

Intervenção direta do Estado na economia: uma análise do *caput* do art. 173 da Constituição brasileira*

Direct intervention of the state in the economy: an analysis of the caput of the article 173 of the Brazilian Constitution

André Saddy**

RESUMO

Trata-se de estudo sobre a existência de discricionariedade potencial no enunciado normativo do art. 173, *caput*, da Constituição brasileira. Demonstrou-se que o dever-poder discricionário está localizado no operador deôntico, já que é uma norma permissiva, e na estatuição, uma vez que existem quatro formas de o Estado (absorviva integral; absorviva

* Artigo recebido em 25 de junho de 2012 e aprovado em 13 de janeiro de 2013.

** Doutor europeu em “Problemas actuales de derecho administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España. Mestre em administração pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alfan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em regulação pública e concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (Cedipre) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Associate research fellow do Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Professor adjunto I do Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC-RJ). Diretor presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico (Ceej). Consultor e parecerista. Centro de Estudos Empírico Jurídico, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: andresaddy@yahoo.com.br.

parcial; participativa associativa; e participativa não associativa) intervir diretamente na economia. Também se analisaram as duas previsões dessa norma (“segurança nacional” e “interesse coletivo”) e os problemas criados pela utilização de tais conceitos jurídicos indeterminados. Por fim, estudou-se as técnicas e etapas que o agente público tem que cumprir para chegar até as estatuições válidas, ou seja, até a discricionariedade efetiva.

PALAVRAS-CHAVE

Intervenção direta do Estado na economia — discricionariedade — conceitos jurídicos indeterminados — limites e técnicas de contenção

ABSTRACT

This is a study about the potential discretionary power existence in the article 173, *caput*, of the Brazilian Constitution. We have demonstrated that the discretion is located in the deontic operator since the norm brings a permissive standard for the direct intervention of the State in the economy, but also in the consequence of the norm because there are 4 (four) different forms of the State intervene in the economy. We also have analysed the two predictions of this norm (“national security” and “collective interest”) and the problems created by the use of such indeterminate juridical concepts. Finally, we studied the techniques and steps that the public official has to fulfil to reach the valid options, or until the effective discretion.

KEYWORDS

Direct intervention of the State in the economy — discretionary power — indeterminate juridical concepts — limits and restraint techniques

1. Introdução

O presente trabalho tem o objetivo de analisar distintas técnicas e formas de contenção da discricionariedade administrativa na norma jurídica do art. 173, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).¹

¹ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

Limita-se, nesta pesquisa, ao estudo do atrofimento da discricionariedade ou da redução da discricionariedade a zero (*ermessensreduzierung auf null*) no caso específico do artigo mencionado. Ou seja, trata de como a discricionariedade administrativa, existente de forma abstrata nos casos em que o Estado pode explorar diretamente a atividade econômica, reduz-se, diante do caso concreto, a várias estatuições, ou a uma única estatuição válida. Demonstra como a norma abstrata do art. 173 possui uma discricionariedade em potencial e evidencia que a discricionariedade administrativa somente existe, efetivamente, depois de feita a análise no caso concreto.

Logo, o que justifica a pesquisa é a busca teórica das diferentes formas de limitar a opção discricional da administração pública, redefinindo e retemperando as técnicas de contenção desta.²

Conquanto se saiba da existência de exaustivos trabalhos brasileiros e mundiais atinentes à discricionariedade administrativa e às formas de intervenção do Estado na economia, o tema escolhido como objetivo desta investigação trata da junção desses dois importantes institutos do direito administrativo e se assenta em uma perspectiva de aproximação substancialmente diferente.

O trabalho aborda, por meio de uma metodologia que engloba fórmulas descritivas, indutivas, dedutivas, *ad auctoritate* e documentais, um ponto de vista distinto do até hoje estudado pela doutrina brasileira. Para tanto, focaliza inicialmente o conceito de discricionariedade administrativa e sua localização

² Quanto à terminologia empregada, torna-se importante esclarecer quatro termos já na introdução: limite, contenção, atrofia e redução. O termo limite, no presente trabalho, deve ser entendido como o extremo a que pode chegar, como o ponto que não se pode ultrapassar da discricionariedade administrativa na norma jurídica em abstrato. Já contenção tem o significado de manutenção, detenção, controle da discricionariedade administrativa dentro dos limites previamente fixados, como poder-se-á analisar ao longo do presente trabalho. Por sua vez, atrofia deve ser entendida como a diminuição no tamanho ou número, ou em ambos, de uma ou várias alternativas conferidas pela norma jurídica em abstrato, e significa não deixar desenvolver-se. Por fim, redução significa tornar menos, estreitar, diminuir as proporções da discricionariedade administrativa concedida na norma jurídica em abstrato.

Ainda sobre a terminologia, ressaltam-se também os conceitos diversos que se têm sobre o mesmo fenômeno: a discricionariedade e a intervenção do Estado na economia. Ora se utiliza a expressão poder discricional, ora dever discricional, ora ato discricional e até atuação discricional. Assim como ora se utiliza intervenção do Estado na economia, atuação do Estado na economia, intervenção do Estado na ordem econômica, intervenção estatal na economia, intervenção do Estado na atividade econômica, intervenção pública na economia, entre outras. A rigor, existe diferença semântica entre os vocábulos, no entanto, todos reportam a um mesmo fenômeno, como se observará ao longo do trabalho. De todo modo, parece mais apropriada a expressão discricionariedade, que significa qualidade ou estado de ser discricional, de uma dada atividade e intervenção do Estado na economia, que significa ação e efeito do Estado de intervir na economia.

nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica em abstrato; em seguida, evidencia a existência de discricionariedade potencial na norma jurídica que estabelece a possibilidade de o Estado intervir diretamente na economia; por fim, analisa os limites e técnicas de contenção dessa intervenção direta na economia.

2. Conceito de discricionariedade

Três são os pontos de vista mais usuais quando se invoca a noção de discricionariedade: (i) como margem de volição para eleger entre a adoção ou não de uma consequência jurídica ou outra na aplicação de normas de estrutura condicional; (ii) indeterminação da hipótese das normas habilitantes ou, ao menos, uma margem de decisão administrativa estruturalmente equiparável, no essencial, àquela; (iii) e, por último, quando opera no âmbito da hipótese das normas jurídico-administrativas, isso por entender que é sua inexistência ou imperfeição o que genuinamente provoca a margem de atuação discricional.³

Todas essas noções ocupam-se, sobretudo, da localização da discricionariedade dentro dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica de competência e de conduta, e não da noção propriamente dita de discricionariedade, motivo pelo qual se adota um conceito próprio, com três elementos essenciais — próprios do instituto — sem esquecer da localização da mesma nos componentes lógico-estruturantes, são eles: elemento subjetivo, que determina que somente a administração pública a possui; elemento formal, que informa ser esta derivada unicamente do ordenamento jurídico, reportando-se somente às ações deônticas, com exclusão das eventuais margens de liberdade de ação que se podem reconhecer em ações não deônticas; e elemento volitivo, que é o núcleo principal do conceito e que concede liberdade de atuação ou não, entre estatuições oferecidas alternativa e disjuntivamente. Além desses elementos essenciais, tem-se outro elemento onipresente em toda atuação administrativa, que é o elemento objetivo, ou seja, o dever de atenção aos interesses públicos.

Munidos desses elementos, faz-se uma distinção entre duas modalidades de discricionariedade: uma potencial e outra efetiva.

³ Sobre cada um desses pontos, ver: SADDY, André. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Discrecionariiedade potencial seria a margem relativa de liberdade/ autonomia/volição conferida, pelo ordenamento jurídico, ao agente público para adoção ou não, entre estatuições oferecidas alternativas e disjuntivamente, da que melhor atenda aos interesses públicos. É essencialmente uma margem que o agente público possui para optar entre diversas condutas, que não são absolutas, pois estão sempre limitadas pelos interesses públicos.

A discrecionariiedade efetiva seria a margem que o agente público possui para optar entre diversas estatuições (alternativas e disjuntivas) válidas. É uma opção política, seguida a partir de critérios de política administrativa ou governamental, tida como apropriada pelo representante em determinado caso concreto. As alternativas oferecidas pela interpretação darão apenas estatuições válidas ou inválidas. Ou seja, não existe a “melhor” ou “ótima” alternativa, esta sempre será a única que poderia ser validamente seguida. Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer os interesses públicos por meio da legalidade, legitimidade e licitude. Caso determinada alternativa seja a “melhor” ou a “ótima”, esta será a única válida, as demais serão indevidas, inválidas. E, se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de vinculação e não de discrecionariiedade. Por isso que se afirma que a discrecionariiedade começa onde acaba a interpretação,⁴ toda vez que o direito é o critério a ser utilizado no âmbito da interpretação feita, com o fim de delimitar quais são as estatuições válidas, delineando o universo de opções discrecionárias efetivas.⁵

Assim, entende-se que somente haverá discrecionariiedade se todas as estatuições forem válidas e apenas nos casos concretos. Caso tenham-se estatuições válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discrecionariiedade potencial passível de não ser confirmada *a posteriori* pela realidade concreta. Por conseguinte, existirão situações em que a discrecionariiedade

⁴ PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no ato administrativo*. Lisboa: Ática, 1960. p. 217.

⁵ Assim pensando, estar-se-á contra quem fundamenta o processo decisório das alternativas ou opções válidas nos princípios jurídicos, como o da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade, entre outros. Pois se existem alternativas ou opções mais razoáveis, mais proporcionais, mais eficientes, entre outras, as demais serão obrigatoriamente irrazoáveis, desproporcionais ou ineficientes e, portanto, inválidas. Tais princípios são critérios que devem ser utilizados no âmbito da interpretação, feita com o fim de delimitar quais são as alternativas ou opções válidas, delineando o universo de opções discrecionais efetivas.

Para uma reflexão da relação existente entre a hermenêutica e a discrecionariiedade, veja: RUIZ OJEDA, Alberto Luis. *Hermenêutica y narrativismo jurídico: una aproximación al problema del control de la discrecionalidad de los poderes públicos*. *Thémata: Revista de filosofía*, Sevilha, ano 18, n. 27, p. 101-121, jul./dez. 2001. O autor demonstra que o problema do controle da discrecionariiedade dos poderes públicos centra-se em um debate manipulado por palavras.

abstratamente prevista na norma poderá deixar de existir por completo quando analisadas as peculiaridades do caso concreto, pois poderá estar diante de somente uma ação possível para se alcançar a finalidade da norma de forma satisfatória. Portanto, a liberdade discricional fixada na norma abstrata não coincide com o possível campo de liberdade do agente público diante do caso concreto.⁶

Então, pormenorizando os conceitos relacionados, pode-se inferir que a discricionariedade potencial tem configuração de dever-poder toda vez que a ideia de dever girar em torno de uma finalidade a ser cumprida, qual seja, os interesses públicos.⁷ Isto é, a discricionariedade potencial seria o cumprimento do dever de alcançar os interesses públicos. Já a discricionariedade efetiva manifesta configurações de poder, visto que é ela a faculdade de transformar a vontade em ações desejadas, ações válidas, pois respeitam o direito.⁸

⁶ Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta o aspecto da redução ou desaparecimento da discricionariedade perante o caso concreto da seguinte maneira: “[...] o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, específica, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 16, n. 65, p. 27-38, jan./mar. 1983. p. 33).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Então, ocorre que a discricionariedade existente, em abstrato, na norma legal, não corresponde à mesma amplitude de discricionariedade no caso concreto” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 231).

⁷ Rita Tourinho assim também entende: “Sabe-se o Estado de Direito caracteriza-se pela subordinação da atividade administrativa à lei. Assim, o núcleo do exercício dessa atividade caracteriza-se como um dever e não um poder. Somente se admite falar-se em poder como instrumento voltado à satisfação dos interesses públicos” (TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 155).

⁸ Do mesmo modo defende: LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992. tomo I, p. 574.

Muitos autores, no entanto, classificam o ato administrativo quanto à liberdade de atuação do administrador, entre eles: MATEO, R. Martín. *Manual de derecho administrativo*. 15. ed. Madrid: Trivium, 1993. p. 317.

Odete Medauar afirma que “o dever que nasce do exercício de um poder”, significando “a obrigação imposta à autoridade de tomar providências quando está em jogo o interesse público” (MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 124), sendo, para a autora, uma forma de dever, não pode o administrador eximir-se de desempenhar seus poderes.

José Cretella Júnior, M. Seabra Fagundes e Odete Medauar entendem que o tema da discricionariedade compreende tanto o poder discricional como também a atividade discricional e o ato discricional, como três momentos distintos, mas necessariamente ligados entre si

3. Localização da discricionariedade nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica

Entende-se que haverá discricionariedade potencial nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica de competência (que atribuem autonomia sobre as matérias em causa, ou criam a faculdade de dispor) e de conduta (que estabelecem o estatuto deôntico das ações normativas que se exercem a partir dela), sendo somente a primeira atributiva de discricionariedade se não existir uma norma de conduta.

Ademais, em virtude de derivar unicamente do ordenamento e por ser por meio da linguagem escrita que o legislador concede a discricionariedade potencial, faz-se a distinção entre enunciado normativo e norma: enunciado é a expressão da norma, é o conjunto de símbolos, nomeadamente linguísticos, por meio dos quais aquela é formulada; e norma é o significado representado, que constitui o sentido deôntico.⁹

Logo, a norma depende da expressão linguística, entendida como o veículo fundamental de transmissão ou informação, sendo, de acordo com David Duarte,¹⁰ quatro as propriedades para identificá-la: é um dever ser, uma vez que identifica um estado de coisas ideal independente da realidade; consiste na ordenação de um determinado sentido, porque determina sempre qualquer coisa que lhe confere sentido e lhe dá sentido; é hipotética, uma vez que depende da verificação das condições especificamente estipuladas do seu sentido; e geral, pois seus destinatários são indetermináveis.

É a hipoteticidade da norma que revela a estrutura da mesma. Superada a configuração binária,¹¹ a ciência jurídica, hoje, identifica uma tripla formação,

(MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, n. 610, p. 38-45, ago. 1986).

Victor Nunes Leal, em sentido contrário, sustenta que “não existe, com efeito, ato discricionário; o que existe é poder discricionário, e alguns autores são bem rigorosos no emprego preferencial desta expressão” (LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./dez. 1948).

⁹ Sobre a diferença entre norma e enunciado normativo, ver: DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 64.

¹⁰ *Ibid.*, p. 72-75.

¹¹ Afirmava-se que dois eram os componentes lógico-estruturais da norma: a hipótese ou previsão, que seria a descrição do suporte fático, que, ao se verificar, desencadeia as consequências normativas, e o preceito ou estatuição, que são as afirmações das consequências jurídicas estatuídas pela norma, quando, no caso concreto, verificarem-se os fatos apontados na hipótese/previsão.

que engloba: uma previsão (hipótese), que reporta às condições do sentido de dever ser; um operador deôntico, relativo à modalidade de dever ser que a norma incorpora; e uma estatuição (consequência jurídica), elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser. Dessa forma, uma norma é a conjugação estrutural desses três elementos.¹²

Sendo as normas de competência aquelas que atribuem discricionariedade ao exercício da função administrativa, terá sempre, esta, um operador de imposição, podendo ser localizada a discricionariedade na relação gerada entre a previsão e a estatuição. Ou seja, a realização do efeito disposto na estatuição sobre as matérias dispostas na previsão significa que, sobre a previsão, o agente público pode dispor como melhor lhe aprouver. Consequentemente, a discricionariedade está situada na estatuição. A análise da norma de competência na sua estrutura permite perceber, assim, como a sua previsão confere alternativas que se apresentam, portanto, como um espaço de

¹² David Duarte assim coloca: “A norma pode ser definida, consequentemente, como um sentido de dever ser de domínio genérico, conceito normativo este que representa uma categoria intelectual transmitida através da linguagem (regra geral) e que tem uma estrutura composta por três elementos: (i) a previsão, (ii) o operador deôntico e (iii) a estatuição (= $a \rightarrow b$)” (David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, op. cit., p. 874).

A previsão diz respeito às condições de verificação do sentido de dever ser, ou seja, estabelece a antecedência condicional da produção de efeitos. É variável e tem como unidade o pressuposto. A existência de um ou vários pressupostos, positivos ou negativos, depende da configuração da norma, e sua organização, do tipo de linguagem utilizado na formulação do enunciado normativo. Realiza, também, a função de redução de um universo potencialmente ilimitado de antecedências de um efeito por um rol restrito de condições nela descritas. Trata-se, somente, de uma delimitação de toda e qualquer ocorrência para um universo mais restrito. Logo, por mais que a linguagem do enunciado da norma leve a crer que tal norma não tem previsão, é errado, pois só essa dá sentido normativo pleno à norma, uma vez que só é aplicável se a tiver, pois é esta que define a razão de (dever) ser do efeito. Se ela não existisse, não se saberia a que a norma se aplica, portanto, sempre está presente.

O operador deôntico é o elemento estrutural que confere natureza deôntica à norma, por meio da determinação de um específico sentido de dever ser, seja impositivo, permissivo ou proibitivo. São tais modos deônticos que estabelecem a natureza da norma. É o operador deôntico que estabelece a relação com a previsão. Logo, não é ele divisível nem tem unidades interiores. O operador deôntico também pode estar escondido na norma por questões linguísticas, mas, normalmente, está estabelecido na locução verbal de ligação entre a previsão e a estatuição, e assim o é porque é o operador deôntico que determina o sentido jurídico dos efeitos jurídicos, estabelecendo, também, a sequencialidade entre a previsão e a estatuição. Sem este, a previsão e a estatuição seriam significados isolados, por conseguinte, sempre está presente mesmo que diluído/implícito.

A estatuição estabelece o que se deve verificar quando se preenchem os pressupostos da previsão. É uma descrição, contendo o contexto em que o sentido do dever ser se manifesta. É variável e tem como unidade o efeito jurídico, ou seja, as consequências da norma, sejam elas somadas umas às outras (conjuntas), sejam elas alternadas (disjuntas). Tal descrição não se confunde com os efeitos jurídicos, dado que uma coisa é a definição de um campo de incidência; e outra, a determinação do que se deve verificar nesse domínio material.

discricionariedade normativamente atribuída, exatamente como se verifica com as normas de conduta.

Agora, uma vez sendo as normas de conduta as normas atributivas da discricionariedade, deve-se distingui-las de acordo com o operador deôntico inserido. Tal separação em razão do operador deôntico, como critério de análise na atribuição de discricionariedade administrativa, é a única que faz sentido ou, pelo menos, a que tem uma relação diretamente apurável com a questão em análise no trabalho. Ora, a existência de alguma margem de liberdade/autonomia/volição a partir de uma norma é um problema relativo ao sentido em que a conduta é regulada, ou seja, é um problema relativo, a saber, se há uma imposição, proibição ou permissão da conduta deôntica.

As normas impositivas, a princípio, não seriam susceptíveis de conferir discricionariedade, uma vez que se tratam de obrigação positiva de realizar o efeito normativo relativamente a qualquer dependência constante da previsão. Elas apenas atribuem discricionariedade quando a sua estatuição compreende efeitos que se encontram em uma relação de disjunção (ou se aplica um efeito ou outro) e são alternativos, isto é, para uma determinada previsão com operador deôntico de imposição, estabelecem-se vários efeitos, pelo menos mais do que um, que se aplicarão alternativamente.¹³ Também se inserem na mesma categoria as normas que, não obstante estabelecerem para determinada previsão um único efeito, impõem um que se pode desdobrar em vários, ou seja, a estatuição compreende um efeito único que é, no entanto, autonomamente configurável em vários.¹⁴ Por sua vez, também se atribui discricionariedade às normas que se enquadram na chamada derrogação administrativa. Não há nessas uma margem de liberdade/autonomia/volição diferente da discricionariedade, sendo, simplesmente, uma norma impositiva com duas alternativas, na qual uma é um efeito conseqüente à previsão, e outra um efeito de configuração autônoma.

As normas proibitivas, sejam quais forem os seus termos, dado que também só compreendem um operador em um modo de obrigação, só conferem discricionariedade quando há mais do que um efeito na estatuição

¹³ David Duarte: “disse-se que a configuração normativa de uma imposição de alternativas disjuntivas é sinónimo da correlativa permissão sobre as mesmas (e não espelho de uma interdefinibilidade), porque a permissão de realização de cada um dos efeitos decorre diretamente de cada um ser imposto alternativamente e não, como se verifica com a interdefinibilidade, de haver uma negação do próprio modo de imposição na norma, obviamente” (David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, op. cit., p. 514).

¹⁴ Aqui, a discricionariedade está na permissão de escolha entre as alternativas.

e em relação de disjunção. Aqui, a obrigatoriedade aponta para um espaço de permissão que, no caso, resulta da proibição de implicar a permissão de um dos efeitos disjuntos. Não pode, no caso, a proibição ser conferida simultaneamente para ambos efeitos sugeridos; confere discricionariedade, portanto, na medida em que estabelece duas proibições alternativas. Igualmente, confere discricionariedade quando estabelece uma proibição de efeito único, e daí decorre, dado o contexto, que essa proibição é sinônimo da permissão de várias alternativas contrárias.

Por fim, as normas permissivas são as normas paradigmas da atribuição da discricionariedade, dado ser a permissão o modo deôntico que, em primeira linha, a confere, uma vez que sempre terá o seu executor, mesmo tendo-se apenas um efeito e sendo este não desdobrável, a possibilidade de optar ou não pela realização do mesmo. Logo, todas as normas permissivas, seja qual for a composição dos restantes elementos da sua estrutura normativa, constituirão normas atributivas de discricionariedade. Não se limitam, porém, a conferir discricionariedade neste estado puro estrutural, em que conferem duas alternativas por meio da permissão de uma conduta; dessa maneira, podem também permitir mais de uma conduta e, assim, ampliar o âmbito da discricionariedade conferida, ou seja, quando acrescentar efeitos alternativos na estatuição em relação de disjunção. Logo, além de ser permitido fazer um dos efeitos estipulados na estatuição, também, será possível não o fazer, ou seja, ter-se-ão as alternativas dos seus contrários (se tiver dois efeitos na estatuição, quatro serão as possibilidades; se tiver três, seis serão as possibilidades; e assim por diante).¹⁵

¹⁵ Alerta-se que a questão da existência ou não de norma permissiva é um dos problemas mais debatidos na teoria do direito. Por certo que enunciados desse tipo são comuns nos sistemas jurídicos. Para Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, três são os contextos de uso das normas permissivas: as condutas naturais, o exercício de poderes normativos e as liberdades constitucionais (ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004. cap. III). Quando diante de normas permissivas de conduta naturais, entendendo por tal aquela conduta que não consiste no exercício de um poder normativo, Echave-Urquijo-Guibourd e Ross defendem sua irrelevância pragmática, por não constituir nenhuma razão, nem para realizar ação, nem para omiti-la, sendo a norma permissiva nada mais que a exceção a norma impositiva e proibitiva ou a formação indireta dessas normas. Já Von Wright defende as normas permissivas como promessas, entendendo as permissões como simples ausência ou não existência das proibições, e diferenciando dois tipos de permissão: débeis e fortes. Sobre as normas permissivas no exercício de poderes normativos, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero fazem a distinção entre os poderes normativos de exercício obrigatório e facultativo, que pode trazer resultados distintos à ação (Ibid., p. 131). E, por fim, ditam esses mesmos autores que os "*permisos constitucionales no son sólo directivas indirectamente expresadas, sino también juicios de valor. De ellos se derivan directivas en forma de principios de mandato y directrices, pero no equivalen a ellas,*

Pode-se inferir, então, que a discricionariedade estará tanto localizada no operador deôntico (discricionariedade de atuação) e/ou na estatuição (discricionariedade de eleição).¹⁶

Duas são, portanto, as discricionariedades conferidas pela norma: a discricionariedade de atuação, onde se poderá optar por atuar ou não, isto é, aplicar ou não a estatuição ou alguma das estatuições previstas como possíveis pela norma habilitante; ou a discricionariedade de eleição, quando se poderá eleger entre uma estatuição ou outra, caso a administração opte por atuar (ou caso esteja obrigada a isso) e são várias as estatuições permitidas.

Logo, nas normas de competência, ter-se-á discricionariedade na estatuição, pois, sobre qualquer domínio que se possa conceber, haverá habilitação para dispor de forma autônoma. Nas normas de condutas, ter-se-á discricionariedade no operador deôntico quando se trate de normas permissivas, ainda que a estatuição compreenda mais de um efeito, além de possuir discricionariedade na estatuição, quando estiver diante de normas de obrigação (imposição ou proibição), em que exista mais de uma alternativa e em disjunção.¹⁷

porque su alcance justificativo es notablemente mayor" (Ibid., p. 139). Além dessa questão, também é importante mencionar o fato de que a doutrina, sobretudo a administrativista, sustenta que não há norma de competência jurídico-pública que seja permissiva, ou seja, muitas das normas permissivas são, na verdade, normas impositivas; no entanto, as normas de conduta dependerão da relação entre a norma de competência e a de conduta para se averiguar se haverá ou não uma norma permissiva (David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, op. cit.).

¹⁶ Em sentido contrário, ter-se-á José Eduardo Martins Cardozo (CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o estado de direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 60), Maria Sylvia Zanella di Pietro (Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, op. cit., p. 78 e 79) e Regis Fernandes de Oliveira (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 85 e 86) que afirmam que a discricionariedade pode ser localizada tanto na previsão como na estatuição. Celso Antônio Bandeira de Mello coloca que a discricionariedade pode derivar do previsto, da estatuição e afirma, ainda, que também pode derivar da finalidade da norma (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Controle judicial dos atos administrativos*, op. cit., p. 19-22). Afirma este quanto a esta última possibilidade: "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" (Ibid., p. 21).

¹⁷ Ademais, ressalta-se que a previsão, em rigor, nas normas de condutas, não confere discricionariedade, uma vez que as ocorrências previstas conduzem, uma ou outra, ao conteúdo da estatuição. Logo, a previsão pode até não conceder discricionariedade, mas é, por ela, que esta se explica. É a previsão um elemento da norma relativo às suas condições de aplicabilidade e não aos efeitos a adotar quando a norma se aplica. Só poderá ser sede direta de uma atribuição de discricionariedade quando há dúvidas sobre a aplicabilidade da norma e, por isso, não é

4. Intervenção direta do Estado na economia e discricionariedade

O sistema econômico adotado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é informado por um regime de mercado, optando pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, quer da formação de monopólios ou abuso de poder econômico, sempre na defesa da livre-iniciativa, porque esta é fundamento da República e princípio norteador da ordem econômica brasileira, tendo, como subprincípios, os princípios da abstenção e da subsidiariedade.¹⁸

Na vigente Constituição brasileira, o Estado está proibido de atuar no mercado no que tange à produção de riquezas (art. 170, CRFB), podendo fazê-lo apenas de forma suplementar quando a própria Constituição abrir tal exceção, exigindo que se esteja diante de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, CRFB). A Constituição deseja que o Estado brasileiro atue como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CRFB), repudiando o dirigismo econômico, acolhendo, porém, o intervencionismo econômico nos estritos termos constitucionais (fiscalização, incentivo e planejamento).

Focando apenas o objeto do presente trabalho: o enunciado normativo do art. 173, *caput*, da CRFB, tem-se a seguinte redação: “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Encontra-se, conforme explicação da estrutura da norma antes mencionada, uma tripla configuração pela qual se vislumbra a seguinte norma: $a^1 v a^2 P b$, onde: a seria a previsão da norma, existindo duas previsões, sendo $a^1 =$ quando necessárias aos imperativos da segurança nacional, $v =$ conjunção, $a^2 =$

certo se o efeito da estatuição se produz. Ocorre que aqui não existiria uma discricionariedade proveniente da previsão, mas sim da incerteza de linguagem, pois não se tendo a certeza da ocorrência da previsão, ter-se-ia incerteza em aplicar ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria de discricionariedade adveniente de normas com incertezas de linguagem. A norma só resulta efeitos alternativos porque a previsão é incompleta quanto ao estabelecimento do elenco total de fatos que conduz a um efeito preciso. Ou seja, a explicação da discricionariedade resta na insuficiência de pressupostos da norma, omitidos em razão da sua consideração futura na escolha de alternativa. A verificação da previsão pode compreender as mais diversas configurações, sendo em razão dessas variáveis, que se escolherá o efeito, a estatuição mais adequada.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 115.

quando necessária a relevante interesse coletivo; *P* seria o operador deôntico, sendo este = será permitida (ou seja, de permissão); e, por fim, *b* que seria a estatuição da norma, sendo esta = a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Tal enunciado denota uma norma de conduta permissiva. Como a permissão é o modo deôntico que, em primeira linha, confere discricionariedade, pois sempre terá o seu executor, mesmo tendo-se apenas um efeito, como parece ser o caso, sendo este não desdobrável, a possibilidade de optar ou não pela realização do mesmo, pode-se dizer que, ao se verificar a existência de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, está o Estado permitido a explorar diretamente a atividade econômica, tendo este a opção de realizar ou não (discricionariedade de atuação) a exploração.

Tal enunciado não se limita, porém, a conferir discricionariedade neste seu estado puro estrutural, em que confere duas alternativas por meio da permissão de uma conduta. Existe no enunciado uma única conduta (exploração direta de atividade econômica pelo Estado) desdobrável em pelo menos cinco formas: absorviva exclusiva, absorviva completa, absorviva parcial, participativa concorrencial e participativa impositiva.¹⁹

Percebe-se que o efeito desdobrável confere discricionariedade, porque, além de possuir efeitos alternativos, estes também são disjuntivos na medida em que não são cumuláveis. Assim, para mais de ser permitido fazer um dos efeitos estipulados na estatuição, igualmente, será possível não o fazer, ou seja, ter-se-ão as alternativas dos seus contrários. Tendo cinco efeitos na estatuição, portanto, 10 serão as possibilidades de efeitos.

Pode-se inferir, então, que a discricionariedade no enunciado normativo do art. 173 da CRFB está localizada no operador deôntico e na estatuição.

¹⁹ Em nosso *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*, a atuação prestacional de atividades econômicas do Estado na economia, na qual este explora diretamente a atividade econômica, pode ser: absorviva, em que se assume exclusivamente o controle de toda uma atividade, completa de uma determinada atividade; e parcial quando reserva determinada parcela do mercado para determinado agente ou para si. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção, atuando por imposição constitucional ou concorrendo por vontade própria com a iniciativa privada (André Saddy, *Formas de atuação e intervenção do Estado brasileiro na economia*, op. cit.).

5. Limites e técnicas de contenção na intervenção direta do Estado na economia

Uma vez entendida que a intervenção direta do Estado na economia é uma discricionariedade potencial que este possui, é certo que não se pode admitir que a discricionariedade fique ao seu sabor, pois, caso utilizada de forma exacerbada, por certo, incorrerá em arbítrio. Deve, portanto, haver limites à atuação do agente público.²⁰

Logo, a discricionariedade de atuar diretamente na economia tem limites. Os atuais parâmetros existentes no ordenamento jurídico para limitar tal discricionariedade são os princípios, as regras e as teorias jurídicas existentes no campo de atuação do agente público, de modo a impedir que este se desvie da lei, dos valores consensualmente aceitos pela sociedade ou da moralidade (legalidade, legitimidade e licitude). Tudo isso ocasiona o estreitamento das fronteiras da discricionariedade. Assim, deduz-se que o ordenamento jurídico (entendido aqui como as normas e todas as fontes subsidiárias do direito) é, ao próprio tempo, o pressuposto e o limite à discricionariedade administrativa.²¹

²⁰ Miguel Sánchez Morón sublinha: “El ejercicio de la discrecionalidad (...) está, ciertamente, sometido a unos límites jurídicos generales, aparte los específicos que deriven de la norma que regula cada tipo de actuación discrecional, pues no puede dar lugar a arbitrariedad, abusos o injusticias. Y está también sometido a unas reglas de organización y procedimiento, que van adquiriendo mayor importancia paulatinamente. Sin embargo, esas limitaciones encuadran el correcto ejercicio de la discrecionalidad, no están destinadas a reducirla o eliminarla. De ahí que el control judicial (es decir, jurídico) de la discrecionalidad administrativa tenga también sus límites, pues los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, de cualquier forma, no jurídicos de la decisión sin exceder la esfera de las funciones que tienen atribuidas” (SANCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994. p. 92).

Consuelo Sarria, considerando a legalidade, aponta quatro limites à discricionariedade: a competência e a forma; o fim; a apreciação dos fatos; e os conceitos jurídicos indeterminados (SARRIA, Consuelo. *Discrecionalidad administrativa*. In: CASSAGNE, Juan Carlos et. al. *Ato administrativo*. Tucuman: Unsta, 1982).

Mariano Bacigalupo entende: “conforme a los criterios o límites señalados en la propia ley que sean idóneos para impedir que la actuación discrecional de la Administración [...] se transforme en actuación libre o no sometida a límite” (BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 240).

²¹ José dos Santos Carvalho Filho afirma: “É a própria lei, portanto, que constitui o suporte do poder discricionário. Na verdade, não há discricionariedade além dos limites da lei. Conduta administrativa fora dos limites da lei representa arbitrariedade e se configura como ilegítima, de modo que não pode ser convalidada em nome de nenhum interesse, principalmente o interesse público que deve ser o alvo final de atividade administrativa.

O exercício da discricionariedade, por outro lado, exige que o administrador, ao optar por determinada direção entre diversas à sua disposição, leve em conta vários fatores, todos sopesados exclusivamente para que a opção seja com efeito o melhor caminho a ser percorrido para alcançar a providência de interesse público almejada.

Munidos de todos esses modos de eliminação da discricionariedade potencial, deve-se, por meio de procedimentos interpretativos, chegar até as estatuições (alternativas e disjuntivas) válidas, em que a opção, a qual poderá ou não ser feita pelo agente público, adotará somente critérios de política administrativa ou governamental tidos como apropriados por este. Desse modo, passa-se a fazer uma análise das técnicas ou etapas que este precisa cumprir para chegar às estatuições válidas, ou seja, para deixar a discricionariedade potencial e chegar à discricionariedade efetiva.

Tal caminho inicia-se com a verificação da existência de competência para atuar e termina com uma decisão que estabelecerá os efeitos deontológicos aplicáveis ao caso concreto, que vincularão sua atuação em todos os casos com propriedades idênticas. Para tomar tal decisão necessitará passar por um processo particularmente complexo, composto por várias etapas: primeiramente, deverá ultrapassar os problemas da linguagem, ou seja, definir a semântica da norma; depois, deverá resolver, caso haja — e sempre há —, problemas das concorrências e conflitos normativos; e, por fim, caso permaneçam estatuições disjuntivas e alternativas válidas, tomará a decisão propriamente dita.

[...]

No momento em que se desenvolve o processo de valoração dos fatores, o administrador permanece, por maior ou menor período, em estado de maturação e avaliação no que se refere às várias direções a que se pode preordenar sua conduta. Importante nesse processo valorar causas e consequências desta ou daquela decisão, a relação custo-benefício que poderá envolver sua conduta, a proporcionalização entre os elementos do motivo e do objeto do ato. É uma escolha — não se pode perder de vista esse aspecto do poder discricionário — e como tal reflete uma decisão. Daí exigir-se que o administrador tenha a capacidade de avaliar todos os fatores necessários à opção que vai fazer, visto que o objetivo, em última análise, é o interesse público” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 22).

Consuelo Sarria esclarece: “o princípio da legalidade é o limite do exercício mesmo da função administrativa, ao tratar de precisar os limites da discricionariedade administrativa, é pertinente afirmar que o limite fundamental é a legalidade, já que dela emana a competência para o exercício de determinada atividade, o fim que deve ter em conta o titular da função para a atuação administrativa e o mesmo poder discricionário, já que não é certo que haja discricionariedade quando não haja lei; pelo contrário, somente se pode falar nela quando há uma habilitação legal para que a autoridade possa apreciar, avaliar e valorar as circunstâncias que rodeiam o exercício de sua função administrativa” (Consuelo Sarria, *Discrecionalidad administrativa*, op. cit., p. 115).

5.1 Competência para intervir diretamente na economia

A competência para montar uma estrutura administrativa é privativa do chefe do Poder Executivo (art. 84, II da CRFB), sendo a sua criação advinda de necessidade de lei (art. 37, XIX e XX da CRFB), cabendo-lhe a iniciativa do processo legislativo (art. 61, §1º, II, e da CRFB).

5.2 Enunciados de normas aplicáveis no caso de intervenção do Estado na economia

Muitos são os enunciados de normas aplicáveis quando se trata da intervenção direta do Estado brasileiro na economia,²² são eles: art. 1º, IV e parágrafo único; art. 2º; art. 3º; art. 37, XIX e XX; art. 61, §1º, II, e); art. 84, II, IV; art. 170; I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e parágrafo único; art. 173, §1º, I, II, III, IV, V, §2º, §3º, §4º e §5º; art. 174, §1º; art. 175 e parágrafo único, I, II, III e IV; art. 177, I, II, III, IV, V, §1º, §2º, I, II, III.

5.3 Determinação semântica das normas do ordenamento jurídico-econômico constitucional brasileiro

Uma vez verificada a competência, visualizados os enunciados de norma aplicável ao caso concreto — aplicáveis a quaisquer casos de intervenção direta do Estado na economia — e sendo conhecedor de que a norma que trata sobre intervenção direta do Estado na economia (art. 173, *caput*, da CRFB) confere ao poder público discricionariedade potencial, deve o Estado tomar uma decisão que estabelecerá os efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto.

Como primeira etapa do processo de decisão, terá o poder público de determinar qual a semântica das normas,²³ que corresponde ao sentido

²² Vale esclarecer que se limitará a transpor os enunciados constitucionais uma vez que se tornaria impossível numa investigação como essa — que não estuda um caso específico de intervenção direta do Estado na economia, mas sua generalidade — toda a normativa infraconstitucional brasileira sobre a matéria.

²³ De acordo com David Duarte, a capacidade semântica da língua é entendida como a propriedade da linguagem relativa a um sistema gramatical específico que permite estabelecer relações de significação, relações estas convencionais. Sua utilização discursiva permite apurar a existência de fatores perturbadores da estabilidade semântica da língua, como as

mais restrito de interpretação, toda vez que serve para determinar, entre os enunciados normativos relevantes, quais são as normas existentes aplicáveis ao caso. Concerne na interpretação das normas como significado e constitui uma operação intelectual que pode ser relevante por si só. Essa etapa termina com uma proposição, cujo conteúdo é a afirmação da norma contida no enunciado, que pode ser descritiva ou estipulativa. É descritiva quando a norma resulta de um enunciado com um uso de linguagem certo; e é estipulativa quando responde a quaisquer dúvidas ou incertezas relativas ao significado do texto, caso em que é uma sugestão da norma que aí se encontra. Saliente-se, também, que tal proposição é um exercício de linguagem que reverte numa dimensão explicativa do enunciado nos casos de incerteza semântica destes.²⁴

Assim, entre os enunciados mencionados, algumas normas podem ser extraídas.

A primeira norma traz a ideia de que o estado de justiça democrático de direito, acolhido no art. 1º da CRFB, envolve a legitimação e limitação do poder do Estado por meio da Constituição.

A segunda norma que se pode retirar dos enunciados mencionados diz respeito ao princípio da livre-iniciativa. A livre-iniciativa não é apenas um princípio da ordem econômica (art. 170, IV e parágrafo único da CRFB), mas também um direito do indivíduo (art. 5º, XIII da CRFB) e, principalmente, um fundamento da República (art. 1º, IV da CRFB). Ademais, o Estado brasileiro adotou esses princípios como formas de se alcançar o bem-estar: o desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza (art. 3º, II e III da CRFB), tendo, na valorização do trabalho e na livre-iniciativa, suas molas propulsoras. Logo, está o Estado brasileiro proibido de atuar no mercado no que tange à produção de riquezas. Seu papel é de estimular a empresa privada a gerar desenvolvimento e empregos por meio da atividade econômica. Percebe-se, portanto, que a lei não é livre para atribuir a titularidade de uma determinada atividade ao Estado, quer seja esse serviço público, quer seja uma atividade econômica em sentido estrito; do contrário, esvaziado estaria o princípio da livre-iniciativa.

variações diatópicas (em razão do espaço geográfico), as diacrônicas (evolução da língua) e as diafásicas (em razão dos segmentos sociais e culturais de falantes). Porém tais variações são pouco significativas no que concerne à determinação semântica das normas, pois o uso da linguagem adotado no enunciado normativo está praticamente delas isento, pois se utiliza a que mais próximo segue os termos abstratos do código semântico, nos padrões cultos da língua, no qual apenas as variações diacrônicas podem ser relevantes (David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, op. cit., p. 197 e ss.).

²⁴ Ibid., p. 197 e ss.

A terceira norma é extraída do art. 173 da CRFB, o qual apenas possibilita ao Estado atuar diretamente na economia de forma suplementar, ou seja, quando a própria Constituição abrir tal exceção, exigindo, para tanto, que se esteja diante de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Desse pressuposto extraem-se dois princípios: o da subsidiariedade, por força do qual o Estado só intervém diretamente na economia nas hipóteses autorizadas na Constituição; e o da abstenção, segundo o qual o Estado não deve exercer atividades econômicas, excluindo ou concorrendo com a iniciativa privada, senão nas hipóteses excepcionais mencionadas.²⁵

A quarta norma estipula que a Constituição deseja que o Estado atue como agente normativo e regulador da atividade econômica, repudiando o dirigismo econômico, acolhendo, porém, o intervencionismo econômico nos estritos termos constitucionais (fiscalização, incentivo e planejamento), conforme se extrai do art. 174 da Constituição.

Ao analisar a semântica das normas, cabe também aludir ao que doutrinariamente se denomina de conceitos jurídicos indeterminados, visto que toda norma jurídica se exterioriza por meio de vocábulos, palavras, expressões, termos ou, como se costuma afirmar genericamente, “conceitos”, os quais, uma vez utilizados nas normas jurídicas, podem ser determinados ou indeterminados.²⁶ Tais “conceitos”, muitas vezes, implicam dificuldades na interpretação e compreensão da norma, afinal as palavras, em virtude de seu aspecto linguístico, possuem limitações, mas fato é que não se pode renegá-los, devendo-se trabalhá-los para dar-lhes maior ou menor precisão.

Analisando o enunciado do art. 173 da CRFB e suas duas previsões, quais sejam, “segurança nacional” ou “interesse coletivo”, pode-se afirmar que são elas desdobráveis em milhares de outras previsões por serem consideradas conceitos jurídicos indeterminados.²⁷

²⁵ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 47.

²⁶ Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, não suscitando qualquer dúvida quanto à sua aplicação, devendo, portanto, ser empregada indiscutivelmente no caso concreto. Já os conceitos indeterminados são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões, termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos, indeterminados. São palavras que se referem a uma significação, mutável no tempo e no espaço.

Muitas são as expressões utilizadas pela doutrina para ilustrar o fenômeno da indeterminação: vago, fluido, elástico, impreciso ou indeterminado. No plano da linguagem comum, tais expressões poderiam ser consideradas sinônimos. No entanto, além de se entender existir distinção de cada uma dessas expressões, opta-se por utilizar a expressão incerteza semântica como o gênero de forma de linguagem que a gera.

²⁷ Também não se pode deixar de mencionar que “imperativos” e “relevante” são igualmente considerados conceitos jurídicos indeterminados; no entanto, limitar-se-á a análise dos

São três as incertezas semânticas responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos: a polissemia, a vagueza e a textura aberta.²⁸ Fora essas três incertezas semânticas, a contestabilidade de conceitos técnicos também é uma forma de indeterminação no direito.²⁹ Todas estas podem ser, a princípio, utilizadas como forma de atribuição de discricionariedade, no entanto, há de verificar se não se confundem com ela.³⁰

No caso dos dois conceitos jurídicos indeterminados do *caput* do art. 173, encontra-se diante da incerteza semântica da vagueza, uma vez que tais conceitos se caracterizam pela imprecisão, não tendo tais palavras fronteiras definidas para delimitar o âmbito da extensão a que se reportam, gerando dúvida sobre o âmbito de abrangência da palavra.

No caso, por tais expressões estarem inseridas dentro das previsões, ou seja, por estabelecerem as condicionantes da produção de efeitos, instituem tais conceitos jurídicos indeterminados um universo potencialmente ilimitado, não restringindo determinadas antecedências de um efeito por

mencionados para não estender demasiadamente o presente trabalho, tendo em vista sua interdependência com os conceitos “principais” que propõe-se analisar.

²⁸ Apesar de a doutrina utilizar terminologias distintas, são essas as incertezas semânticas que interessa analisar. Ver: TESO MARTIN, Enrique del. *Contexto, situación e indeterminación*. Oviedo: Departamento de Filología Española, 1998; ROSSA, Leticia Pires. *Indeterminação semântica: ambiguidade, vagueza e polissemia na teoria da relevância*. Dissertação (mestrado) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

²⁹ Esse elenco de indeterminações do direito tem base na doutrina de Timothy A. O. Endicott (ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in law*. Nova York: Oxford University Press, 2000) e Genaro Carrió (CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

³⁰ David Duarte dita: “Apesar de as incertezas de linguagem poderem ser utilizadas como forma de atribuição de discricionariedade, nada há que permita distinguir uma incerteza linguística deliberada de uma incerteza fortuita; e, como ambas conduzem ao mesmo cenário de discricionariedade na determinação do direito, idêntico ao que decorre de normas determinadas, as normas com enunciados com incertezas de linguagem podem (e devem) ser tratadas como uma categoria global e autônoma de normas atributivas de discricionariedade.

Integram-se dentro da categoria das normas atributivas de discricionariedade em razão de incertezas semânticas dos enunciados, assim sendo, as que compreendem na sua expressão linguística casos de polissemia ou de vagueza; como constitui uma indefinição sobre o âmbito denotativo que provém de uma superveniência inesperada, a textura aberta não é à partida, por isso, um caso de incerteza aqui integrável, pois não é uma indefinição de linguagem que diretamente confira alternativas.

[...]

É exatamente em razão de as incertezas de linguagem referidas conduzirem a um cenário de discricionariedade equivalente ao que decorreria de alternativas expressamente formuladas, que as incertezas semânticas podem ser utilizadas como um instrumento técnico de atribuição de discricionariedade: em certas circunstâncias, as incertezas semânticas conseguem até recortar tecnicamente o âmbito de discricionariedade envolvido de forma mais eficaz” (David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, op. cit., p. 915 e 916).

um rol restrito de condições nela descrita. Não há uma delimitação de toda e qualquer ocorrência para um universo mais restrito.

Como se entende que a previsão da norma, em rigor, nas normas de condutas, como é o caso, não confere discricionariedade, uma vez que as ocorrências previstas conduzem, uma ou outra, ao conteúdo da estatuição, sendo a previsão um elemento da norma relativo às suas condições de aplicabilidade e não aos efeitos a adotar quando a norma se aplica, apenas poderá ela ser sede direta de uma atribuição de liberdade quando há dúvidas sobre a aplicabilidade da norma e, por isso, não é certo que o efeito da estatuição se produza. Aqui não se estaria uma discricionariedade proveniente da previsão, mas sim da incerteza de linguagem, pois não havendo a certeza da ocorrência da previsão, ter-se-ia incerteza em aplicar ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria da margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Por isso, quando o legislador se utiliza de termos vagos, está dando flexibilidade para a decisão do agente público, pois, assim como na discricionariedade, existe uma impossibilidade de prever toda e qualquer situação possível de ocorrência.³¹

Conceitos jurídicos indeterminados são aqueles conceitos³² que não se podem traçar precisamente, que não deixam ao seu intérprete a compreensão

³¹ Na lição de Marçal Justen Filho: “O conceito indeterminado se configura como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo, mas com a recusa do ordenamento jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Reconhece-se a impossibilidade de formular, aprioristicamente, a solução completa para certas situações, mas se vincula o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias. O aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que melhor não pareça e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 124).

Já Celso Luiz Moresco leciona: “a) Conceito jurídico de conteúdo indeterminado é todo aquele cuja expressão de valor possui textura variável e abertura a que o Direito confere significado próprio. Por isso, afirma-se, que a extensão e o conteúdo são em larga medida incertos; b) Fundamenta-se na separação de fundações do Estado. O legislador não dispõe de competência (poder) para emitir ordens concretas (atos administrativos), mas apenas ordens gerais e abstratas. Se o fizer — expedir atos administrativos — estará invadindo — e usurpando — a competência da Administração. Outra razão, de ordem prática, fundamenta a utilização desses conceitos: a impossibilidade real, fática de prever-se toda e qualquer situação possível de ocorrência; [...]” (MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados*. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 14, p. 78-95, jan./dez. 1996).

³² Vale mencionar divergência doutrinal a respeito da indeterminação no conceito e no termo. Marcus Vinícius Filgueiras Júnior afirma que a indeterminação é do conceito e não do termo normativo: “A indeterminação advém do cotejo dos conceitos construídos a partir da leitura

exata de quais significados possuem o objeto e a realidade abarcados, ou seja, são os conceitos que deixam dúvidas atinentes a duas ou mais compreensões de seu significado, quando visualizado o caso concreto. Portanto, a indeterminação jurídica decorre da impossibilidade de identificar o único ou parte do significado por meio da interpretação, diante do caso concreto.

Assim como a discricionariedade administrativa, a margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados está relacionada ao fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Somente pode ser analisada quando diante de um caso concreto, só nele que se pode aferir sua existência. De nada vale ter uma indeterminação na norma em abstrato. A indeterminação do significado na norma jurídica em abstrato será, assim como a discricionariedade, uma indeterminação em potencial e meramente especulativa. Ou seja, ainda que se verifique a existência de indeterminação em abstrato, poderia não haver a indeterminação do direito, se tal não se confirmar diante do caso concreto.

Ressalta-se também que, muitas vezes, conceitos determinados em abstrato, que normalmente ensejam uma vinculação, poderão proporcionar a indeterminação no caso concreto. Inclusive, não é necessário detectar previamente a indeterminação da norma em abstrato para que a indeterminação possa ocorrer no caso concreto. Timothy A. O. Endicott³³ afirma que a indeterminação não advém somente de um aspecto linguístico e sustenta que, por mais que a escolha dos termos para a formulação das normas jurídicas possa alterar o nível de indeterminação, acaba-se por reconhecer que a indeterminação é profunda, penetrante e ineliminável. Ou seja, pode-se reduzir a indeterminação, mas jamais eliminá-la.³⁴

dos termos normativos com a realidade" (FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 107). Já Eros Roberto Grau leciona tese distinta, de que a indeterminação é do termo e não do conceito: "[...] todo conceito é uma suma de ideias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinado; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado.

Se o conceito não for, em si, uma suma determinada de ideias, não chega a ser conceito.

Assim, a reiteradamente referida 'indeterminação dos conceitos' não é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de uma apenas significação" (GRAU, Eros Roberto. *Constituição e serviço público*. In: ____; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Benavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 145 e 146).

³³ ENDICOTT, Timothy A. O., *Vagueness in law*, op. cit., p. 7.

³⁴ Claudio Luzzati afirma: "*La vaghezza (...) non è un fenomeno qualitativo che riguardi poche espressioni, come, per esempio, "Buena fede", mas è un fenomeno quantitativo che, pur essendo riducibile per mezzo di ridefinizioni, è ineliminabile*" (LUZZATI, Claudio. *L'interprete e il legislatore*:

Tomados esses esclarecimentos, deve-se analisar a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados. Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández³⁵ aduzem que, na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado,

[...] es identificable un núcleo fijo (Begriffken) o “zona de certeza”, configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto” (Begriffhof), más o menos precisa, y, finalmente, una “zona de certeza negativa”, también segura en cuanto a la exclusión del concepto.³⁶

Logo, pode-se intuir que, no enunciado do art. 173: “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”, na qual, como visto, encontra-se a norma: $a^1 v a^2 P b$,³⁷ ter-se-ão duas previsões que compreendem casos de vaguezas, podendo ser representadas da seguinte maneira: $a^1 (c^1 a c^n \wedge v^A d^1 a d^n) v a^2 (e^1 a e^n \wedge v^A f^1 a f^n) P b$, onde: $c^1 a c^n$ ou $e^1 a e^n$ se referem à certeza; e $v^A d^1 a d^n$ ou $f^1 a f^n$ à zona de incerteza, ou seja, à possibilidade de os casos $d^1 a d^n$ ou $f^1 a f^n$ também serem incluídos no termo.³⁸

saggio sulla certeza del diritto. Milão: Giuffrè, 1999. p. 592). Veja também: LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme: un analisi del linguaggio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1990.

³⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madri: Civitas, 2001. p. 460.

³⁶ Vale mencionar que a concepção originária dessa ideia é de Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, op. cit., p. 209.

³⁷ Onde a^1 = quando necessárias aos imperativos da segurança nacional, v = conjunção, a^2 = ou quando necessária a relevante interesse coletivo, P = será permitida (= permissão), b = a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

³⁸ O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve a oportunidade de ressaltar, ainda no âmbito da Constituição de 1967-69, que o termo “urgência” e “interesse público relevante”, aos quais se referia o art. 58 da então Constituição, assumiam caráter político, estando entre o discricionarismo dos juízes de oportunidade ou de valor do presidente da República, ressalvada apreciação contrária e também discricionária do Congresso. Porém, com relação ao conceito de “segurança nacional”, declara o STF que esse não é indefinido ou vago, nem aberto àquele discricionarismo do presidente ou do Congresso. Para o STF, “segurança nacional” envolve “toda a matéria pertinente a defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: RE — Recurso Extraordinário, Processo: 62730 UF: SP — SÃO PAULO, Fonte: DJ, 20-12-1967. Relator: ministro Aliomar Baleeiro, data publicação: 20-12-1967).

5.4 *Resolução das concorrências e conflitos normativos do ordenamento jurídico-econômico constitucional brasileiro*

Como segunda etapa, tem-se a resolução das concorrências e conflitos normativos que compreende, essencialmente, a individualização da norma aplicável quando os fatos relevantes do caso fazem afluir várias normas. E, nesse aspecto, há uma limitação nas escolhas de determinadas estatuições, seja por meio da indicação de umas delas, seja pela exclusão de outra, restringindo, assim, a autonomia de partida. Isto é, podem existir normas que, diante de um leque de alternativas (conferido por uma norma de conduta ou concebido a partir de uma norma de competência), afastem ou imponham uma delas (ou mais) estando perante a norma atributiva, no entanto, numa relação passível de aplicação de normas de prevalência, são as normas reguladoras; ou normas que não se reportam diretamente a um leque de alternativas, são aquelas que podem entrar em conflito de alternatividade derivada com a norma que se encontra em aplicação no contexto de um determinado exercício de discricionariedade. São, assim, normas de sinal contrário ao exercício genérico da autonomia administrativa, independentes da norma atributiva de discricionariedade. Estas só limitam a discricionariedade em razão das circunstâncias específicas do seu exercício, sendo, essencialmente, normas de princípio (podem ser normas regra, dado que estas também entram em conflito de alternatividade derivada), dada a previsão particularmente alargada: são as chamadas normas convergentes.

Das normas extraídas do ordenamento econômico da Constituição brasileira, todas afastam a possibilidade de aplicação do art. 173 da CRFB. A ideia de se viver um estado de justiça democrático de direito, acolhido no art. 1º da Constituição, envolve a legitimação e limitação do poder do Estado por meio da Constituição; o fato de a livre-iniciativa ser um princípio da ordem econômica (art. 170, IV e parágrafo único da CRFB), um direito do indivíduo (art. 5º, XIII da CRFB) e, principalmente, um fundamento da República (art. 1º, IV da CRFB); e a vontade de que o Estado atue como agente normativo e regulador da atividade econômica, repudiando o dirigismo econômico, acolhendo, porém, o intervencionismo econômico, nos estritos termos constitucionais (fiscalização, incentivo e planejamento), conforme se extrai do art. 174 da Constituição, afastam a intervenção direta do Estado na economia, sendo possível apenas quando se estiver perante imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo.

Portanto, quando diante de um caso concreto — e apenas nesse —, que se interpretará todo o ordenamento jurídico para, desse modo, localizar as

estatuições válidas, ou seja, três grandes avaliações terão de ser realizadas: primeiramente, deverá obedecer à juridicidade, à boa administração e à administração de resultados; depois, ter-se-á o dever de observância aos direitos humanos e fundamentais; e, por fim, far-se-á uma análise das regras e princípios de direito limitadores da discricionariedade do art. 173 da Constituição brasileira.

Logo, os princípios jurídicos condicionam a atividade discricional da intervenção direta do Estado na economia. Afinal, se são normas jurídicas, a ofensa a tais constituirá ofensa ao direito.³⁹

Completada essa análise, resultará uma proposição que poderá ser: sintética, quando as condições do conflito não permitem um juízo formal (em conflitos apenas resolúveis por ponderação ou com incertezas semânticas a incidir no mesmo); ou analítica, quando se limita a ser uma inferência sobre premissas de relacionamento normativo, que, ao final, se resolverão ou por uma norma de prevalência⁴⁰ ou por ponderação.⁴¹

³⁹ Muitos autores ressaltam a necessidade de a discricionariedade estar em conformidade com os princípios, entre eles: Renato Alessi (ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 4. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1978. v. 1, p. 252); Jacqueline Morand-Deville (MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1995. p. 256 e 244-251); Hartmut Maurer (MAURER, Hartmut. *Manuel de droit administratif allemand* (Allgemeines Verwaltungsrecht). Tradução de Michel Fromont. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994. p. 135); Jean Rivero (RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 19. ed. Paris: Dalloz, 2002. p. 249-250, n. 262; p. 79, n. 76; e p. 66, n.º 74); Martine Lombard (LOMBARD, Martine. *Droit administratif*. 22. ed. Paris: Dalloz, 1998. p. 39-45); Luciano Parejo Alfonso et al. (PAREJO ALFONSO, Luciano et al. *Manual de derecho administrativo comunitário*, Madri: Centro de Estudios Ramón Areies, 2000. p. 68); Alberto Massera (MASSERA, Alberto. *Principi generali*. In: CHITI, Mario; GRECO, Guido. *Trattato di diritto amministrativo europeo*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1997. p. 444); Bernardo Diniz de Ayala (AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995. p. 35); Germana de Oliveira Moraes (MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 165); Juan Carlos Cassagne (CASSAGNE, Juan Carlos. *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988. p. 77 e 78); e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, op. cit., p. 167 e 173).

⁴⁰ Normas de prevalência são, de acordo com David Duarte, “as que, tendo em conta determinadas características formais de outras ou o seu posicionamento no ordenamento, estabelecem qual a norma que deve prevalecer quando se verifique uma concorrência de conflito: assim, podem considerar-se como normas de prevalência a norma de prevalência da norma superior, a norma de prevalência da norma posterior, e a norma de prevalência da norma que consome (especialidade e excepcionalidade).

As normas de prevalência apenas resolvem, ou podem resolver, os conflitos advenientes de concorrência de contradição, de especialidade e de excepcionalidade, dado que são apenas esses casos de conflito os que podem preencher a previsão dessas normas; as situações de conflito de alternatividade derivada, por intersecção com pressupostos diferenciados compatíveis, ou por incompatibilidade aplicativa, não são, deste modo, por elas resolúveis.

As situações de conflito de alternatividade derivada, em qualquer uma das suas duas causas, só não se resolveram por ponderação quando o conjunto normativo contenha uma norma que, diretamente, estabeleça a preferência entre os efeitos em conflito” (David Duarte, *A norma de legalidade procedimental administrativa*, op. cit., p. 894).

⁴¹ *Ibid.*, p. 237 e ss.

5.5 *Decisão propriamente dita de intervir diretamente na economia*

A terceira e última etapa é a formulação, propriamente dita, da decisão, que nada mais é que a resolução do caso e a afirmação de ciência quanto ao dever de ser relativo a todos os casos que reúnam as suas propriedades, estabelecendo, assim, o direito para todos os casos que tenham os mesmos fatos relevantes e a mesma solicitação de resposta por parte do conjunto normativo (a mesma questão jurídica).

Trata-se de outra limitação à discricionariedade situada em todo esse complexo processo aqui mencionado. A decisão terá “força de norma jurídica”⁴² por uma questão de respeito ao princípio da prática reiterada de atos ou da prática constante indicativa de comportamento e entendimento já sedimentado. É uma derivação do princípio da confiança legítima, da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade, visto que, se o agente público toma decisões reiteradas em determinados casos, estará o mesmo se autovinculando no tocante à sua atuação, caso contrário, estar-se-iam vulnerando os princípios mencionados. Desse modo, entende Mariano Bacigalupo:⁴³

⁴² Ibid.

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández pontuam que o precedente administrativo não tem valor normativo, pois apenas o costume *extra legem* é admitido e porque seria um absurdo entender que os tribunais estariam vinculados a práticas administrativas. Porém entendem que o preceito reiterado tem um valor vinculante para a própria administração, no sentido de que se apartar dele, no caso concreto, pode ser indício de trato discriminatório, de falta de boa-fé e de atitude arbitrária. Aduzem: “*Este juicio se explica fácilmente, sin necesidad de acudir a la tesis del precedente como costumbre, por virtud de los principios de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley (art. 14 de la Constitución) y de la buena fe (en sus dos vertientes, de protección de la confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces por la Administración, y de interdicción de la arbitrariedad propia: artículos 7 CC y 9.3 de la constitución, art. 3.1 LPC)*” (Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, *Curso de derecho administrativo I*, op. cit., p. 78). Do mesmo modo, Juan Alfonso Santamaría Pastor alega que a adoção pela administração em supostos concretos vincula esta a resolver casos semelhantes que posteriormente aparecerem. Além de afirmar que, salvo voz discrepante, a maioria da doutrina reconhece força vinculante sempre que ocorram identidades subjetiva e objetiva substanciais entre os supostos comparados (princípio da seguridade jurídica, da interdição à arbitrariedade, da igualdade). No entanto, recorda que pode a administração separar-se do precedente e resolver em sentido diverso desde que o ato invocado como precedente seja ilegal ou quando concorrer um fator de interesse público que aconselhe a adotar um critério diverso, mas, nesse caso, a administração está obrigada a motivar sua decisão (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general I*. Madri: Justel, 2004. p. 158).

⁴³ Mariano Bacigalupo, *La discrecionalidad administrativa*, op. cit., p. 119.

Así, la práctica reiterada en el ejercicio de una potestad discrecional (que no sea contraria al Derecho) genera una autovinculación de la Administración en el ejercicio de su discrecionalidad (Selbstbindung der Verwaltung) por efecto (mediato) del principio de igualdad. Si la práctica administrativa tiene su origen en el sometimiento (interno) del ejercicio de la potestad discrecional a prescripciones administrativas o circulares internas (instrucciones u órdenes de servicio), el principio de igualdad proporciona a éstas, pues, un efecto (auto-) vinculante cuasi-normativo.

Argumenta o autor⁴⁴ que o postulado de uma reserva normativa *universal* (isto é, a exigência de que toda atuação singular da administração está previamente habilitada, ao menos, por normas regulamentadoras) também tem seus inconvenientes, fruto, precisamente, da inderrogabilidade singular das normas (regulamentadoras). E afirma:

[...] lo que se gana en justicia se pierde, posiblemente, en flexibilidad de la actividad administrativa. Por ello, resulta preferible, en ocasiones, que la Administración autovincule su actuación (no sometida a reserva de ley, ni regulada por ésta) sólo indirectamente a través del principio de igualdad (art. 14 CE), ajustando el ejercicio de su potestad discrecional, con carácter general, a instrucciones u órdenes de servicio (circulares), que no impiden, por carecer de valor propiamente normativo, el apartamiento justificado en causas objetivas y razonables.

Ressalta-se que a constante mudança de posicionamento ou de variações de critérios frustra o administrado, o interesse público, a boa administração, a eficiência e a administração de resultados. A prática reiterada de atos é um dos aspectos do costume. Afinal, esta equivale à repetição de determinado comportamento, aceito como válido ou conveniente ao interesse público. É a regra de conduta criada espontaneamente pelo agente público. Logo, tendo a repetição de comportamento e a convicção de que tal comportamento corresponde a uma necessidade jurídica, por conseguinte, torna-a obrigatória e, portanto, vincula a discricionariedade.

Recorda-se, no entanto, que, uma vez obtidas as estatuições válidas, estará o agente público diante de uma opção política administrativa ou

⁴⁴ Ibid., p. 246-247.

governamental considerada apropriada por este em determinado caso concreto, não podendo tal decisão ser questionada por ninguém.

6. Conclusões

Demonstradas as distintas noções de discricionariedade (potencial e efetiva), revelada a tripla formação da norma jurídica e analisada a localização da discricionariedade dentro dos componentes lógico-estruturais da mesma, evidenciou-se que a intervenção direta do Estado na economia é um dever-poder discricionário do Estado brasileiro, concedido pela norma abstrata do art. 173 da Constituição brasileira.

Tal dever-poder discricionário localiza-se no operador deôntico, pois é uma norma permissiva, e na estatuição, uma vez que existem cinco formas de intervenção direta, podendo essas serem realizadas ou não, transformando-se, assim, tal estatuição em 10 efeitos alternativos e disjuntivos. Ademais, as duas previsões desta norma são desdobráveis em outras milhares por serem consideradas conceitos jurídicos indeterminados (“segurança nacional” e “interesse coletivo”). Dessa maneira, instituindo um universo potencialmente ilimitado de hipóteses que, também, propiciam certa margem de liberdade, denominada margem de livre apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, fazendo com que não se tenha certeza da ocorrência da previsão e, por conseguinte, criando-se uma incerteza em aplicar ou não o efeito das estatuições.

Também se estudaram as técnicas e etapas que o agente público precisa cumprir para chegar até as estatuições válidas, ou seja, até a discricionariedade efetiva. Logo, uma vez verificada a existência de competência para atuar, e a outorga de uma discricionariedade potencial, necessitará o agente público tomar uma decisão que estabeleça os efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto. Para tomar tal decisão, obrigar-se-á a atravessar um processo particularmente complexo, composto por várias etapas: primeiramente, deverá ultrapassar os problemas de linguagem, ou seja, definir a semântica da norma; depois, deverá resolver, caso haja — e sempre há —, problemas de concorrências e conflitos normativos, sendo aqui, nesse contexto, que entram as normas que regulam a intervenção do Estado na economia e começam a transformá-la em uma discricionariedade efetiva; para, por fim, com as estatuições válidas restantes, tomar a decisão propriamente dita, que vinculará sua atuação em todos os casos com propriedades idênticas.

Ao final, discriminou-se que, entre as estatuições válidas, terá o agente público uma margem de atuação e eleição de política administrativa e governamental livre, não existindo nela nenhuma ingerência limitativa.

Conclui-se, assim, que estar diante de estatuições válidas e, entre essas, adotar uma opção política, administrativa ou governamental é imprescindível para o avanço social, econômico, cultural e político de uma administração eficiente e de resultados. Motivo pelo qual jamais deixará de existir discricionariedade, seja ela potencial ou efetiva, sob pena de não haver mais ordem e progresso na sociedade.

Referências

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. 4. ed. Milão: Dott. A. Giuffrò, 1978. v. 1.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.

_____. Permissions, principles and rights: a paper on statements expressing constitutional liberties. *Ratio Juris*. Great Britain, Oxford, v. 9, n. 3, p. 237 e ss., set. 1996.

AYALA, Bernardo Diniz de. *O (défice de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa*. Lisboa: Lex, 1995.

BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Madri: Marcial Pons, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. In: _____. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho*. Bogotá: Temis, 1999.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o estado de direito. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988.

DANTAS, Ivo. *Dos princípios constitucionais e interpretações constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

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

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999.

ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in law*. Nova York: Oxford University Press, 2000.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FONSECA, João Bosco Leopaldino da. *Direito econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Emerson. O direito comunitário e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa. In: ____ (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madri: Civitas, 2001.

____. *Curso de derecho administrativo I*. 12. ed. Madri: Thomson-civitas, 2006.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. t. I.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. Constituição e serviço público. In: _____. GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Benavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

IRELLI, Vicenio Cerulli. *Corso di diritto amministrativo*. Turim: G. Giappichelli, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

LACEY, A. R. Concept. In: *Dictionary of philosophy*. Londres; Nova York: Routledge, 1991.

LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992. t. I.

LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 14, p. 52-82, out./dez. 1948.

LOMBARD, Martine. *Droit administratif*. 22. ed. Paris: Dalloz, 1998.

LUZZATI, Claudio. *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto*. Milão: Giuffrè, 1999.

_____. *La vaghezza delle norme: un analisi del linguaggio giuridico*. Milão: Giuffrè, 1990.

MASSERA, Alberto. Principi generali. In: CHITI, Mario; GRECO, Guido. *Trattato di diritto amministrativo europeo*. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1997.

MATEO, R. Martín. *Manual de derecho administrativo*. 15. ed. Madri: Trivium, 1993.

MAURER, Hartmut. *Manuel de droit administratif allemand (allgemeines verwaltungsrecht)*. Tradução de Michel Fromont. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Poder discricionário da administração. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, n. 610, p. 38-45, ago. 1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 16, n. 65, p. 27-38, jan./mar. 1983.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Cours de droit administratif*. 4. ed. Paris: Montchrestien, 1995.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. Coimbra: Coimbra editora, 1979.

MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 14, p. 78-95, jan./dez. 1996.

NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PAREJO ALFONSO, Luciano et al. *Manual de derecho administrativo comunitário*. Madri: Centro de Estudios Ramón Areies, 2000.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. 19. ed. Paris: Dalloz, 2002.

ROSSA, Letícia Pires. *Indeterminação semântica: ambiguidade, vagueza e polissemia na teoria da relevância*. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madri: Tecnos, 1994.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general I*. Madri: Iustel, 2004.

SARRIA, Consuelo. Discrecionalidad administrativa. In: CASSAGNE, Juan Carlos et. al. *Acto administrativo*. Tucuman: Unsta, 1982.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A ordem constitucional econômica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TESO MARTIN, Enrique del. *Contexto, situación e indeterminación*. Oviedo: Departamento de Filología Española, 1998.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo: tai e ricorsi*. 6. ed. Milão: Giuffrè, 2001. v. 2.