador para atuar na forma e nos limites impostos pelo legislador. Uma mobilidade decorrente da 'realidade dos fatos' nada mais é do que o intento de limitar a força normativa do Direito perante os diversos grupos de interesse que quotidianamente pressionam a Administração, diversas vezes com propósitos que não almejam o bem-estar da coletividade."* (SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação*. Curitiba: Juruá, p.216, 2006)

> poderá em princípio e sem mais ser posto em causa pelo tribunal.[16]

Germana de Oliveira Moraes destaca, na mesma linha, que não há como negar a existência de uma categoria de conceitos indeterminados cuja valoração administrativa é insuscetível de controle jurisdicional pleno. Segundo a autora, a melhor base teórica para a identificação desses conceitos é a proposta por Walter Schimidt e aprimorada por Sérvulo Correia, os quais defendem que há um limite para o controle judicial das decisões que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, aqueles cujo preenchimento demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão[17].

Há outras hipóteses em que a lei, antecipadamente, é expressa quanto à existência de mais de uma opção válida perante o Direito e, dessa forma, legitima a discrição administrativa. Exemplo típico refere-se ao mecanismo de provimento de certos cargos públicos, o qual prevê a escolha de um nome entre os indicados em determinada lista. Outra hipótese refere-se aos cargos de provimento em comissão. Há balizas que devem ser respeitadas, porém a lei expressamente admite a existência de mais de uma opção.

Ressalvadas essas hipóteses, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração não compromete um amplo controle jurisdicional, uma vez que se trata de interpretação de norma – juízo de legalidade - e não uma mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade. Neste, há uma restrição *a priori* do controle sobre a opção administrativa, enquanto que naquele está em pauta o exame da existência e qualificação jurídica de fatos[18].

---

[16]FRANCISCO DE SOUSA, António. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, p.126, 1994. Gerson dos Santos Sicca também se apóia nas lições de Antônio Francisco de Sousa ao tratar do controle jurisdicional de casos em que há juízo de prognose: *"Na prognose, a lei confere ao administrador a atribuição de realizar uma espécie de avaliação que não pode ser enquadrada em um simples juízo de aplicação ou não, da lei, pois a decisão é remetida a considerações de pura política administrativa ou fatos que não podem ser apreciados por estarem projetados para o futuro. Isto não impede o controle, mas apenas o limita '(...) na medida da racionalidade possível', em razão da particularidade e a excepcionalidade da medida que não se restringe ao procedimento de concretização da norma. A prognose se sujeita ao controle judicial, como todos os atos administrativos, respeitados os seguintes parâmetros, como observa António Francisco de Souza:*
'1 – Se a autoridade violou normas de procedimento; 2 – se considerou aspectos estranhos à prognose; 3 – se a prognose foi devidamente fundamentada; - 4 – se a prognose se apresenta plausível, racional e consensual; 5 – se a Administração observou na sua decisão prognóstica os padrões gerais de valor; 6 – se a prognose é reconhecidamente' ou 'de modo evidente' errada." (SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação*. Curitiba: Juruá, p.272/273, 2006).

[17]MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, p. 70, 1999.

[18]Nesse sentido leciona Eros Roberto Grau: *"O aplicador do Direito, ao decidir pela atribuição ou não atribuição de um conceito a uma certa coisa, estado ou situação, valendo-se, para tanto, de dados extraídos à observação da realidade, decide questão de direito e não questão de fato. Tal decisão envolve ato de apreciação jurídica, ou seja, uma valoração jurídica. A questão, assim, é de direito e não de fato: a verificação do fato está inserida na apreciação*

2.1. Conceitos de valor e conceitos de experiência

Há doutrinadores que classificam os conceitos jurídicos indeterminados em conceitos de valor e conceitos de experiência, entendendo que, em relação àqueles, a aplicação desencadearia discricionariedade administrativa. Já os conceitos de experiência ou empíricos pressuporiam critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitiriam, portanto, concluir qual a única decisão possível. É o que ocorreria em face de expressões como "caso fortuito", "força maior", "bons antecedentes". Nesses casos não haveria dúvida de que *a matéria é de pura interpretação e pode o Poder Judiciário rever a decisão administrativa, porque ela está fora do âmbito da discricionariedade*[19]. Já na hipótese de conceito de valor, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que existe a discricionariedade, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite[20]. Para a ilustre administrativista existe discricionariedade quando

> [...] a lei usa certos conceitos indeterminados ou, nas palavras de Linares, 'fórmulas elásticas', assim consideradas aquelas que encerram valorações, isto é,

---

jurídica, possuindo apenas função auxiliar em relação a esta última." (GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 83/84, 1988).

