



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO, NEGÓCIOS E COMUNICAÇÃO
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
MONOGRAFIA JURÍDICA

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE E
CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**
UM ESTUDO SOBRE A DETERMINAÇÃO NA LÓGICA E NA ANÁLISE DA
LINGUAGEM

ORIENTANDO: LEON DUARTE BORGES
ORIENTADORA: Prof.^a Dra. FERNANDA DE PAULA FERREIRA MOI

GOIÂNIA-GO
2022

LEON DUARTE BORGES

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE E
CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**
UM ESTUDO SOBRE A DETERMINAÇÃO NA LÓGICA E NA ANÁLISE DA
LINGUAGEM

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof.^a Orientadora: Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi.

GOIÂNIA-GO
2022

LEON DUARTE BORGES

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE E
CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**
UM ESTUDO SOBRE A DETERMINAÇÃO NA LÓGICA E NA ANÁLISE DA
LINGUAGEM

Data da Defesa: 04 de junho de 2022

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof.^a Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi

Nota

Examinadora Convidada: Prof.^a: Dra. Eliana Borges Fleury Curado

Nota

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais Eloisa e Itamar, e minha irmã Ana Luiza, por todo apoio e incentivo, e pelo exemplo de vida inestimáveis.

Agradeço ao meu amor e minha felicidade Ana Paula, por tanto companheirismo, carinho e apoio nas dificuldades.

Agradeço aos meus amigos muito queridos Heitor Cardoso, Isabela Wender e Nathália Machado.

E agradeço aos professores que muito me inspiraram ao longo da minha formação, instigando a curiosidade e o gosto pelos estudos, em especial os professores Marshal Gaioso, Felipe Valoz, Vinícius Carneiro, Ronan Gil, Estércio Marquez, Elke Seiwert, Cleudes Tavares e Fernanda Moi.

RESUMO

Conceitos jurídicos indeterminados são expressões ou termos, cujo sentido não é desde já determinado, mas aberto para interpretação conforme um juízo de conveniência e oportunidade. Presentes em todos os ramos do direito, os conceitos indeterminados são tema mais detidamente estudado na doutrina do direito administrativo. Neste ramo, os conceitos indeterminados empregados na lei conferem à Administração certa margem de discricionariedade, a qual não autoriza arbitrariedade ou abuso de poder. Este trabalho buscou investigar os critérios pelos quais se pode caracterizar os conceitos jurídicos indeterminados e diferenciá-los da linguagem determinada habitual. Para tanto, foram revisados os cânones da teoria do direito que fundamentam as noções do constitucionalismo: Estado Democrático de Direito, legalidade, separação de poderes; bem como os elementos da teoria da norma jurídica sobre a determinação na linguagem jurídica: norma geral e abstrata, mas certa quanto aos sujeitos de direitos e deveres e às condutas comandadas. Foram também estudados conceitos da filosofia, pelos quais se pode identificar critérios de determinação na linguagem em geral: a doutrina lógica aristotélica do *lógos apophantikós* e o princípio de não-contradição; também elementos da filosofia analítica da linguagem de Frege e Wittgenstein: distinção de sentido e significado, função proposicional, e a teoria da significação segundo uma noção de atomismo lógico ou correspondência termo a termo entre signos e coisas. Ao fim, foram revistos também a caracterização doutrinária do ato administrativo, discricionariedade e a técnica jurídica controle judicial de legalidade.

Palavras-chave: Conceitos indeterminados. Discricionariedade. Legalidade. Linguagem jurídica.

ABSTRACT

Undetermined legal concepts are expressions or terms, whose meaning is not immediately determined, but are open for interpretation according to a judgment concerning convenience and opportunity. Present in every branch of law, undetermined legal concepts are a theme more thoroughly studied in administrative legal doctrine, where it is said that undetermined concepts give to the public administration a certain amount of discretion, which does not authorize any arbitrariness or abuse of power. The present work investigates the criteria, by which one may characterize these undetermined concepts and differentiate them from usual determined language. Thus, the canon of legal theory that bases the fundamental notions of constitutionalism were revised: Democratic State of Law, legality (rule of law), division and limitation of powers; also, the elements of the theory of legal norm: generality and abstraction, but certain in terms of the subjects of rights and duties, and the actions which are commanded. Also concepts in philosophy were studied, by which one may identify criteria of determination in language in general: Aristotle's logical doctrine of *logos apophantikos* and the principle of non-contradiction; and elements of analytical philosophy of language of Frege and Wittgenstein: the distinction between sense and meaning, propositional function, and the theory of meaning after a notion of logical atomism or term-by-term correspondence of signs and things. Lastly, the doctrinal characterization of administrative act, discretionarity and legal technic of judicial control of legality.

Keywords: Undetermined concepts. Discretionarity. Legality. Legal language.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E ANÁLISE DA LINGUAGEM	10
1.1 DETERMINAÇÃO NA LINGUAGEM JURÍDICA E SUA IMPORTÂNCIA A PARTIR DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA	12
2 DETERMINAÇÃO NA LINGUAGEM EM GERAL, A PARTIR DA LÓGICA E DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM	19
2.1 A DOCTRINA ARISTOTÉLICA DO <i>LÓGOS APOPHANTIKÓS</i> E DO PRINCÍPIO DE NÃO-CONTRADIÇÃO	20
2.2 CONCEITOS DA FILOSOFIA ANALÍTICA ACERCA DA SIGNIFICAÇÃO E DA DETERMINAÇÃO: FREGE E WITTGENSTEIN	27
3 CONCEITOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL	31
3.1 CARACTERIZAÇÃO DOCTRINÁRIA DO ATO ADMINISTRATIVO, DO PODER DISCRICIONÁRIO E DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	31
3.2 CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO, INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS INDETERMINADOS	38
CONCLUSÃO	44
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

A República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, o que implica fundar-se nos paradigmas do império da lei e do princípio da legalidade. Segundo este, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude da lei; segundo aquele, todo poder público submete-se ao Direito. O Estado submete-se ainda à supremacia da Constituição, rígida e hierarquicamente superior às determinações legais e demais atos normativos. Em todo caso, busca-se, pelo Direito, assegurar os indivíduos contra arbitrariedades; e assim adquire a lei, em sentido próprio (lei legislada) ou amplo (ato normativo em geral), uma centralidade dentro do mundo jurídico.

O Direito, então, se expressa pelo texto normativo, e este exige a todo momento a sua interpretação. A hermenêutica jurídica, a arte da interpretação ou o estudo sobre esta arte, busca em geral compreender o “sentido e alcance” da norma para a devida aplicação. A necessidade de interpretação não se restringe aos casos de dúvida ou incerteza quanto ao sentido do texto – ao contrário do que diz o brocardo *in claris cessat interpretatio*. Sempre que houver o ato da aplicação, existirá ali também um ato de interpretação; é certo, porém, que o recurso às técnicas hermenêuticas se mostra essencial justamente diante de problemas de interpretação, quando o texto apresenta ambiguidades ou imprecisões, portanto duas ou mais possibilidades contrastantes de aplicação.

Há no mundo do Direito, em certas ocasiões, o emprego dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, que recebem da doutrina essa classificação justamente por trazerem uma certa dificuldade especial de interpretação, como por exemplo, “devido processo legal”, “função social da propriedade”, “interesse público”, “segurança nacional”, “dignidade da pessoa humana”.

Esses conceitos são caracterizados por trazerem noções vagas, abertas, que abrem maior grau de liberdade interpretativa, mas que também podem gerar maiores dificuldades ou embaraços para o intérprete, a quem cabe determinar o seu sentido e aplicar a norma. Presume-se, porém, a possibilidade de que mesmo esses conceitos indeterminados sejam determináveis, isto é, que seu sentido possa ser precisamente estabelecido pelo trabalho hermenêutico.

O tema dos conceitos indeterminados é de especial interesse à ciência jurídica dentro do campo do estudo dos atos administrativos discricionários, bem como da interpretação

constitucional, com reflexos no controle externo da Administração pelo Poder Judiciário e no sistema de controle de constitucionalidade.

No Direito Administrativo, o estudo dos atos administrativos leva à classificação de atos vinculados e atos discricionários: vinculados, aqueles em que a lei determina à Administração Pública que tome certa ação administrativa, segundo critérios determinados e sem abrir margem para opções; e discricionários, aqueles em que a lei admite uma margem de discricionariedade, isto é, de escolha entre agir desta ou daquela forma (ou não agir), segundo um juízo de oportunidade e conveniência. O ato discricionário pode se verificar, entre outros casos, quando a lei, ao regular certo ato administrativo, lança mão de noções vagas ou conceitos indeterminados.

A distinção discricionariedade-vinculação importa para a delimitação do âmbito de controle judicial legítimo sobre os atos administrativos. Quanto a isto, admite-se o controle da legalidade, mas é vedado o controle sobre o mérito do ato, correspondente ao âmbito de discricionariedade legítima conferida à Administração.

Observando, porém, aqueles princípios da legalidade, império da lei e supremacia da Constituição, atenta-se para o esforço necessário da ciência jurídica para que a discricionariedade não comporte arbitrariedade. Nesse sentido, constata-se também haver no Direito brasileiro uma tendência à positivação dos princípios, especialmente a nível constitucional, o que acarreta uma diminuição do âmbito daquele mérito, sobre o qual o poder judiciário não pode se manifestar.

No sentido também de controle contra arbitrariedades, o Direito brasileiro estabelece a obrigatoriedade de fundamentação, tanto no caso dos atos administrativos, como das decisões judiciais. Quanto ao ato administrativo, fala-se na motivação, a exposição dos fundamentos de fato e direito do ato; quanto às decisões judiciais, determina a Constituição serem “fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade” (art. 93, IX). É certo, no entanto, que não atende ao fim de controle contra arbitrariedades a indicação de qualquer motivação ou fundamentação por si; ao contrário, exige-se certa fundamentação qualificada, e cumpre à ciência jurídica determinar os critérios que ela deverá atender. Em todo caso, busca-se a possibilidade de determinação de conceitos jurídicos indeterminados, para a qual muito se presta a técnica hermenêutica.

A discussão em torno dos conceitos jurídicos indeterminados adquire ainda interesse social, na medida em que o debate público se volta intensamente para o

questionamento sobre a legitimidade de atos do poder público que habitam a fronteira entre o discricionário e o arbitrário, e sobre os limites do controle judicial da Administração, a atuação do Poder Judiciário em sua função de controle de legalidade e constitucionalidade.

Cumpra-se perguntar: em que consiste, afinal, a determinação e a indeterminação de conceitos jurídicos? E o que significa em geral “dizer algo determinado”? Para isso, importa investigar, para além do âmbito da ciência jurídica, a filosofia da linguagem e a lógica.

Dizer algo determinado consiste em geral em dizer algo com significado preciso, entendendo por isso a univocidade, ausência de ambiguidades, de equívocos ou polissemia, e de contradição. Cumpra-se estudar na filosofia os princípios da linguagem, do significado, da predicação, a fim de se entender como se dá a determinação e a indeterminação na fala. A lógica, em especial, enquanto estudo do *logos* como discurso enunciativo, trata da possibilidade de referência aos objetos ou às coisas do mundo pela fala, e a possibilidade de significar o verdadeiro e o falso.

Este trabalho, portanto, tem como objeto os conceitos jurídicos indeterminados. Busca identificar o uso que se faz de tais conceitos nas leis, o tratamento que a eles confere a doutrina, os problemas que eles suscitam relativos à hermenêutica jurídica, e as implicações que trazem para as técnicas de controle judicial dos atos administrativos, bem como do controle de constitucionalidade. Para isso, deve-se considerar a contribuição da filosofia da linguagem e da lógica em sua investigação. A pesquisa se mostra importante, na medida em que possibilita aprofundar as discussões em torno da legitimidade do Poder Judiciário para exercer o controle externo de atos da Administração Pública, tanto a título de controle de legalidade como de constitucionalidade.

Em vistas a este objetivo, cumpre investigar nas bases da teoria do direito e da norma jurídica os elementos de uma linguagem jurídica determinada, e que permitam estabelecer a distinção entre os conceitos indeterminados e os determinados. Num outro passo, em busca dos fundamentos de uma linguagem determinada em geral, devem ser analisados os conceitos da lógica e da filosofia da linguagem que caracterizam o que seja dizer algo determinado em geral. Ao fim, tendo já em mente esses fundamentos, deve ser estudada a caracterização doutrinária dos atos administrativos discricionários, os conceitos jurídicos indeterminados, e o controle judicial de legalidade dos atos administrativos.

1. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E ANÁLISE DA LINGUAGEM

Conceitos jurídicos indeterminados são em geral aqueles conceitos ou termos que, inseridos no texto de norma jurídica, apresentam significado impreciso, incerto ou indeterminado, ou por demais aberto a interpretações sobre o seu sentido normativo.

O tema dos conceitos indeterminados aparece mais explicitamente dentro do Direito Administrativo, nas discussões doutrinárias sobre o ato administrativo e o poder discricionário. Porém, não se limita à administração pública, uma vez que o uso de termos indeterminados é perceptível na legislação em todos os ramos de direito, como também a discricionariedade aparece na aplicação do direito em geral, não apenas na esfera administrativa.

A título de exemplo, vemos na declaração constitucional de direitos fundamentais o uso de expressões como “necessidade ou utilidade pública, interesse social” para desapropriação (art. 5º, XXIV); “iminente perigo público” para o uso da propriedade particular pelo poder público (art. 5º, XXV). No Código Civil, os §§ 1º a 5º do art. 1.228 utilizam diversos termos abertos relativos à função social da propriedade, como “finalidades econômicas e sociais”, “comodidade ou utilidade”, “obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante”. No Código de Processo Civil, a verificação da repercussão geral para admissão de recurso extraordinário é condicionada a um juiz da existência de “questões relevantes o ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo”. No âmbito trabalhista, o art. 385 da CLT fala em “conveniência pública”, “necessidade imperiosa de serviço”, a juízo da autoridade competente, para a exceção ao descanso semanal no domingo. No Código de Processo Penal, ainda, a propositura de acordo de não persecução penal é condicionada ao juízo pelo Ministério Público de ser a medida “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (art. 28-A), e a decretação de prisão preventiva tem por critério a “garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal” (art. 312).

A discussão técnico-jurídica sobre os conceitos jurídicos indeterminados, o poder discricionário que eles suscitam e o controle judicial dos atos praticados com base neles pressupõe alguma noção sobre o que são os conceitos jurídicos indeterminados. Essa noção, desenvolvida no contexto de escritos doutrinários, depende por sua vez de um entendimento

sobre em que consiste tal indeterminação, e pode ser mais ou menos explícita, mais ou menos fundamentada.

Um entendimento sobre essa indeterminação será mais esclarecido e mais bem fundamentado, presume-se, quanto mais aberta e explícita seja a investigação sobre o problema em si. O problema que se coloca, portanto, é: em que consistem exatamente a determinação e a indeterminação nos conceitos jurídicos?

A noção de conceitos jurídicos indeterminados, enquanto se desenvolve no âmbito das discussões doutrinárias jurídicas, permanece mais ou menos adstrita às finalidades práticas, isto é, aos problemas técnicos que busca dirimir. Nada mais natural, uma vez que o Direito é antes de tudo uma técnica ou arte, e a Ciência Jurídica (*iurisprudentia*), uma ciência prática, nunca meramente teórica ou especulativa. Não obstante, também a prática necessita de alguma teoria, e esta pode, tendendo à abstração e universalidade, vir a desgarrar-se da singularidade dos problemas fáticos concretos e trilhar caminhos próprios.

A pergunta, portanto, pela determinação e indeterminação nos conceitos jurídicos, tal como a colocamos, deverá ser perseguida, para além dos limites dos estudos doutrinários ramificados, dentro do campo da teoria geral do direito. Assim, buscaremos nos temas basilares da teoria da norma jurídica o lugar da determinação e da indeterminação. Em especial, cumpre investigar a maneira como a determinação é pressuposta como paradigma na norma, dentro de sua caracterização habitual como “geral e abstrata”, e quanto a seus elementos deônticos: a obrigação, a proibição e a faculdade de agir, além da designação dos sujeitos ativo e passivo, destinatários da norma.

Considerando também o estudo do ordenamento jurídico em si, investigaremos o lugar da determinação e indeterminação em seus predicados comuns de unidade, coerência e completude. Neste sentido, a noção de determinação se mostrará central também dentro do conceito de legalidade, princípio e paradigma do direito moderno e contemporâneo, que se manifesta na garantia constitucional de legalidade, nos conceitos afins de “Estado Democrático de Direito” e “império da lei”, bem como na garantia da segurança jurídica.

Ao lado, contudo, deste estudo sobre a posição e a importância da determinação na teoria geral do direito, deve-se levar uma investigação mais própria sobre em que consistem a determinação e a indeterminação em si, o que escapa aos limites do direito. Para isso, os fundamentos desta distinção entre conceitos determinados e indeterminados necessita de uma abordagem filosófica, dentro dos campos da lógica, da ontologia e da análise da linguagem.

1.1. DETERMINAÇÃO NA LINGUAGEM JURÍDICA E SUA IMPORTÂNCIA A PARTIR DA TEORIA DA NORMA JURÍDICA

O problema da determinação ou indeterminação de conceitos jurídicos, que repercute nos temas da hermenêutica jurídica, do poder discricionário e do poder normativo-regulamentar da Administração Pública, bem como no controle judicial dos atos administrativos e, portanto, na separação dos Poderes constitucionais, é, antes de tudo, um problema pertinente à linguagem jurídica. Nesse sentido, deve ser trabalhado dentro de uma teoria do direito que se centralize no estudo da norma jurídica e da sua linguagem propriamente jurídica, em distinção aos outros modos de linguagem.

Assim será possível identificar o lugar e a importância da determinação da linguagem na caracterização da norma jurídica e nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Ao mesmo tempo, será possível também reconhecer os limites dos critérios de determinação e o espaço legítimo e necessário dos conceitos indeterminados dentro da normativa jurídica.

A ideia da determinação, i.e., de que a linguagem normativa jurídica deve ser determinada, está intimamente relacionada à noção da legalidade. A legalidade, para além da garantia constitucional prevista no art. 5º, II da Constituição Federal, parece consistir em verdadeiro paradigma ou princípio geral do direito, na medida em que a lei assume posição central e primária dentro das fontes de direito, em relação à qual todo ato do poder público e toda atividade privada, de uma maneira ou de outra, devem se adequar. A natureza dessa primazia da lei não se deixa apreender pela mera dogmática jurídica, mas exige, em momento oportuno, também a consideração de suas razões políticas de ser.

O significado primário de legalidade, de fato, é a medida ou o critério de adequação de um ato à lei, em sentido estrito, ou à normatividade jurídica em geral. Assim se define a legalidade como “submissão à lei, submissão de um ato jurídico, mas também de uma atividade material, à normativa jurídica, sendo esta ampliada para além da lei formal ao conjunto da normatividade” (ALLAND; RIALS, 2012, p. 1075).

Este ato, do qual se predica a legalidade ou ilegalidade, pode ser, genericamente, todo decreto, portaria, decisão, negócio jurídico, ato subjetivo etc. Corresponde à noção de ato jurídico *lato sensu*, compreendendo toda manifestação de vontade humana apta a produzir

efeitos jurídicos (cf. PEREIRA, 2017, pp. 51 e ss., 399). Conclui-se que este conceito amplo de ato jurídico excluiria apenas atos “*ajurídicos*”, indiferentes para o direito, isto é, que não produzem efeitos jurídicos.

Como dito, a “lei” que serve de padrão, pelo qual se mede a adequação do ato – sendo, portanto, a medida de legalidade –, se refere ora à lei em sentido estrito, ora à normatividade jurídica em geral.

“Lei em sentido estrito” é a lei legislada, esta norma geral e abstrata, deliberada e promulgada pelo órgão legislativo competente para tal segundo um devido processo legislativo, e que, segundo as noções do Direito herdadas do liberalismo clássico e do iluminismo jurídico, corresponderia mais fielmente à “vontade geral”, estando por isso legitimada a estabelecer obrigações ou deveres (cf. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, pp. 351-352; MENDES; BRANCO, 2021, p. 973).

Tomando, por outro lado, como medida de legalidade a normatividade jurídica em geral, reconhece-se que não apenas a lei em sentido estrito é o critério de medida da legalidade dos atos jurídicos, mas também outras fontes e atos normativos, a Constituição, tratados e convenções internacionais, súmulas e precedentes, os decretos e resoluções relativamente aos atos administrativos que se lhe subordinam – noção simbolizada pela imagem da estrutura hierárquica piramidal de Kelsen¹.

Assim se fala em “bloco de legalidade”, significando não só a lei formal ou em sentido estrito, mas a norma jurídica em sentido amplo e, portanto, compreendendo também sob o termo “lei” a Constituição, emendas constitucionais, leis complementares, leis delegadas, medidas provisórias e tratados internacionais (MENDES; BRANCO, 2021, p. 976).

Pode-se também estender a compreensão de “lei” para além do bloco de legalidade delimitado, abarcando ainda atos administrativos, que também servem de parâmetro para a

¹ A chamada “pirâmide de Kelsen” é figura comumente usada para ilustrar a noção da hierarquia de normas no ordenamento jurídico dotado de unidade. “Foram Hans Kelsen e Adolf Merkel que interpretaram a ordem jurídica como uma pirâmide escalonada, no topo da qual se acha a Constituição. Desta, derivam todas as demais normas, todas hierarquicamente. Assim, a Constituição não pode ser ferida por uma lei ordinária, nem um decreto regulamentar pode dispor contrariamente à lei que ele próprio está regulamentando” (ACQUAVIVA, 2013, p. 640). Nas palavras de Kelsen, “A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (KELSEN, 1984, pp.309-310).

adequação ou legalidade de atos subordinados hierarquicamente. Assim, por exemplo, as instruções normativas se subordinam aos decretos, e as resoluções se subordinam ao regulamento (decreto ou instrução normativa) e ao regimento (cf. MEIRELLES, 2016, pp. 206-208), de modo que, se o ato subordinado contraria disposição do ato subordinante, poderá ser dito ilegal.

Além desta concepção primeira de legalidade como adequação de ato à lei, a legalidade se apresenta também como garantia constitucional, prevista no art. 5º, II da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Identifica-se este dispositivo como garantia constitucional, por revelar o caráter de disposição declaratória em defesa de um direito fundamental, instrumento destinado a “assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais” (SILVA, 2020, p. 422). Ademais, identifica-se implícito ou subentendido na garantia da legalidade um direito fundamental à “liberdade de ação geral” (SILVA, 2020, p. 417).

Não se ignora a diferença de sentidos dessa garantia de legalidade para o mundo do direito privado e para o mundo do direito público. A distinção dos efeitos da garantia é assim resumida: “enquanto no âmbito privado é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que está autorizado pela lei” (MENDES; BRANCO, 2021, p. 974). De fato, o princípio de legalidade se manifesta e produz efeitos pelos diversos ramos do direito, repercutindo também no direito privado, porém é no âmbito do direito público que encontra mais propriamente a sua razão de ser.

Caracteriza-se o direito privado, em termos gerais, por regular as relações entre pessoas singulares, indivíduos como tais – portanto segundo uma igualdade que exclui o elemento de subordinação próprio do direito público –, pelo predomínio de normas de interesse privado (cf. PEREIRA, 2017, pp. 13-14) e, sobretudo, pelo princípio da autonomia da vontade, segundo o qual “todos podem agir conforme os seus interesses, desde que não conflitantes com a ordem jurídica”, sendo a manifestação de vontade relativamente livre (ACQUAVIVA, 2013, p. 129). Assume aqui o princípio de legalidade menor relevância, uma vez que “o direito privado é o campo de ação das leis permissivas ou supletivas” (PEREIRA, 2017, p. 90), exercendo a lei no mais das vezes a função de estabelecer “normas destinadas a vigorar como subsidiárias da vontade das partes, preceitos que apenas suprem a deliberação dos interessados” (PEREIRA, 2017, p. 89).

No campo do direito público, por outro lado, o princípio da legalidade perfaz mais completamente a sua natureza própria. É neste âmbito que expressa o seu significado mais substancial de subordinar toda a atuação do poder público, ou poder estatal em geral, às determinações da lei. Nesse sentido, se destaca também o seu caráter de direito público subjetivo, enquanto “situação jurídica subjetiva do indivíduo em relação ao Estado” (SILVA, 2020, p. 179), direito oponível contra o Estado, como sujeito passivo, ou autolimitação do Estado no sentido de abstenção, conforme as concepções liberais clássicas dos chamados direitos fundamentais de primeira geração (MENDES; BRANCO, 2021, p. 141).

