6

Conceitos Jurídicos Indeterminados

6.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Conceitos jurídicos indeterminados são os que não possuem significado preciso. Eles surgem em todas as áreas do Direito, mas quando aparecem em matéria de Direito Administrativo ganham uma dimensão especial, pois podem ser interpretados como uma outorga de discricionariedade à Administração.

Quando os pressupostos legais que autorizam a emissão de um ato administrativo contêm conceitos como "interesse público", "urgência", "notável saber jurídico", "reputação ilibada", "sítio de valor histórico", "insubordinação grave", significaria que o agente administrativo tem a liberdade de neles enquadrar os pressupostos fáticos (materiais) que julgar adequados, sem a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário? É permitido o controle jurisdicional nessas hipóteses? Não estaria o Judiciário valorando as opções escolhidas pelo administrador e impondo as soluções que reputa mais adequadas ao caso concreto, sem a consciência de uma série de questões que subjazem à prática do ato?

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu na Áustria do século XIX, em conseqüência da necessidade de saber se os conceitos indeterminados empregados pelo legislador eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais admi-

nistrativos.[1] A partir desse questionamento houve a tendência jurisprudencial em estipular os limites do poder discricionário com base na exatidão com que a lei regulava determinada matéria.

Na Alemanha, registram-se[2] várias tendências originadas pela importação da teoria austríaca. Inicialmente, destaca-se a doutrina que defendia a análise da outorga de competência legal para a averiguação da discricionariedade, independentemente de tratar-se ou não de conceitos indeterminados. Contudo, com a queda do regime nacional-socialista houve uma tendência em limitar a discricionariedade administrativa devido à noção de que o conceito jurídico indeterminado permitiria a atividade interpretativa dos Tribunais na busca pela "única solução justa".

Esta última orientação foi desenvolvida na Espanha, e tem García de Enterría[3] como relevante expoente. O jurista espanhol afasta qualquer identificação entre conceito indeterminado e discricionariedade administrativa, e entende que a aplicação desses conceitos no caso concreto não admite mais de uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito, isto é, *tertium non datur*.

Conforme será exposto, a estrutura do conceito indeterminado não é de tal natureza que, em sua realidade concretizada, "é ou não é". Existe uma dimensão menos luminosa na qual, mesmo diante do caso concreto, "pode" remanescer a dúvida. Ademais, nas últimas décadas do século XX, ocorreram avanços sem precedentes na pesquisa acerca da função da linguagem, resultando na desmistificação da tentativa científica de busca pela precisão dos conceitos. Esses avanços não poderiam deixar

---

1 Vide SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 34.

2 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 106-107.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 392 ss.

de ser explorados, pois eles conferiram à linguagem um viés menos rigoroso, em face de sua função pragmática.

Não há um discurso que, formulado exclusivamente no âmbito normativo, seja apto a determinar com rigor regras acerca da outorga de discricionariedade (ou, para alguns, de competência). Muitos dos critérios de determinação formulados pela doutrina, como a distinção entre conceitos de valor e conceitos de experiência, são extremamente questionáveis.

Interessante notar que na França não houve o desenvolvimento de uma doutrina substancial acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, desdobrando-se o controle do ato administrativo, conforme analisado na teoria dos motivos determinantes, por mecanismos que o analisam de forma mais circunstanciada e, portanto, mais concretizada (como o exame de existência dos motivos, o controle pela proporcionalidade entre meios e fins do ato etc.). Isso possibilitou o aprimoramento de farta jurisprudência amparada mais nas diferenciações dos inúmeros casos concretos do que em formulações teóricas com pretensão de rigor abstrato, como intentado por muitos juristas alemães.

Conforme será exposto, está crescendo na doutrina pátria a influência da teoria germânica (e espanhola) dos conceitos jurídicos indeterminados. Esse assunto relaciona-se profundamente com o motivo no ato administrativo, pois tais conceitos localizam-se no pressuposto de direito do motivo, autorizando ou vedando, conforme a orientação doutrinária que se adote, a investigação jurisdicional do enquadramento dos pressupostos fáticos que ocorrem na realidade.

6.2 CONCEITO INDETERMINADO

Também denominado conceito vago, impreciso, fluído ou *standard*, o conceito indeterminado representa, nos dizeres de

Engisch, "um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos".[4] Conceitos determinados são os numéricos, como conceitos de medida ou valores monetários.[5]

Possuem conceitos determinados as infrações do Código de Trânsito que estabelecem penalidades, como dirigir com carteira vencida há mais de 30 dias, estacionar nas esquinas a menos de cinco metros da via transversal ou levar crianças menores de dez anos no banco da frente; assim como requisitos legais que contêm índices numéricos, como a possibilidade de pleitear aposentadoria por tempo de serviço após 25 anos para a mulher ou 30, para o homem, acrescidos de um período de carência de 180 meses de contribuições mensais etc.

Os conceitos naturalísticos recebidos pelo Direito, como perigo, ruído e escuridão são predominantemente indeterminados, podendo-se dizer o mesmo de conceitos jurídicos, como crime, ato administrativo e negócio jurídico.

É de Philip Heck a paradigmática imagem da lâmpada de leitura, em que entre o foco de luz e a escuridão há uma zona cinzenta, ou seja, trata-se de uma metáfora do núcleo e do halo conceitual de um conceito jurídico indeterminado. Quanto a essa imagem, ressalta Engisch[6] que quando se tem uma noção clara do conteúdo e extensão do conceito, está-se no domínio do núcleo conceitual; onde as dúvidas começam, inicia-se o halo do conceito.

---

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

5 Porém, alerta Engisch (1996: 259) que mesmo os conceitos determinados podem tornar-se indeterminados quando "nomeadamente significam", como ocorre com notas de um exame, em que há uma certa "margem de jogo".

6 Op. cit. p. 209.

Muito elucidativa é a forma como Genaro Carrió[7] desenvolve a idéia de conceito vago. Diferencia o jurista argentino a palavra ou expressão *vaga* da *ambígua*. As dificuldades que uma palavra ambígua pode causar são superadas quando se precisa o sentido em que é empregada. Assim, pode-se falar em *rádio* no sentido de *aparelho elétrico utilizado para escutar música e notícias* ou do *metal descoberto pelo casal Curie*. O contexto e a situação em que a palavra é usada, em geral, dissipam a possibilidade de confusão.

No caso de uma palavra ou expressão vaga, a dúvida não se origina na falta de informação acerca de seu objeto, mas no seu campo de aplicação. Exemplifica Carrió com os termos *jovem* e *calvo*: todos sabem o seu significado, no entanto, eles oferecem dificuldades na delimitação de qual a idade em que se deixa de ser *jovem* e quantos fios de cabelo alguém deve possuir para não ser considerado *calvo*.

Dessas idéias extrai também a sua metáfora, semelhante à de Heck:

> *"Há um foco de intensidade luminosa, onde se agrupam os exemplos típicos, aqueles frente aos quais não se duvida que a palavra é aplicada. Há uma zona intermediária de obscuridade circundante, onde recaem todos os casos em que não se duvida que não é. O trânsito de uma zona para a outra não é gradual, entre total luminosidade e obscuridade total há uma zona de penumbra sem limites precisos. Paradoxalmente, ela não começa nem termina em lugar algum, porém existe. As palavras que diariamente usamos para aludir ao mundo em que vivemos e a nós mesmos levam consigo essa* imprecisa aura de imprecisão.*"*[8]

---

7 CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990. p. 28-36.

8 Idem. p. 33-34.

Mesmo palavras como *homem*, no sentido de ser humano – que, em condições de observação normais, não oferecem dificuldades de delimitação –, são de difícil enquadramento em determinadas situações, como, por exemplo, na classificação antropológica de certos espécimes primitivos.

Interessante observar que a abrangência dos conceitos em relação aos objetos é dinâmica. Defende o jurista argentino que todas as palavras são potencialmente vagas, pois sempre se pode imaginar casos que oferecem dificuldades de aplicação.

Assim, acrescenta Carrió: "não dispomos de um critério que nos sirva para incluir ou excluir todos os casos possíveis, pela simples razão de que não podemos prever todos os casos possíveis".[9] E essa característica de ser potencialmente vaga ou de textura aberta é denominada pelo autor de *enfermidade incurável da linguagem natural*.

É incorreto, portanto, denominar o conceito indeterminado de *plurissignificativo*, pois seu problema não é a ambigüidade, mas a extensão da significação que se tem em vista.

6.3 USO DA EXPRESSÃO E DA RELAÇÃO ENTRE CONCEITO E TERMO

Em estudo denominado *Nota sobre os conceitos jurídicos,*[10] pondera Eros Grau que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões (termos);

---

9 Idem. p. 36.

10 GRAU, Eros Roberto. Nota sobre os Conceitos Jurídicos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v. 18, nº 74, p. 217-221, abr./jun. 1985. Tal postura também é adotada em sua obra *O direito posto e o direito pressuposto*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 147.