[19] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo: Atlas S.A., p. 132, 2001.

[20] ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, p. 132, 2001. Celso Antônio Bandeira de Mello, como já salientado anteriormente, comunga do mesmo entendimento: *"É que a finalidade aponta para* ***valores****, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um* ***conceito de valor****, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos* ***plurissignificativos*** *(isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos."* (g.n.) (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 19,2003). Não é diferente a posição de Regina Helena Costa: *"Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser classificados em conceitos de experiência e conceitos de valor. E, conforme pretendemos demonstrar, entendemos que, quando se tratar de conceitos de experiência, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado. Quando estivermos diante de conceitos de valor, diversamente, caberá àquele, terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade."* (COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 29, jun. 88, p.98). Luciano Ferreira Leite caminhava no mesmo sentido quando afirmou que na hipótese de ocorrência de *"conceitos de valor, os critérios a serem adotados pelas autoridades administrativas serão sempre necessariamente discricionários."* (FERREIRA LEITE, Luciano. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial. 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 57, 1981). Todavia, em obra recém lançada, o autor muda sua posição, passando a reconhecer que os conceitos jurídicos indeterminados "[...] são susceptíveis de determinação, valendo-se o órgão aplicador, de métodos interpretativos;" (FERREIRA LEITE, Luciano. Interpretação e Discricionariedade. São Paulo: RCS Editora, p. 114, 2006).

> sentidos axiológicos, jurídicos, tais como comoção interna, utilidade pública, bem comum, justiça, equidade, decoro, moralidade etc.[21]

A mesma classificação é apontada por Germana de Oliveira Moraes, para quem, no entanto, os conceitos de valor podem conduzir a uma única solução, como, por exemplo, a boa-fé, ou, ainda, conduzir a juízos subjetivos de prognose, *os quais nem sempre conduzem a univocidade de soluções, como, por exemplo, se a exibição de um filme 'pornográfico' é 'prejudicial' à formação da juventude*. Dessa forma, conclui a autora, a mera classificação entre conceitos de experiência e de valor *não fornece critério seguro de delimitação da sindicabilidade judicial de sua aplicação*[22].

Constata-se que a classificação dos conceitos jurídicos indeterminados em conceitos de valor e de experiência não implica alteração do que foi sustentado anteriormente: a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados impõe um juízo de legalidade, no qual há qualificação jurídica dos fatos, e não um mero juízo de conveniência e oportunidade que resultaria no reconhecimento de discricionariedade administrativa.

O fato de a norma, em diversos momentos, valer-se de conceitos jurídicos indeterminados, os quais podem ser classificados em conceitos de experiência (**v.g.** "incapacidade para o exercício de suas funções", "força irresistível") ou de valor (**v.g.** "boa-fé", "moralidade", "justo preço"), resulta de as realidades referidas não admitirem outro tipo de determinação mais precisa[23], o que não significa que a subsunção de tais conceitos aos fatos implique juízo de conveniência e oportunidade. Vale dizer, na aplicação de tais conceitos, não há mais que uma solução: *ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se à probidade ou não se faltou*[24].

Cristiano Carvalho caminha no mesmo sentido:

---

[21]ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, p. 76, 2001.

[22]MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, p. 62, 1999.

[23]GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 393, 1990.

[24]GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 393, 1990. Gerson dos Santos Sicca também observa que a classificação dos conceitos jurídicos indeterminados não altera a delimitação do controle jurisdicional*: "[...] a delimitação do controle jurisdicional da Administração Pública não se resolve com a distinção entre conceitos empíricos e conceitos de caráter valorativo, pois a indeterminação pode até mesmo surgir naqueles, enquanto que em determinadas situações a valoração pode gerar menores dificuldades para a apreciação pelo juiz. Além do mais, a indeterminação não significa liberdade para a definição dos pressupostos, mas apenas uma particular posição da Administração que permite a tomada da decisão prévia, sujeita a revisão pelo Judiciário. Este tem o dever de controlar a ponderação das circunstâncias determinantes da aplicação da norma, para que se verifique seu enquadramento no texto legal, cujo sentido somente pode ser definido através da interpretação."* (SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação*. Curitiba: Juruá, p.256, 2006).