Considerando a sua gênese, nota-se que a ideia da legalidade surge e se desenvolve lado a lado com a noção tanto de limitação, quanto de legitimação do Estado e do poder estatal pela lei ou pelo Direito. Nesse sentido, se aproximam o sentido jurídico e o sentido político do princípio de legalidade, como também as próprias noções de Direito e Estado:

(...) a conexão entre Direito entendido como ordenamento normativo coativo e política torna-se tão estreita, que leva a considerar o Direito como o principal instrumento através do qual as forças políticas, que têm nas mãos o poder dominante em uma determinada sociedade, exercem o próprio domínio.

Desta conexão se tornou consciente a filosofia política e jurídica que acompanha o nascimento do Estado moderno, que lhe interpreta e reflete o espírito (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 349).

Ao lado da caracterização doutrinária do princípio da legalidade como uma garantia constitucional, uma consideração mais profunda sobre seus fundamentos e sua natureza, abordando-a pela ciência política e pela filosofia jurídica, revela seu caráter de paradigma ou princípio geral do Direito moderno e contemporâneo, e de fundamento de legitimidade do próprio Direito, bem como do Estado ou do poder estatal.

A legalidade como paradigma ou princípio geral do direito é indicada pela posição de centralidade da lei em sentido estrito dentro da sistemática das fontes do direito. Sendo a fonte de direito entendida como “as formas pelas quais o direito se manifesta” (ACQUAVIVA, 2013, p. 431), “as diferentes maneiras de realização do direito objetivo (*fonte criadora*), através das quais se estabelecem e materializam as regras jurídicas, às quais o indivíduo se reporta para afirmar o seu direito, ou o juiz alude para fundamentar a decisão do litígio” (PEREIRA, 2017, p. 47), a lei é a fonte de direito por excelência.

Determina o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Considerando o dispositivo como uma declaração das fontes de direito admitidas (não obstante a exclusão da jurisprudência e da doutrina), reconhece-se a primazia

da lei, relegando as demais a uma posição de fontes acessórias, às quais se recorre apenas no caso de omissão da fonte principal (cf. PEREIRA, 2017, p. 48).

Algumas características da lei podem ser desde já delineadas, que justificam a sua centralidade dentre as fontes de direito, além de sua categoria de instrumento principal de limitação do exercício do poder estatal, ao mesmo tempo em que cumpre a função de legitimar o próprio Estado. Diz-se da lei que é geral e abstrata: abstrata quanto à ação comandada, geral quanto aos destinatários. É próprio da lei a certeza de sua aplicação, uma vez que se destina, em regra, à vigência permanente. Presume-se a sua publicidade, e tem como virtude a clareza em sua redação. Além disso, resulta da manifestação da vontade soberana.

Observa-se que em cada um destes elementos caracterizadores da lei há uma noção imanente de *determinação*. Generalidade e abstração não significam de modo algum vagueza ou imprecisão, ao contrário, baseiam-se na determinação da natureza comum ou essência das situações e relações que regula, das ações que comanda e das pessoas a quem se destina. A certeza se relaciona à determinação quanto à aplicação da lei e às sanções impostas ao seu descumprimento. A publicidade e a clareza atendem à determinação quanto à inteligibilidade da norma pelos destinatários.

Ademais, a posição privilegiada da lei como fonte principal de direito resulta também de ser a mais típica manifestação da vontade geral soberana. A atuação do poder público na execução das funções administrativas e a atividade jurisdicional devem obediência e adequação à lei por ser esta a fonte normativa mais legítima, isto é, mais próxima da manifestação originária da vontade geral:

A hierarquia da legalidade (costuma-se falar de “pirâmide de legalidade”) é comandada em seu princípio por um critério orgânico: a autoridade da norma é determinada pela qualidade de seu autor, e não pelo seu conteúdo; esse critério orgânico ou formal provém da “proximidade” maior ou menor do autor do ato com a expressão da soberania nacional, do elo de legitimidade que o une a esta. (ALLAND; RIALS, 2012, p. 1076).

Emerge daí uma distinção importante entre a lei em sentido formal e a lei em sentido material. A lei em sentido formal é considerada apenas em relação à sua produção pelo poder legislativo competente e a observância do processo legislativo constitucional (MENDES; BRANCO, 2021, p. 975). A lei assim considerada, porém, não necessariamente apresenta as características de generalidade e abstração, como ocorre com as chamadas leis-provisões, singulares, ou meros atos legislativos, “leis que não são gerais e abstratas, mas dizem respeito

a este ou àquele indivíduo, a esta ou àquela categoria de indivíduos facilmente identificáveis” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 250).

Estas leis apenas formalmente consideradas, desprovidas dos caracteres de universalidade, não podem ser propriamente chamadas lei, por lhes faltar este elemento da lei em sentido material.

Quando o provimento reveste a forma ou a aparência de lei, sem o sentido de comando geral, não pode ser lei, embora emanado do poder competente. Pela sua exteriorização, é análoga ao diploma legislativo, mas falta-lhe essência. Poder-se-á denominar lei em sentido formal, mas não o será em sentido material (PEREIRA, 2017, p. 55).

De maneira análoga, fala-se também em legalidade formal e material, em um sentido que aproxima as noções de legalidade e legitimidade. Esta distinção se origina da observação de que também Estados autoritários, destoantes dos valores e princípios liberais democráticos, se revestem de legalidade formal. Daí se diferenciar a legalidade material, que se baseia em um princípio de legitimidade, não exigindo apenas a adequação do exercício do poder estatal às normas legais, mas também que estas sejam conformes a certos valores (SILVA, 2020, p. 427), em especial a dignidade humana e a igualdade, não apenas como igualdade formal perante a lei, mas isonomia material e justa. Com base nesta legalidade material, segundo um princípio de legitimidade, se determina também a ideia de Estado Democrático de Direito, em distinção ao Estado de Direito (SILVA, 2020, p. 121 e ss.).

Cumprido abordar neste contexto as ideias de Estado de Direito e império da lei, conceitos que permeiam o desenvolvimento do constitucionalismo moderno e que também trazem implicitamente a noção da determinação como um valor.

O conceito do Estado de Direito, tal como geralmente entendido, pode ser resumido sob a fórmula da limitação do poder estatal pelo regramento jurídico, em especial a lei. Considerando, porém, o seu sentido histórico, a noção de Estado de Direito tem seu surgimento, no contexto do despotismo iluminado da Prússia no século XVIII, como oposição ao chamado Estado de Polícia, consistindo este no

(...) Estado sob o qual, por força da doutrina alemã do século XVIII, havia uma tutela do cidadão diante da autoridade inclusive em suas relações de direito privado. São elementos essenciais dessa figura a extensão do poder de polícia do estado (consistente em amplas competências de regulação e fiscalização da sociedade) e na ideia de que tal regulação era feita em proveito da própria sociedade (concepção paternalista, segundo a qual o Estado zelaria melhor da sociedade do que esta mesma). (...)

Daí a denominação deste tipo histórico de Estado, que remete à descrição de atividades de polícia excessivamente amplas, em prejuízo dos direitos e liberdades do cidadão, os quais se encontravam privados de um acesso aos tribunais para exigir a observância da legalidade (...). (SGARBOSSA; IENSSUE, 2018, pp. 135-136).

O Estado de Direito alemão, em oposição, se baseia na justiça na administração, na certeza da lei como garantia aos cidadãos de sua liberdade jurídica perante o Estado no exercício das funções públicas administrativas, não podendo o Estado interferir nos direitos subjetivos dos indivíduos senão quando justificado por uma lei geral; e na separação entre as funções executiva e legislativa, devendo os decretos pelos quais opera a administração se conformar às leis gerais (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 251). Permanece aí uma noção de que tais direitos subjetivos provém de uma concessão do Estado.

O conceito de império da lei (*rule of law*), por sua vez, é originário da experiência inglesa da *common law* e da limitação do governo e asseguramento dos indivíduos contra o poder arbitrário, primeiramente por um direito anterior e superior ao governo, e posteriormente pelas normas estabelecidas em lei: “as leis constitucionais inglesas, as normas que em outros países estão contidas em uma Constituição escrita, não são fonte, mas consequência dos direitos subjetivos dos indivíduos, tais como são definidos e garantidos pelas Cortes judiciárias” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2010, p. 252).

Da lei, tida como instrumento central e principal para a consecução dos princípios da legalidade, Estado de Direito e império da lei, são exaltadas as características de generalidade e abstração. Assim se assegura o valor de determinação da norma, em termos de sua universalidade, quanto aos destinatários e à ação comandada.

Pergunta-se, porém, se essas qualidades são adequadas para caracterizar a norma jurídica *per se*, como categoria geral e basilar de uma teoria geral do direito. Em outras palavras, podem estender-se as categorias de generalidade e abstração a todos os tipos de normas no ordenamento jurídico?

A tentativa de explicar a norma jurídica em geral pela generalidade e abstração é inadequada, uma vez que não todas as normas são dotadas dessa generalidade. Há no ordenamento também normas de caráter singular e concreto, como em geral os decretos e sentenças, além das já mencionadas leis-provisões, que compõem também o ordenamento jurídico.

Esta pretensão de qualificar todas as normas do direito pelos caracteres próprios da lei deriva, no entanto, de uma posição ideológica, pela qual o ordenamento jurídico *deveria* se compor apenas de normas gerais e abstratas:

Julgamos que a consideração da generalidade e abstração como requisitos essenciais da norma jurídica tenha uma origem *ideológica*, e não *lógica*, isto é, julgamos que por trás dessa teoria haja um juízo de valor do tipo: “É bom (é desejável) que as normas jurídicas sejam gerais e abstratas”. Em outras palavras, pensamos que a generalidade e a abstração sejam requisitos não da norma jurídica tal como é, mas do que deveria ser para corresponder ao ideal de justiça, no qual todos os homens são iguais, todas as ações são certas, isto é, são requisitos *não tanto da norma jurídica* (ou seja, da norma válida em um certo sistema), *mas da norma justa*. (BOBBIO, 2016, p. 179).

Este elemento ideológico é próprio das formulações acerca da supremacia da lei, desenvolvidas pelos pensadores do liberalismo clássico. Ignora, no entanto, que apesar do valor da lei legislada, geral e abstrata para a consecução dos fins e valores de liberdade e igualdade, a necessidade de *aplicação* do direito significa sempre a necessidade de torná-la concreta, de expedir normas concretas e singulares, nas quais há em geral algum grau de indeterminação, bem como de discricionariedade.

2. DETERMINAÇÃO NA LINGUAGEM EM GERAL, A PARTIR DA LÓGICA E DA FILOSOFIA DA LINGUAGEM

Tendo sido evidenciado o valor da determinação na linguagem jurídica para o Direito, e sua relação em especial com as noções de legalidade e Estado Democrático de Direito, é necessário analisar a noção da determinação na linguagem *per se*, e o que se entende em geral por dizer algo determinado ou algo indeterminado.

Para tanto, examinaremos o tema da determinação na linguagem em geral no contexto dos estudos da lógica e da filosofia da linguagem. A lógica é aqui tomada não propriamente como um estudo de inferências, raciocínio e concatenações válidas, mas antes como o estudo do *logos*, enquanto discurso enunciativo. Tomar-se-á por base, de um lado, a tradição lógica aristotélica, e por outro, a análise da linguagem desenvolvida dentro da filosofia analítica de Frege e Wittgenstein.

Dentro da obra de Aristóteles, interessa a leitura especialmente do *De Interpretatione*, que integra o *Órganon* da lógica aristotélica, e o livro IV da Metafísica. Dentro do *De Interpretatione* expõem-se os fundamentos da fala enunciativa; o livro IV da Metafísica discorre sobre o princípio de não-contradição, donde se poderá extrair uma profunda conexão entre a significação e a determinação. No campo da filosofia analítica, interessam os conceitos de função proposicional e a distinção entre sentido e significado ou referência desenvolvidos por Frege, e as reflexões de Wittgenstein no *Tractatus Logico-Philosophicus* sobre a análise da linguagem e a significação.

1.1. A DOUTRINA ARISTOTÉLICA DO *LÓGOS APOPHANTIKÓS* E DO PRINCÍPIO DE NÃO-CONTRADIÇÃO

O tema da determinação na fala ou na linguagem verbal é intrínseco à própria delimitação do objeto da lógica na doutrina aristotélica. Antes mesmo de investigar as relações de inferência e o silogismo, a lógica se ocupa do λόγος ἀποφαντικός (*lógos apophantikós* ou *oratio enunciativa*), em outros termos, a fala predicativa, discurso enunciativo ou proposição – o modo da linguagem descritiva.

A respeito da relação de significação, a doutrina aristotélica reconhece primeiramente ser a voz um sinal ou símbolo das “paixões da alma”, e a escrita, um sinal ou símbolo para a fala (ARISTÓTELES, 2016, p. 85).

A expressão “paixões da alma” costuma se referir em geral às “afecções do apetite sensível, como a ira, a alegria e as outras coisas”; aqui, porém, diz respeito especificamente às “concepções do intelecto, pelas quais os nomes, verbos e as orações significam imediatamente” (AQUINO, 2018, p. 51), isto é, significam imediatamente as noções das substâncias ou naturezas abstratas concebidas pelo intelecto, mas não as coisas singulares, que são significadas de maneira mediata, através das concepções abstratas.

Esta relação de *simbolização* entre a voz e as afecções da alma, assim como entre a escrita e a fala, se dá não naturalmente, mas por imposição ou convenção, o que se observa pelo fato de a fala e a escrita não serem as mesmas em todos os lugares (ARISTÓTELES, 2016, p. 85). A relação entre as paixões da alma e as coisas, que provocam tais afecções, é de uma outra ordem, a saber, de *similitude*, e se dá não por convenção, mas naturalmente, uma vez que tanto as paixões da alma quanto as coisas das quais elas são similitudes são as mesmas em todo lugar:

(...) uma coisa não é conhecida pela alma a não ser por sua similitude à própria coisa existente ou no sentido, ou no intelecto. (...) nas paixões da alma, é necessário tomar a noção de similitude com relação às coisas expressadas, porque naturalmente designam as coisas, não por instituição (AQUINO, 2018, p. 54).

A estrutura das relações de significação se dá, portanto, entre as coisas, as paixões da alma, a voz ou fala e a escrita. Entre as afecções da alma e a fala, e entre esta e a escrita, há uma relação de simbolização, instituída por convenção ou imposição; entre as coisas que afetam a alma e as paixões desta, isto é, as concepções do intelecto, há uma relação natural de similitude.

Essa fala ou *logos*, que significa as concepções e as coisas, ainda não configura aquele discurso enunciativo ou asserção, enquanto simbolize ainda apenas os meros “entes compostos”. Isto é, não pode dizer o verdadeiro ou o falso, enquanto não haja ainda a afirmação e a negação, ou composição e divisão – enquanto não haja predicação. Os termos simples que compõem a predicação são classificados em “nome” e “verbo”.

Ora, a oração [*lógos*] é uma voz significativa, em que algumas de suas partes são separadamente significativas, como termo, não como afirmação ou negação. Digo, porém, que ‘homem’ significa algo, mas não que é ou que não é. Mas se lhe é acrescentado algo, será afirmação ou negação.

(...)

Ora, nem toda oração é enunciativa, mas apenas aquela na qual há verdadeiro ou falso. Contudo, isso não está em todas as orações; por exemplo, a depreciação, de fato é uma oração, mas não é verdadeira nem falsa. Portanto, deixemos essas outras orações de lado, pois a sua consideração é mais conveniente à retórica ou à poética; porém, a oração enunciativa [*lógos apophantikós*] pertence à presente investigação (ARISTÓTELES apud AQUINO, 2018, pp. 91, 97)

A investigação filosófica de Aristóteles no Da Interpretação se ocupa dessa “oração enunciativa” por ser apta a dizer o verdadeiro ou o falso, e, portanto, constituir o elemento basilar para os estudos posteriores sobre o silogismo. Por esta razão, exclui a consideração sobre a prece, que, apesar de significar algo, não diz o verdadeiro ou o falso, mas expressa um desejo ou súplica. Ao presente trabalho sobre a determinação na fala, especificamente na linguagem jurídica, interessa compreender estes conceitos a respeito da fala enunciativa, na medida em que podem servir de parâmetro para o entendimento da determinação e indeterminação no discurso normativo.

É possível identificar dois modos de significação nesta doutrina: a significação dos termos que compõem a oração enunciativa, o “nome” e “verbo”; e a significação própria da combinação que resulta na proposição, e que constitui o caráter propriamente apofântico da predicação.

Antecipa-se também desde já os principais critérios pelos quais se pode entender a determinação na fala, ou seja, o *dizer algo determinado*, pela teoria aristotélica: a unidade do que é dito; a não-contradição; e a univocidade.

Os termos simples que compõem a oração enunciativa – nome e verbo – significam as coisas mediante as concepções do intelecto, como visto acima, portanto designam a natureza ou substância determinada das coisas. As orações simples, que consistem em uma composição ou divisão, isto é, afirmação ou negação, designam uma certa combinação de nome e verbo, e podem significar o verdadeiro ou o falso, o que não é o caso dos termos simples.

Ora, assim como na alma, às vezes, há, de fato, intelecção sem o verdadeiro e o falso, porém, às vezes, já é necessário que exista nela [a intelecção] de um desses, assim também é na voz.

De fato, acerca da composição e da divisão, há verdade e falsidade.

Portanto, os nomes e os verbos são semelhantes à intelecção sem composição ou divisão como, por exemplo, ‘homem’ ou ‘branco’, quando não é adicionado algo; pois não é ainda verdadeiro ou falso.

Há, porém, um sinal disso, pois o ‘borde-cervo’ significa, de fato, alguma coisa, mas ainda não é verdadeiro nem falso, se não se acrescentar o ser ou o não ser, ou absolutamente, ou segundo o tempo. (ARISTÓTELES apud AQUINO, 2018, p. 57).

Sobre esta distinção entre os termos simples e a oração enunciativa, Tomás de Aquino tece o seguinte comentário, relacionando-a às duas operações do intelecto, ou seja, a intelecção dos entes indivisíveis e compostos e a do verdadeiro ou falso, que procede compondo e dividindo os termos simples simultaneamente:

Portanto, para mostrar que, às vezes, a intelecção é sem o verdadeiro e o falso, porém, às vezes é com um desses, diz que primeiramente a verdade e a falsidade são acerca da *composição* e da *divisão*. Assim, é necessário entender que uma das duas operações do intelecto é **a intelecção dos indivisíveis, a saber, enquanto o intelecto entende absolutamente a quiddidade ou essência de uma coisa por si mesma, por exemplo, o que é o homem, ou o que é branco, ou que é outra coisa semelhante**. A outra operação do intelecto, porém, é aquela em que compõe e divide os conceitos simultaneamente. Portanto, diz que nessa segunda operação do intelecto, isto é, que compõe e que divide, a verdade ou a falsidade é encontrada, restando que na primeira operação não é encontrada, como também é tratado no livro III do *Sobre a Alma*. (AQUINO, 2018, p. 59). (grifos nossos)

Sendo, então, o termo simples significativo na medida em que designe certa quiddidade ou natureza determinada de uma coisa por si mesma, a primeira noção sobre o que seria a indeterminação na fala surge ao se observar os chamados nomes indeterminados, que não designam propriamente qualquer natureza determinada.

“Ora, ‘não homem’ não é um nome. De fato, nenhum nome deve ser posto para indicar isso, pois não é uma oração, nem uma negação; mas é um nome indefinido [porque é aplicado, de modo semelhante, a qualquer coisa, tanto ao que é, quanto ao que não é].” (ARISTÓTELES apud AQUINO, 2018, p. 68).

Não se deve confundir, porém, esta noção de nome indeterminado, por exemplo, “não-homem”, com a predicação negativa. Em outras palavras, não se confundem “não-homem” e “isto não é homem”: no primeiro caso, considera-se o nome indeterminado como termo simples, mas que, por ser indeterminado, não é propriamente nome, pois não significa coisa, quiddidade ou natureza determinada alguma; no segundo caso, o nome “homem” é tomado como parte da oração enunciativa com um significado determinado (a essência de homem), o qual é negado do sujeito.

Com efeito, **todo nome significa alguma natureza determinada**, como o nome ‘homem’; ou uma pessoa determinada, como um pronome, ou ambos são

determinados, como em ‘Sócrates’. **Mas isto que digo, ‘não homem’, não significa nem determinada natureza, nem determinada pessoa.** Com efeito, é imposto a partir da negação de ‘homem’, que igualmente se diz do ‘ente’ e do ‘não ente’. Por isso ‘não homem’ pode ser dito de modo indiferente, porque não existe na natureza das coisas, como se disséssemos que ‘a Quimera é não homem’, e também porque existe na natureza das coisas, como quando se diz que ‘cavalo é não homem’. (AQUINO, 2018, p. 75). (grifos nossos)

O modo de significação próprio da oração enunciativa é o que procede mediante a combinação de nome e verbo, resultando na predicação. Enquanto o termo simples significa a simples apreensão, a oração significa uma intelecção composta (AQUINO, 2018, p. 92), mediante a composição (afirmação) e divisão (negação).

Em outras palavras, onde o termo simples contém a natureza determinada ou quididade da coisa, a oração enunciativa lhe acrescenta o ser ou o não ser, e o ser ou não de certo modo, segundo as diversas categorias de predicação: substância, quantidade, qualidade, relação, ação, paixão etc. (cf. ARISTÓTELES, 2016, p. 41; ARISTÓTELES, 2015, p. 213) – ex. “o homem caminha”, “o homem não é branco”.

Desta maneira, a oração enunciativa, ao contrário dos termos simples, é capaz de dizer o verdadeiro e o falso. Dirá o verdadeiro quando afirmar aquilo que é presente no sujeito, ou negar aquilo que é ausente; dirá o falso, quando afirmar aquilo que é ausente, ou negar aquilo que é presente – “falso é dizer que o ser não é ou que o não-ser é; verdadeiro é dizer que o ser é e o não-ser não é” (ARISTÓTELES, 2015, p. 179).

O caráter apofântico dessa fala ou oração enunciativa, de onde provém a possibilidade de dizer o verdadeiro e o falso, consiste em tornar manifesto ou “fazer-ver” a quem se fala aquilo de que se fala.

λόγος [lógos] como discurso significa, ao contrário, algo assim como δηλοῦν [deloûn], tornar manifesto aquilo de que “se discorre” no discurso. Aristóteles explicitou mais nitidamente essa função do discurso como ἀποφαίνεσθαι [apophainesthai]. O λόγος [lógos] faz ver algo (φαίνεσθαι [phainesthai]), a saber, aquilo sobre o que se discorre e faz ver a quem discorre (*voz media*) e aos que discorrem uns com os outros. (...) de tal maneira que a comunicação por discurso torne manifesto no dito, e, assim, acessível ao outro aquilo sobre o que se discorre. Essa é a estrutura do λόγος [lógos] como ἀπόφανσις [apóphanis]. (HEIDEGGER, 2012, pp. 113-115).

A oração enunciativa possui uma certa unidade própria, ou seja, diz algo uno, não obstante ser formada por uma composição. Essa noção da unidade da oração enunciativa se mostra também como característica fundamental para a própria capacidade da oração significar algo, dizer algo determinado. O caráter da unidade pode ser visto na exposição de Aristóteles.

Ora, a primeira oração enunciativa que é una é a afirmação, depois a negação, e todas as outras são unas pela conjunção.

É necessário, contudo, que toda oração enunciativa o seja por meio de um verbo, ou pelo caso do verbo, porque a noção de homem, se não se lhe acrescenta ‘é’, ou ‘será’, ou ‘foi’, ou algo desse tipo, ainda não é uma oração enunciativa.

No entanto, por que ‘animal pedestre bípede’ é algo uno e não múltiplo, se tais palavras, ao serem ditas em sucessão, não causam unidade? Entretanto, essa questão diz respeito a uma investigação distinta da presente.

Ora, **a oração enunciativa é una quando significa o uno**, ou é una por conjunção. Contudo, são múltiplas quando significam muitas coisas, e não uma, ou quando não estão unidas por conjunção. (ARISTÓTELES apud AQUINO, 2018, p. 101). (grifos nossos)

Não obstante seja a oração enunciativa uma combinação de nome e verbo, pode ela ser dita una, na medida em que signifique “algo uno”. A multiplicidade dos termos na predicação não prejudica a unidade enunciativa. Ademais, a multiplicidade de termos ditos em sucessão não prejudica *per se* a unidade do que se diz, contanto que signifique algo uno, como por exemplo “animal pedestre bípede” significa algo uno, na medida em que compõe a definição de essência de homem, que é una – “a enunciação deve ser julgada una não pela unidade do nome, mas pela unidade do significado, mesmo que sejam muitos nomes que signifiquem uma só coisa” (AQUINO, 2018, p. 108).

Essa complexidade essencial da oração enunciativa, isto é, a combinação de uma pluralidade de termos, compondo uma unidade de significação, ressalta novamente a distinção entre os modos de significação do nome simples e da predicação. Enquanto o nome simples significa por convenção, pela “instituição de uma relação de simbolização entre nome e nomeado”, a significatividade da proposição “*consiste* nas relações de simbolização que suas partes mantêm com a realidade, tem sentido na medida em que estas determinam *uma* relação que ela, em bloco, manteria com a realidade” (SANTOS, 2010, p. 21).

Dessa complexidade essencial, a qual preserva uma unidade de significação, pode-se falar também na estrutura de síntese da predicação, que difere da simplicidade dos termos, e que comporta o verdadeiro e o falso, diferentemente do nome por si, que designa uma intelecção imediata de uma quididade ou natureza determinada.

E somente *porque* a função do λόγος [lógos] como ἀπόφανσις [apóphansis] consiste em fazer-ver algo mostrando é que o λόγος [lógos] pode ter a forma estrutural da σύνθεσις [sýnthesis]. (...). Ο συν [syn] tem aqui significação puramente apofântica e significa: fazer ver algo em seu ser *junto* com algo, fazer ver algo *como* algo.

E, de novo, porque o λόγος [lógos] é um fazer-ver, pode ele *por isso* ser verdadeiro ou falso.

(...)

O que já não tem a forma-de-execução do puro fazer-ver, mas cada vez que mostra algo deve recorrer a outra coisa e assim faz-ver cada vez algo *como* algo, assume com essa estrutura-de-síntese a possibilidade do encobrimento. (HEIDEGGER, 2012, pp. 115-117).

Os critérios extraídos da doutrina aristotélica que podem servir para caracterizar a determinação e a indeterminação na fala, já apresentados de alguma maneira na discussão em torno do livro *De Interpretatione*, são aprofundados nas investigações da *Metafísica*. O livro IV, especificamente, que tem como objeto principal a defesa do princípio de não-contradição, aborda com mais profundidade os temas da unidade do que é dito, da univocidade e do próprio princípio de não-contradição como elementos da significação e da significação de algo determinado.

O tema central do livro IV da *Metafísica* é a demonstração do princípio de não-contradição. Esse tema surge, a princípio, no contexto do problema de saber se compete a uma mesma ciência – a filosofia primeira – o estudo da substância e dos axiomas ou princípios primeiros válidos para todo o ser enquanto ser (cf. ARISTÓTELES, 2015, pp. 141 e ss.). Postula-se que sim, e afirma-se que o conhecimento desse princípio primeiro é o conhecimento mais seguro, sobre o qual não se pode errar.

Em qualquer gênero de coisas, quem possui o conhecimento mais elevado deve ser capaz de dizer quais são os princípios mais seguros do objeto sobre o qual investiga; por consequência, quem possui o conhecimento dos seres enquanto seres deve poder dizer quais são os princípios mais seguros de todos os seres. Este é o filósofo. E o princípio mais seguro de todos é aquele sobre o qual é impossível errar: esse princípio deve ser o mais conhecido (...) (ARISTÓTELES, 2015, p. 143).

Esse princípio deve também ser “não hipotético”, isto é, deve ser necessariamente conhecido, possuído de antemão, para que se possa obter qualquer outro conhecimento sobre as coisas, portanto não pode ser posto como pura hipótese (ARISTÓTELES, 2015, p. 143).

O princípio ou axioma primeiro, que é o princípio de não-contradição, se enuncia de diversas maneiras, por ser de natureza complexa, lógico-ontológica. No âmbito mais estritamente lógico, a contradição é a relação entre duas proposições contraditórias, em que uma nega o que a outra afirma, tomando os mesmos sujeitos e predicados, de maneira que necessariamente a verdade de uma implica a falsidade da outra, e vice-versa, sendo impossível que sejam ambas verdadeiras ou ambas falsas. Verifica-se esta relação de contradição na oposição entre a proposição afirmativa universal e a negativa particular (“todo A é B” e “alguma A não é B”), ou entre a negativa universal e a afirmativa particular (“nenhum A é B” e “algum A é B”) (cf. ARISTÓTELES, 2016, p. 91).

Do ponto de vista da ontologia, o princípio de não-contradição assume diversos enunciados: “é impossível que a mesma coisa, ao mesmo tempo, pertença e não pertença a uma mesma coisa, segundo o mesmo aspecto”; “é impossível a quem quer que seja acreditar que

uma mesma coisa seja e não seja”; “não é possível que os contrários subsistam juntos no mesmo sujeito”; “é impossível que uma coisa, ao mesmo tempo, seja e não seja” etc. (ARISTÓTELES, 2015, pp. 143-145).

Aristóteles procede a uma demonstração do princípio de não-contradição, mas uma demonstração imprópria, no sentido em que não prova logicamente a partir de premissas, mas sim faz uma defesa refutatória, mostrando ser impossível qualquer pensamento ou raciocínio sem que se admita esse princípio primeiro de não-contradição. Isto porque não é possível demonstrar os princípios primeiros, nem é razoável se exigir demonstração de tudo (cf. ARISTÓTELES, 2015, p. 145; ARISTÓTELES, 2016, pp. 272-274, 363-365).

Em meio à demonstração tecida por Aristóteles emergem as noções de que toda fala significativa é, desde já, fala com significado determinado, que, por força deste princípio de não-contradição, toda intelecção de alguma coisa contém já a noção de sua natureza determinada, que exclui o seu contraditório, isto é, o que não seja aquilo que é. O dizer algo determinado aparece também como “dizer algo uno”, no sentido também que toda multiplicidade de significados plurívocos ou equívocos deve poder ser reduzida à unidade de um significado unívoco. O princípio de não-contradição, afinal, se revela um princípio de determinação.

Cumprido lembrar que a defesa refutatória do princípio de não-contradição é feita contra diversos tipos de pensamentos filosóficos que, de uma maneira ou outra, negam a contradição, ora afirmando o fluxo de tudo e negando qualquer permanência; ou negando haver substância ou essência das coisas; ou afirmando serem igualmente verdadeiras todas as afirmações contraditórias etc. Assim, a disputa de Aristóteles acerca da validade do princípio de não-contradição se dá sobretudo contra teses de filósofos heraclitianos e sofistas.

Não sendo possível demonstrar propriamente o princípio de não-contradição, é possível, contudo, demonstrá-lo por refutação contra quem pretenda negá-lo, contanto que o adversário diga algo com significado para si e para os outros. O fundamento dessa refutação é que, para que seja possível dizer qualquer coisa que signifique algo, é necessário que se diga algo com uma essência determinada, e que por isso exclua o que não é.

Com efeito, **não ter um significado determinado equivale a não ter nenhum significado**; e se as palavras não têm nenhum significado, tornam-se impossíveis o discurso e a comunicação recíproca e, na verdade, até mesmo um discurso consigo mesmo. De fato, **não se pode pensar nada se não se pensa algo determinado (...)**. Fique, portanto, estabelecido, como dissemos no início, que o nome exprime um e só um significado determinado (ARISTÓTELES, 2015, p. 149).

O princípio de não-contradição defendido no livro IV da *Metafísica* aparece como um princípio de determinação: cada coisa que seja pensada ou falada, com significado para si e para outros, possui necessariamente um significado determinado (ou determinável), pois significa de alguma maneira algo com uma natureza determinada. Não houvesse essa natureza determinada, que é apreendida pelo intelecto como uma unidade, não seria possível qualquer pensamento ou fala com significado. E por haver essa natureza determinada de cada coisa, a sua essência exclui, ao modo do contraditório, o não-ser aquilo que é.

1.2. CONCEITOS DA FILOSOFIA ANALÍTICA ACERCA DA SIGNIFICAÇÃO E DA DETERMINAÇÃO: FREGE E WITTGENSTEIN

Outra abordagem filosófica sobre a linguagem e a significação que pode oferecer subsídios para um entendimento da determinação na linguagem é a filosofia analítica, que se desenvolve em torno dos objetos da análise da linguagem e da lógica.

A filosofia analítica é uma tendência de pensamento do século XX que pode ser caracterizada pela “crença de que uma abordagem filosófica ao pensamento pode ser conseguida por meio da análise filosófica da linguagem e, em segundo, que pode ser feita somente desse modo” (KRAUSE, 2017, p. 19). A filosofia analítica teve suas teses fundamentais elaboradas originariamente pelos filósofos Bertrand Russell e Ludwig Wittgenstein, se desenvolveu então no chamado Círculo de Viena nas décadas de 1920 e 1930, sob o nome de “empirismo lógico” ou “lógico positivismo”, com posterior proliferação pelas academias britânica e estadunidense (ABBAGNANO, 2007, pp. 142, 328; KRAUSE, 2017, p. 19). É por isso dita também uma filosofia “anglo-americana” ou “anglo-austriaca”.

Os desenvolvimentos originais da filosofia analítica por Russell e Wittgenstein tiveram influência determinante de estudos anteriores de Gottlob Frege, no final do século XIX, acerca da lógica, da linguagem e da significação. É possível, então, estender em certo sentido a qualificação “analítica” a essa filosofia anterior.

Frege teve por objeto primeiro de investigação a teoria dos números e a fundamentação da aritmética, estendendo suas investigações para a teoria da proposição, da significação e para os fundamentos da lógica. Tomando de paradigma os estudos matemáticos, desenvolveu um novo instrumental lógico analítico com bases distintas da tradição aristotélica (SANTOS, 2020, p. 25).

A filosofia de Frege se baseia de início em duas teses principais: o antipsicologismo e o logicismo. O lema antipsicologista, que busca se apartar de uma abordagem epistemológica voltada às condições subjetivas do conhecimento, enuncia: “o sentido de uma proposição são (no que importa à lógica, entenda-se), suas condições de verdade”, o que importa à lógica considerar na proposição o que a faz um símbolo suscetível de verdade e falsidade, a sua “conexão representativa com a realidade” (SANTOS, 2020, p. 22).

A tese logicista, por sua vez, afirma que “as verdades aritméticas seriam todas redutíveis, através de demonstrações e definições lógicas, a verdades estritamente lógicas” (SANTOS, 2020, p. 25). Os pensadores dessa corrente do logicismo

sustentam que *a matemática (pura) é um ramo da lógica*, ou seja, que todas as proposições das matemáticas puras (particularmente da aritmética, portanto da análise) só podem ser enunciadas com o vocabulário e a sintaxe da lógica matemática, que assim se torna a disciplina matemática por excelência. (ABBAGNANO, 2007, p. 630).

A partir disto, Frege busca criar uma linguagem lógica artificial, apta a operar o cálculo proposicional, um *calculus ratiocinator*, “um conjunto de procedimentos algorítmicos apto a propiciar o teste mecânico da validade lógica de demonstrações” (SANTOS, 2020, p. 25). Essa linguagem se baseia em “um simbolismo em que as formas gramaticais das proposições evidenciem materialmente suas formas lógicas” (SANTOS, 2020, p. 26).

Com base na estrutura das expressões funcionais da matemática – “ $f(x)$ ” –, em especial as algébricas, em que há uma combinação de termos numéricos determinados, letras para variáveis e símbolos para operações matemáticas (soma, igualdade etc.), Frege constrói a noção da função proposicional.

A função em geral é “uma regra que une as variáveis de certo termo ou de um grupo de termos com as variáveis de outro termo ou grupo de termos” (ABBAGNANO, 2007, p. 473). Ao adotar o conceito matemático de função, a lógica contemporânea

emprega o símbolo matemático de função, $f(x)$, para indicar proposições da forma ‘a baleia é um mamífero’, em que o símbolo x representa o argumento, o sujeito do qual se fala (a baleia ou outro mamífero qualquer), e f corresponde à propriedade que se lhe atribui (mamífero) (ABBAGNANO, 2007, p. 473).

Assim, ao se utilizar da noção de função para a análise da proposição, fala-se também em argumentos e valor de uma função. Uma proposição como “Aristóteles foi professor de Alexandre” pode ser analisada, enquanto função proposicional, como a aplicação da função “ x foi professor de Alexandre” tomando “Aristóteles” como argumento, portanto atribuindo uma propriedade (“ser professor de Alexandre”) ao argumento x (Aristóteles); pode

ser analisada também como aplicação da função “x foi professor de y”, tomando Aristóteles e Alexandre como argumentos, atribuindo uma relação (“ser professor de”) aos argumentos x (Aristóteles) e y (Alexandre) (cf. SANTOS, 2020, p. 30).

A questão sobre o que seria o *valor* da função proposicional foi primeiramente respondida como sendo “o sentido da proposição que resulta da substituição, na expressão para a função, da variável por um sinal para esse argumento” (SANTOS, 2020, p. 30). Considerações posteriores tiveram essa resposta por insuficiente, e levaram à distinção entre *sentido* e *significado*.

Partindo do princípio de que uma função deve assumir um único valor para cada argumento dado – portanto valores distintos para argumentos distintos –, e tomando a função “x é a Estrela da Tarde”, observa-se que os argumentos “Vênus” e “Estrela da Manhã”, apesar de se referirem ao mesmo objeto, resultarão em sentidos distintos, ao se aplicar a função tomando-os como argumentos. De fato, “Vênus é a Estrela da Tarde” e “Estrela da Manhã é a Estrela da Tarde” são ambas proposições verdadeiras, referentes ao mesmo objeto, mas expressando sentidos diferentes.

Dizia [Frege]: “Ao pensar num signo (seja ele um nome, uma expressão com várias palavras, ou uma simples letra) devemos relacioná-lo com duas coisas distintas: não só com o objeto designado, que se chamará de significado (*Bedeutung*) desse signo, mas também com o sentido (*Sinn*) do signo, que denota o modo como nos é dado esse objeto”. Frege advertia que, por sentido ou nome, entendia “uma indicação qualquer que desempenhe a função de nome próprio, vale dizer, que seja um objeto determinado (tomando a palavra objeto no sentido mais amplo)” (ABBAGANO, 2007, p. 891).

O significado de um termo é, portanto, a referência a um objeto; seu sentido é “o que, em seu conteúdo semântico, contribui para a determinação dos sentidos das proposições em que ocorra” (SANTOS, 2020, p. 32). O sentido compreende o conteúdo descritivo de um nome, pelo qual é possível identificar o objeto referido, o significado é a própria referência ao objeto. Por isso “Estrela da Manhã” e “Estrela da Tarde” significam um mesmo objeto, nomeado também “Vênus”, mas exprimem sentidos diferentes.

Wittgenstein apresenta no *Tractatus Logico-Philosophicus* sua teoria da significação, que busca os fundamentos da possibilidade de a fala significar os objetos e fatos do mundo. Sobre o objeto do *Tractatus*, Bertrand Russel discorre:

Para entender o livro do senhor Wittgenstein, é necessário perceber qual é o problema que lhe importa. Na parte de sua teoria que trata do Simbolismo, importam-lhe as condições que teria que cumprir uma linguagem logicamente perfeita. [...] Importam-lhe as condições de um Simbolismo acurado, isto é, um Simbolismo em que uma sentença “signifique” algo bem definido. Na prática, a linguagem é sempre

mais ou menos vaga, de modo a nunca ser completamente preciso o que se afirma. Assim, a lógica tem dois problemas a tratar, com respeito ao Simbolismo: (1) as condições em que combinações de símbolos têm sentido e não são contrassensos; (2) as condições em que símbolos ou combinações de símbolos têm um único significado ou referência. Importam ao senhor Wittgenstein as condições de uma linguagem logicamente perfeita [...]. (RUSSELL, 2020, pp. 107-108).

A relação de significação apresentada por Wittgenstein no *Tractatus* mostra uma estrutura aparentemente semelhante à desenvolvida Aristóteles acerca das relações entre coisas, paixões da alma e fala. Wittgenstein apresenta uma relação de figuração, de imagem das coisas e dos fatos na linguagem – mais especificamente, nas proposições: “2.1 Figuramos os fatos” “3 A figuração lógica dos fatos é o pensamento”; “4.01 A proposição é uma figuração da realidade. A proposição é um modelo da realidade tal como pensamos que seja” (WITTGENSTEIN, 2020, pp. 135, 139, 157).

Os desenvolvimentos posteriores de Russell e Wittgenstein a partir destes conceitos de significado e sentido tendem também a uma teoria do atomismo lógico, pela qual, numa linguagem lógica ideal, os termos e as proposições seriam redutíveis, em última instância a objetos e fatos atômicos.

Na abordagem de Russell, a doutrina sustenta que o mundo consistiria de objetos singulares, ou particulares simples (os “átomos”), que teriam qualidades igualmente simples e manteriam entre si relações simples. Russell visava contrastar filósofos idealistas que sustentavam que a realidade consistia em uma totalidade cujas partes estão relacionadas entre si e que não podem ser facilmente separadas sem causar distorções. (...). Para Russel, ao contrário, os fatos são compostos de coisas singulares, o que permite sua individualização, podendo então os enunciados serem verdadeiros ou falsos. (KRAUSE, 2017, p. 24).

É possível identificar elementos da teoria do atomismo lógico também no *Tractatus Logico-Philosophicus* de Wittgenstein, por exemplo nas seguintes proposições: “1.2 O mundo resolve-se em fatos”; “2 O que é o caso, o fato, é a existência de estados de coisas”; “2.01 O estado de coisas é uma ligação de objetos (coisas)”; “2.02 O objeto é simples”; “2.0201 Todo enunciado sobre complexos pode-se decompor em um enunciado sobre as partes constituintes desses complexos e nas proposições que os descrevem completamente” (WITTGENSTEIN, 2020, pp. 129, 133).

Essa teoria do atomismo lógico parece sugerir também um “princípio de correspondência termo a termo entre signos linguísticos e as coisas”, pelo qual

a cada termo empregado nas proposições deve corresponder um termo ou entidade objetiva da qual se tenha conhecimento direto (*acquaintance*), ou que deve existir uma correspondência termo a termo entre os elementos que entram na composição das proposições e as entidades de que se tem conhecimento direto. (ABBAGNANO, 2007, p. 621).

A noção de correspondência termo a termo pode ser vista também no *Tractatus*: “3.2 Na proposição, o pensamento pode ser expresso de modo que aos objetos do pensamento correspondam elementos do sinal proposicional”; “3.21 À configuração dos sinais simples no sinal proposicional corresponde a configuração dos objetos na situação” (WITTGENSTEIN, 2020, p. 143).

3. CONCEITOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JUDICIAL

O tema dos conceitos jurídicos indeterminados, embora concernente de alguma maneira a todo exercício de aplicação do direito, aparece na ciência do direito como um problema mais bem formulado apenas no ramo da doutrina do direito administrativo.

Neste campo, os termos indeterminados surgem no contexto específico do estudo do ato administrativo e do poder discricionário. A aplicação pela Administração de uma norma de direito contendo conceitos indeterminados gera um poder discricionário, uma vez que uma margem de interpretação ao aplicador, em outras palavras, uma margem de opção de agir, conforme um juízo discricionário de conveniência e oportunidade.

3.1. CARACTERIZAÇÃO DOUTRINÁRIA DO ATO ADMINISTRATIVO, DO PODER DISCRICIONÁRIO E DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

O ato administrativo pode ser definido, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (DI PIETRO, 2021, p. 209).

Hely Lopes Meirelles, partindo do conceito de ato jurídico pertencente à Teoria Geral do Direito e acrescentando-lhe a finalidade pública, define-o como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” (MEIRELLES, 2016, p. 173).

Celso Antônio Bandeira de Mello o define como

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão judicial (MELLO, 2015, p. 393).

A partir das definições elencadas, é possível analisar cada parte constituinte do conceito de ato administrativo, a fim de esclarecer-lhe o conceito.

Primeiramente, o ato administrativo é declaração ou manifestação de vontade. Ficam excluídos, assim, as declarações de opinião, como o parecer, e de conhecimento, como a certidão (DI PIETRO, 2021, p. 208).

Do ponto de vista do sujeito, diz-se que o ato administrativo é manifestação ou declaração de vontade do Estado ou da Administração Pública. Nisto difere o conceito de ato administrativo dos atos da Administração, pois nem todo ato da Administração é propriamente chamado ato administrativo. Entendendo também como sujeito o Estado ou a Administração Pública, não fica o conceito de ato administrativo adstrito apenas a atos da Administração Direta e Indireta ou ao Poder Executivo, mas compreende também os órgãos administrativos dos Poderes Legislativo e Judiciário (DI PIETRO, 2021, p. 207). Com a expressão “ou de quem lhe faça as vezes”, Celso Antônio Bandeira de Mello estende o conceito a quem esteja investido em prerrogativas estatais, inclusive concessionários de serviço público (MELLO, 2015, p. 393).

O ato administrativo produz efeitos jurídicos, sendo por isso apto a gerar, extinguir e modificar direitos, obrigações, relações jurídicas. Neste ponto, coincide com o conceito de ato jurídico em geral.

Di Pietro entende sob o conceito de ato administrativo apenas aquele que produz efeitos jurídicos imediatos e concretos, excluindo os atos normativos, de efeitos gerais e abstratos, assim como os chamados atos materiais, de simples execução, e atos enunciativos (DI PIETRO, 2021, p. 210). Bandeira de Mello distingue, neste sentido, o ato administrativo em sentido amplo, compreendendo também os atos abstratos e os contratos, do ato administrativo em sentido estrito, especificado pela concreção e unilateralidade (MELLO, 2015, p. 394).

É essencial do ato jurídico também que ele se submeta à lei. A observância à lei decorre em geral do princípio da legalidade e do Estado de Direito, e adquire sentido próprio na vinculação a um regime jurídico administrativo. O regime jurídico administrativo corresponde em termos gerais às prerrogativas e restrições que caracterizam o Direito

Administrativo, com vistas tanto a fazer valer a supremacia do interesse público, em nome do qual age a Administração, quanto a proteger as garantias individuais dos administrados frente ao Estado (cf. DI PIETRO, 2021, pp. 76-77).

Como consequência também da submissão à lei, o ato administrativo é passível de controle judicial sobre sua legalidade, mas não sobre o seu mérito.

Além de esclarecer o conceito de ato administrativo, importa também revisar os seus chamados elementos ou requisitos, uma vez que isto repercutirá na delimitação do poder discricionário e do controle judicial de legalidade. São elementos ou requisitos do ato administrativo o sujeito (ou capacidade), o objeto ou conteúdo, a forma, o motivo ou causa e a finalidade.

O sujeito é “aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato”, sendo a competência “o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo” (DI PIETRO, 2021, pp. 214-215). Considerando que a gênese histórica da expressão “ato administrativo” se relaciona desde o início à submissão dos atos do poder público ao controle de legalidade (cf. MELLO, 2015, p. 838), importa para essa tipificação dos elementos do ato identificar qual o ente ou órgão para a prática de cada ato administrativo.

O objeto ou conteúdo do ato administrativo é o efeito jurídico a que se destina o ato. “Todo ato administrativo tem por *objeto* a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público” (MEIRELLES, 2016, p. 178). Para fins de controle de legalidade, o objeto deve ser lícito, possível, certo e moral (DI PIETRO, 2021, p. 217).

A forma do ato é “o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência”, “é o meio de exteriorização do ato” (MELLO, 2015, p. 402). Diz respeito também às formalidades que devem ser observadas no procedimento.

O motivo ou causa é “o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo” (DI PIETRO, 2021, p. 220), “é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo” (MEIRELLES, 2016, p. 177). Não se confunde com a motivação, que é a exposição dos motivos de fato e direito do ato. Para fins de controle de legalidade, cumpre averiguar no ato a materialidade do motivo, se realmente ocorreu, e correspondência do motivo existente ao previsto em lei (MELLO, 2015, p. 406).

A finalidade, por último, é o fim ou objetivo a que almeja o ato. A finalidade de todo ato administrativo é, em geral, o interesse público. A finalidade específica de certo ato é aquela indicada explícita ou implicitamente na lei, e cuja alteração configura desvio de poder (MEIRELLES, 2016, p. 176). A finalidade se distingue do objeto, por ser este o efeito jurídico imediato (geração, extinção ou modificação de direito), aquele, o efeito mediato (DI PIETRO, 2021, p. 220).

O ato administrativo, quanto à margem de liberdade concedida à Administração ao praticá-lo, é classificado em discricionário e vinculado.

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*.

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa realizar. (MELLO, 2015, p. 438).

Nos atos vinculados, a lei determina pormenorizadamente todos os requisitos e condições para que seja executado, de modo tal a não restar para a Administração opção se irá praticá-lo ou como o irá realizar – uma vez verificados os requisitos e condições previstos, será necessária a prática do ato previsto em lei, havendo apenas uma providência possível. Quanto ao ato discricionário, há margem de opção ao aplicador, de modo que “a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”, podendo a Administração apreciar o caso concreto e escolher dentre mais de uma solução ou jurídica (DI PIETRO, 2021, p. 222).

O fundamento ou razão de ser da discricionariedade administrativa é, em termos gerais, a necessidade de concretização e aplicação da norma de direito abstrata aos casos concretos com os quais a Administração Pública se depara no exercício de sua função administrativa. A lei abstrata, posto que preveja em geral as circunstâncias que ocorrem no mais

das vezes, não é capaz, no entanto, de antever certas ocorrências singulares excepcionais possíveis nos casos concretos, e que demandem uma consideração individualizada². Assim,

“A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.” (MEIRELLES, 2016, p. 193).

A discricionariedade também decorre da estrutura hierárquica de normas no ordenamento jurídico, da “formação do Direito por degraus”. Há uma gradação da expressão do direito – Constituição, leis, regulamentos –, em que as normas de direito de grau superior são acrescidas de novos elementos inovadores nos graus inferiores, até a aplicação última ao caso concreto. Este acréscimo normativo inovador é feito a cada etapa com uso da discricionariedade (DI PIETRO, 2021, p. 222).

É nesse sentido também que Celso Antônio Bandeira de Mello enuncia a definição de discricionariedade em termos da *integração* da norma jurídica no caso concreto:

Em suma: discricionariedade é liberdade *dentro da lei*, nos limites da norma legal, e *pode ser definida como*: “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. (MELLO, 2015, p. 440).

A discricionariedade, no entanto, não é irrestrita, e mesmo nos atos discricionários a Administração permanece submetida ao princípio da legalidade. É a própria lei, aliás, que confere à Administração a discricionariedade, expressamente ou por uma omissão ou lacuna legal. Com relação aos elementos do ato administrativo elencados, a competência, a forma e a finalidade são sempre vinculadas, mesmo no ato discricionário. Haverá a discricionariedade quanto ao motivo e ao objeto.

O sujeito a executar certo ato administrativo deve ser aquele competente para tanto, segundo a distribuição legal de competências. Quanto à forma, é em geral vinculada, sobretudo quando se entende por forma o procedimento legal previsto, que deve ser observado; se se entende por forma o instrumento ou o revestimento pelo qual se exterioriza o ato, por exemplo resolução, portaria, então poderá haver margem de discricionariedade quando a lei deixar em

² Neste sentido, Aristóteles fala sobre essa natureza da lei universal, no contexto da discussão sobre a equidade: “(...) toda lei é universal, mas a respeito de certas coisas não é possível fazer uma afirmação universal que seja correta. Nos casos, pois, em que é necessário falar de modo universal, mas não é possível fazê-lo corretamente, a lei considera o caso mais usual, se bem que não ignore a possibilidade de erro. E nem por isso tal modo de proceder deixa de ser correto, pois o erro não está na lei, nem no legislador, mas na natureza da própria coisa, já que os assuntos práticos são dessa espécie por natureza” (ARISTÓTELES, 1987, p. 96).

aberto qual instrumento se deverá utilizar. A finalidade, sendo ela em geral o interesse público para todo o ato administrativo, e estabelecendo a lei, implícita ou explicitamente, o resultado ou fim específico para cada tipo de ato, também é sempre vinculada.

A discricionariedade do ato discricionário se encontra no objeto e no motivo. Outros aspectos do ato administrativo discricionário em que pode discricionariedade são o momento para a sua prática e a escolha entre agir e não agir.

O objeto do ato administrativo, que é o efeito jurídico produzido (criação, extinção ou modificação de direito), será discricionário “quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito” (DI PIETRO, 2021, p. 225).

O motivo, como pressuposto de fato e de direito para a prática do ato, poderá ser discricionário, em geral, quando a lei não o definir, ou quando o fizer de maneira vaga, imprecisa ou indeterminada. É neste ponto que surge na caracterização doutrinária do ato administrativo discricionário o tema dos *conceitos jurídicos indeterminados*.

O motivo será discricionário quando:

1. a lei não o definir, deixando-o a critério da Administração (...);
2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocabulários plurissignificativos, os chamados **conceitos jurídicos indeterminados**, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de *oportunidade e conveniência administrativa*; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem; ou quando a lei prevê o tombamento de bem que tenha valor artístico ou cultural, também sem estabelecer critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos. (DI PIETRO, 2021, p. 224) (grifos nossos).

Quando a determinação legal do motivo de certo ato administrativo, isto é, das hipóteses ou pressupostos de fato e de direito, para os quais a lei estabelece como consequência a prática do ato; quando esta determinação legal do motivo é feita se utilizando de conceitos indeterminados, entende-se que a lei confere à Administração certa margem de liberdade no “enquadramento” do caso concreto na hipótese legal abstrata.

Os conceitos indeterminados e a discricionariedade deles resultante aparecem como um desvio de um ideal de objetividade absoluta ou determinação do ordenamento jurídico. A discricionariedade se relaciona à ocasião de a lei carecer de precisão, quando o motivo do ato ou circunstância em razão da qual o sujeito agirá “é *descrita* por palavras que recobrem *conceitos vagos*, dotados de *certa imprecisão* e por isso mesmo irreduzíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável” (MELLO, 2015, p. 442).

A discricionariedade se relaciona com a imprecisão não só da descrição do motivo, como também da finalidade do ato, pois ali também se encontram frequentemente conceitos indeterminados.

Finalmente, o objetivo legal costuma ser descrito de forma apenas genérica (o “interesse público”) ou, em sendo *específica* (“moralidade pública, salubridade pública, ordem pública”, por exemplo), contempla conceito padecente de certa imprecisão, certa indeterminação objetiva, como nos exemplos aludidos. Esta imprecisão refluirá sobre o próprio motivo. Pense-se no exemplo já aventado: a Administração deverá expulsar dos locais de espetáculo público os espectadores *que se portem indecorosamente*, a fim de proteger a *moralidade pública*. Como saber o que é ou não indecoroso? Depende da noção que se tenha de moralidade pública. Ora, como esta é conceito dotado de certa elasticidade, sua imprecisão é que irá tornar fluida a noção de ato indecoroso. (MELLO, 2015, p. 443).

Quanto a isto, vale lembrar a dissidência de Celso Antônio Bandeira de Mello quanto à questão de ser a finalidade do ato administrativo passível de admitir discricionariedade ou ser sempre vinculada. Enquanto o entendimento prevalente é de ser a finalidade sempre vinculada e não admitir discricionariedade, este doutrinador defende haver aí também certa margem de discricionariedade. De fato, a aplicação do direito pela realização do ato administrativo poderá demandar certa apreciação subjetiva da finalidade do ato, o que, ademais, repercutirá na interpretação do motivo discricionário, como visto logo acima.

Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em *certa medida*, de uma apreciação *subjetiva*, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma *objetividade absoluta*. Preferimos dizer que o fim é *sempre vinculante* (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta *certa margem*, delimitada, é certo, de juízo discricionário. (MELLO, 2015, p. 439).

A presença de conceitos jurídicos indeterminados não é por si suficiente, no entanto, para caracterizar a discricionariedade, pois esta só decorre de atribuição da lei – a existência de conceitos indeterminados gera, sim, “necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade” (MEIRELLES, 2016, p. 140). A verificação da existência ou não de discricionariedade depende, além da presença de conceitos indeterminados, também de um exame do caso concreto ao qual se aplicará, pois a liberdade de apreciação administrativa “só ocorre em casos *duvidosos*, isto é, quando realmente é possível mais de uma opinião razoável sobre o cabimento ou descabimento de tais qualificativos [ex. gravidade, moralidade, urgência etc.] para a espécie” (MELLO, 2015, p. 443). Por este entendimento, portanto, não haverá discricionariedade nos casos em que a aplicação do direito pelo ato administrativo não suscitar dúvida razoável sobre a pertinência do conceito indeterminado ao caso concreto.

Em suma: a aplicabilidade dos conceitos vagos só proporcionará discricionariedade nas situações marginais.

É que mesmo estes conceitos chamados fluidos possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma *zona de certeza positiva*, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma *zona circundante*, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma *zona de certeza negativa*, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito. (MELLO, 2015, pp. 443-444).

A necessidade de se verificar a discricionariedade, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, em face às circunstâncias concretas parece se relacionar também ao que determina o artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Uma vez que o fundamento do ato discricionário reside na necessidade de dar concretude às normas abstratas, de aplicar a previsão legal e dar conta dos casos particulares, a existência da discricionariedade derivada de conceito jurídico deve ser verificada em confronto com as circunstâncias fáticas concretas, a fim de averiguar a existência de dúvida razoável quanto à aplicação do conceito aberto. Em todo caso, há a necessidade de se interpretar os conceitos indeterminados.

3.2. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO, INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

A República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, e a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, conforme os artigos 1º e 37 da Constituição Federal.

O princípio da legalidade, cujo enunciado é dado pelo artigo 5º, II da Constituição – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei –, adquire para a Administração Pública um sentido próprio de legalidade estrita. Enquanto a legalidade em geral diz ser permitido tudo o que a lei não proíbe, a legalidade administrativa determina ser permitido apenas o que a lei autoriza (SILVA, 2020, p. 430).

Os atos administrativos, mesmo os discricionários, se submetem a esse princípio de legalidade administrativa estrita. Para fazer valer essa observância à lei pela Administração Pública, ela se submete a instrumentos jurídicos de controle.

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, com os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; **em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.**

(...)

O controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.

Ele abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em certa medida, dos **inconvenientes ou inoportunos.**

Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2021, p. 895).

Há o controle de legalidade da Administração pela própria Administração, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário. Investigaremos apenas este último, atentando especialmente para a sua incidência sobre os atos discricionários e a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

O ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema de jurisdição una ou única, pelo qual o Poder Judiciário possui o monopólio da função jurisdicional. Não há no Direito brasileiro o chamado Contencioso Administrativo, ainda que a Administração Pública possua poder de decisão, com efeitos de gerar, extinguir e modificar direitos, disciplinada por um regime jurídico administrativo próprio, atuando mediante um processo administrativo.

As decisões administrativas não possuem força de coisa julgada, a qual é exclusiva da função jurisdicional, exercida apenas pelo Poder Judiciário. Assim, “assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do Direito a um caso concreto, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida” (MELLO, 2015, p. 974).

A unidade da jurisdição é estabelecida implicitamente na garantia da inafastabilidade da justiça, expressa no art. 5º, XXXV da Constituição: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Destaca-se que o enunciado dessa garantia se dá em função de “lesão ou ameaça a *direito*”, portanto a proteção judicial se define em razão da proteção a direitos subjetivos – isto é, ao direito enquanto já pertencente a um sujeito de direito, o direito *de alguém*. Mas a categoria “direito subjetivo” é própria do direito privado, e parece insuficiente para descrever as repercussões da garantia da proteção judicial sobre as relações de direito público (cf. MELLO, pp. 976 e ss.)

Com relação ao ato administrativo, é comum dizer que o ato vinculado gera direito subjetivo, enquanto o discricionário não necessariamente o gera: “diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial” (DI PIETRO, 2021, p. 222). No entanto, o ato discricionário não está de todo afastado do controle de legalidade, ainda que haja certo grau de proteção à decisão discricionária.

Nesse sentido é feita a distinção entre a legalidade e o mérito do ato administrativo. Ainda que sempre submetida a Administração ao princípio da legalidade e, conseqüentemente, ao controle de legalidade, é-lhe protegida uma área de autoridade de seus atos contra a ingerência do Poder Judiciário em matéria própria da Administração Pública. Esta área de autoridade é justamente a discricionariedade administrativa, a liberdade de escolha dentro de uma margem de opção delimitada por lei.

O conceito de mérito do ato administrativo surge como um instrumento jurídico para garantir a proteção da autoridade do ato, em certa matéria da qual não pode o Poder Judiciário conhecer. O mérito do ato corresponde em geral aos aspectos discricionários do ato, isto é, os que dizem respeito a um juízo de oportunidade e conveniência. Por isso se diz que

o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários. Seria **um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública**. Daí a afirmação de que **o Judiciário não pode examinar o mérito dos atos administrativos**. (DI PIETRO, 2021, p. 226) (grifos nossos).

O controle judiciário do ato administrativo, quanto ao objeto de controle, é limitado à legalidade do ato, à conformidade do ato com a norma legal, “sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o *mérito administrativo*” (MEIRELLES, 2016, p. 846).

Mesmo os atos administrativos ditos atos discricionários não o são por inteiro. Há elementos do ato discricionário que permanecem vinculados: são plenamente vinculadas a forma e a competência. O exame destas pelo Poder Judiciário, a título de controle de legalidade, não encontra qualquer óbice. Quanto à finalidade, que é genericamente o interesse público, o entendimento majoritário é de ser ela também vinculada. A dissidência de Celso Antônio Bandeira de Mello aponta haver uma margem de apreciação subjetiva da finalidade pela Administração, isto é, uma apreciação sobre o que seja de interesse público (cf. MELLO, 2015, p. 439). No entanto, mesmo havendo margem de interpretação sobre o que seja de interesse público, não há propriamente margem de escolha de *qual* finalidade a que o ato deve atender.

Em todo caso, o controle de legalidade pode incidir também sobre o elemento finalidade do ato administrativo, a exemplo do caso de desvio de finalidade.

O mérito do ato administrativo discricionário se encontra no seu objeto e nos seus motivos, isto é, nos elementos do ato que comportam margem de discricionariedade. Portanto, tanto os atos vinculados quanto os discricionários são passíveis de controle judiciário de legalidade, não podendo o Poder Judiciário conhecer dos aspectos discricionários, ou seja, do mérito do ato discricionário.

A discricionariedade administrativa consiste numa margem de liberdade de ação, para atender às exigências circunstâncias concretas da aplicação, segundo um juízo de conveniência e oportunidade, e sempre dentro da legalidade. Esta é a discricionariedade sancionada pelo Direito. Por isso, a discricionariedade não admite a *arbitrariedade*.

O exercício arbitrário de poder ou autoridade foge ao âmbito da legalidade, e, portanto, não recebe a chancela do Direito, não se tratando de exercício de poder discricionário, mas em geral de abuso ou excesso de poder. De fato, a discricionariedade se funda na equidade e no interesse público, mas a arbitrariedade consiste em abuso de direito (ACQUAVIVA, 2013, p. 332).

Convém esclarecer que *poder discricionário* não se confunde com *poder arbitrário*. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrário ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido. (MEIRELLES, 2016, p. 140).

A discricionariedade é instrumento jurídico para garantir uma liberdade de ação não só à atuação da Administração em exercício de função estritamente administrativa, mas também ao Poder Executivo enquanto dirigente da Administração Pública e representante político da vontade popular, conforme os cânones da democracia representativa (cf. MEIRELLES, 2016, p. 848). Considerando isso, a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade passa a assumir outra dimensão. Repercute também em temas centrais do constitucionalismo, nomeadamente o Estado de Direito e o *império da lei*, a técnica de separação de poderes, e a legalidade como instrumento jurídico de controle e *determinação* dos limites do exercício do poder, a fim de conter excessos, abusos ou *arbitrariedades*. Esses temas foram já desenvolvidos no primeiro capítulo deste trabalho, sob o ponto de vista da determinação da linguagem jurídica.

Não obstante seja preservada juridicamente a discricionariedade, sob o nome de “mérito”, submete-se o ato administrativo discricionário, assim como o vinculado, ao princípio

da motivação. Assim, exige-se “que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões”, uma “formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos” (DI PIETRO, 2021, p. 96).

Ainda que os motivos de fato e de direito que motivam a realização do ato administrativo discricionário sejam parte do mérito do ato, devem, contudo, ser expressamente declarados. A motivação atende à função de controle de legalidade do ato, e deve indicar a necessidade e adequação do ato, considerando as consequências práticas e as alternativas possíveis de agir, conforme determina o parágrafo único do artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Como instrumento de controle da legalidade de ato discricionário, a exigência de motivação se relaciona também à teoria dos motivos vinculantes, pela qual os motivos, mesmo que discricionários, uma vez declarados, vinculam o ato de maneira a servir de critério para a verificação de sua legalidade. Assim,

a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros.

Tomando-se como exemplo a exoneração *ad nutum*, para a qual a lei não define o motivo, se a Administração praticar esse ato alegando que o fez por falta de verba e depois nomear outro funcionário para a mesma vaga, o ato será nulo por vício quanto ao motivo. (DI PIETRO, 2021, p. 221).

A motivação é princípio previsto na Lei nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo). Seu artigo 2º, parágrafo único, VII o enuncia, ao determinar a observância da “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Seu artigo 50 prevê também os atos que devem necessariamente motivados, dentre os quais se destacam aqueles que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses, o que imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções.

Há uma tendência no Direito Administrativo brasileiro de positivação dos princípios, tanto a nível legal quanto a nível constitucional. Como consequência, os princípios positivados passam a servir também de fundamento para o exercício de controle de legalidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, de maneira a legitimar uma maior incidência desse controle sobre o mérito dos atos discricionários (DI PIETRO, 2021, p. 28).

Ocorre, com isso, uma ampliação do conceito de legalidade, de modo que abarque a observância não só às regras jurídicas estabelecidas em lei, como também aos “princípios e valores previstos implícita ou explicitamente na Constituição” (DI PIETRO, 2021, p. 226). Sinal dessa ampliação é visto nos princípios elencados pela Lei do Processo Administrativo, art. 2º, onde é determinada a “atuação conforme a lei e o Direito”. Reconhece-se assim a normatividade não só das regras de direito, como também dos princípios.

Assim, o Poder Judiciário fica legitimado a avaliar a adequação do ato discricionário aos princípios de direito, a título de controle de legalidade. A ampliação do conceito de legalidade e, conseqüentemente, do âmbito de incidência do controle judiciário de legalidade acabam por redesenhar os contornos do que se entende pelo próprio mérito do ato discricionário.

A avaliação judiciária de adequação aos princípios, feita a título de controle de legalidade, que incide também sobre os elementos da opção administrativa discricionária, é entendida não como um controle do mérito, mas da observância aos limites da discricionariedade.

(...) atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar, *a priori*, que se trata [a opção administrativa discricionária] de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado a exame judicial. O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. (...)

(...) o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites de discricionariedade. Por outras palavras, o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito.

As decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivos ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito, mas a legalidade do ato. (DI PIETRO, 2021, p. 227).

Prevalece ainda, no entanto, a regra geral de que o Judiciário não pode substituir a sua opção discricionária à opção discricionária da Administração, quando esta estiver conforme à legalidade e aos princípios de direito. Este controle ampliado de legalidade significa, afinal, a verificação da existência de opções discricionárias amparadas na legalidade, mediante a interpretação da norma, que previu o poder discricionário, perante o caso concreto sobre o qual se aplica – com atenção, portanto, aos princípios de razoabilidade, proporcionalidade, moralidade.

A aplicação em geral da norma jurídica abstrata ao caso concreto implica sempre uma interpretação da norma. Assim também nos casos que preveem a realização de um ato

administrativo discricionário, especialmente quando a discricionariedade provém do uso de conceitos indeterminados pela norma para se referir aos motivos, finalidade ou objeto do ato. De fato, a interpretação acompanha sempre a aplicação do direito, mas vem à tona em especial nos casos de dúvida na aplicação.

Pela interpretação procede-se também à determinação do conceito jurídico indeterminado. Mesmo na tomada da decisão administrativa discricionária, há a efetivação da escolha e aplicação mediante interpretação, que determina a opção tomada dentre as possíveis legalmente.

Dentre os conceitos jurídicos indeterminados, há alguns que consistem em “conceitos técnicos” ou “conceitos de experiência”, cujo sentido pode ser determinado por manifestação de órgão técnico, ou por meio de critérios práticos, extraídos da experiência comum (DI PIETRO, 2021, p. 225). No limite, essa determinação poderia reduzir a discricionariedade a apenas uma única solução jurídica válida.

Ademais, o procedimento de interpretação pode ser apto também a delimitar os sentidos possíveis de um conceito indeterminado, e delimitar as opções de agir conferidas abstratamente a título de poder discricionário. É assim que, ainda que a lei confira à autoridade um poder discricionário para decidir e agir dentre as opções legais, segundo um juízo de conveniência e oportunidade, pode ocorrer que a interpretação da norma perante o caso concreto revele que apenas uma dentre as alternativas possíveis conferidas se mostre de acordo com a razoabilidade, proporcionalidade, moralidade etc., e, portanto, amparado na legalidade.

CONCLUSÃO

Foram estudados neste trabalho os conceitos jurídicos indeterminados, buscando os elementos de sua caracterização, a fim de aprofundar as discussões jurídicas acerca de seu tratamento na sistemática do direito.

Foram analisados, no âmbito da teoria geral do direito e da teoria da norma jurídica, os elementos que podem caracterizar a linguagem jurídica determinada, evidenciando como a determinação na linguagem jurídica se mostra como um valor ou virtude do direito. Assim, foram identificados os critérios de generalidade e abstração da norma: generalidade quanto aos destinatários, abstrata quanto à ação; em outros termos, a determinação da norma quanto aos sujeitos de direitos e deveres e às condutas comandadas. O estudo das noções de Estado de

Direito, império da lei e princípio da legalidade evidenciou ainda a centralidade da lei em sentido estrito dentro da sistemática jurídica: lei legislada, proveniente da vontade geral e soberana, de aplicação certa e vigência permanente, dotada de publicidade e clareza na redação.

A investigação sobre os fundamentos da determinação na linguagem em geral, a partir da lógica e filosofia da linguagem, também trouxe à tona elementos para se entender o que seja dizer algo determinado em geral. Do estudo da lógica aristotélica, a teoria da predicação e o princípio de não-contradição trazem como critérios da linguagem determinada a unidade do que se diz, a ausência de plurivocidade ou equivocidade e de contradição. A filosofia analítica da linguagem fornece também os conceitos de função proposicional, a distinção entre sentido e significado, a teoria da significação como figuração e a noção do atomismo lógico.

Foram estudados também os desenvolvimentos doutrinários no campo do direito administrativo sobre o ato administrativo e seus elementos, os conceitos jurídicos indeterminados, o poder discricionário, e a disciplina jurídica do controle judicial de legalidade.

Com este trabalho, busca-se contribuir para os estudos e discussões em torno dos temas da determinação e clareza na linguagem jurídica, dos limites da interpretação e aplicação das normas dentro do que seja admitido pelo Direito, e da fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade. Busca-se, em última análise, colaborar também com o estabelecimento de um mínimo racional comum de debate sobre os temas levantados.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Trad. Alfredo Bosi. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário jurídico Acquaviva**. 6ª ed. São Paulo: Rideel, 2013.

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane (org.). **Dicionário da cultura jurídica**. Tradução Ivone Castilho Benedetti; revisão técnica Márcia Villares de Freitas. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Leonoel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. In: Aristóteles; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. São Paulo: Nova Cultural, 1987. Coleção Os Pensadores.

ARISTÓTELES. **Metafísica**: ensaio introdutório, texto grego com tradução e comentários de Giovanni Reale: vol. 2: Texto grego com tradução ao lado. Trad. Marcelo Perine. 5ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2015.

ARISTÓTELES. **Órganon**: Categorias, Da interpretação, Analíticos anteriores, Analíticos posteriores, Tópicos, Refutações sofísticas. Tradução, textos e notas adicionais de Edson Bini. 3ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

AQUINO, Tomás de. **Comentário ao Sobre a interpretação de Aristóteles**. Tradução de Paulo Faitanin e Bernardo Veiga. Campinas, SP: Vide Editorial, 2018.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. 13ª ed., 4ª reimpressão. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Trad. Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista; apresentação de Alaôr Caffé Alves. 6ª ed. São Paulo: Edipro, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 34ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução, organização, nota prévia, anexos e notas de Fausto Castilho. Campinas, SP: Editora da Unicamp; Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª Ed. Ceira, Coimbra, Portugal: Editora Armênio Amado, 1984.

KRAUSE, Décio. **Tópicos em ontologia analítica**. 1ª ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: vol. 1. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 30ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RUSSELL, Bertrand. **Introdução**. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logicus-Philosophicus*. 3ª ed., 4ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020.

SANTOS, Luiz Henrique Lopes dos. **A Essência da Proposição e a Essência do Mundo**. In: WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logicus-Philosophicus*. Tradução, apresentação e ensaio introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3ª ed., 4ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. **Teoria do Estado Moderno e Contemporâneo**: fundamentos do Direito Público e do Direito Constitucional. 1ª ed. Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 43ª ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2020.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Tractatus Logicus-Philosophicus**. Tradução, apresentação e ensaio introdutório de Luiz Henrique Lopes dos Santos. 3ª ed., 4ª reimpressão. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2020.