

## Controle de Legalidade e Conceitos Jurídicos Indeterminados

Legality Control and Indeterminate Legal Concepts

Antonio França da Costa<sup>1</sup>

### RESUMO:

Este trabalho aborda a aplicação da lei e os conceitos jurídicos indeterminados. Verifica-se que a certeza que se esperava encontrar na lei, conforme característico de um Estado de Direito, encontra-se comprometida em virtude das imprecisões semânticas presentes em seu texto. Decifrar o conceito é definir o campo de aplicação da norma e, portanto, a abrangência de suas consequências jurídicas. Na busca de critérios objetivos e sindicáveis de uma interpretação válida do conceito indeterminado, partindo do esquema lógico de aplicação da lei apresentado por Karl Larenz, será averiguada a solução por ele proposta para os limites de uma interpretação válida do que ele chama de pautas carecidas de preenchimento. Também será verificado, no âmbito da teoria estruturante do direito de Friedrich Müller, qual o sentido que deve ser dado ao texto legal. Por fim, será abordada uma solução apresentada pelo Supremo Tribunal Federal.

**Palavras-Chave:** Estado de Direito. Conceitos Jurídicos Indeterminados. Aplicação da Norma. Teoria Estruturante.

### ABSTRACT:

This paper discusses the application of the law and the indeterminate legal concepts. We verify that the certainty that was expected to be found in the text of the law, as characteristics of the rule of law, is impaired because of its semantic inaccuracies. To decipher the concept is to determine the standards application field and, therefore, the scope of its legal consequences. In search of objective criteria that can be investigated by a valid interpretation

<sup>1</sup> Mestre em Direito Público pela UFBA, Professor de Direito Administrativo da Faculdade Ruy Barbosa, Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. E-mail: [costaaf@tcu.gov.br](mailto:costaaf@tcu.gov.br)

of an indeterminate concept, and from the logical schema presented by Karl Larenz, we will investigate the solution proposed by him to the limits of a valid interpretation, what he calls void guidelines. With Friedrich Müller's structural theory of law, we will also verify what meaning must be given to the legal text. Finally, we will approach a solution presented by the Brazilian Supreme Court.

**Keywords:** Rule of Law. Indeterminate Legal Concepts. Rule Application. Structuring Theory.

## 1 INTRODUÇÃO

O Estado de Direito surge como contestação ao poder ilimitado do soberano absolutista. O poder, antes atribuído ao monarca pelo divino para seu exercício na terra, passa a ser uma expressão da soberania popular. “O princípio básico do Estado de direito é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia dos direitos dos indivíduos perante esses poderes” (CANOTILHO, s.d., p. 3).

A fórmula encontrada para que todos fossem tratados de forma igual se em situação igual e de forma distinta se em situação distinta foi a submissão de todos à vontade da lei. Mediante o mecanismo da representação e do processo legislativo, a vontade popular, expressa no texto legal, passou a ser o limite para a liberdade dos indivíduos e para a ação dos governantes.

Explica Canotilho (s.d., p. 22) que

a lei ocupa ainda um lugar privilegiado na estrutura do Estado de Direito porque ela permanece como expressão da vontade comunitária veiculada através de órgãos representativos dotados de legitimação democrática direta. Por outras palavras: a lei emanada dos órgãos da sociedade — os parlamentos — converte-se ela própria em esquema político revelador das propostas de conformação jurídico-política aprovadas democraticamente por assembleias representativas democráticas.

Os arranjos institucionais consolidam a vontade popular, que é expressa pelo texto da lei. A partir daí, o fazer ou deixar de fazer não mais depende do comando ou da intenção pessoal do governante, mas daquilo que se infe-

re do texto da lei. E é esse arranjo, a expressão da vontade popular no texto da lei, que tem por objetivo gerar certeza para os indivíduos: certeza quanto ao pagamento ou não de tributos, certeza quanto à prática de delitos, certeza quanto às sanções cominadas, certeza quanto à propriedade – enfim, um conjunto de certezas que possibilita a cada indivíduo planejar o seu futuro, praticar determinado ato e, com base no texto da lei, esperar uma consequência jurídica.

Esta talvez seja uma das grandes conquistas do Estado de Direito: trazer um grau de certeza para os indivíduos. Ou deveria ser, se a lei não tivesse que ser interpretada no momento de cada aplicação ao caso concreto.

Este trabalho procura abordar os conceitos jurídicos indeterminados e como a sua imprecisão pode comprometer a certeza que se esperava obter com o arranjo legal. Partindo da análise do esquema lógico de aplicação da lei abordado por Karl Larenz (2012), verificaremos o que se tem entendido por conceito jurídico indeterminado e quais as soluções para uma interpretação correta, apontadas por Larenz (2012) e Müller (2008) – no caso desse último, no âmbito de sua teoria estruturante do direito.

Por fim, à guisa de exemplo, abordaremos um acórdão do Supremo Tribunal Federal para verificarmos como foi tratado o tema dos conceitos jurídicos indeterminados naquela decisão.

## 2 O ESQUEMA LÓGICO DE APLICAÇÃO DA LEI

A ordem jurídica contém regras que sevem como normas de conduta para os cidadãos e também como normas de decisão para os julgadores. Explica Larenz (2012, p. 350) que são características de uma regra, em primeiro lugar, a sua exigência vinculante de comportamento (ou que essa regra seja uma pauta vinculante de julgamento) e, em segundo lugar, sua pretensão de validade para todos os casos semelhantes.

Para Larenz, a regra do direito tem a forma linguística de uma proposição jurídica. Ele distingue proposições jurídicas de proposições enunciativas. As proposições enunciativas contêm afirmações sobre fatos, ou seja, sobre aquilo que se pode afirmar como falso ou verdadeiro. As proposições jurídi-

cas, por sua vez, contêm enunciados sobre o direito vigente. Assim, “não se poderá [...] perguntar se esta proposição jurídica é verdadeira ou falsa, mas somente se é válida, se constitui parte integrante do ordenamento jurídico.” (LARENZ, 2012, p. 351)

As proposições jurídicas são, portanto, regras de conduta ou de decisão, expressas em forma de linguagem, e para cumprir suas funções devem ser aplicadas. “Sempre que uma situação de fato concreta S realiza a previsão P, vigora para essa situação de fato a consequência jurídica C; mais concisamente, para cada caso P vigora C” (Ibidem, p. 358).

Assim, se determinada norma traz um comando que se realiza em determinado fato, vale para o caso a consequência prevista na norma. A isso Larenz (2012, p. 381) denomina de “silogismo de determinação da consequência jurídica”: “nele, a premissa maior é constituída por uma proposição jurídica completa, e a premissa menor pela subordinação de uma situação de fato concreta...”.

O processo aqui descrito está longe ser caracterizado como um mero processo de silogismo de subsunção. Isso só seria possível se a premissa maior se tratasse de um conceito, mas,

só se pode falar em um “conceito” em sentido estrito quando for possível defini-lo claramente, mediante a indicação exaustiva de todas as notas distintivas que o caracterizam. O sentido de uma tal definição é o de que “só quando e sempre que” todas as notas distintivas do conceito se apresentarem em algum objeto poderá ser esse objeto subsumido ao conceito, quer dizer, pertence à classe de objetos por ele designados. A “premissa maior” do silogismo subsuntivo é a definição do conceito, a “premissa menor” é a constatação. (LARENZ, 2012, p. 300).

No processo de subsunção verifica-se se o objeto apresenta todas as notas distintivas presentes no conceito. No entanto, o mais comum é que a premissa maior não se apresente na forma de um conceito, em que estejam em evidência todas as suas notas distintivas, mas na forma de tipo.

As notas características indicadas na descrição do tipo não precisam, pelo menos algumas delas, de estar todas presentes; podem nomeadamente ocorrer em medida diversa. São com frequência passíveis de gradação e até certo ponto comutáveis entre

si. Consideradas isoladamente, só têm o significado de sinais ou indícios. O que é decisivo é em cada caso, a sua conexão na realidade concreta. (Ibidem, p. 307).

Diferentemente do conceito, em que se poderia pensar num processo de subsunção, em que a premissa menor se enquadre perfeitamente nos termos trazidos pelo texto, o pensamento tipológico é orientado a valor e sua aplicação se dá por processo de coordenação. “A necessidade de um pensamento ‘orientado a valores’ surge com a máxima intensidade quando a lei recorre a uma pauta de valoração que carece de preenchimento valorativo, para delimitar uma hipótese legal ou também uma consequência jurídica” (Ibidem, p.309-310). São exemplos expressões como boa-fé, justa causa, relação inadequada, prazo razoável.

Interessa-nos aqui a primeira parte da equação, a determinação do sentido da premissa maior, o ponto de partida para um processo de aplicação da lei e que prevê uma primeira consequência jurídica em abstrato. Se as notas distintivas do fato se amoldam à proposição jurídica, a consequência em concreto se aproxima da consequência em abstrato.

Tomemos como exemplo a aquisição da propriedade urbana pela usucapião. Nos termos do artigo 1.240 do Código Civil (BRASIL, 2002), “aquele que possuir, como sua, área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”. Se determinada pessoa preenche de fato os requisitos previstos na premissa maior, deriva daí a consequência jurídica de aquisição da propriedade.

Vejamos, ainda no âmbito da usucapião, o artigo 1.242 do Código Civil (Ibidem): “adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos”.

No primeiro exemplo, há exigências tais como a inexistência de oposição e a ocupação ininterrupta que deverão ser comprovadas a partir da averiguação da situação de fato, verificando, por exemplo, se eventual proprietário do imóvel o teria reclamado em algum momento ou se a ocupação tenha sofrido descontinuidade. Explica Larenz (2012, p. 388) que, na maioria dos casos, exige-se um juízo baseado no saber técnico ou em experiências sociais, de maneira que a determinação da consequência jurídica em abstrato é ape-

nas provisória, devendo-se fazer indagações posteriores.

Mas mesmo esse raciocínio somente seria válido “para aquelas proposições jurídicas que conexionam uma situação de fato solidamente esboçada mediante as suas notas características com uma consequência jurídica que é do mesmo modo solidamente esboçada” (LARENZ, 2012, p. 389).

No segundo exemplo, a determinação da consequência jurídica depende antes da determinação de conceitos imprecisos previsto no texto, como “justo título” e “boa-fé”.

Esclarece Larenz (2012, p. 389) que “existem proposições jurídicas que se servem, para a determinação da situação de fato, de um conceito indeterminado, de uma pauta carecida de preenchimento como a ‘boa-fé’ ou ‘razão importante’ e que, por isso, requerem mais do que o processo de subsunção [anteriormente descrito]”.

Tomemos outro exemplo: o artigo 25, inciso III, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que autoriza a inexigibilidade de licitação para “contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.”

Vejamos os seguintes conceitos indeterminados presentes no citado dispositivo – “crítica especializada” e “opinião pública” – que, uma vez decifrados, autorizarão a contratação direta do profissional. As contratações diretas são exceções à regra geral do dever de licitar, prevista no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). No entanto, se um profissional contratado, por exemplo, com base em inexigibilidade de licitação, não detiver as características do conceito decifrado pela autoridade competente para o exercício do controle do ato praticado, o agente responsável pela contratação poderá vir a sofrer sanções disciplinares em âmbito administrativo e ser responsabilizado criminalmente, nos termos do artigo 86 da Lei 8666/1993, por inexigir indevidamente o certame, ter suas contas rejeitadas pelos Tribunais de Contas, com a aplicação das respectivas sanções previstas nas leis orgânicas desses tribunais, a exemplo da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 do Tribunal de Contas da União, que prevê, entre outras sanções, multa e inabilitação para o exercício de função de confiança. O agente que praticou o ato indevido de inexigibilidade de licitação poderá ainda responder por ato de improbidade administrativa, no âmbito da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

Assim, extrair o sentido do conceito *indeterminação* é definir o verdadeiro sentido da norma. Se, no nosso exemplo, o artista contratado se enquadrar no que o intérprete entenda ser “crítica especializada” ou “opinião pública”, estará legitimada a fuga ao constitucional dever de licitar.

### 3 CONCEITOS INDETERMINADOS NO TEXTO LEGAL

Explica Antônio Francisco de Souza (1994, p. 23) que os conceitos indeterminados dizem respeito a conceitos que trazem consigo um “elevado grau de indeterminação”.

José Carlos Barbosa Moreira (1978, p. 64) pondera que o conceito jurídico indeterminado é

o expediente ao qual o legislador recorre naquelas situações em que não convém ou não é possível que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, não sendo conveniente que a norma descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico.

A Lei de Licitações (Lei 8666/1993), por exemplo, entre os casos de inexigibilidade de licitação, elenca a contratação de profissional com “notória” especialização ou de artista consagrado pela “crítica especializada” ou pela “opinião pública”. Na mesma lei, verificam-se casos de dispensa de licitação para aquisição de bens e serviços nos casos de “grave perturbação da ordem” ou em situação “emergencial”. Uma vez preenchido o conceito, estará legitimada a fuga ao constitucional dever de licitar.

Bernatzik, em obra publicada em 1886, que se constituiu na primeira manifestação da denominada teoria da multivalência, sustentou que os conceitos indeterminados previstos na lei são aferidos por um complexo processo interpretativo, designado por ele de “discricionariedade técnica” – os conceitos indeterminados atribuiriam discricionariedade à autoridade administrativa. A teoria da multivalência afirma que “na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas (poder discricionário)” (SOUZA, 1994, p. 35-36).

Tese oposta foi levantada por Tezner, fundador da teoria da univocidade, que via na doutrina dos conceitos discricionários uma “inimiga do Estado de direito”. Ele sustentava que “a diferença entre os chamados conceitos legais indeterminados e os conceitos legais determinados consiste apenas numa diferença do grau de insegurança da palavra” e que “a aplicação dos conceitos discricionários não deve ficar fora do controle jurisdicional qualquer ‘discricionariedade técnica’”. A teoria da univocidade “defende só existir uma única solução correta (poder vinculado)” (SOUZA, 1994, p. 35-36).

Importante é a observação de Eros Grau (1990, p. 41), para quem não existem conceitos indeterminados, já que a indeterminação não estaria no conceito jurídico, que teria sempre um significado determinado, mas sim nos termos que expressam os conceitos, por isso acha mais apropriado o uso da expressão “termos indeterminados nos conceitos”.

Independente das contradições doutrinárias quanto aos conceitos indeterminados, ao se atribuir a uma expressão contida na lei um status de indefinida ou indeterminada, estaremos reconhecendo a alguém o poder de decifrar o conceito. Apresentar os contornos da expressão dita imprecisa é definir o campo de aplicação da norma e, portanto, as pessoas que serão afetadas pela norma e como o serão. A norma jurídica tem o objetivo de regular as relações sociais, e, portanto, aquele que define os contornos do conceito dito indeterminado está também definindo o alcance da norma, quais pessoas serão atingidas e como elas o serão. Trata-se, em verdade, de manifestação de poder.

Para Antonio Francisco de Souza, a questão que gira em torno dos conceitos indeterminados é saber qual a natureza do poder que é exercido quando se interpreta e aplica esses tipos de conceitos. Em sua obra, assumidamente construída para garantir os direitos dos cidadãos previstos na Constituição, ele apregoa um controle criterioso da administração pelos tribunais, incluindo “a aplicação dos conceitos indeterminados – onde constantemente continuam a ser cometidos graves atropelos aos direitos e interesses garantidos pela Constituição e pela lei em geral ao cidadão” (SOUZA, 1994, p. 15).

Por isso a preocupação em eliminar, o quanto possível, as imprecisões semânticas do texto normativo. Poder-se-ia argumentar que sempre haverá indeterminação, que todas as normas trazem consigo um grau de indeterminação e que elas sempre terão que ser interpretadas. Esse pensamento, contudo, tende a alargar, perigosamente, o poder daqueles que, em última

instância, são legitimados para aplicar a norma.

Nossa Constituição Federal, em sua quadragésima quinta emenda, pretendeu frear a criatividade interpretativa, dando às decisões do Supremo Tribunal Federal, proferidas em ações de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, efeito vinculante relativamente aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

Mas mesmo as súmulas vinculantes não são suficientes para retirar do ordenamento as incertezas causadas pela utilização dos conceitos indeterminados. Elas mesmas podem conter em seus textos expressões indeterminadas.

#### **4 CONCEITOS INDETERMINADOS: PAUTAS CARECIDAS DE PREENCHIMENTO**

Larenz (2012, p. 406-407) aduz aos conceitos indeterminados como “pautas carecidas de preenchimento”. Segundo ele, tais conceitos têm sido concretizados pelos tribunais segundo as pautas de valores fundamentais do ordenamento jurídico – em especial a Constituição, mas também tendo como base pautas valorativas estabelecidas em decisões que o próprio tribunal utiliza como exemplo.

Ele descarta a valoração como um sentimento, como um fenômeno psíquico, como um ato irracional. Para ele, a tarefa do jurista é precisamente a materialização das valorações.

Frente ao filósofo moral, que busca algo de semelhante, o jurista tem neste ponto a vantagem de que a ele as pautas de valoração por que há-de reger-se estão-lhe previamente dadas no ordenamento jurídico, na Constituição e nos princípios jurídicos, mesmo quando necessitem para a sua ‘aplicação’ de outros atos, como uma concretização. Pelo menos, a direção em que ele deve prosseguir é-lhe, por essa via, traçada. (LARENZ, 2012, p. 410).

Assim, o interprete deve buscar um esclarecimento possível do conceito indeterminado dentro de uma pauta de valoração aceita. Larenz aponta a ideia de sistema interno como norte e limite para uma interpretação válida do conceito indeterminado. Ele destaca a importância dos “princípios étici-

co-jurídicos” para a formação dos sistemas e como “critérios teleológicos objetivos da interpretação”. Os princípios são “pautas diretivas de normação jurídica que, em virtude da sua força de convicção, podem justificar soluções jurídicas” (LARENZ, 2012, p. 674).

Caso os princípios entrem em rota de colisão entre si, há a solução e a ponderação dos bens envolvidos nos moldes sugeridos por Alexy (2011, p. 93):

Se dois princípios colidem [...], um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorreu é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso.

Larenz (2012, p. 389-679) aduz a uma ordem hierárquica interna e, no que tange a ela, “é claro que a Lei fundamental atribui um nível mais elevado à vida, à liberdade e à dignidade humana que aos bens materiais”. Os princípios se entrelaçam e ora se afastam mutuamente, ora se justificam, num jogo acertado em que o resultado é um arcabouço valorativo que direciona o interprete para uma pauta de valoração que lhe serve de matriz objetiva para uma interpretação aceitável do conceito jurídico indeterminado. O “jogo concertado dos princípios” significa que, no conjunto de uma regulação, os princípios não só complementam, mas também se restringem mutuamente.

Além dos princípios, a nortear uma interpretação válida dos conceitos jurídicos ditos indeterminados, Larenz chama atenção para o fato de que os conceitos jurídicos são determinados pela função.

Se os conceitos procurados hão-de ser úteis para o “sistema interno”, não podem ser unicamente conceitos gerais e abstratos que serão, com o progressivo grau de abstração, cada vez mais desprovidos de conteúdo. Tem antes que se tratar de conceitos em cujo conteúdo a relação de sentido subjacente a uma regu-

lação com base num princípio determinante é expressa em tal medida que, mesmo que necessariamente abreviada, continua a ser identificável. (LARENZ, 2012, p. 686).

Ora, de fato um conceito dito indeterminado não pode ser interpretado como se fosse jogado isoladamente em uma frase. Ele deve ser interpretado tendo em vista os princípios que lhe são subjacentes no sistema e a função que o conceito deve exercer no contexto da regulação em que está inserido.

Os conceitos determinados pela função servem, além disso, para garantir, dentro de um complexo de regulação determinado, a aplicação equitativa daquelas normas jurídicas em cujo conteúdo estão implícitos como elemento da previsão ou também da consequência jurídica. (LARENZ, 2012, p. 687).

Assim, por exemplo, no caso da chamada “opinião pública” prevista no artigo 25, inciso III, da Lei 8666/1993, há de se considerar que ela foi inserida num complexo de regulação que disciplina as contratações públicas. Um artista consagrado pela “opinião pública” terá como consequência jurídica a dispensa da disputa para sua contratação pelo Poder Público. A “opinião pública” há de se referir, neste caso, a um consenso em torno das qualidades de determinado artista, que o consagra perante determinado público. Pode ser que em outro contexto de regulação, tendo em vista a função específica da expressão “opinião pública”, ela assumira novos contornos.

Explica Larenz (2012, p. 689) que, “na ótica de Wank, todos os conceitos utilizados numa proposição jurídica são, em última análise, conceitos determinados pela função. Eles serviriam todos a um determinado fim de regulação; este determinaria não só o seu conteúdo como também a sua forma”.

O que se depreende é que o interprete não é livre para dar ao conceito dito indeterminado o sentido que bem lhe aprouver – deve-se valer de uma pauta de valoração, cujo conteúdo deve ser extraído dentro do próprio sistema, conforme os princípios que lhe são inerentes e a função que o conceito deve exercer dentro de um determinado sistema de regulação.

Importante ainda destacar o caráter aberto do sistema, o que possibilita a descoberta de novos princípios, a releitura dos existentes, principalmente quanto ao seu alcance. O sistema é, pois, dinâmico, o que pode trazer renovação para a pauta de valoração. Não significa dizer, contudo, que a pauta

valorativa seja constantemente mudada – podemos nos referir, por exemplo, a princípios que, como o de tratar igual quem se encontra em situação igual, tende a perdurar e se estabilizar no sistema –, mas que a pauta valorativa sofre influência das contingências históricas.

O caráter aberto do sistema não retira a sua coerência como elemento objetivo para aferição do sentido dos conceitos indeterminados, tornando tal aferição objetiva e, portanto, sindicável.

## 5 ESTRUTURAÇÃO DA NORMA

Friedrich Müller vai mais além, para ele a norma não é apenas o texto da lei, este faz parte do *programa normativo*. Para que a norma efetivamente surja, será necessária a interação do *programa normativo com o âmbito normativo*, o campo de aplicação da norma, a situação fática.

Müller parte do estudo das decisões da Corte Constitucional Federal alemã e constata que, não obstante as declarações daquela corte de estar vinculado à doutrina tradicional de interpretação, se valendo dos métodos de interpretação gramatical, sistemático, teleológico, histórico, verificação da vontade do legislador, o que estaria ocorrendo de fato não seria um simples processo de interpretação de textos legais, mas verdadeiro processo de *construção da norma*.

A teoria proposta por Müller não sugere uma forma de interpretação da norma, mas de construção da própria norma, por isso “teoria estruturante do direito”.

A teoria de Müller propõe a superação da antinomia “ser” e “dever-ser”, presentes na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, que se unem para concretizar a norma em cada caso. “A separação de norma e fato, feita pela teoria do direito, mostra-se como algo sem sentido e impossível de se realizar, sob o ponto de vista da teoria da norma.” (MÜLLER, 2008, p. 151) Não se trata de abandonar o texto da norma, mas, partindo dele, a verdadeira norma somente será concretizada quando em contato com o *âmbito normativo*.

As estruturas dos âmbitos normativos não podem por si pleitear validade nem para o legislador nem para a concretização do direi-

to. Elas devem antes ser transformadas pela decisão do legislativo em ordenamento jurídico válido e ser introduzidas na concretização da norma por meio da questão normativamente guiada, formulada pelo operador do direito (MÜLLER, 2008, p. 174).

Parte-se do texto da lei, o que privilegia a posição do Legislador, mas o seu verdadeiro sentido somente poderá ser atingido a partir da sua interação com o *âmbito normativo*, a partir de sua interação com os fatos que pretende regular. Assim, não só eventual conceito indeterminado no texto da lei, mas todo o texto só teria seu sentido apreendido e convertido em norma a partir de seu contato com a realidade.

Tomemos novamente como exemplo a expressão “opinião pública” presente no art. 25, inciso III, da Lei 8666/1993, a legitimar a contratação direta de artista consagrado. À opinião de que público a lei está se referindo? De certo que deve ser a opinião do público para o qual o artista irá se apresentar. Portanto, à luz da teoria estruturante, o que venha ser efetivamente opinião pública somente seria possível de ser aferido tendo em vista a verificação *in concreto* de para qual público se voltará a apresentação de determinação artista. Poder ser que a opinião pública de determinado grupo não seja a mesma opinião pública de outro grupo, principalmente quando se trata do campo das artes.

## 6 CASUÍSTICA

Não com intenção de demonstrar um comportamento uniforme do Supremo Tribunal Federal, mas para ilustração, trazemos à baila o Acórdão proferido no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.699 Distrito Federal, proferido pela Primeira Turma, de relatoria do Ministro Eros Grau. O Acórdão versou sobre a demissão, mediante processo administrativo disciplinar, de um servidor público do Departamento Nacional de Estrada e Rodagem – DNER, por ter feito uma atualização de uma dívida devida por aquela entidade a uma empresa contratada, valendo-se de índices e métodos supostamente incorretos.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar o caso, decidiu que não

caberia revisão, uma vez que isso implicaria “incursão indevida sobre o mérito do julgamento efetuado na esfera administrativa.”

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Eros Grau, no que nos interessa, tratou de fazer a distinção entre discricionariedade e conceitos indeterminados. Para ele, “... a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de ‘conceitos indeterminados’.” A discricionariedade somente existiria quando atribuída expressamente pela norma jurídica válida. “Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação.”

Assim, os conceitos indeterminados previsto no texto da lei não estariam autorizando o interprete a agir de forma discricionária. Esta somente existe se a lei autorizar ao interprete a realização de escolhas, segundo um juízo de oportunidade e conveniência.

Para Eros Grau, sempre que se fizer interpretação do conceito indeterminado caberá o controle judicial. “Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição.”

Observa-se que, para o Relator, os conceitos indeterminados não são uma carta branca para o interprete, mas passíveis de controle do sentido que lhes é atribuído. O Relator aponta ainda, como parâmetro de controle, os valores retores dos princípios, no caso em questão, os princípios previstos no art. 37 da Constituição Federal, que regem a atuação da Administração Pública.

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. “Indeterminado” o termo do conceito – e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas noção –, a sua interpretação (interpretação = aplicação) reclama a escolha de uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada.

No trecho acima podemos ver que o Relator inclusive nega a característica de conceito aos “conceitos indeterminados”, atribuindo-lhe a ideia de

“noção”, o que se aproxima do “tipo” abordado por Larenz. Também deixa claro que o conceito indeterminado comporta várias interpretações possíveis, cabendo em cada caso, no âmbito do controle, verificar se a escolha foi adequada.

Reconhece-se aqui, portanto, a existência de valores retóricos dentro do sistema que vão nortear as opções do interprete, mas que passíveis de controle.

Há de se esperar que a interpretação do conceito indeterminado seja coerente com o sistema. Seja coerente com os valores consensualmente asentados na Constituição. Conquanto possa haver divergências ideológicas sobre o texto constitucional, ele é o nosso norte e não há dúvidas de que algumas ideologias são afastadas por ele, como, por exemplo, o radicalismo político, seja de direita ou de esquerda, já que temos uma constituição que tem como valor o pluralismo. Também não há que se esperar que o Estado apoie algum radicalismo religioso, já que somos um Estado laico. Não há que se falar em extinção da propriedade privada. Não é necessário discorrer muito para se chegar à conclusão de que as interpretações da norma devem ter como norte a dignidade da pessoa humana, fundamento de nossa República.

## 7 CONCLUSÃO

A construção do Estado do Direito, mormente a partir do positivismo, depositou no texto da lei a certeza de que as arbitrariedades típicas do estado absolutista teriam encontrado seu limite, tomado o texto da lei como a vontade legítima dos cidadãos, expressa por seus representantes legítimos.

Contudo, as imprecisões semânticas do texto legal, em especial quando se trata dos conceitos indeterminados nele contidos, acabam por dar margem para que a arbitrariedade do então monarca absoluto seja substituída pela arbitrariedade do interprete. Encontrar caminhos seguros para uma interpretação aceitável do conceito jurídico indeterminado tem sido um grande desafio para a ciência jurídica.

Há de se registrar, como fez o Ministro Eros Grau no voto do Acórdão analisado neste trabalho, que os conceitos indeterminados não teriam o condão de conferir uma discricionariedade ao interprete que, portanto, fugiria

ao controle judicial. A discricionariedade seria conferida pela lei e não pelas imprecisões nela contida, estas devem ser aclaradas, valendo-se o interprete de critérios objetivos e sindicáveis.

Larenz demonstra que as normas jurídicas que operam com conceitos jurídicos indeterminados não se comportam como meros conceitos ao qual seria possível a aplicação de processo de silogismo simples, segundo o qual a premissa menor se amoldaria à premissa maior e se extrairia daí uma consequência jurídica.

As normas que trazem em seu bojo conceitos jurídicos indeterminados se comportam como *tipos*. Só seria possível falar em *conceito* se todas as notas distintivas do *conceito* se apresentassem de forma clara no objeto que pretende regular. O *tipo*, por outro lado, esboça uma ideia, uma moldura passível de mais de uma interpretação, onde não se cogita em afirmações de certo ou errado, mas de validade.

Não obstante a possibilidade de mais de uma interpretação, o conceito jurídico indeterminado não é uma carta branca para que o interprete lhe dê qualquer entendimento. Segundo Larenz, a interpretação do conceito jurídico indeterminado, para que seja adequada e tenha validade, deve ser buscada dentro do sistema, tomando como pauta valorativa os princípios éticos-jurídicos e observando a função que o conceito deve exercer dentro do sistema de regulação da qual faz parte.

Müller vai mais além, no âmbito de sua “teoria estruturante do direito”, o texto da lei não seria efetivamente a norma, mas comporia o *programa normativo*, o ponto de partida para a construção da norma, que efetivamente só surgiria do seu confronto com a realidade, que compõe o *âmbito normativo*. Assim, todos os conceitos, inclusive os tidos como indeterminados, só alcançariam o seu verdadeiro sentido em confronto com a realidade.

Pode-se depreender que, tanto para Larenz quanto para Müller, os conceitos indeterminados devem ser aferidos de forma racional, portanto, o sentido que lhe é atribuído seria perfeitamente sindicável.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Casa Civil, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1992. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8443.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 38, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Casa Civil, 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)>. Acesso em: 30 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Casa Civil, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 9 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em mandado de segurança n. 24.699-9-DF. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28conceito+ad-j+indeterminado+e+dner%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/krphymq>>. Acesso em: 25 jul. 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Estado de direito**. s.d. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/jjgcoedd.pdf>>. Acesso em: 9 jul. 2014.

GRAU, E. R. Poder discricionário. **Revista de direito público**, v. 23, n. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

KELSEN, H. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, K. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução José Lamego. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

MOREIRA, J. C. B. **Temas de direito processual**: segunda série. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MÜLLER, F. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Maumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, A. F. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.