A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA PERANTE OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

RITA TOURINHO[1]

Um tema que vem sendo objeto de diversos estudos doutrinários é o que os juristas alemães intitulam de *conceitos jurídicos indeterminados*[2], expressão também consagrada na Itália, Portugal, Espanha e Brasil[3].

A doutrina dos *conceitos jurídicos indeterminados* surgiu no século XIX na Áustria, visando saber se tais conceitos eram ou não passíveis de ser controlados pelos tribunais administrativos[4].

Segundo o saudoso civilista Orlando Gomes, o *conceito* é uma abstração que tem por objetivo a simplificação, permitindo, através de um processo de generalização, as construções ou teorias[5].

Sabe-se que os conceitos jurídicos são formados por *símbolos*, que nada mais são do que signos lingüísticos, com base fonética, aos quais são conferidos significados através do uso[6].

1 Promotora de Justiça do Estado da Bahia, Mestre em Direito Público pela UFPE, Professora de Direito Administrativo, membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

2 Cumpre de logo esclarecer que a expressão "conceitos jurídicos indeterminados" é muitas vezes substituída em Direito Administrativo por várias terminologias equivalentes. Assim, utilizam-se: normas abertas, conceitos de valor, conceitos elásticos, conceitos imprecisos, conceitos práticos, dentre outros.

3 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 65.

4 Sousa, Antônio Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1994, p. 34.

5 Gomes, Orlando. *Introdução ao Direito Civil.* Atualização de Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 9.

6 Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Atlas, 1994, p. 258.

Dentre os conceitos jurídicos existem aqueles de conteúdo inequívoco, quer dizer, aqueles capazes de delimitar a realidade à qual se referem de maneira precisa, como, por exemplo, o de pessoa jurídica, de administração pública direta, de servidor público etc. No caso concreto, a aplicação de tais conceitos se limita à pura constatação, sem que existam dúvidas a respeito do âmbito material abrangido pelos mesmos[7]. Sobre eles, conforme afirma Afonso Rodrigues Queiró,[8] verifica-se uma identidade universal de pareceres, ou pelo menos são susceptíveis dessa identidade.

Outros, no entanto, possuem uma inequivocidade difícil de ser alcançada, ou seja, têm um campo amplo de significação necessitando de uma atividade interpretativa para se obter o seu real sentido, tais como: a noção de interesse público, notável saber, urgência, bons costumes, falta de probidade, ordem pública, atividade perigosa etc. Os limites desses conceitos não são traçados com exatidão pela lei, visto que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosa. Porém, não obstante a indeterminação no conceito da hipótese da realidade, esta será determinada no momento da aplicação.[9] João Baptista Machado refere-se a tais conceitos como "a parte *movediça* e *absorvente* do ordenamento jurídico, enquanto servem para ajustar e fazer evoluir a lei no sentido de a levar ao encontro das mudanças e das particularidades das situações da vida".[10]

Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández[11] acrescentam que

> isto é o essencial do conceito jurídico indeterminado: 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, a qual se chega mediante uma atividade de cognição, objetiva portanto, e não de volição.

A transformação de conceitos lingüísticos em conceitos jurídicos já é suficiente para dotá-los de uma certa precisão, em prol da segurança jurídica.

Os *conceitos jurídicos indeterminados*, cuja extensão denotativa não pode ser determinada de antemão[12], não se limitam ao campo do direito público, sendo comum em todas as esferas do Direito. A boa-fé, a autonomia de vontade, o conceito de fidelidade são alguns dos exemplos de conceitos jurídicos indeterminados aplicados

7 Enterría, Eduardo García de, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I.* Madri: Civitas, 2000, p. 457.

8 Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 27.

9 Enterría, Eduardo García de, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I.* Madri: Civitas, 2000, p. 457.

10 Machado, João Batista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador.* Coimbra: Almedina. 1991, p. 113.

11 Enterría, Eduardo García de, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I.* Madri: Civitas, 2000, p. 457.

12 Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Atlas, 1994, p. 316.

no direito privado[13]. A diferença é que, no primeiro caso, a atividade interpretativa, em princípio, será desenvolvida pelo administrador público. Na segunda hipótese, caberá ao juiz o alcance da significação do conceito impreciso.

Segundo Karl English[14] nos conceitos jurídicos indeterminados, pode-se distinguir um núcleo conceitual e um halo conceitual. Quando possuímos uma noção clara do conteúdo e extensão do conceito, estamos no campo do núcleo conceitual. Por outro lado, onde começam as dúvidas, inicia-se o halo conceitual.

Uma questão que vem sendo objeto de controvérsia por parte da doutrina, e que pretendemos enfrentar no presente trabalho, diz respeito à existência ou não de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

Afonso Rodrigues Queiró, por exemplo, quando escreveu a notável monografia *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo* definiu a discricionariedade como "uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo às condições de fato do agir administrativo — escolha feita sempre dentro dos limites da lei"[15]. Com efeito, para o doutrinador português, a discricionariedade surge circunscrita aos conceitos de valor utilizados na norma jurídica, os quais chama de *conceitos práticos.*

Antônio Francisco de Sousa[16], Maria Sylvia Zanella Di Pietro[17] e, também, Afonso Rodrigues Queiró[18] são alguns dos doutrinadores que fazem referência à contribuição trazida pelos posicionamentos dos autores de países germânicos, a exemplo de Tezner, Buhler e Von Laun na construção da doutrina dos *conceitos jurídicos indeterminados.*

Segundo Queiró[19], Tezner nega a possibilidade de existência de um significado absoluto em qualquer conceito de ordem jurídica. Admitir uma livre apreciação em relação a alguns destes conceitos seria o mesmo que negar a todos eles a existência de uma margem de discutibilidade. Desta maneira, nos conceitos que a norma jurídica incorpora em si, não há que se falar em liberdade da Administração. Mesmo nos casos em que a Administração possa escolher uma de duas atitudes, estará vinculada a um interesse público específico. Qualquer comportamento da Administração re-

13 Enterría, Eduardo García de. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder.* Madri: Civitas, 1995, p. 33.

14 English, Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico.* Tradução de João Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 209.

15 Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 50.

16 Sousa, Antônio Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1994. cap. 2.

17 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 66.

18 Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 1940. cap. II.

19 Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 43.

presenta a atuação de uma norma precisa ou precisável e, por esta razão, controlável judicialmente.

Queiró[20] critica o posicionamento de Tezner, acrescentando que o mesmo nega a discricionariedade, transformando-a em legalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro[21] aduz que para a corrente à qual Tezner está filiado, a liberdade da administração na utilização dos conceitos indeterminados dependerá do interesse dos particulares. Caso se trate de aplicação de lei concernente a direitos individuais, caberá ao Judiciário fiscalizar a correta atuação da Administração na aplicação destes conceitos. Tratando-se de leis de eficácia interna, a Administração estará livre de apreciação judicial.

Antônio Francisco de Sousa[22] apresenta o posicionamento de Buhler, que, partindo da doutrina de Tezner, sustentou que todos os conceitos vagos são conceitos jurídicos, ou melhor, pertencem ao âmbito da vinculação legal. Com efeito, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, a autoridade administrativa deve considerar apenas o seu sentido legal, decidindo pela sua verificação ou não. Conclui que não existe espaço residual pertencente exclusivamente à Administração, sendo o critério geral para interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados a "opinião comum".

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro[23], Buhler também parte da distinção entre normas protetoras de interesses individuais e normas protetoras de interesse público apenas. As primeiras teriam caráter vinculante, inexistindo qualquer possibilidade de a administração apreciar a conveniência e oportunidade. A fixação do conteúdo da norma, neste caso, exige um trabalho de aplicação de conhecimentos científicos e concepções dominantes no seio da sociedade em geral, excluída a possibilidade do funcionário valer-se de conceitos próprios, cabendo ao juiz a fixação do sentido mediante interpretação. No segundo grupo estariam as leis com eficácia apenas interna, inexistindo, neste caso, um direito subjetivo público sobre o comportamento da autoridade, levando, em conseqüência, à existência de um poder discricionário. Diante do crescimento do volume de leis referentes a direitos individuais, tais teorias admitiam a limitação cada vez maior da discricionariedade conferida à Administração Pública.

Já Von Laun, esclarece Antônio Francisco de Sousa[24], entende que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados implica uma atividade intelectual particular-

20 Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 46.

21 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 68.

22 Sousa, Antônio Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1994, p. 37.

23 Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.* São Paulo: Atlas, 1991, p. 69.

24 Sousa, Antônio Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo.* Coimbra: Almedina, 1994, p. 39.

mente complexa. Porém tal fato não serve de fundamento para se admitir o exercício de discricionariedade livre. Assim, somente a vontade do legislador é capaz de determinar se um conceito legal indeterminado é um "conceito de valor" ou um "conceito discricionário".

Queiró, referindo-se também ao professor de Hamburgo, resume a tese sustentada por este, aduzindo que parte da idéia de que para a execução das normas jurídicas administrativas requer-se, em primeiro lugar, a sua interpretação. No desempenho dessa tarefa interpretativa ocorrerá o que se chama de apreciação do órgão intérprete que, no entanto, não é livre, mas vinculada.

Para Laun, quando a lei usa noções imprecisas, cabe ao intérprete encontrar a única solução possível, inexistindo discricionariedade, desde quando se trata de atuação vinculada. As várias possibilidades aparentes previstas na norma não são equivalentes, porque, no caso concreto, somente uma será capaz de atingir aquele objetivo almejado, cabendo à autoridade administrativa descobri-la através de atividade interpretativa.

Encontramos, ainda, na literatura alemã as teses de Otto Bachof e Carl Hermann Ule quanto ao tema, publicadas quase simultaneamente, no ano de 1955, expostas na monografia de Hartmut Maurer[25].

De acordo com Hartmut Maurer, a tese de Bachof defende que não é concedido um espaço de poder discricionário à autoridade administrativa na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, e sim, um "espaço de apreciação"[26]. Logo, segundo o seu entendimento, as autoridades administrativas poderão *apreciar*, em responsabilidade própria, as deduções decorrentes dos conceitos jurídicos indeterminados, para o caso concreto, que somente limitadamente podem ser revisadas pelo Judiciário.

Abordando, também, o posicionamento de Bachof, Antônio Francisco de Sousa[27] escreve que o professor de direito administrativo não atribui a todos os conceitos jurídicos indeterminados — sejam eles conceitos de experiência[28] ou conceitos de valor[29] — o "espaço de apreciação". Acrescentando que se deve exigir do legislador, no futuro, que aponte expressamente quando o conceito jurídico indeterminado comporta "espaço de apreciação".

25 Maurer, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão.* Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 57.

26 Maurer, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão.* Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 57.

27 Sousa, Antônio Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo.* Coimbra, Almedina, 1994, p. 47.

28 "Conceitos de experiência" são aqueles referentes aos fatos. Assim, por exemplo, se um edifício está ou não em ruínas.

29 "Conceitos de valor" podem ser técnicos (impacto ambiental) ou políticos (utilidade pública, interesse publico, paz social, etc.).

Carl Hermann Ule, por sua vez, desenvolveu a "tese da sustentabilidade", também tratada por Francisco de Sousa[30] e Hartmut Maurer[31]. O primeiro expõe que para Ule existe um âmbito de pluridimensionalidade entre a discricionariedade e a vinculação, ou seja, um terceiro espaço de relativa vinculação e relativa liberdade. Esta "terceira zona" seria decorrente da natureza de certos conceitos. Maurer, por sua vez, acrecenta que Ule considera que os conceitos jurídicos indeterminados comportam uma série de decisões "sustentáveis", adotando, a autoridade administrativa, qualquer das decisões contidas no quadro de "sustentabilidade", estará agindo conforme o direito[32].

As duas teses, apesar de possuírem aspectos particulares, são idênticas no essencial, quer dizer, ambas concordam que os conceitos jurídicos indeterminados admitem valorações diversas. Em conseqüência, diante dessa diversidade de valoração, seria a Administração Pública melhor indicada para dizer qual a solução melhor aplicável à espécie, uma vez que possui conhecimento especializado quanto ao problema administrativo.

Cumpre salientar que a referência feita neste trabalho ao posicionamento específico de autores germânicos deve-se ao fato de pertencer à doutrina alemã contemporânea do Direito Público o mérito de ter levado a distinção entre discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados até as últimas conseqüências[33].

Eduardo García de Enterría[34], em monografia intitulada *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder,* aduz que nos conceitos jurídicos indeterminados há somente uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma situação concreta. Já na discricionariedade, existe a possibilidade de pluralidades de soluções justas possíveis, como conseqüência do seu exercício. Desta maneira, na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não há um processo volitivo, como ocorre na discricionariedade, mas sim um processo de aplicação e interpretação da lei.

Segundo João Baptista Machado, ao aplicarmos um conceito jurídico indeterminado estamos no domínio do princípio da legalidade, enquanto que no exercício da discricionariedade já nos encontramos no setor regido pelo princípio da oportunidade. Assim, em razão do conceito jurídico indeterminado, pode ser que o órgão do Estado necessite proceder a uma apreciação valorativa da situação de fato que tem perante si e, ao realizar esta, pode gozar de uma "prerrogativa de avaliação".

30 Segundo Antônio Francisco de Sousa, a tese de sustentabilidade de Ule foi por este abordada em seu trabalho *Zur Anwendung unbestimmer Rechtsbegriffe im Vermatungsrecht* (Cf. Sousa, Antônio Francisco de. "*Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo.* Coimbra, Almedina, 1994, p. 50).

31 Maurer, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão.* Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 57.

32 Maurer, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão.* Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 57.

33 Enterría, Eduardo García de, Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I.* Madri: Civitas, 2000, p. 457.

34 Enterría, Eduardo García de. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder.* Madri: Civitas, 1995, pp. 35-37.

Porém, uma vez determinado o alcance do conceito indeterminado, pode-se afirmar que a decisão é extraída da lei. Já na hipótese da discricionariedade, a lei confere uma certa liberdade ao administrador público, ou seja, permite que este realize um juízo de oportunidade ou conveniência. Com efeito, conclui o autor que

> a decisão tomada no exercício de um poder discricionário não pode confundir-se com a decisão tomada em aplicação de uma norma que exige preenchimento valorativo por utilizar conceitos indeterminados ou estar elaborada na fórmula de cláusula geral.[35]

No Brasil, a questão não foi, ainda, fartamente enfrentada pela doutrina, não havendo um posicionamento uniforme.

Celso Antônio Bandeira de Mello,[36] que tão bem escreveu sobre discricionariedade e controle judicial, abordou o problema dos *conceitos jurídicos indeterminados.* Segundo o autor, em decorrência da fluidez destes conceitos, não se pode negar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, igualmente razoáveis, fato que permitirá ao administrador a escolha de qualquer uma destas. Apesar de admitir que na apreensão dos *conceitos jurídicos indeterminados* estamos diante de um ato de intelecção — ao contrário da discricionariedade que nos coloca diante de atos volitivos —, posiciona-os como realidades jurídicas semelhantes, uma vez que deságuam nos mesmos efeitos jurídicos que integram a discricionariedade. Significa dizer que em ambos os casos o controle judicial não poderá ir além de certos limites.

Régis Fernandes de Oliveira,[37] após expor o posicionamento de Queiró[38] e do autor alemão Forsthoff,[39] conclui que não se pode confundir discricionariedade com os *conceitos jurídicos indeterminados,* entendendo, no entanto, que em alguns casos práticos, não se tem certeza, através de dados objetivos, qual o real sentido da norma. Nessas hipóteses, caberá ao juiz adentrar no exame das provas, na análise das controvérsias que lhe são submetidas, até onde tiver elementos seguros de interpretação. Desta forma, é possível ao magistrado afirmar que o administrador não atribuiu

35 Machado, João Batista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador.* Coimbra: Almedina, 1991, p. 116.

36 Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* São Paulo: Malheiros, 2000, p. 23.

37 Oliveira, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, pp. 85-87.

38 Em relação a Queiró sabe-se que este utiliza a expressão "conceitos práticos" para aqueles pertencentes ao mundo da sensibilidade, onde domina a incerteza, o parecer de cada um, concepções individuais, subjetivas. A partir desses conceitos, nasce a discricionariedade (cf. Queiró, Afonso Rodrigues. *Reflexões Sobre a Teoria do Desvio de poder em Direito Administrativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 29).

39 Forsthoff foi adepto da doutrina da multivalência. Partindo da distinção entre conceitos empíricos (que exigem uma simples operação lógica para sua aplicação) e conceitos de valor (que exigem na sua aplicação uma conduta de escolha), afirma que os conceitos de valor constituem conceitos discricionários.

o alcance correto de certo conceito jurídico indeterminado no caso concreto. Porém é vedado ao juiz avançar, dizendo qual o exato valor daquele conceito, sob pena de substituir, indevidamente, o administrador.

Raquel Cristina Ribeiro Novais[40], em interessante monografia, refere-se aos *conceitos jurídicos indeterminados,* adotando a classificação apresentada pelo jusfilósofo Karl English, que vislumbra a indeterminação em três modalidades de conceitos: a) *Conceitos indeterminados descritivos* — dizem respeito a objetos reais, perceptíveis pelo sentido ou por qualquer outra forma percepcionáveis, ex.: velocidade, escuridão, intenção; b) *Conceitos indeterminados normativos* — conceitos acrescidos de atos de valoração, ex.: boa-fé; c) *Conceitos indeterminados discricionários* — nessa modalidade não basta a discritividade ou a normatividade inserida nos conceitos, comportando uma especial valoração pessoal do aplicador, como exemplo, apresenta as "medidas urgentes".

Confrontando a "boa-fé" com as "medidas urgentes", aduz que no primeiro caso, ao se cotejar o conceito de "boa-fé" com os seus referentes factuais, não poderá o aplicador utilizar-se de critérios pessoais para discernir se dá ou não o referente. Deverá, sempre, utilizar-se de valores constantes no próprio sistema normativo. Diferentemente, no segundo caso, ou seja, necessitando a Administração de adotar "medidas urgentes" para alcançar o interesse público, poderá optar pelas inúmeras medidas comportadas na definição alcançada. Neste caso, entende que se estará diante de uma discricionariedade inserida em um conceito jurídico indeterminado, quer dizer, a própria definição de "medidas urgentes" comporta, inclusive na zona de certeza do conceito, inúmeras medidas, que serão adotadas segundo a conveniência e oportunidade requeridas pela situação[41]

Posicionamo-nos ao lado daqueles que defendem a distinção entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade.[42]

Nos conceitos jurídicos indeterminados, que não são exclusivos do direito público, conforme já observado, estamos diante de normas com conceitos de valor

40 Novais, Raquel Cristina Ribeiro. "A Razoabilidade e o Exercício da Discricionariedade". In: Sundfeld, Carlos Ari *et al. Estudos de Direito Administrativo*: Em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 33.

41 English, Karl. *Introdução do Pensamento Jurídico.* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1972, p. 174-178.

42 Cumpre salientar que, no corpo de decisão proferida em Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 4.053-RS, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se sobre a distinção entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade, aduzindo que "O art. 4º, da Lei n. 8.437/92, bem como o art. 4º da Lei n. 4.348/64, ao disciplinarem a suspensão de liminares contra o Poder Público pelos Presidentes de Tribunais, valem-se, no seu enunciado, de 'conceitos jurídicos indeterminados', o que, no entanto, não autoriza a conclusão de existência de ilimitado poder discricionário de decisão. 4. O Presidente do Tribunal, ao analisar pedido de suspensão de liminar e demais tutelas, poderá, sempre, no caso concreto, aferir se existe lesão à ordem pública, à economia pública, à saúde, ao interesse público, e, diante dessa constatação, deverá, necessariamente, suspender a medida que cause o gravame. Não se trata de exercício de juízo político ou de conveniência e oportunidade sobre suspender ou não a medida impugnada" (STJ, 2ª Turma, AgRg na Medida Cautelar nº 4.053 – RS, rel. Min. Paulo Medina, j. em 28/8/2001, DJ de 12/11/2001, p. 130).

(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.

Hoje, é um postulado geral da ciência jurídica a tese de que não existe norma sem interpretação, quer dizer, toda norma, pelo simples fato de ser posta, é passível de interpretação.[43] Segundo Miguel Reale,[44] o problema da interpretação das normas jurídicas passou a ser resolvido partindo-se do pressuposto de que toda norma jurídica é um modelo operacional de uma classe de comportamentos possíveis, devendo ser interpretada em conjunto com o ordenamento jurídico, levando-se em conta a apreciação dos fatos e valores que a constituíram, bem como os fatos e valores supervenientes.

Trabalha o intérprete para desvendar os meandros do sentido da lei.[45] O processo interpretativo visa neutralizar os conflitos sociais, reforçando o princípio da certeza jurídica, muitas vezes abalado por posições subjetivas variáveis e incertas. Na vida cotidiana, todos estão a interpretar a lei para atender aos interesses da sua ação, porém não há como se negar que o Judiciário é o intérprete máximo e último da lei e do direito, dando uniformidade a textos legais ou a costumes, através de reiteradas decisões, formando a jurisprudência, fonte jurídica por excelência.[46]

Na discricionariedade o que existe é uma pluralidade de soluções justas, consistindo na liberdade de eleição.[47] Permite-se fazer uma opção administrativa de mérito, segundo critérios de conveniência e oportunidade, entre possibilidades postas pela norma jurídica.[48]

Ora, deparando-se com *conceitos jurídicos indeterminados* caberá apreender-lhes o sentido através de operação interpretativa, consistente em mera intelecção da lei, ao contrário da discricionariedade que permite uma opção administrativa volitiva, observados limites normativos.[49] A indeterminação dos conceitos jurídicos somente

43 Ferraz Jr., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*: Técnica, Decisão e Dominação. São Paulo: Atlas, 1994, p. 264.

44 Reale, Miguel. *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito.* São Paulo: Saraiva, 1978, p. 80.

45 Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 346. vol. I.

46 Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 350. vol. I.

47 Enterría, Eduardo García de. *La Lucha Contra las Inmunidades del Poder.* Madri: Civitas, 1995, p. 35.

48 Cumpre acrescentar que concordamos com aqueles que acreditam que em diversos casos a discricionariedade posta na norma sofre uma sensível retração no caso concreto, em virtude da necessidade de observância dos princípios administrativos.

49 Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* São Paulo: Malheiros, 2000, p. 24.

concerne ao seu enunciado e não à sua aplicação, que permite, a princípio, uma única solução justa, verificados critérios de tempo e espaço. Diferentemente, na discricionariedade, brinda-se um conjunto opcional de soluções, devendo ser escolhida aquela que melhor convenha ao fim que recomenda o ordenamento jurídico.[50]

Segundo afirmam alguns estudiosos da ciência jurídica, a idéia de uma única solução justa em todos os casos práticos pertence ao âmbito da Filosofia do Direito e corresponde a uma visão absoluta de justiça[51].

Em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, obviamente que nem sempre o processo interpretativo da norma jurídica levará a uma solução indubitável. Casos existirão em que não se chegará a uma única posição. Porém, não se pode daí afirmar-se estar diante de um caso de discricionariedade. Neste ponto, reportamo-nos, mais uma vez, a Antônio Francisco de Sousa quando expõe excelente posicionamento quanto a esta questão, aduzindo que

> não nos parece que o fato da "calamidade" ser mais ou menos "grave" possa alterar a natureza do poder de *vinculado* para *livre*, a diferença entre "calamidade" e "grave calamidade" é, em nosso entender, puramente de grau e não de qualidade, pelo que a qualidade do poder (vinculado) se mantém a mesma, variando ou podendo variar apenas o grau de intensidade do controle jurisdicional. Em ambos os casos estamos perante uma situação existente (algo que já existe) que apenas tem de ser declarada (constatação de um "ser") para legitimar uma atuação administrativa. À Administração não resta qualquer liberdade para criar seja o que for (característica de quem é livre), mas apenas lhe compete o *poder-dever de constatar uma realidade existente*.[52]

O posicionamento aqui adotado contribui para a redução do campo da discricionariedade, sendo condizente com a idéia de Estado de Direito que exige que o relacionamento entre o Estado e o cidadão seja regulado por leis calculáveis, inequívocas e estáveis[53].

50 Clariana, Emilio Pujalte. "El Control de la Discrecionalidad y los Conceptos Jurídicos Indeterminados en Materia de Sanciones Tributarias". In: Hinojosa, Eduardo, Gonzalez, Nicolas (Coord.). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucia. Madri: Civitas, 1996, p. 249.

51 Vela, César D. Ciriano. "Discrecionalidad Administrativa y Conceptos Jurídicos Indeterminados em la Autorizacion para la Creación de Bancos trás el Real Decreto 1.245/1995, de 14 de julio". In: Hinojosa, Eduardo, Gonzalez, Nicolas (Coord.). *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*: I Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucia. Madri: Civitas, 1996, p. 445.

52 Sousa, Antônio Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 97.

53 Maurer, Hartmut. *Elementos de Direito Administrativo Alemão*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001, p. 64.