> Não pode existir, na dimensão deôntica, algo como 'meio honesto' ou 'meio criminoso'. Ou é ou não é, sob pena da própria desintegração de qualquer sentido para o valor em referência. Em outras palavras, não quer dizer que pelo fato das pessoas nem sempre conseguirem alcançar (ser) a virtude (dever-ser), esta, em si mesma, deva ser graduada. Só há sentido para o valor em sua aplicação bipolar com o respectivo desvalor; qualquer graduação nesse percurso desintegra a própria significação do termo.[25]

Martin Bullinger destaca que

> [...] a concretização de preceitos legais de valor, assim como sua aplicação ao caso concreto constitui, em maior ou menor medida, um fenônemo normal da aplicação do direito e fica, assim, reservada à última instância judicial, seja no direito civil, no direito penal, ou no direito administrativo[26].

Assim, tanto nos conceitos jurídicos indeterminados, ditos "de experiência", quanto nos denominados "de valor", há a necessária interpretação de norma que resulta em uma única decisão adequada para o caso concreto[27]. Por conseguinte, a classificação é inútil, ao menos no que diz respeito à aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, vez que não apresenta caracteres próprios suficientes o bastante para justificar um tratamento diferenciado entre as espécies.

3. Conceito Jurídico Indeterminado e a Teoria da Adequabilidade Normativa

[25] CARVALHO, Cristiano. *Teoria do Sistema Jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil., p. 79, 2005.

[26] BULLINGER, Martin. *A Discricionariedade da Administração Pública*. Revista de Ciência Política. Vol. 30, n. 2, abr/jun 1987, p. 22.

[27] Rita Tourinho é clara nesse sentido: *"Nos conceitos jurídicos indeterminados, que não são exclusivos do direito público, conforme já observado, estamos diante de normas com conceitos de valor (boa-fé, probidade, justo preço) ou experiência (premeditação, força irresistível), conceitos estes que dependem de exercício interpretativo para alcance do seu sentido, que poderão variar de acordo com o tempo e o espaço, não importa, porém sempre voltados a atingir um entendimento comum, aceito pelo meio social. O intérprete, ao desenvolver o raciocínio de interpretação, chegará a uma única solução para o caso concreto, não lhe sendo possível adotar tal ou qual conceito, guiado por uma liberdade subjetiva."* (TOURINHO, Rita. *A Discricionariedade Administrativa perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados*. Revista de Direito Administrativo, 237, jul-set-2004, p. 324/325).

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a presença de conceitos plurissignificativos (*isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados*) pode viabilizar a discricionariedade administrativa, especialmente, quanto à finalidade da norma[28]. Assim, conclui o autor que se estaria diante de uma discrição administrativa tanto *na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem* ***conceitos vagos, fluidos ou imprecisos****.*[29] (g.n.)

Essa conclusão é fundamentada a partir da afirmação de que nem sempre é possível, perante o caso concreto, encontrar densidade para o conceito jurídico indeterminado de modo a dissipar, por inteiro, as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do termo por elas recoberto[30]. Para Celso Antônio, em diversas situações, é inviável questionar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, *sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis.*[31] Reportando-se às lições de Bernatzik, o administrativista afirma que existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida[32].

O entendimento acima parte do pressuposto de que a verdade nem sempre é passível de ser contrastável ou demonstrável, razão pela qual estaria viabilizada a margem de liberdade administrativa para que se chegue à definição acerca de qual atitude deva ser adotada[33].

Dessa forma,

---

[28] "Segurança pública", "moralidade pública", "higiene pública", "salubridade pública", ou "interesse público", seriam exemplos desses conceitos vagos. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 19, 2003).

29 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 20, 2003.

Assim, para Celso Antônio Bandeira de Mello basta que uma das intelecções não seja razoável para que seja afastada a discricionariedade. Quanto a esse ponto, Florivaldo Dutra de Araújo aponta uma relevante contradição: *"Se os conceitos jurídicos indeterminados são um fator que potencialmente desencadeia discricionariedade, como pretender limitá-la invocando razoabilidade? Haverá algum conceito mais fluido, vago, indeterminado, que 'razoabilidade'? Como, então, pretender limitar discricionariedade por meio de outro elemento que leva à discricionariedade?*
Claro está que este dilema somente se apresentará se vislumbrarmos nos conceitos jurídicos indeterminados uma vertente da discricionariedade, conclusão aqui já rejeitada.
Precisamente pelo fato de que a razoabilidade, como todo conceito indeterminado, não leva à discricionariedade, é que se pode vislumbrar nela o método adequado a se perquirir o mais apropriado entendimento do texto legal a ser aplicado." (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo*. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. p. 119, 2006).

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 22, 2003.

31 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 23, 2003.

32 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 23, 2003.

[33] Essa idéia é expressa pelo autor na seguinte passagem: *"Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham opinião falsa"* (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 23, 2003).

> [...]se em determinada situação real o administrador reputar, em entendimento razoável (isto é, comportado pela situação, **ainda que outra opinião divergente fosse igualmente sustentável**), que lhe aplica o **conceito normativo vago** e agir nesta conformidade, não se poderá dizer que violou a lei, que transgrediu o direito. E se não violou a lei, se não lhe traiu a finalidade, é claro que terá procedido na conformidade do direito. Em assim sendo, evidentemente terá procedido dentro de uma liberdade intelectiva que, **in concreto**, o direito lhe facultava. Logo, não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de direito e não procedimentos que lhe sejam conformes[34]. (*g.n.)*

Evidente, portanto, que, para Celso Antônio Bandeira de Mello, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados enseja, potencialmente, a discricionariedade administrativa. O autor argumenta, ainda, que apenas a dúvida, presente no intervalo entre a certeza positiva e a certeza negativa, é que viabilizaria a margem de liberdade do administrador.

Para demonstrar a importância da utilização de conceitos vagos, Celso Antônio lança mão do conhecido exemplo: a lei que dispuser ser gratuita a internação em hospital público para aqueles que recebam um salário mínimo inviabilizará qualquer discricionariedade, tendo em vista o elemento vinculado nela disposto - um salário mínimo. Esse modo de legislar, todavia, obrigaria o administrador a verificar apenas o quanto a pessoa ganha, sem qualquer análise de outro aspecto, o que engessaria a Administração Pública diante da diversidade de situações que podem ocorrer[35]. Para evitar esse engessamento, fazer-se-ia necessário outorgar certa margem de liberdade ao administrador para que este, *sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal*.[36] Daí, o uso de um conceito fluido, como ocorreria, por exemplo, se a lei dispusesse que *terão internamento gratuito nos hospitais públicos, as pessoas que forem "pobres"*.[37]

Curioso notar que o eminente administrativista, a despeito de utilizar do exemplo para demonstrar a necessidade do uso de conceito jurídico indeterminado como meio de conferir certa margem de liberdade ao administrador, acaba por apresentar uma situação em que o resultado é diverso da tese defendida, vez que a hipótese apresentada leva a uma **única decisão para o caso** e, por conseguinte, **não há margem de liberdade alguma.**

As próprias palavras do autor esclarecem o que acaba de ser afirmado:

34BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 23/24, 2003.
35BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 29, 2003.
36BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 35, 2003.
37BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 34, 2003.

> Poderia ocorrer que se apresentassem, na mesma ocasião, dois indivíduos: um, cuja retribuição fosse de um salário mínimo e meio e outro que se enquadrasse perfeitamente no teto legalmente estabelecido. Ao primeiro indivíduo, como determinava a lei, seria indeferido o internamento e ao segundo, como é natural, conceder-se-ia tal benefício. Agora imagine-se que este primeiro, que ganhava um salário mínimo e meio, fosse casado, tivesse 12 filhos dependentes e sustentasse a sogra. E suponha-se que este segundo, que solicitou o internamento e que ganhava apenas um salário mínimo, fosse solteiro, tivesse pais muito ricos e morasse com eles. Se a lei estabelecesse em termos vinculados, fixando por salários mínimos o pressuposto fático, caberia perguntar: nas situações supostas, a finalidade inspiradora da lei teria sido atendida? Evidentemente que não. Então, se a lei houvesse estabelecido que terão direito a internamento gratuito as pessoas 'pobres' (conceito vago), por que ela o faria nestes termos? Pura e simplesmente porque pretenderia garantir o perfeito atendimento de sua finalidade. Ela poderia dispor de outra maneira, porém, se o fizesse, em muitos casos, quiçá, na maioria deles, a finalidade da lei, seria plenamente atendida, mas, em vários outros seria desatendida.[38]

O exemplo bem demonstra que as peculiaridades do caso concreto conduzem à decisão adequada e não a opções de livre escolha do administrador. Dessa forma, mesmo que a lei disponha que o internamento gratuito deve ser garantido ao mais pobre, continua a **inexistir** discricionariedade administrativa, já que os dados do caso indicarão a decisão adequada que **deve** ser adotada pela Administração[39].

38BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 34/35, 2003.

[39]Eros Roberto Grau vale-se de interessante exemplo para demonstrar que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não conduz à discricionariedade administrativa: *"O preenchimento dos conceitos jurídicos abertos é de ser empreendido, tal como anteriormente enfatizei, mediante a consideração de dados extraídos à realidade. Considere-se, como tema para um exercício dessa ordem, o conceito de 'serviço adequado', tomado pelo art. 167, I, da vigente Constituição Federal.*
Suponha-se então, para tanto, que empresas permissionárias de transporte coletivo intermunicipal de passageiros tenham instalado, em seus veículos, as catracas nas quais são cobradas as tarifas pelos serviços prestados junto às portas traseiras dos mesmos, portas essas pelas quais se dá o acesso dos usuários dos serviços a eles. Esse fato efetivamente ocorreu, no Estado de São Paulo. E, mais, as empresas em questão, que operavam o serviço entre os Municípios de Santos, São Vicente e Cubatão, instalaram, nos pequenos espaços que restavam entre as portas de acesso aos veículos e as catracas, grades direcionadoras do fluxo de usuários. Com isso, as dimensões daqueles pequenos espaços, entre as portas de entrada e as catracas, foram reduzidas de maneira extrema. Assim procederam aquelas empresas a pretexto de impedir que os usuários dos veículos se evadissem pelas portas traseiras, sem pagar a tarifa pelo transporte.

Assim, o termo "pobre", na hipótese em exame, foi utilizado pelo legislador para que seja possível a concretização da finalidade da norma no caso concreto. Dito de outro modo, **a utilização de conceitos jurídicos indeterminados viabiliza ao operador do Direito o exercício de seu dever de adotar a decisão que atenda à finalidade legal, o que, de modo algum, tem a ver com discricionariedade administrativa.** A multiplicidade de possíveis situações, não passíveis de serem previamente detalhadas pelo legislador, é que justifica o uso de conceitos indeterminados, os quais, como visto, diante das circunstâncias fáticas, conduzem a um resultado único para o caso concreto.

Por conseguinte, a conclusão a que chega o eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello merece ser repensada:

> É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, **se vê compelida a outorgar ao administrador** – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – **certa margem de liberdade** para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal.
>
> Então, a discrição nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente.[40] (g.n.)

Os usuários do serviço passaram a denominar aqueles pequenos espaços físicos de 'chiqueirinhos'. Neles se amontoavam passageiros que, a cada ponto de parada dos veículos, ingressavam nos mesmos, permanecendo por algum tempo literalmente imprensados entre catracas e portas de entrada. Por isso mesmo os condutores desses veículos eram obrigados a trafegar pelas vias públicas com as aludidas portas abertas, o que, mais de uma vez, deu causa a quedas de passageiros de veículos. Um deles, inclusive, em virtude disso, sofreu ferimentos tais que lhe provocaram a morte.
[...]
A conduta de que cogitamos – instalação, nos veículos, de catracas de cobrança de passagens junto às portas de acesso a eles, com o acréscimo de grades que delimitam os 'chiqueirinhos' – compromete, nitidamente, a segurança dos usuários do serviço público.
Cumpre indagar, pois, se a provisão da segurança dos usuários do serviço é requisito da manutenção de serviço adequado.
Ora, não podemos vacilar em dar resposta afirmativa a tal indagação. Por certo – e fora de qualquer dúvida – a preservação da segurança dos usuários é requisito daquela manutenção, de serviço adequado.
[...]
A conclusão, contudo, decorreu diretamente do preenchimento do conceito de 'serviço adequado' que envolveu, nitidamente, a ponderação de dados extraídos da realidade. Parece-me ter isso restando bem evidente." (GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 100/106, 1988).

40BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 34/35, 2003.

Do mesmo modo Celso Luiz Moresco. *"Há necessidade de conceitos indeterminados para garantir que a administração faça uso de poder discricionário e adote a melhor solução para o*

Ocorre que não há como reconhecer certa margem de liberdade quando se impõe a adoção da decisão "perfeita e adequada às circunstâncias concretas"[41]. A decisão perfeita, ou correta, ou única não quer dizer outra coisa senão àquela que **se demonstrou adequada ao caso concreto**, a partir da descrição completa dos elementos fáticos relevantes. Não se trata de uma decisão que seria a expressão da verdade absoluta, ***a priori*** e **abstratamente** considerada. Não há, ***per se***, a solução unívoca. Esta é construída no juízo de aplicação da norma e, dessa maneira, **a *posteriori***, ou seja, quando, além das normas ***prima facie*** aplicáveis, tem-se a completa descrição da situação concreta.

Portanto, quando se afirma que a única solução justa é um artifício irreal, está-se levando em conta apenas o juízo de justificação das normas[42]. De fato, no plano de validade, não há como apontar a única decisão – verdade absoluta -, vez que é possível imaginar uma pluralidade de soluções, à medida que se imaginam hipóteses com peculiaridades diversas. Para cada uma, em tese, pode haver respostas diferentes, a partir dos elementos que tenham sido cogitados. Exatamente por isso, faz-se necessária a inauguração do discurso de aplicação, a partir da ocorrência do caso concreto – datado e contextualizado -, para que se construa a única decisão adequada.

Gerson dos Santos Sicca, ao analisar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello, aponta para o perigo de se reconhecer a discricionariedade

---

caso concreto." (MORESCO, Celso Luiz. *Conceito Jurídicos Indeterminados*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 14, p. 94, 1996.).

[41]Gerson dos Santos Sicca bem observa que *"[...] embora a discricionariedade não se apresente como arbitrariedade, entendimento já sustentado de há muito pela doutrina e jurisprudência pátrias, a sua definição no sentido de um espaço aberto a valorações conferido ao administrador para tomar a melhor decisão no caso concreto acaba por ignorar os verdadeiros momentos de autonomia do agente público. Se o espaço lhe é conferido para tomar a decisão que melhor atenda à finalidade legal ou à melhor observância dos princípios informadores, não se está diante de uma verdadeira liberdade, e sim, de estrita vinculação, e o agente deve demonstrar, por meio da motivação do ato, o raciocínio jurídico que o levou a entender que a solução adotada é a melhor diante das circunstâncias. Por via de conseqüência, se o ato deve identificar a solução correta, sua revisão plena pelo Poder Judiciário deverá ser plenamente admitida, tendo em conta a legitimidade desse poder para a garantia dos Direito Fundamentais."* (SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação*. Curitiba: Juruá, p.139/140, 2006)

[42]É o que ocorre na afirmação de Eros Roberto Grau: *"A suposição da existência de apenas uma definição verdadeira – exata – é insatisfatória no âmbito do Direito. Não há, nele, uma definição exata de qualquer termo conceitual, mas sempre um elenco de significações, de cada termo, conversível em elenco de 'definições' corretas. Vimos já que, no Direito, para cada problema podem ser discernidas inúmeras soluções, nenhuma delas exata, porém todas corretas. O dinamismo e a complexidade da realidade social reclamam a disponibilidade de um arsenal de soluções corretas a serem adotadas pelo aplicador do Direito.*
De outra parte, em razão das mesmas causas acima referidas – complexidade e dinamismo da realidade social – a prisão do aplicador do Direito a uma concepção ontológica unidimensional torna-se também insatisfatória." (GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 78, 1988). O autor, naturalmente, está examinando a questão no âmbito do discurso de validade ou justificação da normas, no qual, de fato, o enunciado legal pode indicar diversas soluções.

sob o fundamento de que se viabiliza o cumprimento da finalidade legal, **pois a presença dos conceitos indeterminados legitimaria a delimitação discricionária dos elementos concretos a serem ponderados por parte da Administração** – delimitação fática. Por conseguinte, ao se admitir que a *Administração tem esse espaço destinado à seleção dos elementos relevantes, o controle judicial limita-se à apreciação daqueles que foram selecionados,* ***restando limitada não só a verificação dos elementos trazidos como também, a valoração realizada na decisão administrativa***[43]*.* (g.n.). Com efeito, se a discricionariedade administrativa for tratada, pura e simplesmente, como instrumento para a edição de decisões justas, estar-se-ia tratando de modo idêntico duas situações diferentes.

Uma se refere à aplicação de normas jurídicas que impõem o controle judicial acerca da **seleção dos fatos** considerados pela decisão, bem como sobre a respectiva **valoração jurídica** (vinculação). Outra se refere à aplicação de normas que, **expressamente**, conferem ao administrador liberdade entre **opções** igualmente admitidas pelo ordenamento jurídico (discricionariedade)[44].

A Teoria da Adequabilidade Normativa, defendida por Klaus Günther, demonstra que a norma adequada ao caso será determinada após o exame das normas **prima facie** aplicáveis, como, também, após a análise de **todas as peculiaridades do caso**. Portanto, a seleção dos "elementos relevantes" **não** é conduta **disponível** por parte do administrador público, tendo em vista que a decisão adequada impõe a **descrição completa da situação**.

Lúcio Antônio Chamon Júnior descreve, com proficiência, a teoria defendida por Günther:

> O juízo de adequabilidade normativa para Kl. Günther, portanto, pressupõe dois níveis, ainda que simultaneamente, e de maneira co-implicada, determinados na argumentação. O primeiro nível se refere àquele que assume o caso concreto a sério: somente posso pretender aplicar uma norma quando, do ponto de vista dos implicados, tenho o caso reconstruído argumentativamente e que, para tanto, foram tomadas em conta argumentativa e contra-argumentativamente todas as circunstâncias consideradas relevantes por aqueles sujeitos naquele contexto e referente àquele caso específico. Assim, é que ao longo desta reconstrução é que as normas que antes *prima facie* aplicáveis passam a ser tomadas como candidatas à adequabilidade naquela situação que vai se delineando, ou então vão sendo descartadas porque inadequadas.

[43] SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação*. Curitiba: Juruá, p. 128, 2006.
[44] SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação*. Curitiba: Juruá, p. 128, 2006.

> Destarte, o Direito, segundo K. Günther, há que ser assumido como um sistema idealmente coerente, o que implica, em um segundo nível, assumir a prática aplicativa enquanto referida a um esforço argumentativo, e interpretativo, pois, de adequação da norma, ou normas, antes tão-somente *prima facie* aplicáveis, ao caso concretamente reconstruído: aquela norma há que ser, após então, um juízo de adequabilidade que assume o Direito como um sistema idealmente coerente, não somente aplicável *prima facie*, mas a norma àquele caso aplicada.[45]

Assim, e considerando as peculiaridades de cada caso, não há "escolha" da norma a ser aplicada, mas, sim, adequação normativa.

Aliás, é o próprio Celso Antônio Bandeira de Mello que acaba por reconhecer que diante do caso concreto a **suposta** discricionariedade acaba por reduzir-se a zero. São do autor as seguintes palavras:

> Está-se afirmando que a liberdade administrativa, que a discrição administrativa, **é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta**. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discrição que está traçada abstratamente na norma (**que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la**), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discrição, como condição de atendimento de sua finalidade.[46] (g.n.)

Essa passagem é ilustrativa para demonstrar a necessidade de se distinguir o juízo de justificação do juízo de aplicação das normas. Quando o autor preceitua que a discrição seria maior na norma de Direito do que perante a situação concreta, na verdade, reconhece que o discurso de justificação da norma é insuficiente, por si só, para regular a própria condição de aplicação da norma. Torna-se, pois, indispensável, o discurso de aplicação. Como diz Jürgen Habermas,

> [...]os discursos de justificação não podem levar em consideração **ex ante** todas as possíveis constelações de casos futuros, a aplicação das normas exige uma clarificação argumentativa por direito próprio (**aus eigenem Recht**). Em

[45] CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: Contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 143/144, 2006.

46 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed., 6ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, p. 36, 2003.

> tais discursos de aplicação, a imparcialidade de julgamento é alcançada, por outro lado, não através do uso do princípio da universalização (**Universalisierungsgrundsatz**), mas através do **princípio da adequabilidade** (**Prinzip der Angemessenheit**)[47] (g.n.)

A Teoria da Adequabilidade Normativa está em plena sintonia com os ensinamentos de Habermas, vez que demonstra que a adequação da norma a um determinado caso só acontece por meio de um processo de concreção que descobre todas as características da situação, bem como analisa todas as normas que eventualmente podem ser aplicadas ao caso concreto. Está em pauta a adequação da norma em relação a todas as características do caso concreto. Ou seja: discursos de aplicação representam o processo por meio do qual se verifica qual a norma correta em relação a cada uma das normas válidas. Assim,

> [...] se toda norma válida requer um complemento coerente com todas as outras normas que podem ser aplicadas *prima facie* à situação, então o significado da norma está se alterando em cada uma das situações. Desta maneira, dependemos da história, cada momento que encaramos uma situação que não poderíamos prever e que nos força a alterar nossa interpretação de todas as normas que aceitamos como válidas[48].

A inviabilidade de o discurso de justificação da norma abarcar todos os casos possíveis de aplicação não quer dizer, porém, que se está diante de discricionariedade administrativa. Isso porque o operador do Direito deve valer-se do discurso de aplicação que impõe o manejo do que Habermas e Günther chamam de princípio ou senso de adequabilidade.

Menelick de Carvalho Netto bem observa que a sensibilidade do operador do Direito para as especificidades do caso concreto é fundamental para que se possa encontrar a norma adequada a produzir justiça naquela situação específica. Segundo o autor, a diferença entre o discurso de justificação – validade ou legislativo –, regido pela exigência de abstração, e os discursos de aplicação – judiciais ou executivos -, regidos pela exigência de respeito às especificidades e à concretude de cada caso, é que fornece o susbrato *que Klaus Günther denomina de senso de adequabilidade, que, no*

[47] HABERMAS, Jürgen. **Apud** GALUPPO, Marcelo Gampos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos. p. 144, 2002.
[48] GÜNTHER, Klaus. *Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação*. Trad. Leonel Cesarino Pessôa. Cadernos de Filosofia Alemã 6, 2000, p. 97.

***Estado Democrático de Direito**, é de se exigir do concretizador do ordenamento ao tomar as decisões.*[49] (g.n.)

A fase de aplicação vincula-se às características únicas do caso posto em exame, valendo-se, ainda, especialmente quando diante de uma situação em que o interessado é identificado, de um procedimento no qual as partes interagem discursivamente, afastando, por conseguinte, a imagem autoritária de quem tem o dever de decidir.

Gerson dos Santos Sicca, ao analisar a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o tema, destaca que este autor acaba por desconhecer que a verificação do sentido da norma *não prescinde da participação dos sujeitos interagentes, incluídas aqui toda as pessoas envolvidas no processo, pelo que é impossível pensar em uma mecânica atividade de revelação do sentido da norma*[50].

A motivação[51] da decisão adotada torna-se, nesse contexto, indispensável, já que somente a partir da exposição dos fundamentos de fato e de direito, entre os quais se impõe o exame dos elementos relevantes apresentados no procedimento administrativo, será possível avaliar se o princípio de adequabilidade foi, de fato, manejado pelo operador do Direito.[52]

Concluem Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a despeito de não se reportarem à teoria da adequabilidade normativa, que *a indeterminação do enunciado **não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo**, as quais só permitem uma 'unidade de solução justa' em cada caso*[53]. (g.n.)

4. Conclusões

Dessa forma, sustentar a existência de discricionariedade administrativa quando presente "fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma", nas hipóteses em que se pode admitir mais de um ponto de vista razoável ou que haveria dúvida ineliminável, é ignorar a existência de

---

[49] CARVALHO NETTO, Menelick de. *Da responsabilidade da administração pela situação falimentar da empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação de valores contratados como contraprestação por obras realizadas*. Revista da Ordem dos Advogados. Brasília: OAB, ano XXVI, v. 63, p. 146, jul./dez. 1996.

[50] SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: Conceitos Indeterminados e Aplicação*. Curitiba: Juruá, p. 125, 2006.

[51] *"A motivação ou fundamentação do ato administrativo é o seu discurso justificador, a explicitação das razões que levaram a Administração a praticá-lo."* (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Discricionariedade e Motivação do Ato Administrativo*. In. LIMA, Sérgio Mourão Corrêa (Coord). Temas de Direito Administrativo: Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. p. 120, 2006.).

[52] A respeito do tema, há excelentes trabalhos doutrinários, os quais demonstram que tanto nos atos ditos vinculados como nos discricionários, a motivação é indispensável. No caso destes, deve-se demonstrar que o administrador ateve-se aos limites dispostos na norma, a qual lhe conferiu certa margem de liberdade, já que admitiu mais de uma opção diante de determinado caso concreto.

[53] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Trad. Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 393, 1990.

um plano de justificação (legislação) que se diferencia do plano de aplicação das normas.

O fato de o legislador – discurso de justificação – ter utilizado um conceito jurídico indeterminado não implica discricionariedade, pois o discurso de aplicação, sob o senso de adequabilidade, resultará na decisão adequada para o caso concreto e não em opções para o administrador público.

Com efeito, e ressalvado o âmbito de planificação administrativa (juízos de prognose), a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração, especialmente em processos administrativos sancionadores, não compromete um amplo controle jurisdicional, uma vez que se trata de interpretação e aplicação da norma – juízo de legalidade - e não uma mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade. Neste, há uma restrição **a priori** do controle sobre a opção administrativa, enquanto que naquele – juízo de legalidade - está em pauta o exame da existência e qualificação jurídica de fatos.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 25, janeiro/fevereiro/março de 2011. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-25-MARCO-2011-FLAVIO-HENRIQUE-UNES-PEREIRA.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: