ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania
R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado
Nº 32 – outubro/novembro/dezembro de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DELIMITAÇÃO CONCRETA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO PÓS-POSITIVISMO

Irene Patrícia Nohara
Livre-Docente, Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Pesquisadora do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Autora e conferencista da Editora Atlas.

1. Considerações introdutórias

O presente trabalho, enviado para publicação para a revista do estimado Paulo Modesto, representa um estudo em homenagem a jurista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tendo sido originariamente elaborado para o Centro de Estudos da *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*.

A contribuição de Di Pietro para o aperfeiçoamento do Direito Administrativo no Brasil é inegável, e o presente estudo, humilde colaboração de alguém que nutre eterna gratidão pela homenageada, toma por inspiração sua tese sobre a *Discricionariedade Administrativa*, fazendo um corte a partir da atual questão dos limites de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados ante as investidas da nova hermenêutica aos alicerces metodológicos positivistas.

Deve-se registrar que a com a tese de titularidade da *Discricionariedade Administrativa*, na qual obteve nota máxima por unanimidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro imortalizou-se como sucessora de seis Catedráticos que a antecederam na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 135 anos[1].

Foi principalmente com esse importante e aprofundado estudo da jurista que o Direito Administrativo foi arejado pelos ventos democráticos da Constituição de 1988, afastando o ranço de autoritarismo que espreitava práticas administrativas que davam ampla abrangência ao conceito de discricionariedade administrativa, e houve, doravante, a inauguração de uma fase na qual a escola tradicional do Direito

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 11. Prefácio e relato histórico de José Cretella Júnior.

Administrativo deu passagem ao invulgar talento de autores da escola apelidada "moderna"[2].

A esses corajosos estudiosos, que abriram caminhos nunca dantes trilhados no Brasil, devemos os nossos mais sinceros agradecimentos, pois se hoje podemos colaborar um pouco que seja para a iluminação da clareira que fora por eles aberta no emaranhando confuso dos ambientes densos e por vezes sombrios, jamais se deve esquecer que será *sempre* na condição de "anões em ombros de gigantes"[3].

Dito isto, deve-se registrar também que quem primeiro tratou do assunto dos conceitos jurídicos indeterminados em face da discricionariedade no Brasil foi Regina Helena Costa, em pioneiro estudo[4] publicado em 1988 na prestigiada *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*.

Objetiva-se enfrentar a problemática do uso dos conceitos jurídicos indeterminados nos pressupostos de Direito Administrativo e responder, com base nos avanços da nova hermenêutica, se ainda é justificável a postura que defende que quando há conceitos jurídicos indeterminados ocorre *a priori* margem de opção "livre" ou discricionária por parte do Poder Público.

Para tanto, será necessário analisar os limites da discricionariedade administrativa. Clássica é a constatação de Stassinopoulos no sentido de que "o domínio da discricionariedade começa onde termina a interpretação"[5]. Contudo, as possibilidades interpretativas foram modificadas com o avanço das novas doutrinas que atualizaram a hermenêutica jurídica e essas orientações não foram, via de regra, trazidas, com algumas de suas consequências, para o campo do Direito Administrativo.

Assim, o tema da discricionariedade administrativa jamais poderá ser reputado estático, uma vez que ele representa matéria dinâmica que sofre interferências das modificações sentidas hodiernamente na hermenêutica jurídica.

Ademais, a maior proteção aos direitos de segunda geração, a partir do fortalecimento de novos sujeitos e atores sociais no Estado Democrático de Direito, foi um fator que contribuiu para que houvesse a modificação da noção liberal de separação de poderes e, como consequência, da utilização indiscriminada do argumento da reserva do possível no âmbito jurisprudencial.

---

[2] No sentido de 'atual', da qual Maria Sylvia Zanella Di Pietro faz parte. Cf: Entrevista com a Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Santos*, 2005. p. 23. Em entrevista, Maria Sylvia relata que quando escreveu o livro da discricionariedade assuntos como princípios, conceitos jurídicos indeterminados estavam "muito incipientes no Brasil", o que causou reações, mas que na atualidade "ninguém mais protesta".

[3] Essa expressão é evocada por Umberto Eco para se referir aos medievais que, a partir dos conhecimentos legados pelos antigos, alargavam seu restrito campo de visão. ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 14. ed. São Paulo: Perspectiva, 1977. p. 12.

[4] COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, nº 29, p. 79-108, 1988.

[5] "*On peut donc dire que la domaine du pouvoir discrétionnaire commence là où se termine celui de l'interpretation*". In. STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973. p. 151.

Será visto que jamais se deve exigir do magistrado pretensa neutralidade ao produzir a sentença, como norma individual, mas o adequado, dentro da nova visão que se firma no cenário científico nacional, é considerar o juiz como intérprete autêntico do sistema jurídico, dele se esperando: imparcialidade, isenção de ânimo, boa vontade ao apreciar as particularidades do caso concreto e convincente argumentação para legitimar sua decisão de reconhecimento quer seja da discricionariedade ou da vinculação da Administração Pública às regras e princípios extraídos do ordenamento jurídico.

Por fim, deve-se ressaltar que a contribuição do presente artigo está em optar metodologicamente por partir do ordenamento como espinha dorsal do pós-positivismo e da nova hermenêutica que, conforme esclarece Paulo Bonavides, não adota uma noção de sistema fechado do pandectismo, mas de sistema aberto e flutuante, mais de natureza teleológica do que de natureza lógica[6].

Grande parte da abertura e da fluidez do ordenamento origina-se justamente da "textura aberta da linguagem"[7], da qual é inevitavelmente constituído, assunto que está no âmago da abordagem dos conceitos jurídicos indeterminados.

2. Discricionariedade administrativa: fundamento e importância

Discricionariedade é prerrogativa que tem a Administração Pública para optar dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o ordenamento jurídico, por aquela que, segundo critérios de conveniência e oportunidade, melhor atenda ao interesse público no caso concreto.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[8] identifica dois fundamentos básicos da discricionariedade: um de ordem prática e outro de ordem jurídica.

Pelo princípio da legalidade administrativa, a Administração só pode agir se autorizada pela lei. Assim, do *ponto de vista prático*, o legislador não é capaz de traçar com precisão todas as decisões possíveis de serem tomadas pelos agentes públicos para as variadas situações de gestão da coisa pública.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello[9], a discricionariedade acompanha a limitação (finitude) da mente humana que não consegue identificar de forma objetiva todas as medidas normativas idôneas para solucionar com clareza as múltiplas situações vivenciadas no cotidiano administrativo. Acrescente-se, ainda, que a vida sempre oferece circunstâncias diferenciadas que exigem do bom administrador ponderações ainda mais sofisticadas do que aquelas que os *standards* normativos permitem extrair com clareza.

---

[6] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 607. O constitucionalista expõe nessa passagem de sua obra a problemática da insuficiência da velha hermenêutica na efetivação dos direitos fundamentais.

[7] Conforme exposição de Genaro Carrió.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 70.

[9] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 847.

Nesta perspectiva, esclarece Genaro Carrió que: "não dispomos de um critério que nos sirva para incluir ou excluir todos os casos possíveis, pela simples razão de que não podemos prever todos os casos possíveis"[10]. Os agentes públicos não devem ser vistos como robôs, pois a nobre atividade de escolher a solução que melhor atende ao interesse público na esfera de discricionariedade não se coaduna com operações de caráter meramente lógico-dedutivo.

Os interesses públicos são dinâmicos e o agente público não pode ser engessado como se fosse um "operador de *call center*" com um roteiro pormenorizado e sempre incompleto diante da variabilidade de circunstâncias que a atividade administrativa e os interesses públicos cambiantes oferecem. Do ponto de vista prático, o agente dispõe geralmente de uma margem de opção, dentro das hipóteses legais, que não raro aponta para diversas decisões possíveis.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto esclarece que há quase um consenso universal no sentido de que o Estado deve se organizar e agir juridicamente. Entretanto, apesar de a organização das atividades se submeter ao Direito, isso não significa que todo comportamento deva estar necessariamente *prescrito* em lei, pois há uma "vasta área de ação que não se compadece com a geometria social de prévias definições vinculativas e que, assim, demandarão juízos casuísticos de conveniência e de oportunidade – o que se denomina discricionariedade"[11].

A Administração Pública deve atuar, portanto, tanto nos casos de expressa e determinada previsão legal, quanto naqueles em que a lei a autoriza agir de forma implícita. Em outros termos, explana Agustín Gordillo[12] que o Poder Público apenas pode agir, avançando sobre a esfera de liberdade individual, quando a lei o autoriza, seja de forma vinculada ou discricionária.

O legislador tanto pode demonstrar deliberado intento em conceder tal discricionariedade, quando, por exemplo[13], determina: a Administração *poderá* conferir ao funcionário que atingir certo parâmetro de desempenho uma premiação, a depender das possibilidades, hipótese em que existe uma *faculdade discricionária expressa*, bem como a discricionariedade pode ser extraída *implicitamente* da impossibilidade material de fixação de todas as condutas possíveis pela lei, seja porque ela contempla conceitos jurídicos indeterminados[14] que, dependendo do caso concreto, podem conferir margem de opção interpretativa, seja porque a lei é

---

[10] CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguage*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 36.

[11] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Administrativo da Segurança Pública. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 66.

[12] O conceito de atuação da Administração dentro do ordenamento é mais restritivo para Gordillo do que para Diogo de Figueiredo Moreira Netto, o qual chega a vislumbrar uma possibilidade de atuação livre da Administração, contanto que esta não viole a lei. Gordillo, por sua vez, defende que o ordenamento não confere à Administração a possibilidade de atuação genérica e indeterminada (ou seja, na ausência da lei) mormente no âmbito de restrição de interesses individuais. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. t. 2. p. V-22.

[13] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit. p. 868.

[14] Ressalte-se que Eros Grau defende haver discricionariedade apenas quando expressamente atribuída pela norma jurídica válida à autoridade administrativa e não aceita que conceitos jurídicos indeterminados dão margem de discricionariedade à Administração Pública, porquanto defende que esse caso é tão-somente de interpretação. GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 191 e também no RMS 24699/DF, Rel. Min. Eros Grau, *DJ* 1.7.2005. p. 56.

ato de caráter genérico, sendo deste último fato extraído por Di Pietro o fundamento jurídico da discricionariedade.

Do *ponto de vista jurídico*, a discricionariedade representa uma decorrência do próprio ordenamento, pois, de acordo com a teoria kelseniana, em cada momento interpretativo, dentro da estrutura piramidal escalonada, deve-se respeitar limites impostos por uma norma de grau superior, que possui maior generalidade do que a norma de grau inferior.

O Chefe do Executivo quando elabora, por exemplo, um decreto obedece aos limites impostos pela lei que regulamenta e o administrador, que segue tal regulamento, ao praticar atos, deve respeitar os limites mais restritivos determinados no decreto; contudo, em regra, tanto quem elabora o ato normativo subordinado à lei como aquele que executa concretamente os parâmetros legais e regulamentares possui algum grau de liberdade (discricionariedade) em sua atividade interpretativa.

Observa-se, pois, que conforme se vai do ápice à base da pirâmide na operação interpretativa, mais *determinada* (ou concreta) se torna a ação do agente. Na realidade, ambos os tipos de fundamentos, isto é, o prático e o jurídico, são intrinsecamente relacionados, mas o fundamento jurídico aponta para o fato de que o legislador cria atos normativos que possuem caráter genérico e o administrador edita, em geral, atos de efeitos mais concretos.

Sendo a lei um ato de caráter hipotético, isto é, dotado de abstração e generalidade, a ela é, em regra, vedado resolver casos concretos, pois esta é a tarefa do administrador que, em sua função executar a vontade da lei na perseguição dos interesses públicos, edita atos específicos dentro da margem normativa de caráter de maior abstração. Em suma, o legislador lida, em geral, com situações abstratas, e não com situações concretas ou individuais, sendo estas últimas mais próprias do exercício da função administrativa.

A discricionariedade não é um poder autônomo, porque ela implica na liberdade de atuação *dentro da lei* ou da *moldura normativa* (que abrange regras e princípios) fornecida pelo ordenamento jurídico, ou seja, a Administração, ao praticar um ato discricionário, deve respeitar os limites da lei em que se fundamenta.

Diferenciam-se, pois, os conceitos de *discricionariedade* e *arbítrio*, sendo que este último implica na invalidade ou ilegitimidade. Mesmo Hely Lopes Meirelles, que não era dos intérpretes mais afinados com a restrição máxima da discricionariedade, já dizia que:

> discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido[15].

[15] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 120-121.

O Poder Judiciário não pode adentrar na discricionariedade da Administração e se substituir ao mérito de opções "políticas"[16] tidas como válidas diante do ordenamento jurídico, sob pena de violação da harmonia e independência que deve haver entre os Poderes.

Mesmo na presença de discricionariedade, diante de uma série de situações fáticas diversificadas, há um *controle de contornos* (margens, moldura ou limites) da ação, propiciado pela verificação da obediência às determinações legais exigidas para o caso concreto. Ressalte-se também que a discricionariedade é limitada pelos princípios de Direito, pois no Estado Democrático de Direito eles são considerados normas integrantes do ordenamento e não meros expedientes de suprimento de lacunas nas regras.

A discricionariedade é um dos assuntos mais importantes do Direito Administrativo, tendo sido apontada até como "a pequena fenda pela qual, com o tempo, a liberdade de todos pode esvair-se"[17], pois muito embora seja conceito dinâmico, se mal interpretada, na prática, ela tem aptidão de impedir o controle jurisdicional de atos que acarretam lesão ou ameaça de lesão a liberdades e direitos, restabelecendo, na prática, um juízo que foi há tempos banido do sistema judiciário, qual seja: o juízo do *non liquet*.

Non liquet significa não está claro, isto é, existem dúvidas. No processo formular romano, o árbitro ou *judex* podia deixar de decidir a partir do juramento *sibi non liquere*, no qual não julgava por ser obscura a questão para si (*non liquet*)[18]. Atualmente, o magistrado é obrigado a proferir sentença, mesmo diante de lacunas legais, mas no Direito Administrativo acontece freqüentemente de juízes que não se atualizaram do conceito dinâmico de discricionariedade, que é limitado pelos princípios e regras constantes no ordenamento, deixarem de analisar um ato *arbitrário*, a partir da alegação da discricionariedade administrativa.

Essa postura acaba por perpetrar práticas reprováveis nas quais os agentes públicos procuram se desvencilhar do dever jurídico de buscar as melhores opções na consecução de interesses públicos de acordo com os princípios administrativos, utilizando-se da alegação de uma noção já ultrapassada de discricionariedade, associada a uma "carta em branco", ou seja, a um *poder ilimitado* ou *incontrastável* para a prática de atos pautados meramente na vontade individual e não na vontade objetiva do ordenamento.

Por esse motivo, apontava-se que:

> erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois a Justiça poderá dizer sobre sua legitimidade e aos limites de opção do agente administrativo, ou seja, a conformidade da discricionariedade com a lei e com os princípios jurídicos. O que o Judiciário não pode é, no

[16] O termo político deve ser visto com ressalvas, pois, segundo Meirelles: "negamos a existência de ato político como entidade autônoma. O que existe, a nosso ver, é sempre ato administrativo, ato legislativo ou ato judiciário informado pelo fundamento político. O impropriamente denominado ato político não passa de ato de governo, praticado discricionariamente por qualquer dos agentes que compõem os Poderes do Estado". Op. cit. p. 46.
[17] HAYEK, Friedrich Von. *Os fundamentos da liberdade*. São Paulo: Visão, 1983. p. 258.
[18] LUIZ, Antônio Filardi. *Dicionário de expressões latinas*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 200.

> ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar e coibir os abusos da Administração[19].

Quanto aos critérios técnicos, observa-se uma tendência ao questionamento da chamada *discricionariedade técnica*[20] do administrador. Expõe Maria Sylvia Zanella Di Pietro, quando analisa as concepções alemãs dos conceitos indeterminados, que:

> o emprego de conceitos imprecisos pelo legislador não significa outorga de discricionariedade à Administração, pois somente o juiz, com sua imparcialidade e seus conhecimentos técnicos, tem condições de encontrar a solução mais adequada a cada caso concreto. As autoridades incumbidas de aplicar a lei não têm liberdade de escolher, segundo seus próprios critérios, a solução que lhes pareça mais conveniente; elas têm de observar os limites legais e obedecer ao fim de interesse público expresso em lei, segundo as regras da mais racional administração[21].

Assegura também[22] Di Pietro que quanto maior a extensão conferida à discricionariedade, mais riscos correm as liberdades dos cidadãos, pois ela é a *chave* do equilíbrio entre as *prerrogativas públicas* e os *direitos individuais*, na medida em que a discricionariedade é limitada e submetida não apenas a (1) aspectos *formais*, como competência e forma[23], mas, sobretudo a (2) aspectos: (a) *materiais*, que analisam os motivos determinantes e a consecução dos fins legais, e (b) *axiológicos*, como a obediência aos princípios da moralidade, da razoabilidade, do interesse público e da motivação, que protegem os cidadãos contra investidas infundadas ou ilegítimas do Estado em sua esfera de liberdade.

3. Linguagem e conceitos jurídicos indeterminados

A linguagem permeia todos os aspectos da vida humana, sendo fundamental na área jurídica. Direito e linguagem são indissociáveis. Basta refletir que os textos normativos são considerados fontes primárias na produção do Direito.

---

[19] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 122-123.

[20] Conforme estudo elaborado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro nos Estudos em Homenagem a Celso Antônio. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In. FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 480-504.

[21] Op. cit. p. 102.

[22] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 13.

[23] Mesmo o ato discricionário no pressuposto de fato, será vinculado em aspectos como *competência*, que decorre de previsão legal, ou *forma*, se a forma determinada for condição de validade do ato, por isso se diz que não existem atos totalmente discricionários. Exige-se sempre que o ato seja editado por agente competente, revestido de forma legal e que obedeça a finalidade pública. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 153. Inspirado em LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. *RDA*, 14/53.

Contudo, a ciência jurídica entende que a norma produzida pela autoridade competente não se reduz ao texto normativo presente nas leis ou nos demais atos normativos. Ademais, a chamada interpretação autêntica, na concepção kelseniana[24], é aquela realizada por órgãos competentes, isto é, que possuem força para impor suas decisões com fundamento de validade no ordenamento jurídico.

A atividade de interpretação não envolve apenas a compreensão do texto normativo, mas a interpretação da realidade do caso concreto, sendo a determinação do sentido da norma obtida também pela apreensão da força e do alcance do texto e de suas intenções, tendo em vista a decidibilidade[25]. Este dado é indispensável para se refletir a questão da discricionariedade, que é normalmente associada aos conceitos indeterminados, conforme será visto. A produção da norma individual, seja ela ato administrativo ou sentença de controle da Administração Pública, compreende também a necessidade de interpretação do *fato concreto* e não só do texto normativo, aspecto que provoca a necessidade de se repensar como se dá na realidade a denominada 'subsunção'.

Ressalte-se que *objeto*, *conceito* e *termo* são diferenciados pelos linguistas a partir da construção do chamado triângulo semiótico. Este identifica três planos: (1) a *realidade*, correspondente ao objeto ou ao fato; (2) o *pensamento*, identificado com o conceito ou o significado; e (3) a *linguagem*, escrita, falada ou em outros signos.

Uma coisa é um homem concreto, diverso da noção abstrata (conceito) de homem, que também se diferencia da palavra ou termo, escrito ou falado, que pode ser traduzido para outros idiomas ou associado a um desenho ou símbolo. O triângulo semiótico pode ser identificado na máxima escolástica: *vox significat (rem) mediantibus conceptibus*, traduzida como: "a palavra significa (a coisa) por intermédio de conceitos"[26].

Na verdade, o termo só é linguagem também pelo conceito que o designa[27], ou seja, embora se trate de realidades distintas, eles são essencialmente relacionados. Também se considera na atualidade que a linguagem não é mero instrumento do pensamento, mas é operativa e dinâmica de sua formação. No universo do Direito esse fato é ainda mais claro, uma vez que pela linguagem o sujeito pratica atos jurídicos – o que evidencia uma transformação da realidade através da linguagem, já não mais considerada apenas instrumento apto a designar os objetos do mundo.

A linguagem só alcança sentido num contexto relacionado com o homem situado no mundo. Conforme nos foi legado por Wittgenstein, na fase na qual

---

[24] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 470.
[25] FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 275.
[26] LYONS, John. *Semântica*. Tradução de Wanda Ramos. Lisboa: Presença, 1880. p. 85.
[27] Nesse ponto se discorda do posicionamento de Eros Grau quando ele diz que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (ideias universais) mas de suas expressões (termos); muito embora se concorde com diversos outros pressupostos admitidos pelo autor, que sempre se preocupa em dialogar com os filósofos da linguagem e os linguistas no geral. Cf. GRAU, Eros. Nota sobre os conceitos jurídicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, nº 74, p. 217-221, abr./jun. 1985. Ver. NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. P. 90.

escreveu *Investigações Filosóficas*[28] (1953), as regras de linguagem são oriundas do plano social, que é produto de um jogo lingüístico. Nesta perspectiva, a compreensão do mundo não depende somente da precisão que a linguagem tem para designá-lo, mas envolve questões de articulação e integração do sujeito que o interpreta, variando em função de uma série de outros fatores, como a cultura, os interesses, os conflitos e as necessidades.

Essas considerações são necessárias para que se situe o intérprete no atual estágio de desenvolvimento da teoria da linguagem e para que ele não se iluda, achando que o rigor e a precisão linguísticos são um caminho metodologicamente seguro e suficiente a ser tomado pela ciência jurídica.

Após o movimento denominado reviravolta lingüístico-pragmática[29], percebeu-se que a linguagem é utilizada não apenas para designar e compreender o mundo, numa relação neutra, mas que os homens dominam uns aos outros fazendo uso da linguagem, como se extrai, por exemplo, da experiência dos regimes totalitários, que foram acompanhados de uma bagagem conceitual e linguística nova.

Conceitos indeterminados são também denominados conceitos fluidos ou vagos. O conceito indeterminado representa, nos dizeres de Engisch, "um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos"[30], em contraposição ao conceito numérico ou preciso.

Segundo Genaro Carrió[31], o conceito indeterminado não se confunde com o ambíguo, pois enquanto este último tem mais de um significado, sendo superada a dificuldade interpretativa quando o contexto em que a palavra é utilizada é explicitado, o conceito indeterminado ou vago não se origina da falta de informação acerca de seu objeto, mas no campo ou abrangência de sua aplicação.

Nos exemplos fornecidos pelo autor, enquanto *rádio* é palavra ambígua, pois tanto pode significar aparelho elétrico utilizado para escutar música ou notícias ou metal descoberto pelo casal Curie, sendo que o contexto em que o termo é utilizado dissipa as eventuais dúvidas acerca do seu emprego, *jovem* é conceito indeterminado, pois muito embora todos saibam o seu significado, não dá para precisar com exatidão qual a idade em que o ser humano deixa de ser jovem.

É de Philip Heck a paradigmática imagem da lâmpada de leitura, em que entre o foco de luz e a escuridão há uma zona cinzenta. Trata-se de metáfora do núcleo e do halo conceitual de um conceito jurídico indeterminado. Em exposição de Engisch[32], quando se tem uma noção clara do conteúdo e extensão do conceito, está-se no domínio do núcleo conceitual (*Begriffkern*); onde as dúvidas começam

---

[28] WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas.* Tradução de Carlos José Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999. p. 245.
[29] Ver. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. São Paulo: Loyola, 1996. Passim.
[30] ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 208.
[31] CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 28-36.
[32] ENGISCH, Karl. Op. cit. p. 208.

inicia-se o halo do conceito (*Begriffhof*). Assim, a indeterminação do conceito se localiza entre a zona de certeza negativa e a zona de certeza positiva.

Se uma lei criasse um programa de incentivo à prática desportiva para jovens, sem que houvesse qualquer delimitação de idade quanto ao termo utilizado, e um administrador reconhecesse benefícios legais a uma pessoa de vinte anos, com base na lei, o juiz não poderia substituir a discricionariedade administrativa com a invalidação do ato, uma vez que o caso concreto estaria na zona indeterminada; todavia, se o agente público estendesse o benefício a uma criança de cinco anos de idade ou a um idoso de setenta anos, nesses casos concretos não haveria problema na declaração de nulidade do ato, pois os pressupostos fáticos recairiam sobre zonas de certeza (mesmo que negativa).

4. Indeterminação e discricionariedade administrativa

Os conceitos jurídicos indeterminados oferecem, dependendo do caso concreto, maior dificuldade na atividade interpretativa. Todavia, enquanto que em outras disciplinas jurídicas, o juiz é obrigado a solucionar os conflitos que lhes são submetidos, tendo em vista que não pode abrir mão de sua atribuição de decidir, mesmo diante de situações obscuras, na aplicação do Direito Administrativo existe o pressuposto da discricionariedade em sua interpretação.

Significa dizer que o juiz não pode substituir decisões administrativas que foram tomadas dentro das possibilidades oferecidas no ordenamento jurídico por outras que repute mais convenientes e oportunas em face dos diversos interesses públicos identificados, pois se assim procedesse haveria a substituição da discricionariedade administrativa pela jurisdicional, ou seja, o juiz estaria impondo decisões ao administrador acerca do que reputa melhor ou pior no desempenho da função administrativa.

Se em uma localidade os gestores determinassem, após realização de audiência pública, dentro das regras de licitação, dos princípios da eficiência e da moralidade, que seria mais interessante do ponto de vista coletivo construir uma ponte que passasse por cima de um rio e certo morador ingressasse com ação pleiteando a invalidação da decisão, tendo em vista o fato de ser mais oportuno que, em vez da ponte, houvesse a construção de um sistema de balsas, o magistrado não pode invalidar a decisão administrativa se esta foi razoável, legítima e obedeceu todos os parâmetros jurídicos para o caso concreto.

Ao longo da história identifica-se, no entanto, que quanto mais autoritário o sistema vigorante, maior a defesa pelo argumento da discricionariedade, onde o Poder Executivo era deixado livre para atuar em detrimento do controle do Poder Judiciário. De acordo com António Francisco de Sousa[33] no nazismo, por exemplo, os conceitos jurídicos indeterminados foram geralmente associados ao poder discricionário. Segundo relata o autor português, a partir da queda do nacional-socialismo, os conceitos jurídicos indeterminados passaram a ser considerados conceitos totalmente sujeitos ao controle jurisdicional, num aumento da consciência do Estado de Direito.

[33] SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 44.

Contudo, entendemos[34] que também não é desejável que esse viés ideológico provoque uma desproporção no sentido contrário, tal como ocorreu na Espanha, em que, após a experiência de um regime extremamente autoritário, juristas renomados como García de Enterría defenderam a postura de que diante de um texto normativo fluido não há mais de uma opção interpretativa legítima que atenda com justeza o interesse público concretizado. Tal noção foi desenvolvida por Fernando Sainz Moreno, "discípulo" de Enterría, em aprofundada obra denominada *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*[35].

Ora, nem a discricionariedade é, em tese, máxima, no sentido de admitir que a Administração tem ampla liberdade de enquadrar qualquer pressuposto fático diante de textos normativos que contenham conceitos jurídicos indeterminados, sem a possibilidade de controle jurisdicional, nem a discricionariedade pode ser considerada mínima ou reduzida à zero.

Reduzir a zero a discricionariedade implica assumir que o desempenho da função administrativa sempre poderá ser substituído pela função jurisdicional, mesmo que o agente público tenha tomado decisão dentro do ordenamento jurídico, ou seja, se não houver discricionariedade o Judiciário poderá invalidar toda ação do Executivo a partir da alegação de que aquela medida não foi a que atendeu com "justeza" ao interesse público concreto.

Há, portanto, basicamente duas posturas identificadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro[36] na temática dos conceitos jurídicos indeterminados: (1) a dos que, como García de Enterría e Sainz Moreno, entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração porque, diante deles, ela terá de fazer um trabalho de interpretação que leve a uma única solução possível; e (2) a dos que acham que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceito de valor, sendo afastada a discricionariedade diante de conceitos de experiência ou de conceitos técnicos que conduzam a uma única solução adequada.

Nesta segunda corrente pode ser inserido o entendimento do pioneiro estudo de Regina Helena Costa no Brasil, para quem: "o emprego, pela lei, de conceitos indeterminados pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração. A resposta só pode ser fornecida casuisticamente, tendo em vista o tipo de conceito utilizado pela norma".

Segundo expõe, os conceitos de experiência ou empíricos são determináveis mediante interpretação, não conferindo margem de liberdade para o administrador e, como consequência, ensejam controle judicial, pois é função típica do Poder Judiciário interpretar o alcance e o sentido das normas jurídicas para sua justa aplicação.

---

[34] Cf. NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 100.
[35] MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976. Passim.
[36] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 92.

No que concerne aos conceitos de valor, pondera Regina Helena Costa, que só são determináveis mediante escolha pelo administrador de uma entre as várias significações possíveis em tese, conferindo-lhe verdadeira discricionariedade. Nesse caso, o controle judicial será apenas um controle de contornos, de limites, sob pena de haver substituição da discricionariedade judicial pela administrativa.

Permitimo-nos defender postura um pouco diferenciada dos dois entendimentos identificados por Di Pietro, apesar de concordarmos com muitos de seus pressupostos e sem prescindir da admiração que nutrimos tanto por García de Enterría, que foi expoente de um Direito Administrativo mais democrático na Espanha, como pela extraordinária Regina Helena Costa. Conforme tivemos oportunidade de expor:

> o conceito jurídico indeterminado pode, ou não, conferir discricionariedade, e o critério para essa verificação não se pauta na natureza do conceito, mas na sua disciplina legal aliada à aptidão que os fatos possuem para comprovar a realidade normatizada[37].

Extrai-se da pesquisa de Sainz Moreno[38] que não se deve separar de forma radical as operações de *valorar* e de *conhecer*. Ademais, o autor acrescenta que há conceitos de experiência indeterminados e conceitos de valor determinados. Conceitos como “mentira”, “mãe” e “engano” não se limitam a designar seu objeto, mas também são carregados de valoração positiva ou negativa.

Depois, não se interpreta apenas o texto normativo, mas também os fatos que irão compor a decisão jurídica. Por exemplo, reputação ilibada é conceito indeterminado, sendo critério de escolha política para conselheiros e ministros dos Tribunais de Contas, entre outros. Também pode ser visto como *conceito de valor*; mas, apesar de sua indeterminação, ele jamais pode ser considerado “cheque em branco” para que o Executivo nomeie pessoa absolutamente sem reputação ilibada.

Assim, entendemos adequada, por exemplo, a decisão do juiz da 2ª. Vara da Fazenda Pública de Porto Velho[39] que invalidou decreto de nomeação de conselheiro do Tribunal de Contas de Rondônia, pois não considerou preenchidos requisitos de idoneidade moral e reputação ilibada se o beneficiário do ato invalidado respondia por dezenas de denúncias enquadradas em peculato, crimes contra a ordem tributária, estelionatos diversos, lesões corporais, desacato e constrangimento ilegal de funcionário público federal, tendo sido demitido do cargo que ocupara em banco do Estado em virtude de três acusações de estelionato por desvio fraudulento de valores sob sua guarda e responsabilidade.

Por conseguinte, defendemos que por mais indeterminado que seja o conceito contido no pressuposto legal, não se pode, a partir da vagueza do conceito, *a priori* deduzir que a Administração terá liberdade para enquadrar todo e qualquer

---

[37] NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 108.
[38] MORENO, Fernando Sainz. Op. cit. p. 205. Cf. NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 162.
[39] Consultor Jurídico, de 22 mar. 2005. Disponível em: <cojur.estadao.com.br/static/text/1429,1>. Acesso em 10 out. 2005.

pressuposto de fato, afastando-se de todas as circunstâncias o controle jurisdicional. Em suma, a discricionariedade só é averiguada em face do caso concreto.

5. Direitos sociais e novos desafios à abordagem da discricionariedade

Há vozes que, apesar de toda mudança ocorrida no cenário da hermenêutica jurídica, ainda rejeitam esse movimento de redução da margem de discricionariedade administrativa, pois entendem que haverá a restauração do chamado "governo dos juízes".

O período denominado de governo dos juízes, rigorosamente falando, foi aquele em que nos Estados Unidos a Suprema Corte, de composição eminentemente liberal, começou a adentrar no mérito das políticas públicas de reconstrução do país, arrasado pela Grande Depressão, declarando a nulidade de leis intervencionistas que contavam com ampla legitimidade. Ocorre que a partir do encaminhamento pelo governo de Roosevelt de um pacote[40] de aposentadoria que modificaria a composição da Suprema Corte, esta passou a não mais se pronunciar durante vários anos sobre questões econômicas.

No Brasil, o movimento de afastar o Judiciário de assuntos de ordem política também teve sua expressão praticamente no mesmo período, uma vez que as Constituições de 1934 e de 1937, respectivamente, nos artigos 68 e 94, determinaram ser "vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas".

Tais reações podem ser analisadas da perspectiva da inércia de anos a fio de concepção liberal do Direito que reagia aos novos ares intervencionistas de um Estado que era pressionado a fazer concessões e incorporar no ordenamento jurídico direitos sociais. A incorporação de direitos de segunda geração, que foi difundida a partir do modelo de Weimar (1919), mas que teve por antecessora a Constituição mexicana de 1917, representando uma alteração vetorial no papel do Estado que foi sentida no Brasil a partir da Constituição de 1934.

A modificação no papel do Estado alterou, por consequência, o escopo do Direito, que antes se voltava a proteger quase que exclusivamente direitos individuais e, a partir do maior intervencionismo tornou justiciáveis aspectos que antes eram considerados eminentemente "políticos".

Ora, sabe-se que enquanto os direitos individuais geram, via de regra, um dever de abstenção do Estado em nome da preservação do valor liberdade, os direitos sociais demandam dos órgãos públicos um dever de caráter prestacional, sendo que a enunciação de direitos sociais não pôde ser acompanhada da criação de uma só vez de efetivos mecanismos de garantia de todos eles, tendo em vista que tais direitos demandavam alocação de recursos estatais para sua efetivação.

Daí adveio a discussão da problemática das normas programáticas e da eficácia das normas constitucionais, para se verificar até que ponto os diversos

[40] *Court Packing Plan*. Ardil que acabou não sendo aprovado pelo Congresso, mas que teve seus efeitos políticos na Suprema Corte. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 202.

direitos sociais incorporados no bojo das Constituições poderiam ser considerados direitos públicos subjetivos e não meras expectativas de direitos, dependentes para a plena efetivação do argumento da chamada reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*).

Houve, a partir da democratização do país, o surgimento de novos atores sociais e foram acometidas importantes atribuições a instituições permanentes como o Ministério Público, que a Constituição de 1988 declarou essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A partir desse novo quadro, que lançou luz sobre os direitos transindividuais, houve a ampliação do uso das tutelas coletivas e as capilaridades do sistema jurídico tiveram de ser "engrossadas" a partir da proliferação de ações coletivas, como, por exemplo, a ação civil pública. Neste aspecto, houve a necessidade de se rediscutir a noção de discricionariedade administrativa, diante da enxurrada de ações que contestavam a inércia estatal em promover medidas suficientes para a garantia de direitos sociais.

Entendemos que, diante desse novo cenário, a discricionariedade ainda é categoria útil para coibir os *excessos* do movimento, que, ressalte-se, é plenamente legítimo, de ativismo jurídico, pois não há como negar que o Estado tem recursos finitos para compromissos sociais imensuráveis e que *nem sempre* essa escolha deve ser feita no âmbito do Poder Judiciário.

No entanto, por outro lado, não se pode deixar de considerar que quando as promessas assumidas saem da esfera exclusivamente política e se transformam em compromissos jurídicos, a atuação dos magistrados no sentido de exigir o respeito aos direitos sociais está plenamente respaldada nas possibilidades do ordenamento, mormente a partir de seus alicerces metodológicos pós-positivistas que não negam justicialidade a um mínimo vital razoavelmente exigível para satisfação de uma vida digna[41].

6. Pós-positivismo e impossibilidade de delimitação abstrata da discricionariedade

Ainda é válida a noção aventada por Stassinopoulos no sentido de que a discricionariedade inicia quando do término da interpretação. Entretanto, num sistema pós-positivista, flutuante, principiológico, e que deixou há tempos de buscar a inatingível e não raro injusta pretensão de completude, a clara delimitação das fronteiras entre a interpretação e a discricionariedade não é mais efetivável *a priori*, isto é, em tese.

Diante de pressupostos metodológicos positivistas, que gravitavam em torno da pretensão de se edificar um ordenamento jurídico visto como conjunto de regras aptas a resolverem a maior parte das questões conflituosas que emergiam da realidade, sendo os princípios tidos como de caráter supletivo e restrito à colmatação

[41] ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. p. 495.

de lacunas, conforme estreita noção reproduzida *ainda* no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, *era* muito mais fácil procurar deduzir onde acabava a interpretação e começava a discricionariedade.

Ademais, o positivismo defendia uma postura interpretativa[42] que se pretendia *neutra* e *distante da valoração*, sendo esta última identificada como causa de incerteza e, portanto, obstáculo ao rigor e à precisão daquela hermenêutica. Tal abordagem acompanhou em muitos aspectos o posicionamento de Kelsen de que diante de um texto normativo, todos os significados são igualmente válidos para a produção da norma individual, *in verbis*:

> a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito[43].

Ora, concordamos com o ponto de vista de Kelsen no sentido de que não dá para deduzir em tese uma única solução correta (ajustada) da lei, ao contrário do que supõe García de Enterría, pois isto irá depender das características de cada caso concreto, se sua interpretação recai nas zonas de certeza ou nas de indeterminação do texto normativo cotejado, mas discordamos que as várias soluções interpretativas possíveis terão sempre *igual valor* perante o ordenamento jurídico.

A *Teoria Pura* de Kelsen não considera em seu objeto de estudo os inúmeros fatores, políticos, éticos ou econômicos, que interferem na criação do Direito, daí sua indiferença quanto à juridicidade das várias soluções ponderadas pelo juiz em face dos princípios normativos. Mas o pós-positivismo buscou resgatar essa dimensão valorativa proveniente do conteúdo dos produtos jurídicos e reincorporou também a discussão sobre a invalidade de opções que não se adéquam ao conteúdo de maior indeterminação dos princípios, considerados como normas jurídicas.

Poder-se-ia perguntar: mas se o pós-positivismo reincorpora a dimensão mais abstrata, genérica e valorativa dos princípios às normas, não haveria o perigo de excessivo subjetivismo?

A resposta a essa questão é encontrada na Teoria da Argumentação, onde se justifica que os consensos se tornam objetivos argumentativamente e também que, segundo Perelman[44], a validade das deliberações humanas ou preferências razoáveis deixa de ser arbitrária à medida que elas surgem acompanhadas de *justificativas plausíveis*. Nesta perspectiva, qualquer produção cultural humana terá caráter provisório, mas essa provisoriedade não lhe retira a objetividade contextualizada historicamente, daí é extraída uma diferença entre o pós-positivismo e o jusnaturalismo.

---

[42] NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 191.
[43] KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984. p. 436.
[44] PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 94.

Assim, os limites entre discricionariedade e interpretação somente serão fixados concretamente, na atividade argumentativa de cada caso. Então, mais correto é imaginar, em vez de dois campos *separados*: o da discricionariedade e o da interpretação, uma *moldura* de interpretação do ordenamento que, se cotejada com as peculiaridades da realidade existente, der margem a duas ou mais possibilidades, todas argumentativamente plausíveis diante das exigências das regras e dos princípios normativos, contempla, no seu interior, espaço para a discricionariedade administrativa.

Advirta-se, por derradeiro, que como o limite entre interpretação e discricionariedade depende de uma série de ponderações complexas que variam em função de cada caso e o sistema do Estado de Direito exige controles recíprocos entre os poderes, a solução menos danosa à inafastabilidade da tutela jurisdicional é aquela que propugna que a *linha-limite* do controle jurisdicional seja identificada pelo próprio juiz, ou, na esclarecedora exposição de António Francisco de Sousa:

> o controle jurisdicional exige um '*judicial self-restraint*', sempre que o juiz sinta que não pode ir mais longe no seu controle objetivo. Ponderados os argumentos num ou noutro sentido, só nos resta uma conclusão: por força do princípio do Estado de Direito, os conceitos indeterminados não só não excluem como exigem o seu controle jurisdicional pleno, sob pena de comprometimento irremediável da segurança dos particulares perante o Estado (*Leviathan*...), a recusa ou redução do controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados representaria eliminação de uma parte essencial da proteção jurídico-constitucional dos cidadãos. No entanto, reconhecer um controle jurisdicional pleno não significa que ele tenha de ser *sempre* exercido em sua plenitude.

A discricionariedade não é argumento apto a excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da Constituição), mesmo porque a interpretação do caso concreto pode recair na margem de certeza positiva do conceito jurídico indeterminado, o que vincula o administrador e, consequentemente, o juiz, desde que provocado, ou na margem de certeza negativa, o que permite ao Judiciário invalidar o ato; por outro lado, ainda subsiste como categoria útil para refrear um controle jurisdicional porventura arbitrário a discricionariedade administrativa.

7. Conclusões

Discricionariedade não é, ao nosso entender, um juízo *a priori*, mas sua configuração em dada circunstância variará de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Assim, a resposta à problemática apontada no presente estudo, isto é, se a presença de conceitos jurídicos indeterminados no pressuposto normativo significa margem de discricionariedade dentro da moldura do ordenamento jurídico será: depende do caso concreto e o Poder Judiciário é instância apta a identificar até onde poderá exercer o controle jurisdicional sem invadir a discricionariedade administrativa.

Para averiguar a presença ou não de discricionariedade no caso concreto é importante refletir acerca da estruturação dos conceitos jurídicos indeterminados em zonas de certeza negativa e positiva, distintas da zona de indeterminação. Se a interpretação do caso concreto recair na zona indeterminada, existirá discricionariedade.

Por mais determinados que pareçam os conceitos, haverá sempre casos concretos prontos para desafiar essa pretensa precisão, tendo em vista a "textura aberta da linguagem" (Carrió); por isso, não é mais defensável a diferenciação outrora propagada de *conceitos de experiência* e *conceitos de valor* para efeitos de delimitação da discricionariedade administrativa, conforme visto.

A partir do pós-positivismo há o reconhecimento de que a interpretação jurídica depende substancialmente da atividade argumentativa e não de meras operações demonstrativas; exceto, via de regra, no caso dos conceitos numéricos.

O resultado da argumentação no âmbito do Poder Judiciário dependerá também do grau de convencimento do juiz. Por conseguinte, há inevitáveis aspectos de subjetividade que têm potencial de interferir na decidibilidade, mas esses imponderáveis não afastam a pretensão de objetividade do produto da argumentação, sob pena de recairmos num puro "psicologismo".

Em suma, procuramos, ao longo do artigo, lançar luz sobre alguns aspectos novos na abordagem da discricionariedade administrativa no tocante ao uso de conceitos jurídicos indeterminados, como tentativa de contribuir para a ampliação do conhecimento sobre a temática escolhida para homenagear a inestimável Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.
CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre derecho y lenguage*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 29, p. 79-108, 1988.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

_____ Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. In. FIGUEIREDO, Marcelo; PONTES FILHO, Valmir (orgs.). *Estudos de Direito Público em homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 480-504.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 7. Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996. p. 208.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas*: a responsabilidade do administrador e o Ministério Público. São Paulo: Max Limonad, 2000.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ Nota sobre os conceitos jurídicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, nº 74, p. 217-221, abr./jun. 1985.

LUIZ, Antônio Filardi. *Dicionário de expressões latinas*. São Paulo: Atlas, 2000.

LYONS, John. *Semântica*. Tradução de Wanda Ramos. Lisboa: Presença, 1880.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Direito Administrativo da Segurança Pública. *Direito Administrativo da Ordem Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004.

_____ *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

STASSINOPOULOS, Michel D. *Traité des actes administratifs*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas.* Tradução de Carlos José Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

Artigo adaptado à publicação. Originariamente publicado em meio impresso como:

NOHARA, Irene Patrícia. Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, v. 71, p. 167-193, 2010.

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:

NOHARA, Irene Patrícia. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DELIMITAÇÃO CONCRETA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO PÓS-POSITIVISMO. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 32, outubro/novembro/dezembro de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-DEZEMBRO-2012-IRENE-PATRICIA-NOHARA.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: