

# **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

**DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

**CARLOS ANDRÉ BIRNFELD**

**JANAÍNA RIGO SANTIN**

**JOSÉ SÉRGIO SARAIVA**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito administrativo e gestão pública I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos André Birnfeld; Janaína Rigo Santin; José Sérgio Saraiva – Florianópolis; CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-724-3

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Direito e Políticas Públicas na era digital

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito administrativo. 3. Gestão pública. VI Encontro Virtual do CONPEDI (1; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



## **VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI**

### **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I**

---

#### **Apresentação**

O Grupo de DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA I teve seus trabalhos apresentados na tarde do dia 20 de junho de 2023, durante o VI ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI..

As apresentações foram divididas em três blocos de exposições, sendo que, em cada um dos mesmos, houve, pelos autores presentes, a exposição dos respectivos artigos aprovados, em sequência, sendo, ao final de cada bloco, aberto espaço para o respectivo debate.

Segue abaixo a descrição dos artigos apresentados, ressaltando-se que não fazem parte dos Anais do evento aqueles artigos direcionados diretamente à Revista DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA do CONPEDI, em função de sua seleção especial para publicação na mesma.

No primeiro bloco foram apresentados e debatidos os artigos a seguir descritos:

O artigo **A CONSENSUALIDADE NA RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A RESOLUÇÃO ADEQUADA DOS CONFLITOS COMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FRENTE AO INTERESSE PÚBLICO**, de autoria de Abner da Silva Jaques, Murilo Pina Bluma e Jorge David Galeano Rosendo, objetiva esclarecer a necessidade da Administração Pública, nas esferas nacional, estaduais e municipais, em transformar seu modo de conduta frente aos conflitos originados de seus Contratos Administrativos, privilegiando os meios mais eficientes e adequados para resolver litígios, e em observância ao interesse público e ao desinteresse em disputas judiciais muito longas.

O artigo **A PARTICIPAÇÃO CIDADÃ E A TRANSPARÊNCIA NA ERA DIGITAL**, de autoria de Renato Evangelista Romão , Barbara Taveira dos Santos, destaca que a participação cidadã e a transparência são fundamentais para a democracia e que a era digital trouxe novas possibilidades para a promoção desses valores, ressaltando que a internet e as redes sociais permitem um maior engajamento cívico e acesso à informação, o que pode resultar em maior controle social sobre as ações governamentais. Ressalva entretanto que a exclusão digital, a polarização política e a segurança dos dados são desafios a serem

enfrentados, se fazendo necessário um comprometimento de todos os setores da sociedade para garantir que a participação cidadã e a transparência na era digital sejam meios para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

O artigo AS LEIS DO ESTADO E O ESTADO CONTRA AS LEIS: O PROBLEMA DA ATUAÇÃO CONTRA LEGEM PELOS AGENTES PÚBLICOS, de autoria de Marcelo Garcia da Cunha, destaca que nas democracias da contemporaneidade a lei é o fator jurídico-normativo que confere previsibilidade ao convívio social e que além da lei, haveria uma realidade caótica e incompatível com a ideia de sociedade. Nesta perspectiva, destaca que ao mesmo tempo que impõe a lei, o Estado também se encarrega de obrigar ao seu cumprimento e que essa regra é quebrada de forma paradoxal quando o próprio Estado viola sua ordem jurídica. Assim, como objetivo geral, o artigo se propõe a apontar os efeitos resultantes da postura contra legem do Estado, ao passo que os objetivos específicos abrangem a identificação de fatores aptos a impedir ou mitigar a ocorrência do problema. Destaca, por derradeiro, que o critério da discricionariedade, que orienta certas ações do Poder Público, não autoriza uma arbitrária mitigação da força do princípio da legalidade.

O artigo DA CORRUPÇÃO À BRASILEIRA: O ESQUECIMENTO DO INTERESSE PÚBLICO E DA DIGNIDADE HUMANA PELA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, de autoria de Raul Lemos Maia , Laís Machado Porto Lemos e Edilson Vitorelli Diniz Lima, destaca que o princípio da dignidade da pessoa humana trata do indivíduo como um ser digno e essencial pelo do Estado, ressaltando que face a corrupção existente no contexto brasileiro, esse princípio é levianamente deixado de lado. Destaca também que a história por trás da 'corrupção enraizada' da sociedade brasileira aponta a relação entre os atos corruptos e outras mazelas sociais. Nesta perspectiva o artigo aponta o afastamento da dignidade da pessoa humana como metaprincípio, quando o comportamento corrupto se expande na sociedade, exemplificando, neste íterim, a problemática da Lei de Improbidade Administrativa ao modificar as sanções no tocante às condutas culposas.

O artigo DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO DIGITAL E SEU ASPECTO OBJETIVO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, de autoria de Ronny Carvalho Da Silva, tem por objetivo analisar as consequências fáticas e jurídicas, para a Administração Pública, do reconhecimento de um direito fundamental à inclusão digital. A partir da análise no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, busca verificar o reconhecimento da existência do direito à inclusão digital como um Direito Humano, fazendo, ainda, uma análise sobre a internalização desse direito no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, notadamente sobre o aspecto objetivo do direito fundamental de inclusão digital e suas implicações para a Administração Pública. Por derradeiro, analisa o papel

conformador de políticas públicas de inclusão digital a ser exercido pelo princípio da eficiência, devendo ser tomado como verdadeiro vetor axiológico e hermenêutico visando a concretização do direito fundamental à inclusão digital, concluindo que o direito fundamental de inclusão digital impõe para a Administração Pública a necessidade do enfrentamento de grandes desafios para a implantação de uma administração pública digital, necessária para a concretização do referido direito fundamental.

O artigo **EMPREENDEDORISMO SOCIAL E ACCOUNTABILITY: O CONTROLE PARTICIPATIVO EXERCIDO PELO TERCEIRO SETOR**, de autoria de Lidiana Costa de Sousa Trovão , Igor Marcellus Araujo Rosa, procura investigar se o empreendedorismo social, como agente de monitoramento público-administrativo, atenderia aos pressupostos democrático-participativos esculpidos pela Constituição de 1988. Nesta perspectiva, o objetivo geral é a definição e a caracterização de accountability, visando apontar a capacidade de inspiração e maximização da consciência participativo-democrática no uso de alternativas de controle disponíveis através do empreendedorismo social. O artigo concluir que a participação popular na diretoria das Organizações Sociais se dá mediante representação no órgão colegiado de deliberações ou também chamado de Conselho de Administração, bem como que o terceiro setor é parte legítima para o controle, monitoramento e qualificação dos atos da vida pública, uma vez que ocupa um lugar de destaque na prevenção, combate, informação e conscientização comunitária, quanto à legalidade dos atos de gestão.

O artigo **ESTRATÉGIA DE GARANTIA DE CONFORMIDADE DE CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: REQUISITOS DA LEI DE PROTEÇÃO E DEFESA DO USUÁRIO E RECOMENDAÇÕES DA CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO - CGU**, de autoria de Bruna Toledo Piza de Carvalho Magacho, ressalta que o compliance é um tema relevante na gestão de empresas privadas ou públicas e que objetiva garantir que as organizações cumpram com as leis, normas e regulamentos, promovendo ética e transparência em suas atividades. O artigo foca-se na gestão de empresas privadas prestadoras de serviços públicos, pressupondo que possuem um papel essencial na entrega de serviços públicos essenciais à população. Assim, investiga o processo de implementação de programas de compliance e como pode contribuir para uma gestão mais eficiente e responsável, com impacto positivo na qualidade dos serviços oferecidos. O artigo parte da premissa da manutenção da conformidade na gestão de contratos e garantia do cumprimento da Lei de proteção e defesa do usuário do serviço público (Lei Federal n.º 13.460/2017), destacando o conteúdo da norma que estabelece diretrizes para a gestão de contratos entre usuários e prestadores de serviços públicos, com o objetivo de garantir uma relação mais justa e equilibrada entre partes. Destaca aspectos indispensáveis para implementar um

programa de compliance efetivo, como definição de políticas claras e objetivas, capacitação de colaboradores, auditorias internas e avaliação constante dos riscos envolvidos. Na conclusão, apresenta um quadro com cinco pilares norteadores de programas de integridade: comprometimento da alta direção, análise de riscos, políticas e procedimentos objetivos, capacitação, conscientização e indicadores para monitoramento contínuo do sistema. Por fim, ressalta a importância do compliance e da gestão de contratos para garantir uma atuação ética, transparente e responsável das empresas prestadoras de serviços públicos, com impacto na qualidade dos serviços oferecidos ao cidadão.

O artigo GOVERNANÇA E COMPLIANCE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA MUNICIPAL CARIOCA: PROGRAMA RIO INTEGRIDADE COMO FORMA DE EFETIVAÇÃO DA POLÍTICA PÚBLICA DE COMBATE A CORRUPÇÃO, de autoria de Livia De Araújo Corrêa, traz uma análise da política pública de combate à corrupção na administração pública municipal carioca, instituída inicialmente através do Decreto Rio 45.385/18, e posteriormente através do atual Decreto Rio 48.349/2021, analisando os benefícios que programas de Integridade na Administração Pública trazem para a melhor prossecução do interesse público, bem como na efetivação da política pública de combate à corrupção. Para tanto, faz uma análise da política pública de combate a corrupção, demonstrando a importância da avaliação ex ante para se atingir a efetividade da política prevista no Decreto Rio nº 48.349/2021, demonstrando que normas complexas, como aquela estatuída no Decreto Rio nº 45.385/18, se tornam difíceis de serem implementadas e possuem baixa efetividade. Neste cenário, utiliza como parâmetro a lei estadual 10.691/2018, recentemente alterada pela Lei 11.187/2020, que institui o Programa de Integridade Pública do Governo para todos os órgãos e entidades da Administração Pública, Autárquica e Fundacional do Poder Executivo Estadual de Mato Grosso, analisando como esse trabalho pode ser efetivamente instituído no Rio de Janeiro. Por derradeiro, analisa de que forma a cultura de governança pública corporativa – atualmente tão necessária e utilizada no Brasil pós Operação Lava Jato por empresas privadas, públicas e sociedades de economia mista – pode ser implementada e devidamente adequada à realidade estrutural da administração.

O artigo IMPORTÂNCIA DA GOVERNANÇA DAS CONTRATAÇÕES PARA A CONSECUÇÃO DE COMPRAS PÚBLICAS SUSTENTÁVEIS, de autoria de Samuel Almeida Bittencourt, destaca que o Estado, por meio de suas contratações, figura como importante consumidor capaz de movimentar a economia e estimular o mercado. Destaca que a recente Lei 14.133/2021, nova Lei de Licitações e Contratos, avançou nesse sentido, estimulando a função regulatória das compras públicas para o alcance do objetivo de desenvolvimento nacional sustentável. Considerando esse cenário, o artigo tem como objetivo analisar a importância da governança das contratações para a consecução de

compras governamentais sustentáveis, destacando que o mesmo permite demonstrar a importância do estabelecimento de diretrizes e instrumentos de governança, por parte da alta administração dos órgãos públicos, para a consecução de políticas públicas por meio das compras realizadas pelo Poder Público.

No segundo bloco foram apresentados e debatidos os artigos a seguir descritos:

O artigo JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA COMO PARADIGMA DA GESTÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA, de autoria de Maristela Valeska Lopes Braga Dias, destaca que a sociedade contemporânea, movida pela inovação tecnológica e pela maior conscientização dos direitos individuais, impulsionou o Estado e o Direito a ingressarem num processo dinâmico de reformas com vistas a superar os novos desafios em busca de legitimidade das ações governamentais, aumentar e fortalecer os canais de comunicação com a sociedade e antecipar medidas que assegurem as prestações sociais. Ressalta que a Administração Pública tradicional, diante do novo arcabouço é compelida a promover uma adequação dos seus parâmetros de atuação, antes pautados na legalidade estrita, para alcançar todo o conjunto de princípios constitucionais, com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais, adequando-se ao princípio da Juridicidade.

O artigo OS ASPECTOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA PRIVATIZAÇÃO DOS PRESÍDIOS NO BRASIL, de autoria de Ronny Max Machado , Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Rafael Khalil Coltro, destaca que a privatização nos presídios é uma realidade no Brasil, que, contudo, ainda carrega consigo uma série de questionamentos, críticas e dúvidas quanto a sua efetividade, necessidade e funcionamento, tendo em vista sua recente implementação. Ressalta que o sistema carcerário, por sua vez, enfrenta críticas ainda maiores, dada as condições estruturais e de operacionalização do processo de ressocialização que a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Execuções Penais consagram, e a questão da superlotação carcerária. A partir desse cenário, procura investigar quais seriam os aspectos negativos e positivos da privatização dos presídios no Brasil. A este problema, apresenta algumas respostas no intuito de promover o debate sobre o tema e possibilitar maiores reflexões sobre soluções propostas para um aprimoramento do sistema carcerário nacional, em especial para tentar minimizar a superlotação existente nos presídios do país, e apontar se a privatização é mesmo um meio de sanar ou, ao menos, minorar tais problemas.

O artigo JUROS DE MORA E SUBVINCULAÇÃO DOS PRECATÓRIOS DO FUNDEF: O USO DISCRICIONÁRIO DOS RECURSOS, de autoria de Brenno Silva Gomes Pereira e Paulo Roberto Barbosa Ramos, busca compreender o complexo uso dos recursos públicos oriundos dos precatórios do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino

Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), levando em consideração a sua vinculação constitucional, bem como suas subvinculações, de modo a refletir sobre o correto uso dos recursos decorrentes dos juros de mora desse processo judicial. Destaca que, quanto à aplicação destes recursos, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de garantir o pagamento dos honorários advocatícios dos causídicos que atuaram na ação principal, devendo o percentual estipulado em contrato calculado sobre o valor auferido, tendo incidência tão somente na parcela referente aos juros de mora. Pondera, contudo, que os recentes julgados não esclareceram conquanto ao seu uso em situações diversas que não ao pagamento de honorários advocatícios que, de uma forma ou de outra, ainda estaria vinculado ao benefício buscado para a educação. Isso porque, em todas as discussões depreendidas até o presente momento, em virtude da neófito atualização legislativa, a doutrina e jurisprudência tem se depreendido tão somente em torno das discussões referentes a tais honorários advocatícios, inobstante a existência de ações que não tenham sido protocoladas por escritórios privados. Observa que não se esclareceu de que forma se daria o manejo contábil desses recursos, em qual (quais) conta(s) seriam alojados, nem mesmo qual Tribunal de Contas seria responsável por seu controle externo, sendo estes os objetivos do artigo.

O artigo **MODELO ESTRUTURADO DE GOVERNANÇA NO SETOR PÚBLICO: UMA VISÃO PARA ALÉM DA EFICIÊNCIA**, de autoria de Danúbia Patrícia De Paiva, Adriana Ferreira Pereira e Helena Patrícia Freitas, destaca que compliance ou governança são termos relativamente novos que vêm sendo utilizados para reforçar o compromisso constitucional do Estado como garantidor da aplicação da lei. O artigo busca, a partir destes termos, reforçar ideais de condutas “corretas” a serem adotadas. Explicita que são práticas apresentadas, num primeiro momento, para os setores empresariais, mas que atualmente foram também expandidas para os setores públicos. Ressalta que ao mesmo tempo, surgiram legislações para regular este novo ambiente, como o Marco Civil da Internet, a Lei Anticorrupção, a Lei de Licitações e a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. Explica que todas essas leis, associadas ao compliance, visam o desenvolvimento harmônico e sustentável da sociedade digital, cada vez mais dinâmica e passível de transformações. A partir desse contexto, tem como problema de pesquisa como garantir que as políticas de governança no setor público traduzam democraticidade? Destaca, em resposta, que em cenários disruptivos, é essencial o estabelecimento de regras de conduta a valorizar eficiência e isonomia, principalmente em ambientes caracterizados por recursos tecnológicos e que boas práticas precisam estar estabelecidas em manuais de conduta e códigos de ética próprios, para que não sejam ferramentas de privilégios, favorecimento ou mesmo imunidades ilegais, demonstrando a necessidade de se definir regras para a fiscalidade de políticas de governança no setor público, para além da justificativa fundada exclusivamente na eficiência.

O artigo MUDANÇAS OCASIONADAS COM A NOVA REGULAMENTAÇÃO DA LEI ANTICORRUPÇÃO (DECRETO N.º 11.129/2022), de autoria de Elias Marques De Medeiros Neto e Ariane Almeida Cro Brito, apresenta as mudanças ocasionadas com a nova regulamentação da Lei Anticorrupção (Decreto n.º 11.129/2022), através da análise de literatura e jurisprudência, de dados da Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Biblioteca do Conselho da Justiça Federal, Supremo Tribunal Federal, Escola Superior do Ministério Público da União, Banco de Teses USP, Portal de Periódicos CAPES. Conclui que o Decreto n.º 11.129/2022 conservou a estrutura e a linha já utilizada pelo decreto anterior e trouxe novidades e complementações importantes referentes à responsabilização administrativa e multa, acordo de leniência e programa de integridade.

O artigo O INQUÉRITO CIVIL E A NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, de autoria de Márcio De Almeida Farias, traz como objetivo analisar de forma crítica o instituto do Inquérito Civil, que é um instrumento de atuação do Ministério Público brasileiro, a partir das alterações promovidas pela Lei n.º 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92). Para tanto, inicialmente, apresenta algumas considerações preliminares acerca do Inquérito Civil, tais como o conceito, natureza jurídica, fundamentos constitucionais e legais, além do caráter facultativo e dispensável. Em seguida, analisa as regras legais acerca da instauração, instrução e arquivamento do Inquérito Civil, que estão previstas na Resolução n.º 23/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público. Por fim, analisa os dispositivos da Lei n.º 8.429/92 alterados pela Lei n.º 14.230/2021, sobretudo os dispositivos relacionados com prazos de suspensão da prescrição dos atos dolosos de improbidade administrativa e de prazos de conclusão e de prorrogação dos inquéritos civis destinados a apurar atos de improbidade administrativa. Conclui que as alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa, em relação ao Inquérito Civil foram positivas e estão de acordo com os princípios constitucionais, especialmente a garantia da razoável duração do processo.

O artigo O NOVO PERFIL DA FUNÇÃO JUDICANTE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS APÓS LIMITAÇÕES IMPOSTAS PELO STF, de autoria de Laiz Araújo Russo de Melo e Silva, destaca que nos últimos dez anos, os Tribunais de Contas vivenciaram uma sucessão de reveses em suas atribuições, seja por atuação do Congresso Nacional, ao alterar a Lei de Inelegibilidade, seja por meio de decisões do Supremo Tribunal Federal, sobre a prescrição dos processos submetidos à análise do controle externo e sobre a competência para julgamento dos atos de gestão dos Prefeitos Municipais. Ressalta que com isso, o Tribunal passou a adotar uma jurisprudência ainda mais defensiva, por vezes, até mesmo negando a aplicação dos entendimentos do STF e que paralelamente a isso, a atuação dos Tribunais de Contas passou a abranger com mais intensidade outros temas alheios às prestações de contas

de recursos públicos, nos quais se incluem, mas não se limitam, a instalação de esgotamento sanitário, implantação de regime de previdência complementar, gestão florestal, eliminação de lixões, dentre outros. Desta forma demonstra que verificam-se novos contornos da função judicante dos Tribunais de Contas, principalmente após as limitações impostas pelo Supremo Tribunal Federal, que colocam sob perspectiva a aplicabilidade das proposições da Lei nº 13.655/2018, que alterou a LINDB para instaurar novos parâmetros no julgamento do processo administrativo sancionador, destacando que ainda não parece ter sido totalmente aceita pelas Cortes de Contas.

O artigo O PANORAMA DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO, de autoria de Denise Beatriz Magalhães de Figueiredo Carvalho e Glaucia Maria de Araújo Ribeiro, tem por foco analisar o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, suas motivações e implicações bem como fomentar o debate e o estudo acerca do tema, com o objetivo de demonstrar que apenas a lei não é instrumento suficiente para interpretar e auxiliar o administrador público. Assim, a análise da constitucionalização do Direito Administrativo trazida pelo estudo procura fazer um panorama do referido ramo do Direito sob a égide do princípio da legalidade, ressaltando suas transformações e mudanças de paradigma com o transcurso do tempo, investigando a tendência da juridicidade do ordenamento jurídico, investigando a Teoria da Autolimitação Administrativa e averiguando o crescente protagonismo judicial. Traz como conclusão a percepção do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, prevendo uma releitura de seus fundamentos estruturantes.

O artigo O PÓS-CRISE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL: ANÁLISES E PERSPECTIVAS PARA O SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL, de autoria de Jander Rocha da Silva, destaca que nos últimos anos, a crise fiscal vem dominando grande parte das discussões e agendas envolvendo o setor público nacional. Ressalta que, nesse sentido, impulsionados por uma perspectiva de crise, os entes vêm buscando constantes processos de modificação e modernização das suas respectivas estruturas administrativas, com vistas assim a adequar às despesas públicas aos seus premidos orçamentos. Explica que, no entanto, é no Estado do Rio Grande do Sul que a crise fiscal vem pautando a agenda dos sucessivos governos, ao menos nos últimos 50 anos. Diante desta questão posta, o objetivo do artigo é traçar brevemente o panorama histórico da crise, passando em um segundo momento pela análise das reformas propostas a partir do ano de 2015, bem como pelos resultados obtidos com elas.

No terceiro bloco foram apresentados e debatidos os artigos a seguir descritos:

O artigo O TRIBUNAL DE CONTAS COMO INSTÂNCIA DE ARTICULAÇÃO INTERINSTITUCIONAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, de autoria de João Paulo Landin Macedo, destaca que a configuração institucional articulada pela Constituição Federal de 1988 confere especial destaque à função de controle exercida pelo Tribunal de Contas. Ressalta que esse redimensionamento das instituições de contas reflete a tentativa de captar as transformações de paradigma do Direito Administrativo e da Administração Pública operadas nas décadas finais do século XX. Explica que nesse cenário, assume destaque o papel das instituições de controle na interação horizontal com os órgãos públicos na implementação das políticas públicas, levando ao questionamento acerca da possibilidade de articulação interinstitucional entre o Tribunal de Contas e a Administração Pública nos processos deliberativos concernentes às políticas públicas. Assim, objetiva delinear o marco teórico que fundamenta as formas de articulação interinstitucional no desenvolvimento da ação governamental, para então verificar a possibilidade de inserção dos Tribunais de Contas como potenciais atores participantes das redes de governança, bem assim avaliar quais instrumentos à disposição das Cortes de Contas podem ser empregados (ou reorientados) para tal desiderato. Com vistas a corroborar a hipótese trabalhada, foram mobilizados dois exemplos empíricos de atuação dos órgãos de controle que refletem o veio articulador.

O artigo UMA ANÁLISE DA FUNÇÃO SEMI-NORMATIVA DA ANP EM UM CONTEXTO DE MUDANÇA DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL E SEUS DESDOBRAMENTOS CONSTITUCIONAIS, de autoria de Maíra Villela Almeida e Julia Brand Bragantin, tem como objeto o contexto de publicação da Resolução ANP nº 846/2021, que dispôs sobre uma nova institucionalização do procedimento de participação social na Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, agora por meio de videoconferência. Para tanto, foram analisados cinco processos administrativos correlatos ao tema no âmbito dos sistemas de busca Pesquisa Pública SEI-ANP e Legislação ANP. Primeiro, parte da Resolução ANP nº 812/2020, que flexibilizou as exigências regulatórias decorrentes do Covid-19 e suspendeu a participação social na Agência enquanto perdurasse a pandemia. Segundo, apenas a Audiência Pública retornou ao contexto da Agência por meio da Resolução ANP nº 822/2020, embora por meio da videoconferência, excluindo a consulta pública e a tomada prévia de contribuições, todas as três até então previstas como instrumento de manifestação do setor regulado. Destaca que pelo seu retorno, a ANP destacou o já em curso processo de revisão da Resolução ANP nº 5/2004 e da Instrução Normativa nº 8/2004, instrumentos normativos que disciplinavam a participação social. Em um contexto de pandemia do Covid-19 e posterior retomada da participação social na Agência, dessa vez institucionalizando a videochamada, o artigo analisa em que medida a permissão da participação social por outro instrumento fez a ANP estar em consonância com

o Marco das Agências Reguladoras Federais, Lei nº 13.848/2019, sobretudo pelo estudo do processo que deu origem ao novo Regimento Interno da Agência.

O artigo DESAFIOS PARA EFETIVAÇÃO DA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO ATRAVÉS DA UTILIZAÇÃO DAS FERRAMENTAS DIGITAIS DE CONTROLE SOCIAL, de autoria de Natasha Yasmine Castelo Branco Donadon e Ygor da Silva Sarmanho Vasconcelos, destaca que na legislação pátria, a Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) tem alcançado progressos significativos em relação ao acesso à informação - decorrente do princípio constitucional da publicidade previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal Brasileira - onde a transparência tornou-se regra e o sigilo exceção, segundo o art. 5º, inciso XXXIII da CF/88. Ressalta que o estabelecimento da transparência é efetivado através da divulgação de informações das mais diversas naturezas e de expressivo interesse social, sem prévio requerimento, proporcionando maior interação e democratização na relação entre o cidadão comum e o Governo de todas as esferas federativas.

O artigo DIREITO MUNICIPAL, ECOCIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, de autoria de Janaína Rigo Santin, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Laura Vitoria Dos Santos, disserta acerca da relação entre Ecocidadania, Direito e Desenvolvimento Sustentável, evidenciando a interligação destes conceitos na história dos Municípios brasileiros por meio do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). Para tanto, o artigo analisa os dispositivos contemplados na Constituição Federal e no Estatuto da Cidade, a fim de demonstrar que a participação popular nas questões políticas e ambientais em âmbito local pode proporcionar o aprimoramento democrático e a adoção de práticas sustentáveis, melhorando a qualidade de vida local e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, por meio da cooperação do ente público, do setor produtivo e da população. Observa que apesar de ser um direito fundamental assegurado tanto na Constituição Federal quanto na legislação infraconstitucional, o direito à participação popular em questões ambientais referentes à formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano nos municípios, infelizmente, ainda não ocorre de maneira efetiva. Traz uma análise doutrinária referente aos pressupostos que contribuem com o aprimoramento da Ecocidadania e da participação popular e social no desenvolvimento sustentável e, conseqüentemente, como esse tema é aplicável nos municípios brasileiros.

O artigo OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A LEI 13655/18, de autoria de Manoel Ilson Cordeiro Rocha, Cildo Giolo Junior e José Sérgio Saraiva destaca que a indeterminação dos conceitos jurídicos é uma questão insolúvel e antiga, conseqüente da subjetividade da linguagem jurídica e da

plurisignificância dessa linguagem. Pondera que no Direito Administrativo a questão é agravada por conta da separação de poderes e do controle externo jurisdicional. Ressalta que o administrador é desafiado continuamente a aplicar o direito em situações abertas, contempladas no espectro geral da discricionariedade administrativa, mas está sujeito ao controle legal. Observa que é recorrente a tentativa de parametrização para a atividade de interpretação desses conceitos, por vezes considerado uma quimera. Afirma que o direito brasileiro inova nesse sentido com a lei 13655/18 e com a adoção do consequencialismo, sendo a hipótese trazida pelo estudo a de que o resultado da lei tem seus méritos, mas foi insuficiente, não garante uma solução segura. Por derradeiro, recomenda um resgate dos cânones de interpretação e uma incorporação normativa da longa experiência internacional sobre o tema.

Após mais de três horas de apresentações e debates profícuos, foram encerrados os trabalhos do grupo, com congratulações recíprocas.

Carlos André Birnfeld

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE

Janaína Rigo Santin

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO (UPF) e UNIVERSIDADE DE CAXIAS DO SUL (UCS)

José Sérgio Saraiva

FACULDADE DE DIREITO DE FRANCA

# OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A LEI 13655/18

## UNDETERMINED LEGAL CONCEPTS IN ADMINISTRATIVE LAW AND LAW 13655/18

Manoel Ilson Cordeiro Rocha <sup>1</sup>

Cildo Giolo Junior <sup>2</sup>

José Sérgio Saraiva <sup>3</sup>

### Resumo

A indeterminação dos conceitos jurídicos é uma questão insolúvel e antiga, consequente da subjetividade da linguagem jurídica e da plurisignificância dessa linguagem. No Direito Administrativo a questão é agravada por conta da separação de poderes e do controle externo jurisdicional. O administrador é desafiado continuamente a aplicar o direito em situações abertas, contempladas no espectro geral da discricionariedade administrativa, mas está sujeito ao controle legal. É recorrente a tentativa de parametrização para a atividade de interpretação desses conceitos, por vezes considerado uma quimera. O direito brasileiro inova nesse sentido com a lei 13655/18 e com a adoção do consequencialismo, mas a hipótese desse estudo é a de que o resultado da lei tem seus méritos, mas foi insuficiente, não garante uma solução segura. Recomendou-se um resgate dos cânones de interpretação e uma incorporação normativa da longa experiência internacional sobre o tema. Trata-se de uma pesquisa de dogmática jurídica, com o emprego metodológico auxiliar de revisão bibliográfica de doutrina internacional.

**Palavras-chave:** Conceitos jurídicos indeterminados, Discricionariedade administrativa, Administração pública, Consequencialismo, Lei 13655/18

### Abstract/Resumen/Résumé

The indetermination of legal concepts is an unsolvable and old question, resulting from the subjectivity of legal language and the plurisignificance of this language. In Administrative Law, the issue is aggravated by the separation of powers and external jurisdictional control. The administrator is continually challenged to apply the law in open situations, contemplated in the general spectrum of administrative discretion, but is subject to legal control. The attempt at parameterization for the activity of interpreting these concepts is recurrent, sometimes considered a chimera. Brazilian law innovates in this sense with law 13655/18 and with the adoption of consequentialism, but the hypothesis of this study is that the result

---

<sup>1</sup> Pós-doutorando Fundação Getúlio Vargas; Doutor Universidade de Lisboa, reconhecido pela UFF; mestre e bacharel em Direito UNESP; Graduado em Filosofia UFSJ; Professor na Uniara, FDF e Fafram

<sup>2</sup> Pós-doutorado pela Universidade de Coimbra; Professor da FDF e da UEMG

<sup>3</sup> Doutor em Direito; professor da FDF

of the law has its merits, but was insufficient, it does not guarantee a safe solution. A rescue of the canons of interpretation and a normative incorporation of the long international experience on the subject were recommended. It is a research of legal dogmatics, with the auxiliary methodological use of bibliographic review of international doctrine.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Undetermined legal concepts, Administrative discretion, Public administration, Consequentialism, Law 13655/18

1. **Introdução** – A maior das certezas na linguagem jurídica é a subjetividade, mas ela é incômoda e há uma luta homérica contra, ao invés de tentar lhe moldar, lhe cercar e aprender a conviver com ela. É uma linguagem assim por diversas razões e é preciso muito esforço para expô-las razoavelmente, então por enquanto há uma resposta boa: é da natureza humana. Também nada é mais humano do que o direito, numa linguagem subjetiva ou objetiva, o importante é reconhecer bem as fronteiras.

A maior expressão de domínio da subjetividade do direito veio do Direito Alemão, numa bibliografia parcialmente explorada abaixo e resumida pelo título de *conceitos jurídicos indeterminados*. Num conceito jurídico indeterminado há uma margem de certeza positiva, outra de certeza negativa, mas entre elas um campo de incerteza. O desafio é dar um destino seguro à interpretação desse campo de incerteza.

A norma jurídica está sujeita principalmente ao caráter generalizador, mas também às transformações da cultura que afetam as linguagens, especialmente quando ocorrem divergências quanto ao nexos entre signo e significado. A subjetividade está principalmente na polissemia das palavras, própria da comunicação e é potencializada pela dinâmica social em seu movimento dialético. Portanto, todo conceito jurídico possui uma margem de indeterminação, que se revela na sua aplicação. O legislador olha para o passado para resolver o futuro, o aplicador do direito enfrenta o presente com esse instrumental e decide conforme sua visão de mundo, muitas vezes carregada de ideologias.

Não é possível eliminar a indeterminação dos conceitos, mas há sempre esforços para reduzir as margens de indeterminação, adotando a orientação de minimização de efeitos e perseguindo um nível maior de objetividade, em prol da segurança jurídica e da paz social. Sem negar a força dialética da vida social, é politicamente necessária a determinação razoável dos conceitos, para que as transformações sociais ocorram com menos traumas.

Portanto, não se trata de determinar o indeterminável, mas de converter o indeterminável em algo seguro, especialmente com segurança jurídica.

A questão se amplia quando se trata da aplicação desses conceitos na Administração Pública, porque o controle sobre ela decorrente da separação de poderes no Estado de Direito cria a dificuldade de se reconhecer a fronteira entre os poderes conjugada com a dificuldade de se interpretar os conceitos indeterminados.

Na Administração Pública há o campo de discricionariedade administrativa que é a situação de escolha livre entre hipóteses legítimas. A discricionariedade ocorre por decisão legal expressa ou por interpretação da lei quando há abertura em decorrência da

insuficiência do texto legal. Reporta-se aqui a este último caso, a confluência entre o poder discricionário administrativo e a indeterminação dos conceitos em sentido amplo, para todas as variações de indeterminação possíveis.

Sujeito à legalidade que norteia o Estado de Direito, o administrador se vê entre a cruz e a espada. O controle de legalidade é fundamental para evitar-se a arbitrariedade do administrador e isso é obviamente muito importante, mas nem sempre ele é possível de forma objetiva. Se o controle de legalidade ocorrer em hipóteses de subjetividade e indeterminação o administrador pode ser responsabilizado num ato administrativo por um controle político, o que é contraditório e perigoso, sob o risco de um despotismo controlador.

A função administrativa requer um grau de interpretação normativa, mas como a última palavra é do juiz, o administrador precisa de parâmetros para uma conduta com segurança jurídica. É preciso um cenário transparente para o atendimento dos próprios princípios constitucionais da Administração, como o princípio da legalidade, da eficiência e da moralidade.

É possível afirmar numa generalização máxima que os atos administrativos são vinculados ou discricionários e entre os discricionários aqueles que o são por disposição legal e aqueles que o são porque inevitabilidade do texto legal. A discricionariedade em decorrência da abertura da linguagem é também denominada discricionariedade técnica ou imprópria.

O dogma mais ingênuo do Direito Administrativo é o apego à estrita legalidade, aquela que promete objetividade, há muito superada, mas com um estigma que proporciona uma ideia rasa de legalidade que ainda contamina o aplicador do direito em sua formação inicial e em suas decisões mais simples. É uma legalidade que se opõe à natureza intrínseca de politicidade do ato administrativo. É uma ideia ingênua de legalidade. A legalidade real e factível é a que contempla a politicidade da discricionariedade administrativa, especialmente da discricionariedade técnica.

O controle sobre a Administração é bem vindo e é necessário, mas somente quando é possível com parâmetros legais e objetivos. É temerário combater uma subjetividade com outra subjetividade.

Para efeitos de revisão bibliográfica pretende-se discorrer aqui nos primeiro e segundo capítulos (n. 2 e 3) sobre a confluência e intercessão entre a hipótese de conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.

No terceiro capítulo (n. 4) pretende-se revisar o texto acrescido à Lei de Introdução, que foi destinado a resolver pelo consequencialismo o problema da indeterminação dos conceitos no Direito Administrativo brasileiro. Mas pretende-se também refletir se o caminho escolhido foi o melhor, diante do debate histórico sobre o tema.

Tem-se por hipótese que o administrador possui um tipo de discricionariedade para a determinação dos conceitos, mas a vinculação legal decorrente do novo texto da lei de introdução estabelece uma nova fronteira de controle jurisdicional à vinculação legal. A adoção do consequencialismo é útil do ponto de vista da política jurisdicional, reduzindo a discricionariedade técnica do administrador, mas a lei fica a dever uma solução que contemple o longo debate jurídico sobre o problema.

Metodologicamente a pesquisa emprega procedimentos de hermenêutica jurídica tradicionais, mais especificamente o método dogmático jurídico. Como procedimento metodológico auxiliar, pretende-se fazer o emprego de fonte bibliográfica secundária para confirmar ou refutar total ou parcialmente a hipótese acima.

**2. Os conceitos jurídicos indeterminados, a ambiguidade inerente ao Direito, a discricionariedade administrativa e a perseguição à objetividade** – Parece muita coisa para um capítulo só, mas tudo isso está conexo e inseparável. A linguagem jurídica é naturalmente dotada de polissemia, variável de termo a termo, conforme a sua evolução peculiar. Uma única expressão pode ter dois ou mais sentidos, ou, com um mesmo sentido, ter variações parciais ou circunstanciais. Isso é resultado do dinamismo linguístico, que é uma característica cultural rica, mas resulta em dificuldades para o seu uso, especialmente para uma ciência que tem por objeto exatamente a linguagem e o seu sentido. O Direito se adapta a esta característica, ao mesmo tempo em que se esforça para obter alguma objetividade linguística possível.

Uma das características essenciais do conceito legal indeterminado está no fato de que ele não se refere a uma coisa certa, mas a uma significação. (...). Dessa característica do conceito legal indeterminado resulta outra, que é a sua *mutabilidade*, ou seja, a sua possibilidade de variar no tempo e no espaço. Basta considerar a expressão 'interesse público', que corresponde a um dos princípios fundamentais do direito administrativo, para entender-se a importância do tema nesse ramo do direito, que é dos que maior flexibilidade exige, pelo próprio fato de a função administrativa estar voltada para a consecução das necessidades coletivas, sempre variáveis. O mesmo objetivo que constitui, em dado momento, a preocupação central do poder público, pode, tempos depois, ser superado por outros cujo atendimento venha apresentar maior grau de premência (DI PIETRO, 1991, p. 65).

Também é relevante dizer que essa polissemia possui uma conflitualidade inerente. Não há somente uma variação de significado decorrente de acidentes da evolução da linguagem, há um jogo complexo de interesses na conformação dialética das forças sociais. A linguagem é um instrumento potente para o estabelecimento das relações de poder e os sujeitos dominantes constroem verdades com a semântica conveniente. Somente um ambiente democrático permite uma reação mais equilibrada das relações de poder. A conflitualidade democrática potencializa o processo de interpretação dos conceitos. Não há somente um interesse em esclarecer o sentido real, mas em estabelecer um sentido menos opressor e mais justo, em conformidade com o princípio democrático.

A referência inicial para a compreensão dos conceitos jurídicos indeterminados é o direito alemão especialmente por meio de Otto Bachof (SOUSA, 1994, p. 47), que identificou o fenômeno como um conjunto de campos com margens de certeza positiva e negativa e um centro de incerteza. Um determinado fato se enquadra num conceito jurídico numa das seguintes hipóteses: há certeza de que não há correspondência entre o fato e o conceito ou há certeza de que há correspondência ou há o campo de incerteza. Esses campos são fronteiraços, as certezas e incertezas se aproximam conforme a dificuldade de interpretação de cada conceito.

Não é possível uma fórmula que confira objetividade definitiva à interpretação da norma para a aplicação do Direito, o processo dinâmico de interpretação e a sua própria evolução é consequência de uma ambiguidade inerente ao Direito, que é produto do jogo político dialético e possui, na polissemia das palavras, um instrumento para a sua dinâmica.

Mas também faz parte do jogo de interpretação a moderação necessária para que se tenha segurança jurídica, evitando-se precipitações e imaturidades, ainda que ocorram as situações que são de absoluta subjetividade e de juízo moral. Há, em tese, uma margem de indeterminação inevitável em todo conceito, mas variável em intensidade conforme cada um deles. Não é preciso e não se deve politicamente ser exacerbada e há também sempre a possibilidade e a necessidade de contenção parcial dessa subjetividade.

Essa orientação vai de encontro também com o jogo democrático pluralista, onde o máximo consenso é o principal instrumento de legitimação do poder. Se não há técnica possível para a objetividade da norma, porque seria paradoxal (a norma é a expressão do poder e o poder é um jogo de leituras opostas), que esse jogo ocorra atenuado em benefício mútuo, para novas jogadas.

O papel do intérprete é buscar o máximo de certeza na relação entre o conceito jurídico e a vida. Será legítima a certeza que mais se aproximar de um fundamento do direito, que pode ser a segurança jurídica, a paz social ou outro fundamento. As soluções possíveis certamente possuem algum antagonismo, agradam na mesma medida que desagradam os antagonistas. Há também incertezas irrelevantes, que se conformam sem muitas dificuldades. É o inevitável componente político do direito. Em maior ou menor medida, todas as soluções envolvem alguma valoração. Nessa margem ética não há como esperar uma resposta definitiva, exceto quando o legislador atinge um máximo de objetividade. No outro extremo, também fica mais fácil quando o legislador opta expressamente pela escolha discricionária do aplicador do direito, o que é a discricionariedade propriamente dita.

Há uma longa trajetória de debates para distinguir as hipóteses que se desdobram da ideia geral de indeterminação de conceitos e discricionariedade. Iniciemos por FORSTHOFF, em revisão da doutrina clássica por SOUSA:

FORSTHOFF colocou os 'conceitos de valor' em oposição aos 'conceitos empíricos'. A fixação do conteúdo real dos conceitos empíricos, que exige uma simples operação lógica, não constitui, em caso algum, o exercício de poder discricionário. Pelo contrário, a concretização de conceitos de valor exige uma conduta de escolha, no âmbito de uma concretização de valores (SOUSA, 1994, p. 42).

Entretanto, diferentemente do que entende Forsthoff, essa distinção não elimina um campo de valoração sujeita à discricionariedade do intérprete no caso dos conceitos de experiência. Esses conceitos devem ser resolvidos em seus campos de conhecimento, conforme a orientação técnica, mas não impede a discricionariedade no sentido de uma decisão relativamente livre e subjetiva. É o que se denomina *discricionariedade técnica*. Isso porque também há imprecisões no campo da experiência.

Para Karl Engisch, outro autor clássico do tema, a distinção ocorre entre *conceitos normativos* e *conceitos descritivos*:

Muitos dos conceitos indeterminados são, num sentido que já vamos precisar, *conceitos 'normativos'*. Contrapõem-se estes conceitos aos conceitos 'descritivos', quer dizer, àqueles conceitos que mentam 'descritivamente' objectos reais ou objectos que de certa forma participam da realidade, objectos, isto é, que são fundamentalmente perceptíveis pelos sentidos ou de qualquer outra forma percepçãoáveis: 'homem', 'morte', 'cópula', 'escuridão', 'vermelho', 'velocidade', 'intenção'. Como estes exemplos mostram, também entre os conceitos descritivos se encontram muitos conceitos indeterminados. (...). Contudo, quando falamos de conceitos jurídicos normativos por oposição aos conceitos jurídicos descritivos, é patente que queremos significar algo de específico, algo de diferente da

simples pertinência ao sistema das normas jurídicas, ou às conotações das situações hipotizadas pelas mesmas. (esta pertinência compete a todo conceito jurídico. Ela opera aquilo a que podemos chamar '*referência a valores*', a saber, a referência do conteúdo e da extensão de todo o conceito jurídico às específicas idéias valoradoras do direito) (ENGISCH, 1964, p. 174).

Trata-se da mesma distinção entre conceitos empíricos e conceitos de valor. Mas ENGISCH esclarece melhor a diferença entre as formas de discricionariedade. É certo que a ideia de conceitos normativos corresponde a uma maior subjetividade, mas, novamente, isto não impede a hipótese de alguma margem valorativa nos conceitos descritivos, em menor medida. Veja-se, por exemplo, quando se fala de um objeto que é descrito em línguas de culturas diferentes ou quando um objeto é assimilado numa cultura para representar algum sentimento, por exemplo, quando uma cor significa mais paixão ou mais indiferença às coisas da vida. Então há conceitos indeterminados normativos e os conceitos indeterminados descritivos. Os conceitos normativos expressam valores assumidos pelo Direito. A sua aplicação ocorre a partir de um sentido próprio na linguagem jurídica e segundo um juízo de valor; enquanto que os conceitos descritivos, quando indeterminados, dependem do suporte de outras linguagens e são interpretados conforme estas linguagens.

Entretanto, a razão da discricionariedade propriamente dita é que o legislador compreende naturalmente a impossibilidade de regular objetivamente todas as hipóteses de aplicação do direito, então oferta ao aplicador regulações abertas à interpretação. O esforço sistêmico jurídico para obter objetividade e segurança na aplicação do direito reforça a importância da jurisprudência. Para os conceitos de valor há mais interpretação jurisprudencial consolidada, fundada na orientação tradicional. Assim, não é absolutamente válida a oposição simples entre conceitos de valor e conceitos de experiência, definindo os primeiros como subjetivos e os segundos como determináveis. O problema continua para ser resolvido caso a caso, conforme o grau de determinação possível.

Portanto, a tentativa de conferir maior determinação com a distinção entre os conceitos de experiência (empíricos) e os conceitos de valor não foi suficiente para resolver o problema, pois não há equivalência com as hipóteses de discricionariedade definidas pela lei e as hipóteses de discricionariedade decorrentes da abertura linguística da lei.

**3. Os conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo** – A questão quando posta à Administração Pública é relevante porque em tese e abstratamente podem ocorrer conflitos entre a interpretação jurisprudencial e a discricionariedade administrativa.

O problema dos conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo circula principalmente em torno da possibilidade ou não de alguma discricionariedade para a Administração na sua determinação, reduzindo o controle jurisdicional. O problema é resumido às seguintes hipóteses:

a) Há a concepção de “discricionariedade técnica”, noção recebida do direito italiano, como expõe Alessi (1953, p. 214), quando não é possível o controle jurisdicional da decisão administrativa em sede de determinação de conceitos legais sem possibilidade de uma única solução: a decisão administrativa é a que conhece a melhor realidade para o conceito. A decisão conferida pelo administrador é fundada num juízo técnico que, na verdade, é um juízo vinculativo. Afirma-se que, na verdade, não há discricionariedade, mas sim uma “obscuridade” revelada pelo juízo técnico. Também a autoridade administrativa não pode contrariar o parecer de perito a serviço da Administração, mesmo que a perícia do controle jurisdicional destoe posteriormente. É fato que o administrador não tem outro caminho senão seguir a perícia que define o conteúdo do ato ante o conceito legal que depende de um juízo técnico para a densificação. Mas isso não impede de concluir que o administrador se postou diante de uma situação com mais de um caminho possível, seja antes da perícia que veio a lhe esclarecer e lhe apontar o caminho definitivo, seja diante da possibilidade da perícia não esgotar os caminhos e lhe oferecer mais de uma hipótese. Não há que se falar em controle jurisdicional da decisão discricionária, porque se trata de uma competência legal do administrador, de uma possibilidade de decisão entre hipóteses que são legítimas.

b) O caminho seguido por Enterría (1990), predominante na doutrina e jurisprudência espanhola, distingue os conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade e possibilita o controle jurisdicional sobre aqueles. Talvez uma resposta mais fácil e mais simples: negar que seja uma discricionariedade do administrador e confiar a última palavra interpretativa ao juiz, como é próprio de sua função constitucional. Em Portugal António Francisco de Sousa entende que “A interpretação e aplicação pela Administração dos conceitos indeterminados constitui uma actividade estritamente vinculada à lei” (1994, p. 60).

Mas há uma questão de política administrativa que dificulta a opção espanhola: a administração pública contemporânea está abarrotada de situações interpretativas conceituais, que precisam de respostas rápidas para o melhor funcionamento da administração. Instada a decidir, a administração recorrentemente é confrontada pelo judiciário, num ambiente de insegurança jurídica. A administração goza de um corpo

técnico com uma qualificação técnica mais adequada para responder às aberturas conceituais, com a ressalva de que isto não retira a necessidade de controle externo.

c) Em Portugal predomina o reconhecimento de discricionariedade nos conceitos indeterminados (Escola de Lisboa), como afirma Freitas do Amaral:

Há, de facto, que distinguir situações. I). Assim temos, de um lado, o caso daqueles conceitos indeterminados cuja concretização envolve *apenas* operações de interpretação da lei e de subsunção. Conceitos legais existem, na verdade, cuja indeterminação é somente 'condicionada pela linguagem, e portanto, solucionável através de raciocínios teórico-discursivos'. A lei que os prevê não atribui, pois, qualquer autonomia à vontade do decisor. (...). II) Doutro lado, temos a situação daqueles conceitos indeterminados cuja concretização apela já para 'preenchimentos valorativos' por parte do órgão administrativo aplicador do direito. Porém, nesta sede, devem distinguir-se duas hipóteses: - Em primeiro lugar, existem conceitos cuja concretização não exige do órgão administrativo uma valoração eminentemente pessoal, mas sim uma valoração objectiva. Quer dizer, ele 'deve procurar e determinar as valorações preexistentes num sector social 'dirigente' 'relevante'. (...). - Em segundo, temos aquelas hipóteses em que claramente o legislador remete para a Administração 'a competência de fazer um juízo baseado na sua experiência e nas suas convicções, que não é determinado, mas apenas enquadrado por critérios jurídicos'. Quer dizer, a Administração tem aí de, considerando as circunstâncias de interesse público, descobrir, segundo o seu critério, a solução mais adequada (AMARAL, 2010, p. 108/111).

O que o autor propõe é o seguinte: conceitos jurídicos indeterminados é um gênero que abarca conceitos determináveis pela apuração objetiva da linguagem, conceitos valorativos de valoração preexistente e conceitos valorativos discricionários.

d) No direito brasileiro prevalece a distinção entre os conceitos de experiência e os de valor, como defende Bandeira de Mello e Di Pietro (1991):

A discricionariedade pode decorrer: (...) III) da finalidade da norma. 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 (MELLO, 2010, p. 18/19).

Por serem plurissignificativos, não há como exercer um controle definitivo, pois haverá uma margem de escolha. Como afirma Di Pietro:

Uma das características essenciais do conceito legal indeterminado está no fato de que ele não se refere a uma coisa certa, mas a uma significação. (...). Dessa característica do conceito legal indeterminado resulta outra, que é a sua *mutabilidade*, ou seja, a sua possibilidade de variar no tempo e no espaço. Basta considerar a expressão 'interesse público', que corresponde a um dos princípios fundamentais do direito administrativo, para entender-se a

importância do tema nesse ramo do direito, que é dos que maior flexibilidade exige, pelo próprio fato de a função administrativa estar voltada para a consecução das necessidades coletivas, sempre variáveis. O mesmo objetivo que constitui, em dado momento, a preocupação central do poder público, pode, tempos depois, ser superado por outros cujo atendimento venha apresentar maior grau de premência (DI PIETRO, 1991, p. 65)

Assim, em função da natureza da linguagem, não há como eliminar absolutamente a subjetividade, pelo menos em determinadas hipóteses. Não há como escapar de uma variedade de situações onde há mais de uma resposta válida. A afirmação de que o direito não admite uma dubiedade sobre o seu conteúdo, que a hipótese correta deve ser somente uma e que a interpretação do sentido da norma levará a somente uma resposta considera que a escolha discricionária do administrador é a escolha legitimamente válida.

A lei não determina com exatidão os limites desses conceitos porque se trata de conceitos que não admitem uma quantificação ou determinação rigorosas, porém, em todo caso, é manifesto que se está referindo a uma hipótese da realidade que, não obstante a indeterminação do conceito, admite ser determinado no momento da aplicação. (...). Porém, ao estar se referindo a hipóteses concretas e não a vacuidades imprecisas ou contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução. (ENTERRÍA, e FERNÁNDEZ, 1990, p. 393).

Enfim, todo conceito tem um grau de indeterminação, e a sua intensidade é que indicará a existência de um conflito que mostre mais de uma hipótese a princípio válida.

A diferença entre conceitos de experiência e conceitos de valor aponta para que a conformação ocorra por juízos respectivos de experiência e de valor. É comum dizer que aqueles são passíveis de uma apreciação interpretativa e estes possuem uma margem de discricionariedade administrativa, porque não se pode substituir a valoração do administrador pela valoração do juiz. Porém, essa não é a melhor conclusão, pelas seguintes razões: nos conceitos de valor, a indeterminação resultará em mais de uma hipótese válida, porque a natureza desses conceitos possui uma subjetividade e variação conforme a diversidade social, a natureza conflituosa e dialética da sociedade. Ora, mas o juízo interpretativo dos valores é expresso nas normas e significa os valores sociais médios, suscetíveis, muitas vezes, de controle jurisdicional. Como afirma Di Pietro, não é absolutamente aberto e sem controle:

Nos casos de **conceitos de valor**, como os de moralidade, interesse público, utilidade pública etc. a discricionariedade pode existir, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite. Muitas vezes, a matéria de fato permite tornar determinado um conceito que na lei aparece como indeterminado. É o caso, por exemplo, da expressão *notório saber jurídico*; ela é indeterminada quando aparece na lei, porém pode tornar-se

determinada pelo exame do currículo da pessoa a que se atribui essa qualidade (DI PIETRO, 2007, p. 209).

Por outro lado, nos conceitos de experiência a indeterminação que a princípio depende apenas de um juízo técnico aprofundado e, portanto, de plena sindicabilidade, não ocorre sempre, pois também há hipóteses com elevado grau de dissenso no campo do conhecimento técnico. São situações de indeterminação em que não cabe sindicabilidade jurisdicional. Então não há como sustentar a distinção entre os conceitos de experiência e os conceitos de valor para a sindicabilidade jurisdicional.

Nesse ambiente de divergências é possível concluir que há dois caminhos:

a) a definição dos conceitos indeterminados na Administração ocorre pela diferenciação entre conceitos de experiência (sindicáveis tecnicamente e passíveis de controle jurisdicional) e conceitos de valor (de elevado grau de subjetividade e sem possibilidade de controle jurisdicional), entretanto, cada vez mais se constata que os juízos de experiência, dado o dinamismo do conhecimento técnico e científico, nos trazem verdades momentâneas, não muito distantes dos juízos de valor.

Por outro lado, há outro risco inerente que é a hipótese dos juízos de experiência contaminar-se por juízos de valor, numa confusão entranhada no conceito e com difícil ou até impossível separação. Isso não quer dizer que se deve abandonar a distinção entre conceitos de valor e conceitos de experiência, pela seguinte razão: é a opção mais razoável para o exercício interpretativo e o juiz sempre dependerá de conhecimento de experiência e de juízos valorativos, separados ou unidos num objeto de interpretação. Portanto, pela natureza dos dois critérios e pelo grau de abstração, o juiz, diante da possibilidade de sindicabilidade de qualquer conceito indeterminado, deve distinguir os conceitos de experiência como conceitos – a princípio – sindicáveis e excepcionalmente discricionários, e os conceitos de valor como conceitos, a princípio, discricionários e excepcionalmente sindicáveis;

b) a determinação ocorrerá, caso a caso, conforme a abertura que o conceito oferece com mais de uma hipótese válida, sem uma regra que valha para todas as situações de determinação, exceto pela distinção entre os campos de certeza positiva e negativa. Caberá à Administração escolher quando ocorrer mais de uma opção possível e caberá o controle jurisdicional quando ocorrer uma única opção diante de uma interpretação equivocada em sentido contrário pela Administração. Essa é a posição de SCHIMIDT-SALZER, segundo SOUSA:

Este autor reconhece que a aplicação dos conceitos indeterminados implica uma 'margem de oscilação' nas decisões. Para ele, no entanto, a indeterminação do conceito é um fenómeno gradual, não permitindo que se faça uma distinção qualitativa, mas sim meramente quantitativa, entre os conceitos indeterminados e os conceitos determinados. (...). Por outro lado, os tribunais administrativos têm em vista apreciar as escolhas subjetivas entre as diversas possibilidades de actuação, servindo-se, como padrão, do conhecimento socialmente vinculativo do objetivamente correcto. (...). A última decisão da Administração só tem a sua razão de ser na impossibilidade do controlo (necessariamente *a posteriori*) dos tribunais. SCHAMIDT-SALZER apenas admite a 'lacuna do controlo contencioso' no caso das situações objeto de valoração contidas nos conceitos indeterminados serem, de facto, representáveis (sustentáveis) (SOUSA, 1994, p. 55)

Pode parecer que é mais seguro a interpretação dos conceitos de experiência, porque se funda em juízos técnicos e científicos com maior grau de aceitação geral e legitimação, então com uma hipótese de maior abrangência para o controle jurisdicional. Mas isso só é relevante na perspectiva da política jurisdicional, não é relevante do ponto de vista da distinção essencial entre as hipóteses de conceitos. O esforço secular no sentido de encontrar uma solução definitiva para o problema está até aqui frustrado. Há muito tempo isso já foi apontado por BACHOF, em doutrina clássica.

Para BACHOF, o problema central está na susceptibilidade ou insusceptibilidade de controlo jurisdicional da aplicação feita pela autoridade administrativa. O 'espaço de apreciação' corresponde, assim, ao âmbito no qual é atribuído à autoridade um espaço de actuação livre relativamente à apreciação dos pressupostos da sua conduta. Convém, no entanto, notar que o 'espaço de apreciação' não é característica de todos os conceitos indeterminados. Como ele escreve, nem todo conceito indeterminado – seja conceito de experiência, de valor, ou misto – atribui à autoridade administrativa um 'espaço de apreciação' (SOUSA, 1994, p.47).

Como nem sempre os conceitos de experiência levam a uma única resposta segura, haverá inevitavelmente hipóteses a serem interpretadas e decididas com uma liberdade discricionária do administrador. É o que se entende por discricionariedade técnica.

Diferentemente é a interpretação de conceitos com juízos de valor que seguem uma perspectiva dominante por uma visão média da sociedade, refletida e interpretada pelos tribunais. Um exemplo desta hipótese é o dispositivo constitucional brasileiro que se refere à indenização devida ao administrado que sofre uma desapropriação. O texto fala que a indenização deve ser "justa" (art. 5º, XXIV, CF) e "justo" é um juízo de valor, mas a jurisprudência já está consolidada em decidir que esta indenização justa é aquela pelo preço de mercado. Nesse mesmo sentido:

Quer o preenchimento dos conceitos objectivo-normativos 'carecidos de um preenchimento valorativo', que há pouco referimos, se possa apoiar numa

tradição moral inteiramente firme, quer se tenha de orientar pelos juízos de valor mutáveis de um 'sector populacional em mutação' – a função destes conceitos normativos em boa parte é justamente permanecer abertos às mudanças das valorações – a 'valoração' que o conceito normativo aqui exige é, num caso como no outro, uma questão de *conhecimento*. O órgão aplicador do Direito tem de 'averiguar' quais são as concepções éticas efectivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão-só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir (ENGISCH, 1964, p. 198).

Em essência tem-se que o problema é a segurança jurídica, é ela que exige uma boa interpretação dos conceitos. A segurança jurídica também deve estar no exercício da atividade administrativa diante do controle jurisdicional. O juiz deve partir do princípio de que, diante da dúvida, prevalece a escolha do administrador; mas diante da convicção sólida pelas hipóteses de interpretações de experiência ou de juízos de valor aceitos predominantemente, a decisão será de interpretação e poderá revisar a opção administrativa. A interpretação sólida pode advir, inclusive, com a ajuda da repetição de decisões da Administração num mesmo sentido.

Em síntese o que ocorre é o seguinte: há, na Administração, um campo de atuação discricionária, que, por opção legal, é um campo de liberdade decisória administrativa. Também há, na Administração, um campo de indeterminação dos conceitos, em decorrência da vagueza dos conceitos escolhidos pelo legislador. Entretanto, por vezes, esses campos se encontram numa *intercessão* ou como se reporta na doutrina: 'normas de sobreposição':

Há na doutrina a referência às "normas de sobreposição": "A expressão 'normas de sobreposição' ou 'previsões de facto combinadas' reporta-se às normas jurídicas que combinam conceitos indeterminados e discricionariedade" (SOUSA, 2009, 424)

Essa situação resulta num conjunto de decisões que são, simultaneamente, discricionárias e de determinação de conceitos. Nesse campo de intercessão encontra-se as hipóteses de conceitos indeterminados que geram discricionariedade indireta por oferecerem mais de uma hipótese válida. Fora da intercessão está, de um lado, a discricionariedade direta; e, do outro lado, o campo dos conceitos indeterminados com possibilidade de interpretação.

Portanto, há discricionariedade – em sentido amplo – na determinação dos conceitos porque a linguagem permite mais de uma resposta válida, e é uma discricionariedade – mais de uma opção para escolha – porque corresponde às situações onde não é possível interpretação. O campo da discricionariedade decorrente de conceitos

indeterminados contempla hipóteses, dir-se-ia, de uma discricionariedade inferior, fraca. A liberdade de decisão administrativa só ocorre em última sede.

Nas hipóteses de lacunas involuntárias ou de simples deficiência de regulamentação do legislador, enquanto disciplina e actividade administrativa, os agentes executivos não devem considerar-se como detendo um poder discricionário, mas sim um poder ligado. Não devem, desde logo, proceder como lho sugerem as circunstâncias do caso, mas experimentando antes disso, senão descobrir, pela *ratio legis* e pelos outros elementos da interpretação, o pensamento real do legislador, pelo menos socorrer-se das possíveis analogias de regulamentação; e só em último lugar deverão proceder como lho aconselham as particularidades do caso concreto, que se revelaram como dissemelhantes das de qualquer caso regulado e impedindo, portanto, a analogia” (QUEIRÓ, 1944, p.261)

Essa discricionariedade se distingue da discricionariedade direta porque decorre da subjetividade conceitual que possibilita mais de uma resposta segura e não da escolha expressa do legislador pela possibilidade de discricionariedade.

Em sentido próximo ao desenvolvido aqui, cite-se Colaço Antunes, que, fundado na doutrina alemã, apresenta uma construção mais complexa, a qual denomina teoria da *complementariedade terapêutica*. Em síntese diz a doutrina, sob a perspectiva da intercessão de conjuntos: os conceitos jurídicos indeterminados podem ser diferenciados em três categorias, a) os suscetíveis de densificação; b) os absolutamente indeterminados e c) os relativamente indeterminados, estes últimos formam uma categoria na qual a densificação é possível ou não conforme o avanço hermenêutico (ANTUNES, 2012, p. 293). Somando o campo da discricionariedade propriamente dita, há, assim, quatro campos para compreender-se a intercessão.

Para chegar a esta divisão, Colaço Antunes apresenta a crítica à Escola de Viena, em particular Kelsen, segundo o qual a norma jurídica representa apenas a moldura em torno das várias possibilidades do intérprete. Assim, toda interpretação é um exercício de decisão entre várias hipóteses legalmente válidas, a discricionariedade perde o seu significado juridicamente relevante e autônomo para se identificar com a interpretação jurídica (ANTUNES, 2012, p. 304), pois toda atividade administrativa é, de algum modo, discricionária. Em sentido contrário, Colaço cita Bachof e a teoria da interpretação hermenêutica dos conceitos indeterminados, segundo a qual a interpretação hermenêutica é um exercício integrativo criador e a Administração participa com uma margem de definição porque possui o poder exclusivo de qualificação do fato real (ANTUNES, 2012, p. 318). O juiz administrativo avança na interpretação hermenêutica até onde é possível. Em sua tese, da *complementariedade terapêutica*, Colaço advoga que a aplicação de

conceitos indeterminados não se restringe à mera subsunção à norma e nem a um processo de interpretação da linguagem, mas a um diálogo entre a norma e o fato, o que forma um circuito (ANTUNES, 2012, p. 323).

À construção de BACHOF (e respectivas derivações) deve reconhecer-se o mérito de restringir a liberdade de decisão da Administração (própria da discricionariedade) e, simultaneamente, o de ter ampliado o controle jurisdicional, o que não é pouco. Ao contrário das normas atributivas de poder discricionário, que pretendem conceder liberdade de escolha à Administração, ao utilizar conceitos jurídicos relativamente indeterminados, o legislador pretende comprimir a liberdade da Administração 'obrigando-a' a densificar o conceito indeterminado até onde for conceptual e interpretativamente possível. Para essa doutrina, os conceitos jurídicos relativamente indeterminados só equivalem a discricionariedade administrativa no que vai para além do que é determinável por via hermenêutica (ANTUNES, 2012, p. 296)

Ao administrador só resta liberdade de decisão quando há mérito no ato.

**4. A solução brasileira com a lei 13.655/18** – Especialmente voltada para o problema da indeterminação dos conceitos e a discricionariedade na administração pública, a lei 13.655/18 inseriu uma dezena de artigos (artigos 20 a 30) na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Segundo VITORELLI, “a lei promove uma ampliação dos parâmetros de controle de legalidade, abandonando, em definitivo, a ideia de legalidade formal, para promover o controle de juridicidade” (2020, p. 79). O legislador fez isso adotando o consequencialismo, uma orientação interpretativa que busca relacionar o ato decisório com as suas consequências práticas. VITORELLI afirma que a mudança é revolucionária (2020, p. 85), o que parece um exagero e é preciso investigar. O que de início já se vislumbra é que esse consequencialismo tem origem no utilitarismo, e é preciso advertir que o utilitarismo, quando levado ao extremo é, no mínimo ingênuo.

Há um esforço legislativo para reduzir a incerteza jurídica e obter mais segurança, adotando uma perspectiva consequencialista das decisões. Isto ocorre principalmente com a tentativa de interpretações mais objetivas. Mas, de antemão, qualquer esforço nesse sentido tem um resultado apenas de política jurisdicional porque é um contrassenso pretender objetividade no que é por essência de natureza subjetiva.

Mas é de se esperar que nas entrelinhas da lei se revele uma orientação do que se entende por conceitos jurídicos indeterminados e, por consequência, qual a margem de discricionariedade que se atribui ao administrador nesses conceitos.

Destaca-se o artigo 20 introduzido pela lei, que diz: “não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da

decisão”. Isoladamente é um texto inócuo, primeiro porque é uma obviedade que a decisão pública é vinculada às suas consequências práticas, mas o mais grave é a própria generalidade e abstração da expressão “consequências práticas”, onde o legislador experimentou uma dose do próprio veneno. Procura-se combater o problema da indeterminação dos conceitos com um conceito também aberto à indeterminação. Por outro lado, é de se perguntar se o texto autoriza decisões que não considerem suas consequências práticas se fundadas em valores jurídicos que não são abstratos.

Por ser o primeiro dispositivo acrescido à Lei de Introdução com o propósito de objetivar a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, há um pecado original, pois não se ataca a questão essencial: orientar o intérprete sobre o que o Direito brasileiro entende por “conceitos jurídicos indeterminados”.

Citando Sundfeld, Didier e Oliveira afirmam que o Brasil vive um ambiente de “geleia geral”, onde princípios gerais podem justificar qualquer decisão (DIDIER JR. e OLIVEIRA, 2019, p.117). Então o artigo 20 se justifica por trazer mais segurança jurídica.

Na sequência, o parágrafo único do artigo 20 estabelece que a motivação do ato demonstre a necessidade e a adequação da decisão, o que vem em consonância com o caput. É um dispositivo útil porque obriga o intérprete a expor o percurso de sua interpretação (DIDIER JR. e OLIVEIRA, 2019, p.114). Mas é um dispositivo que, no máximo, aprofunda o que já está previsto no artigo 93, IX da Constituição Federal e o artigo 489, parágrafo 1º, Inciso II do CPC.

Mas os autores citados fizeram uma interpretação alargada do dispositivo ao definirem os “valores jurídicos abstratos” do texto legal como “os princípios normativos menos densificados”, assim o exercício de fundamentação da decisão se restringe aos conceitos jurídicos indeterminados que, correspondentemente, podem produzir uma decisão arbitrária se não forem apresentados argumentos suficientes para ligarem o caso concreto à abstração do conceito. Porque, como também afirmam os autores, “exigir do julgador que faça a prognose das consequências práticas da decisão ao se deparar com qualquer conceito vago – enunciado em princípios e regras – terminaria por inviabilizar a sua atividade, dada a profusão com que se encontram termos vagos na legislação brasileira” (DIDIER JR. e OLIVEIRA, 2019, p.120). Este é exatamente o problema, mesmo que a jurisprudência se consolide no entendimento acima, nada impede que o intérprete se comporte em sentido diferente, exigindo que todo conceito vago dependa agora de uma justificação para as consequências práticas ou, por outro lado, nada o faça por considerar

que é impraticável. Como afirma Leal, “o artigo 20 pode significar um simples comando para que essas normas sejam aplicadas como deveriam” (LEAL, 2017, p. 20).

DIDIER e OLIVEIRA argumentam que o artigo 20 inaugura o “postulado hermenêutico do pragmatismo” (2019, p. 122), onde a escolha entre as hipóteses possíveis devem considerar o que é mais prático. Mas isso não é verdadeiro, porque também é absolutamente possível que o intérprete faça escolhas absolutamente subjetivas em função do seu conjunto de convicções pessoais, mas possuam a habilidade de justificar com a mesma subjetividade da escolha que fez.

O dever de motivação já faz parte dos deveres do intérprete no nosso sistema. Assim, o artigo 20, especialmente no seu parágrafo, não peca, mas não soluciona o problema pretendido e traz grande novidade ao sistema. Também há o risco de que a exigência do artigo 20 resulte apenas argumentação tão vaga quanto o próprio conceito em interpretação. O que torna o dispositivo inócuo e assim seja pior, por gerar trabalho inútil ao intérprete. Então a solução dada pelo legislador ajuda, mas é insuficiente.

O caput do artigo 21 incorre no mesmo propósito e problema do artigo 20, na mesma linha consequencialista. Para ainda piorar a situação, o legislador recheou o texto da lei com conceitos indeterminados, como “equanimidade”, “interesses gerais”, “ônus ou perdas anormais ou excessivas” etc., reforçando o seu caráter paradoxal. MENDONÇA (2018, p. 58) afirma que o consequencialismo chegou de vez no Brasil e são nesse sentido todos os dispositivos inseridos na Lei de Introdução a partir do artigo 20. No artigo 21 a decisão que invalida qualquer ato administrativo em sentido amplo deve indicar as consequências da decisão. De fato impõe ao interprete uma responsabilidade extra, é um dispositivo ainda mais pragmático que o anterior, mas arrisca no mesmo grau resultar num esforço inócuo. Como ele irá indicar o que ainda está por vir? O que é, em essência, inexistente? O máximo que é possível indicar é algum grau de probabilidade, o que não vincula nada e ninguém. Essa indicação das consequências não é, de fato e em essência, possível.

O parágrafo único do artigo 21 propõe a indicação de condições de regularização de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor ônus ou perdas anormais ou excessivos. É um conteúdo normativo com uma proposição plausível, mas não impede que a decisão continue à mercê do subjetivismo e não ataca como todos os demais dispositivos conexos, a essência do problema.

Enfim o artigo 23 faz referência expressa à indeterminação dos conceitos ao abordar a questão da novidade na mudança de orientação interpretativa, oferecendo a

seguinte solução, quando a interpretação impor um novo dever ou um novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando imprescindível.

O artigo 23 também é de orientação de política jurisdicional, sem proporcionar uma teoria para o problema da indeterminação dos conceitos para além do consequencialismo. Mesmo assim trata-se de um dispositivo mais razoável no conjunto dos apresentados até aqui. É um dispositivo que contribui efetivamente para a segurança jurídica, argumento este que, muitas vezes é atribuído a toda a lei 13.655.

Do artigo 24 o que se deve destacar é a orientação à interpretação que leve em consideração “as orientações gerais da época”. É uma orientação hermenêutica com a clareza do papel histórico da norma e do ato público em geral. É uma opção legislativa entre os métodos tradicionais de interpretação. Entretanto, na segunda parte do caput do artigo, em medida preventiva e de segurança jurídica, o texto proíbe que a interpretação que mude a orientação geral invalide as situações já consolidadas, em consonância com a própria Constituição quando esta protege o ato jurídico perfeito.

Na perspectiva e hipótese aventada nessa pesquisa seguramente o parágrafo único do artigo 24 é o texto da lei que mais alcança o propósito de orientar o intérprete na determinação dos conceitos. Isso porque o texto diz expressamente um critério objetivo de hermenêutica e que alcança o cerne do problema. Porque o caput do artigo 24 orienta a interpretação para fazer uso de “orientações gerais da época”, um critério por si só bastante vago. Mas o parágrafo único arremata direcionando o sentido do que são “orientações gerais”: “interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público”.

Entre os demais dispositivos merece algum destaque o artigo 28, porque impõe responsabilidade pessoal ao agente público em caso de dolo ou erro grosseiro. Trata-se de um dispositivo com um propósito político e com severos efeitos jurídicos. A responsabilidade do agente nestas hipóteses já está configurada no sistema em outros dispositivos, mas veio em consonância com o propósito geral desta lei. Neste caso tenta por força política inibir excessos na interpretação das normas.

**5. Resultados e considerações finais** – Percebe-se, portanto, que o problema dos conceitos jurídicos indeterminados na Administração Pública ocorre quanto à possibilidade ou não de controle jurisdicional. Problema que sintetizado, como conclusão, pelos seguintes caminhos: a) não admitir controle sempre que ocorrer discricionariedade direta,

por opção do legislador; b) não admitir controle sempre que ocorrer discricionariedade indireta, nas hipóteses onde os conceitos indeterminados levam a duas ou mais opções válidas; c) admitir controle jurisdicional nas hipóteses de conceitos indeterminados sindicáveis, por juízos técnicos seguros ou por valoração segundo padrões médios socialmente aceitos e consolidados.

Então como a mudança nos dispositivos da Lei de Introdução poderia contribuir de forma mais efetiva para o problema da indeterminação dos conceitos? Essa não é uma resposta fácil e não é essa a delimitação da pesquisa e nem a hipótese aventada, pois a intensão é principalmente delinear o problema. Mas certamente o legislador seria mais comprometido com o sistema normativo se na Lei de Introdução, com o significado que ela possui, viesse com um esclarecimento sobre o que o direito brasileiro entende por *conceitos jurídicos indeterminados*.

Considerando o percurso histórico do tema, resumido no primeiro capítulo, o legislador poderia lançar mão de cânones de interpretação para que ela ocorra com menos subjetividade e com parâmetros típicos de exercício hermenêutico.

A Lei de Introdução poderia conter uma fórmula de distinção entre os conceitos de valor e os conceitos de experiência para, na sequência, oferecer critérios distintos de interpretação. Poderia impor vinculações às decisões, especialmente as que permitem juízos de experiência mais seguros. Aqui se enquadra a adoção do consequencialismo.

A Lei também poderia indicar como cânone privilegiar a experiência jurisprudencial, reforçando o princípio, mas com uma indicação específica para os casos de indeterminação de conceitos.

Por segurança jurídica, a Lei poderia impor ao juiz privilegiar a decisão do administrador quando a divergência e a dúvida afetar o próprio julgador. A necessidade legítima de controle sobre o administrador se exagerada pode levar a uma doença: a sanha pelo controle, a desconfiança cega e a ignorância de que o administrador também pode oferecer uma boa resposta. A interpretação sólida pode advir, inclusive, com a ajuda da repetição de decisões da Administração num mesmo sentido.

O legislador poderia ter optado, por exemplo, pela teoria da Complementariedade Terapêutica citada acima para fundamentar o arcabouço interpretativo.

A Lei poderia, por fim, estabelecer como critério de fechamento da interpretação, quando nenhum dos demais critérios fosse suficiente, o emprego da ponderação caso a caso.

Naturalmente aqui há um rol de propostas apresentadas apenas para reforçar o caráter insuficiente da opção adotada na Lei de Introdução. Mais importante do que ampliar o controle sobre o administrador é deixar mais claro quando é possível e necessário o controle.

## 6. Referências bibliográficas.

ALESSI, Renato. **Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano**. Milano: Giuffrè, 1953.

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de Direito Administrativo**. Vol. II. Coimbra: Ed. Almedina, 2010.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **A ciência jurídica administrativa. Noções fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2012.

DIDIER JR., F. e OLIVEIRA, R. A. de. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o artigo 20 da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 73, jul./set. de 2019. Consulta em: 07.04.2023; Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1473819/Fredie+Didier+Jr.+%26+Rafael+Alexandria+de+Oliveira.pdf>

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: novas agendas novos problemas: o caso do PL 349/15. In: LEAL, F. (org.) e outros. **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: UERG/FGV-Rio, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Artigo 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, nov. de 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Usu%C3%A1rio/Downloads/admin,+II.2.pdf>

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O poder discricionário da Administração**. Coimbra: Coimbra Editora, 1944.

SOUSA, Antônio Francisco de. **“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Direito Administrativo**. Lisboa: Prefácio, 2009.

VITORELLI, Edilson. A lei de introdução às normas do direito brasileiro e a ampliação dos parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários: o direito na era do consequencialismo. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 79-112, maio/agosto de 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/82006/78913>