

ANO IV – N.º 08



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**

Edição Comemorativa em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda



**JAN/MAR
2008**

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Silvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

Ano 4 • Volume 4 • Número 8
Jan-Mar 2008 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2007/08

Luciana Lois Santos Rodrigues, Presidente
Fábio Zech Sylvestre, Vice-Presidente
Fábio Sampaio Capela, Secretário-Geral
Felipe Teixeira Neto, Diretor Científica
Bibiana Brum Ohira, Diretora Social
Anna Karine Turbay Palodetto, Diretora Financeira

Conselho Editorial:

Prof. Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto
Prof. Doutor Fernando Araújo
Prof. Doutor Jorge Miranda
Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão
Profa. Doutora Maria Fernanda Palma
Prof. Doutor Vasco Pereira da Silva

Conselho Deliberativo:

João Hélio Ferreira Pes
Lauren Lautenschlager
Raul de Mello Franco Junior

Conselho Executivo:

Julia Pereira Chaves
Michelle Fontenelle Bezerra Guedes

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



Limites e técnicas de contenção à intervenção direta do Estado brasileiro na economia

André Saddy

Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela
Universidade de Lisboa, Portugal.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Intervenção do Estado na economia, discricionariedade administrativa e sua localização nos componentes lógico-estruturais da norma jurídica em abstrato. 2. A intervenção do Estado na economia como discricionariedade, seus limites e técnicas de contenção; 2.1 Competência para intervir diretamente na economia; 2.2 Enunciados de normas aplicáveis no caso de intervenção do Estado na economia; 2.3 Determinação semântica das normas do ordenamento jurídico-econômico constitucional brasileiro; 2.4 Resolução das concorrências e conflitos normativos do ordenamento jurídico-econômico constitucional brasileiro; 2.5 Decisão propriamente dita de intervir diretamente na economia. 3. Limitações negativas e positivas da intervenção direta do Estado na economia. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

No contexto da transferência da faculdade de transformação de vontades em atos do povo ao Estado, constituindo-se esse em um meio para a consecução dos fins da sociedade, sendo inaceitável admitir que o representante possa dispor de fins diversos aos perseguidos pelo povo, demonstrou-se que com o progresso do tempo, a sociedade muda sua visão do mundo, seus valores básicos, suas estruturas políticas e sociais. Dentre essas mudanças, verificou-se, por muitos motivos, ao longo da história o outorgamento de uma liberdade ao representante, liberdade essa chamada de discricionariedade. A mesma, conforme o modelo de Estado vivenciado, funcionou como um pendulo entre o binômio: direitos individuais e prerrogativas públicas¹.

Com o Estado Liberal ou Mínimo, que detinha como características básicas a livre iniciativa em proveito do empreendedor, a propriedade privada e a autonomia de vontade, a discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial, onde a Administração Pública poderia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse. Ou seja, a Administração poderia utilizar sua discricionariedade em todos os pontos que a lei não regulou, operando-se no espaço livre da lei.

Com a evolução, tal modelo foi substituído por dois modelos intervencionistas: o Estado Social ou Intervencionista, assentado em seu tríplice aspecto – distributivo, produtivo e providencial –, que tomou para si a tarefa de produção de riqueza e sua distribuição pela sociedade, desconhecendo a propriedade privada e a autonomia contratual; e o Estado Bem-Estar, que, equidistante de ambos, buscou acolher elementos do Estado Liberal e do Estado

¹ Sobre tal evolução vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

Intervencionista, tendo-se, portanto, uma livre iniciativa com intervenção em proveito da sociedade, uma tutela da propriedade privada com função social e um dirigismo contratual para correção de assimetria.

Nesses modelos de Estado (Social ou Intervencionista e de Bem-Estar) iniciou-se a publicização do Direito Civil, criando como fundamento de todo o Direito Público o princípio da supremacia do interesse público, e concedendo ao princípio da legalidade um novo sentido, pelo qual a Administração só poderia fazer o que a lei permite, passando a discricionariedade a ser tida como um “*poder*” limitado pela lei, deixando de existir aquela esfera de ação em que a Administração agia livremente.

A busca de um Estado eficiente, com menores custos e melhores resultados, e a nova configuração contemporânea (o derrubamento dos Estados comunistas; a crise do Estado do Bem Estar e os problemas de competitividade e desempenho na maioria dos países com tradição industrial; as constantes guerras; a aparição de um novo terrorismo; a mudança do protagonista político; a experiência europeia de integração e cooperação; a busca de um Direito Universal; a importância da sociedade de conhecimento e de informação; a menor importância dos recursos naturais, o caráter imprescindível das infra-estruturas; a revolução econômica [microeletrônica, informática, telecomunicações, ciência dos materiais, robótica, biotecnologia]; os novos modelos de produção; o capital humano; o desmoronamento de diversos Estados que gerou a multiplicação de autênticas emergências humanísticas; a infração galopante; o belicismo; a corrupção endêmica; a globalização; o crescimento da competitividade e da mobilidade financeira; e outras) culminaram com o fim do chamado Estado Moderno, engendrando o Estado Pós-moderno (Estado Regulador, Estado Distributivo, Estado Associado e Estado Propulsivo).

O Estado Pós-moderno está envolvido em um tripé juspolítico que se caracteriza: pelo novo constitucionalismo/neoconstitucionalismo; pela nova teoria do direito/pós-positivismo jurídico; e pelo novo Estado/Estado de Justiça Democrático de Direito². Tal Estado passou a depender, não somente da legalidade, mas, também, da legitimidade, entendida esta como a conformidade de atuação do Estado à vontade popular, e da licitude, entendida como a submissão dos comportamentos aos valores morais prevaletentes no meio social. Logo, pretende-se com este Estado submeter-se mais bem ao Direito e já não mais à lei. Assim, a discricionariedade deixou de ser um espaço de livre opção do agente público de converter-se em um resíduo de legitimidade e de licitude³, para passar a não estar mais limitada pela

² No Estado de Justiça Democrático de Direito toda organização política passa a estar submetida simultaneamente à lei – Estado de Direito – ao interesse público – Estado Democrático – e a moral – Estado de Justiça –, levando à construção do conceito, Estado de Justiça Democrático de Direito. Além de ter possibilitado o deslocamento para a sede constitucional, da dicção fundamental do interesse público, remanescendo ao legislador ordinário, a tarefa de especificá-lo, entendimento de um pós-positivismo jurídico. Igualmente, possibilitou uma propagação dos direitos e garantias fundamentais, a onipresença entre princípios e regras, a nova força dos princípios, a Constituição como ordem de valores, a crescente consciência da cidadania, a necessidade de conexão entre direito e moral, entre outras, consequência essa do neoconstitucionalismo.

³ Explica DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 33 e 34): “A discricionariedade é, portanto, uma competência que é cometida à Administração, em grau e modo que venha a ser indispensáveis para integrar a vontade da lei no atendimento de suas funções de executá-la concretamente.

A definição de resíduo de legitimidade indica, nesse conceito, que o exercício da discricionariedade tem a natureza material de uma opção política, sendo, portanto, um ato de criação e não de mera execução, pois

lei, mas pelo Direito, pela idéia de justiça, pelos valores morais. Ou seja, pelo interesse público, sendo esse o norte, que justifica e dá fundamento à atividade administrativa, devendo ser entendido não como o somatório de interesses individuais de cada cidadão e dos grupos, sob pena de criar um Estado paternalista e uma sociedade dependente, desestimulada, acomodada e debilitada, mas sim como aqueles originário com a criação do Estado, da vida de uma sociedade organizada, pois dela brotar novas necessidades coletivas⁴.

Uma vez fixada tais premissas iniciais e genéricas terá o trabalho o objetivo de tratar de distintas técnicas e formas de contenção da discricionariedade administrativa na norma jurídica do artigo 173, *caput*, da Constituição brasileira de 1988, demonstrando ser esta um “*caso difícil*” uma vez que proporciona uma gama ilimitada de soluções corretas, sempre existindo dois ou mais princípios colidentes.

Limitar-se-á o trabalho, ao estudo do atrofimento da discricionariedade ou da redução da discricionariedade a zero (*Ermessensreduzierung auf Null*), no caso específico do artigo 173, da Constituição brasileira de 1988. Ou seja, o trabalho tratará de como a discricionariedade administrativa existente de forma abstrata no artigo 173 se reduz, diante do caso concreto, a várias, ou a uma única, estatuição válida. Demonstrará como a norma abstrata do artigo 173 possui uma discricionariedade em potencial e evidenciará que a discricionariedade administrativa somente existe, efetivamente, depois de feita a análise no caso concreto.

Logo, o que justifica a pesquisa é a busca de diferentes formas de limitar a opção discricional da Administração Pública, redefinindo e retemperando as técnicas de contenção desta⁵.

nela ocorre também, ainda que de forma derivada, uma alocação autoritária de valores, o que satisfaz o conceito eastoniano de política. O ato de execução puro, este sim, dispensaria qualquer opção, não necessitando mais que a identificação final de eventuais destinatários.

O campo formal da discricionariedade administrativa está contido no cometimento feito pela lei à Administração Pública, extremando as hipóteses, ainda que fascinantes, da discricionariedade no Legislativo e no Judiciário, que escapam ao objeto deste trabalho.

Segue, o conceito, explicando que essa opção de criação, aberta pela lei ao administrador público, é um elemento necessário para integrar a definição de todos os elementos essenciais à prática de um ato de execução, aludindo-se, implicitamente, ao motivo e ao objeto.

Na referência ao atendimento de um interesse público específico, enfatiza-se que esse dois elementos que devem ter seu conteúdo integrado pela Administração, o motivo e o objeto, caracterizam uma definição derivada e particularizada do interesse público contido na definição originária e generalizada, presente, explícita ou implicitamente na lei”.

⁴ É certo que os representantes, quando são eleitos, com o propósito de atuar em nome da vontade de todos, zelando pela boa marcha da sociedade, alcançando uma harmonia, por meio do bem estar geral – que se chama interesse público – e, sabendo que a legalidade, legitimidade e licitude convergem, necessariamente, para alcançar este bem-estar geral, detalhando e precisando, de várias formas e níveis, o conteúdo do interesse público de uma determinada sociedade, a primeira como ordem ético-jurídica, de estabilização do poder positivado em normas coativamente impostas aos cidadãos, a segunda, como ordem ético-política, de estabilização do poder em torno de valores consensualmente aceitos, e a terceira, como ordem ético-moral, de estabilização do poder em torno de uma moral de resultado voltada sempre às finalidades públicas, não se tolerando que vise a qualquer outra finalidade que as afastem ou as desvirtuem.

⁵ Quanto à terminologia empregada, torna-se importante esclarecer quatro termos já na introdução: limite, contenção, atrofia e redução. O termo limite no presente trabalho deve ser entendido como o extremo a que pode chegar, como o ponto que não se pode ultrapassar da discricionariedade administrativa na norma jurídica em abstrato. Já contenção tem o significado de manutenção, detenção, controle da discricionariedade administrativa dentro dos limites previamente fixados, como poderá se analisar ao longo do presente trabalho.

Não obstante conhecer a existência de exaustivos trabalhos brasileiros e mundiais que abordam a discricionariedade administrativa⁶ e as formas de intervenção do Estado na economia⁷, o tema escolhido como objetivo desta investigação, apesar de também tratar da

Por outro lado, atrofia deve ser entendida como a diminuição no tamanho ou número, ou em ambas coisas a vez, de uma ou várias alternativas conferidas pela norma jurídica em abstrato, significa não deixar desenvolver-se. E por fim, redução significa tornar menos, estreitar, diminuir as proporções da discricionariedade administrativa concedida na norma jurídica em abstrato.

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

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006; GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005; POLTRONIERI, Renato. Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambigüidade da norma jurídica positiva. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle de discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001; DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006; AYALA, Bernardo Diniz de. O (déficit de) controlo judicial da margem de livre decisão administrativa. Lisboa: Lex, 1995; SOUSA, António Francisco de. A discricionariedade administrativa. Lisboa: Danúbio, 1987; QUEIRO, Afonso Rodrigues. O poder discricionário da administração. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948; BACIGALUPO, Mariano. La discrecionalidad Administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997; DESDENTADO DAROCA, Eva. Los problemas del control de la discrecionalidad técnica (un estudio crítico de la jurisprudencia). Madrid: Civitas, 1997; FELIPE, M. Beltrán de. Discrecionalidad administrativa y constitución. Madrid: Tecnos, 1995; SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Arbitrariedad y discrecionalidad. Madrid: Civitas, 1991; BACHOF, Otto. Beurteilungsspielraum, Remesen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht. Juristen-Zeitung (JZ), 1995; WEBER, K. H. Regelungs- und Kontrollidichte im Atomrecht. Baden-Baden, 1984; SCHMIDT, Walter. Gesetzesvollziehung durch Rechtsetzung. Untersuchungen zu den Verwaltungsvorschriften un zur "Selbstbindung der Verwaltung". Bad Humberg-Berlin-Zurich, 1969; BOTTINO, Gabriele. Equità e discrezionalità amministrativa. Milano: Giuffrè, 2004; BENVENUTI, Luigi. La discrezionalità amministrativa. Padova: Cedam, 1986; BOCKEL, Alain Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration. Actualité juridique. Droit administratif, I. Doctrine, 1978, p. 355-370; VENEZIA, Jean-Claude. Le pouvoir discrétionnaire. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1959; WALINE, Marcel. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel. Paris: M. Giard, 1930; VAUGHN, Jacqueline, OTENYO, Eric. Managerial discretion in government decision making: beyond the street level. London: Jones and Vartlett Publishers, 2006; GALLIGAN, Denis James. Discretionary powers: a legal study of official discretion. Oxford: Clarendon, 1986; entre muitos outros.

⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2004; SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo da economia. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003; BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito econômico. São Paulo: Celso Bastos, 2003; TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. São Paulo: Método, 2003; FARIA, José Eduardo. O direito na economia globalizada. São Paulo: Malheiros, 2002; BASTOS, Celso Ribeiro. Direito econômico brasileiro. São Paulo: Celso Bastos, 2000; GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000; SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000; SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996;

discricionariedade administrativa e da intervenção direta do Estado na economia, assenta em uma perspectiva de aproximação substancialmente diferente: não se trata agora de verificar se a discricionariedade esta inevitavelmente presente nos atos da Administração Pública de modo que se constitua como um dos rasgos definidores da atividade administrativa, nem tampouco de saber se cabe um controle jurisdicional da discricionariedade e como deveria se exercitar tal controle, ou de saber quais as formas de intervenção do Estado na economia. Visa-se traçar a configuração da discricionariedade administrativa na norma jurídica em abstrato no caso específico do artigo 173 da Constituição brasileira de 1988 e estudar as técnicas de atrofamento da discricionariedade ou da redução da discricionariedade a zero. Ou melhor, tem por objetivo determinar os limites e traçar as técnicas que atrofiam ou reduzem a zero a discricionariedade concedida à Administração pela norma jurídica do artigo 173 da Constituição brasileira de 1988.

Trata-se, então, da junção de dois grandes institutos do Direito Administrativo: a discricionariedade do Poder Executivo, que sempre causou problemas para o Estado em si e, por conseguinte para o Direito Público, pois é ela um dos principais meios de fazer um exercício unilateral e arbitrário do poder; e a intervenção do Estado na economia, forma disciplinadora das atividades de produção, circulação e de consumo de riquezas, que regulam os limites de intervenção do Estado na iniciativa privada.

Ambos são temas clássicos do Direito Público, por isso é difícil trazer algo novo a seu estudo. Entende-se que no Direito é impossível trazer algo rigorosamente novo, sendo somente possível estabelecer conexões modestamente inéditas de velhos fenômenos que

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988. Rio de Janeiro: APEC, 1989; GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981; MOREIRA, Vital (org.). Estudos de regulação pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, v. 1; SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda, MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito econômico. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2004; MONCADA, Luís S. Cabral de. Direito econômico. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003; FERREIRA, Eduardo Paz. Direito da economia. Lisboa: Associação acadêmica faculdade de direito de Lisboa, 2001; FERREIRA, Eduardo Paz (org.). Estudos sobre o novo regime do sector empresarial do Estado. Lisboa: Almedina, 2000; AMORIM, João Pacheco de. As empresas públicas no direito português: em especial, as empresas municipais. Coimbra: Almedina, 2000; OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1998; SANTAMARÍA, Jaime Abella. La ordenación jurídica de la actividad económica. Madrid: Dykinson, 2003; ORTIZ, Gaspar Ariño. Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica. Granada: Comares, 2001; MARTÍN, Eduardo Ortega. Derecho administrativo-económico. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2000; UREBA, Alberto Alonso. La empresa pública: aspectos jurídico-constitucionales y de derecho económico. Madrid: Montecorvo, 1985; BADURA, Peter. Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Athenäum, 1970; ZACHER, Hans F. Aufgaben einer Theorie der wirtschaftsverfassung. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965; RITTNER, F. Wirtschaftsrecht. Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe 1965; CARULLO, Antonio. Lezioni di diritto pubblico dell'economia. 3. ed. Padova: CEDAM, 2005; FRANZESE, Lucio. Ordine economico e ordinamento giuridico: la sussidiarietà delle istituzioni. Padova: Cedam, 2004; CUONZO, Lorenzo. Diritto pubblico dell'economia: profili generali. Bari: Cacucci, 1995; BENTIVENGA, Calogero. Elementi di diritto pubblico dell'economia. Milano : A. Giuffrè, 1977; HUBRECHT, Hubert-Gérald. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1997; LAUBADÈRE, André de, DELVOLVÉ, Pierre. Droit public économique. Paris: Dalloz, 1986; FARJAT, Gérard. Droit économique. 2. ed. Paris: PUF, 1982; JACQUEMIN, Alex. Le droit économique. Paris: PUF, 1970; POSNER, Eric A. Law and economics. Aldershot: Ashgate, 2001; POSNER, Richard A., PARISI, Francesco. Law and economics. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 1997; KINDLEBERGER, Charles P. Economic law and economic history. Cambridge: Cambridge University Press, 1997; entre muitos outros.

grato a elas podem explicar-se melhor⁸. Não interessa no presente trabalho voltar aos assuntos já estudados por outras investigações brasileiras. Tem-se, aqui, a pretensão de estudar a discricionariedade administrativa associada à intervenção do Estado na economia, tentando demonstrar que a norma jurídica do artigo 173 da Constituição brasileira de 1988 possui discricionariedade, mas também possui limites e uma série de técnicas de contenção⁹.

1. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SUA LOCALIZAÇÃO NOS COMPONENTES LÓGICO-ESTRUTURAIS DA NORMA JURÍDICA EM ABSTRATO

O sistema econômico adotado na Constituição brasileira de 1988 é informado por um regime de mercado, optando pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado quer da formação de monopólios ou abuso de poder econômico, sempre na defesa da livre iniciativa, uma vez que essa é fundamento da República e princípio norteador da ordem econômica brasileira, tendo como subprincípios os princípios da subsidiariedade e da abstenção¹⁰.

Na atual Carta Magna brasileira, o Estado está proibido de atuar no mercado no que tange a produção de riquezas (art. 170, CRFB), podendo fazê-lo apenas de forma

⁸ NIETO, Alejandro. *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel, 2000, p. 17.

⁹ Ressalta-se que o trabalho analisará um conjunto complexo de problemas, tentando passar uma visão didática sobre o tema, mas em momento algum tem a pretensão de fazer uma exposição completa e exaustiva do mesmo.

Para tanto, o trabalho foi feito pensando na prática da Administração Pública, mas é certo que mesmo em se pensando na prática administrativa a exposição científica de um trabalho, como o aqui pretendido, necessita de uma metodologia que ao menos seja didática para que depois o jurista possa utilizá-la. Por isso, que para a realização desse trabalho, optou-se por uma metodologia que engloba formulas descritivas, indutivas, dedutivas, *ad auctoritate* e documentais. Por vezes serão relatados conceitos de publicistas renomados –alguns e não todos– e se procurará extrair deles um corte nuclear comum. Outras vezes se partirá de noções gerais para específicas. Tudo com a intenção de tornar mais seguro possível às conclusões que o trabalho chegará. Em benefício da clareza, procurou-se que o texto tratasse os pontos principais que compreendem a matéria, e se reservou para as notas de rodapé de página as referências complementarias, tidas como importantes para o desenvolvimento do trabalho, tentando sempre que a citação permita ao leitor mais interessado a rápida localização das fontes.

Esclarece-se que o trabalho trata, essencialmente, do Direito brasileiro. Inclusive, vale elucidar que o trabalho se limitou a transpor os enunciados constitucionais uma vez que se tornaria impossível numa investigação como essa – que não estuda um caso específico de intervenção direta do Estado na economia, mas sua generalidade –, transpor toda a normativa infraconstitucional brasileira sobre a matéria.

Por fim, registra-se que o trabalho não é uma proposta política-ideológica de reduzir o campo de atuação do Poder Judiciário ou mesmo de fundamentar a concessão de mais poderes à Administração Pública, busca-se a verdade científica, tentando agregar valor à literatura existente e não limitando-se a uma mera compilação acrítica de textos legais, doutrinários e jurisprudenciais.

¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 115.

VITAL MOREIRA (MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. Coimbra: Coimbra editora, 1979, p. 41) defini Constituição economia como: “o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica”.

suplementar quando a própria Constituição abrir tal exceção, exigindo que se esteja diante de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, CRFB). A Constituição deseja que o Estado brasileiro atue como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CRFB), repudiando o dirigismo econômico, acolhendo, porém, o intervencionismo econômico, nos estritos termos constitucionais (fiscalização, incentivo e planejamento).

Não seria diferente, portanto, quando diante da intervenção direta do Estado na economia, ter-se um dever-poder discricionário. Afinal, ao se analisar a norma abstrata do artigo 173, da CRFB, verifica-se que o Estado possui uma margem para optar ou não entre diversas condutas. Basta visualizar o artigo 173, da Constituição brasileira de 1988, para ter em conta que esta norma em abstrato necessita a integração da legitimidade e da licitude para que se possa atingir o interesse público.

O agente público, frente a uma norma abstrata com discricionariedade (discricionariedade potencial), como é o caso do artigo 173 da CRFB, nunca terá liberdade em suas decisões, já que sempre estará vinculado a um resíduo de apreciabilidade em fase do interesse público, seja esse interesse geral, coletivo ou difuso, seja a esfera, atribuição, ação, ato, etc. que fora; é certo que existirá sempre, uma graduação da legalidade, legitimidade e da licitude, ou seja, uma graduação de natureza juspolítica-moral, natureza vinculada à liberdade, uma vez que é a sociedade quem atribui aos governantes os limites de sua atuação. Jamais há liberdade absoluta na atuação estatal.

Assim, a atividade de intervir diretamente na economia, está triplamente vinculada: com a legalidade, que não é nada mais que uma legitimidade positivada; a legitimidade, naquilo que não foi ou não pode ser positivado; e a licitude, onde se respeita a moralidade administrativa. Logo, a razão que inspira a discricionariedade é o dever de bem administrar, a eficiência, e uma administração de resultado, por meio dessa tripla vinculação.

Ressalte-se que o político somente terá total liberdade, frente as estatuições válidas (discricionariedade efetiva). Nesses casos será ele a voz de uma política administrativa ou governamental, sendo ele de extrema relevância, afinal, sua vontade e particular convicção frente ao caso concreto irá trazer conseqüências ao mundo jurídico.

Tudo isso conduz a uma elaboração pormenorizada do conceito de discricionariedade administrativa, sempre muito debatida na doutrina mundial¹¹. Três são os pontos de vistas mais usuais quando se invoca a noção de discricionariedade: um que concebe a discricionariedade administrativa como margem de volição para eleger entre a adoção ou não de uma conseqüência jurídica ou outra na aplicação de normas de estrutura condicional, que não obriga a adotar a conseqüência jurídica por ela prevista ou não predeterminada a conseqüência jurídica que deva ou possa adotar-se; outro que afirma que a indeterminação do suposto de fato das normas habilitantes gera discricionariedade administrativa ou, ao menos, uma margem de decisão administrativa estruturalmente equiparável, no essencial àquela; e, por último, o ponto de vista que afirma que a discricionariedade administrativa somente opera no âmbito do suposto de fato das normas jurídico-administrativas, isso por entender que é sua inexistência ou imperfeição o que genuinamente provoca a margem de atuação discricional.

¹¹ Quando se define, devem-se fixar os traços essenciais do objeto definido, para que se possa distingui-lo de outros objetos. Já conceituar é distinguir o objeto de outros ou de, pelo menos, estar apto a refletir sobre o objeto (vide: LACEY, A. R. *Concept. In: Dictionary of philosophy*. London, New Cork: Routledge, 1991, p. 38-39).

Todas noções utilizadas ocupam-se, sobretudo, da localização da discricionariedade dentro dos componentes lógico-estruturais da norma jurídica de competência e de conduta, e não da noção propriamente dita de discricionariedade, motivo pelo qual adota-se um conceito próprio, com três elementos essenciais –próprios do instituto– sem esquecer da localização da mesma nos componentes lógico-estruturantes: elemento subjetivo, somente a Administração Pública é possuidora desse tipo de discricionariedade; elemento formal, derivado unicamente do ordenamento jurídico, reportando-se somente as ações deonticas, com exclusão dos eventuais margens de liberdade de ação que podem-se reconhecer em ações não deonticas; e elemento volitivo, já que é a liberdade de atuação ou não, entre estatuições oferecidas alternativa e disjuntivamente. Além desses elementos essenciais, tem-se outro elemento onipresente em toda atuação administrativa, que é o elemento objetivo, ou seja, o dever de atenção ao interesse público (legalidade, legitimidade e licitude).

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

Discricionariedade potencial seria a margem relativa de liberdade/autonomia/volição conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para adoção ou não, dentre estatuições oferecidas alternativas e disjuntivamente, que melhor atenda ao interesse público. É essencialmente uma margem que o agente público possui para optar entre diversas condutas, que não são absolutas, já que está sempre limitada pelo interesse público.

A discricionariedade efetiva seria a margem que o agente público possui para optar entre diversas estatuições (alternativas e disjuntivas) válidas. É uma opção política, que será feita por critérios de política administrativa ou governamental tida como apropriada pelo representante em determinado caso concreto. As alternativas dadas pela interpretação darão apenas estatuições válidas ou inválidas. Ou seja, não existe a “melhor” ou “ótima” alternativa, esta sempre será a única que poderia ser validamente seguida. Com efeito, o agente público tem o dever jurídico de satisfazer o interesse público, por meio da legalidade, legitimidade e licitude. Caso determinada alternativa seja a “melhor” ou a “ótima” esta será a única válida, as demais serão indevidas, inválidas. E se assim for, estar-se-á diante de uma hipótese de vinculação e não de discricionariedade. Por isso que se afirma que a discricionariedade começa onde acaba a interpretação, toda vez que o Direito é o critério que deve ser utilizado no âmbito da interpretação feita com o fim de delimitar quais são as estatuições válidas, delineando o universo de opções discricionárias efetivas¹².

Assim, entende-se que somente haverá discricionariedade se todas as estatuições forem válidas, e apenas nos casos concretos. Caso tenha-se estatuições válidas apenas em abstrato, estar-se-á diante de uma discricionariedade potencial passível de não ser confirmada *a posteriori* pela realidade concreta. Logo, existirão situações em que a discricionariedade abstratamente prevista na norma poderá deixar de existir por completo quando analisado as peculiaridades do caso concreto, pois poderá estar diante de somente uma ação possível para se alcançar a finalidade da norma de forma satisfatória. Portanto, a liberdade

¹² Assim, somos contra quem fundamenta o processo decisório das estatuições válidas nos princípios jurídicos, como o da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, moralidade, entre outros. Pois se existir estatuição mais razoável, mais proporcional, mais eficiente, entre outras, as demais serão obrigatoriamente irrazoáveis, desproporcionais ou ineficientes e, portanto, inválidas. Tais princípios são critérios que devem ser utilizados no âmbito da interpretação feita com o fim de delimitar quais são as estatuições válidas, delineando o universo de opções discricionárias.

discricional fixada na norma abstrata, não coincide com o possível campo de liberdade do agente público diante do caso concreto¹³.

Duas são, portanto, as discricionariedades (potencial ou efetiva) conferidas pela norma: a discricionariedade de atuação, onde se poderá optar por atuar ou não, é dizer, aplicar ou não a consequência jurídica ou alguma das consequências jurídicas previstas como possíveis pela norma habilitante; ou a discricionariedade de eleição, onde se poderá eleger entre uma consequência ou outra, caso a Administração opte por atuar (ou caso esteja obrigada a isso) e são várias as consequências jurídicas permitidas.

Então, pormenorizando os conceitos acima, pode-se dizer que a discricionariedade potencial tem configuração de dever-poder, toda vez que a idéia de dever girar em torno de uma finalidade a ser cumprida, qual seja, o interesse público¹⁴. Ou seja, a discricionariedade potencial seria o cumprimento do dever de alcançar o interesse público. Já a discricionariedade efetiva tem configurações de poder, uma vez que é ela a faculdade de transformar a vontade em ações desejadas, ações válidas, já que respeitam o Direito¹⁵.

Além de conceber uma noção de discricionariedade administrativa na norma jurídica, também há de demonstrar sua localização nos componentes lógico estruturais da norma.

¹³ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. Revista de Direito Público. São Paulo, n. 65, v. 16, p. 27-38, jan/mar, 1983, p. 33) ressalta o aspecto da redução ou desaparecimento da discricionariedade perante o caso concreto da seguinte maneira: “o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que ante uma situação real, específica, exigente de pronúncia administrativa, só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal”.

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

¹⁴ RITA TOURINHA (TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 155) assim também entende: “Sabe-se o Estado de Direito caracteriza-se pela subordinação da atividade administrativa à lei. Assim, o núcleo do exercício dessa atividade caracteriza-se como um dever e não um poder. Somente se admite falar-se em poder como instrumento voltado à satisfação dos interesses públicos”.

¹⁵ Assim também entende: LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude y GAUDEMET, Yves. Traité de Droit Administratif. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1992, tomo I, p. 574.

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

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

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, M. SEABRA FAGUNDES e ODETE MEDAUAR entendem que o tema da discricionariedade compreende tanto o poder discricional como também a atividade discricional e o ato discricional, como três momentos distintos, mas necessariamente ligados entre si. (MEDAUAR, Odete. Poder Discricionário da Administração. Revista dos Tribunais. Rio de Janeiro, n. 610, p.38-45, ago. 1986).

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

Entende-se que haverá discricionariedade potencial nos componentes lógico-estruturantes da norma jurídica de competência (que atribuem autonomia sobre as matérias em causa, ou criam a faculdade de dispor) e de conduta (que estabeleça o estatuto deontico das ações normativas que se exercem a partir dela), só sendo a primeira atributiva de discricionariedade se não existir uma norma de conduta. Ademais, por derivar unicamente do ordenamento e por ser por meio da linguagem escrita, que o legislador concede a discricionariedade potencial, que se faz a distinção entre enunciado normativo e norma: enunciado é a expressão da norma, é o conjunto de símbolos, nomeadamente lingüísticos, por meio dos quais aquela é formulada; e norma é o significado representado, que constitui o sentido deontico¹⁶.

Logo, a norma depende da expressão lingüística, entendida ela como o veículo fundamental de transmissão ou informação, sendo, de acordo com DAVID DUARTE¹⁷, quatro as propriedades para identificá-la: é um dever ser, uma vez que identifica um estado de coisas ideal independente da realidade; consiste na ordenação de um determinado sentido, já que determina sempre qualquer coisa que lhe confere sentido e lhe dá sentido; é hipotética, uma vez que depende da verificação das condições especificamente estipuladas do seu sentido; e geral, uma vez que seus destinatários são indetermináveis.

É a hipoteticidade da norma que revela a estrutura da mesma. Superada a configuração binária¹⁸, a ciência jurídica, hoje, identifica uma tripla formação, que engloba: uma previsão, que reporta às condições do sentido de dever ser; um operador deontico, relativo a modalidade de dever ser que a norma incorpora; e uma estatuição, elemento relativo ao campo de incidência do sentido do dever ser. Assim uma norma é a conjugação estrutural desses três elementos¹⁹.

¹⁶ Sobre a diferença entre norma e enunciado normativo vide: DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 64.

¹⁷ DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 72-75.

¹⁸ Afirmava-se que dois eram os componentes lógico-estruturais da norma: a hipótese ou previsão, que seria a descrição do suporte fático que ao se verificar desencadeia as conseqüências normativas, e o preceito ou estatuição, que são as afirmações das conseqüências jurídicas estatuidas pela norma, quando no caso concreto se verificar os fatos apontados na hipótese/previsão.

¹⁹ DAVID DUARTE (*Ibidem*, p. 874) assim afirma: “A norma pode ser definida, conseqüentemente, como um sentido de dever ser de domínio genérico, conceito normativo este que representa uma categoria intelectual transmitida através da linguagem (regra geral) e que tem uma estrutura composta por três elementos: (i) a previsão, (ii) o operador deontico e (iii) a estatuição (= $a \rightarrow b$)”.

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

O operador deontico é o elemento estrutural que confere natureza deontica a norma, por meio da determinação de um específico sentido de dever ser, seja impositivo, permissivo ou proibitivo. São tais modos deonticos que estabelecem a natureza da norma. É ele que estabelece a relação com a previsão. Logo, não é

Sendo as normas de competência as que atribuem à discricionariedade no exercício da função administrativa, ter-se-á sempre esta um operador de imposição, podendo ser localizada a discricionariedade na relação que se estabelece entre a previsão e a estatuição. Ou seja, a realização do efeito disposto na estatuição sobre as matérias disposta na previsão significa que sobre a previsão, o agente público pode dispor como melhor lhe aprouver. Logo, a discricionariedade está situada na estatuição. A análise da norma de competência na sua estrutura permite ver, assim, como a sua previsão confere alternativas, que se apresentam, portanto, como um espaço de discricionariedade normativamente atribuída, exatamente como se verifica com as normas de conduta.

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

As normas impositivas, a princípio, não seriam susceptíveis de conferir discricionariedade, uma vez que se trata de uma obrigação positiva de realizar o efeito normativo relativamente a qualquer dependência constante da previsão. Elas apenas atribuem discricionariedade quando a sua estatuição compreende efeitos que se encontram numa relação de disjunção (ou se aplica um efeito ou outro) e são alternativos, ou seja, para uma determinada previsão com operador deôntico de imposição, estabelecem-se vários efeitos, pelo menos mais do que um que se aplicaram alternativamente²⁰. Também se inserem na mesma categoria as normas que, não obstante estabelecerem para uma determinada previsão um único efeito, impõe um que se pode desdobrar em vários, ou seja, a estatuição compreende um efeito único que é, no entanto, autonomamente configurável em vários²¹. Por outro lado, também se atribuí discricionariedade as normas que se enquadra na chamada derrogação administrativa. Não há nessas uma margem de liberdade/autonomia/volição diferente da discricionariedade é, nada mais nada menos, do

ele divisível e nem tem unidades interiores. O operador deôntico também pode estar escondido na norma por questões lingüísticas, mas, normalmente, está estabelecido na locução verbal de ligação entre a previsão e a estatuição, e assim o é porque é o operador deôntico que determina o sentido jurídico dos efeitos jurídicos, estabelecendo, também, a seqüencialidade entre a previsão e a estatuição. Sem este a previsão e a estatuição seriam significados isolados, portanto sempre está presente mesmo que diluído/implícito.

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

²⁰ DAVID DUARTE (DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 514): “disse-se que a configuração normativa de um imposição de alternativas disjuntivas é sinónimo da correlativa permissão sobre as mesmas (e não espelho de uma interdefinibilidade), porque a permissão de realização de cada um dos efeitos decorre directamente de cada um ser imposto alternativamente e não, como se verifica com a interdefinibilidade, de haver uma negação do próprio modo de imposição na norma, obviamente”.

²¹ Aqui a discricionariedade esta na permissão de escolha entre as alternativas.

que uma norma impositiva com duas alternativas, na qual uma é um efeito conseqüente à previsão e outra um efeito de configuração autônoma.

As normas proibitivas sejam quais forem os seus termos, dado que também só compreendem um operador num modo de obrigação, só conferem discricionariedade quando há mais do que um efeito na estatuição e em relação de disjunção. Aqui a obrigatoriedade aponta para um espaço de permissão, que, no caso, resulta da proibição de implicar a permissão de um dos efeitos disjuntos. Não pode no caso, a proibição, ser conferida simultaneamente para ambos efeitos sugeridos, confere discricionariedade, portanto, na medida em que estabelece duas proibições alternativas. Também conferem discricionariedade quando estabelecem uma proibição de efeito único e daí decorre, dado o contexto, que essa proibição é sinónimo da permissão de várias alternativas contrárias.

Por fim, as normas permissivas são as normas paradigma da atribuição da discricionariedade, dado ser a permissão o modo deôntico que em primeira linha a confere, uma vez que sempre terá o seu executor, mesmo tendo-se apenas um efeito e sendo este não desdobrável, a possibilidade de optar ou não pela realização do mesmo. Logo todas as normas permissivas, seja qual for a composição dos restantes elementos da sua estrutura normativa, constituíram normas atributivas de discricionariedade. Não se limita, porém, a conferir discricionariedade neste seu estado puro estrutural, em que confere duas alternativas por meio da permissão de uma conduta, pode também, permitir mais de uma conduta e, desse modo, ampliar o âmbito da discricionariedade conferida, ou seja, quando acrescentar efeitos alternativos na estatuição em relação de disjunção. Logo, além de ser permitido fazer um dos efeitos estipulados na estatuição, também será possível não o fazer, ou seja, ter-se-á a alternativas dos seus contrários (se tiver dois efeitos na estatuição, quatro serão as possibilidades, se tiver três, seis serão as possibilidades e assim por diante)²².

Pode-se concluir então que a discricionariedade estará tanto localizada no operador deôntico (discricionariedade de atuação) e/ou na estatuição (discricionariedade de

²² Alerta-se que a questão da existência ou não de norma permissiva é um dos problemas mais debatidos na teoria do Direito. Por certo que enunciados desse tipo são comuns nos sistemas jurídicos. Para MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO (ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004, cap. III), três são os contextos de uso das normas permissivas: as condutas naturais, o exercício de poderes normativos e as liberdades constitucionais. Quando diante de normas permissivas de conduta naturais, entendendo por tal aquela conduta que não consiste no exercício de um poder normativo, ECHAVE-URQUIJO-GUIBOURD y ROSS, defendem sua irrelevância pragmática, por não constituir nenhuma razão, nem para realizar ação, nem para omiti-la, sendo a norma permissiva nada mais que a exceção a norma impositiva e proibitiva ou a formação indireta dessas normas. Já VON WRIGHT, defende as normas permissivas como promessas, entendendo as permissões como simples ausência ou não existência das proibições, e diferenciando dois tipos de permissão, os *debeis* e os *fortes*. Sobre as normas permissivas no exercício de poderes normativos, MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO (*Op. Cit.*, p. 131) faz a distinção entre os poderes normativos de exercício obrigatório e facultativo, que pode trazer resultados distintos a ação. E por fim, dita esse mesmo autor (*Op. Cit.*, p. 139) que os *“permisos constitucionales no son sólo directivas indirectamente expresadas, sino también juicios de valor. De ellos se derivan directivas en forma de principios de mandato y directrices, pero no equivalen a ellas, porque su alcance justificativo es notablemente mayor”*. Além dessa questão, também é importante mencionar o fato de que a doutrina, sobretudo a administrativista, sustenta que não há normas de competência jurídico-pública que seja permissiva, ou seja, muitas das normas permissivas são na verdade normas impositivas, no entanto, as normas de conduta dependeram da relação entre a norma de competência e a de conduta para se averiguar se haverá ou não uma norma permissiva (vide: DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006).

eleição)²³. Logo, nas normas de competência ter-se-á discricionariedade na estatuição, já que sobre qualquer domínio que se possa conceber haverá habilitação para dispor de forma autônoma, e nas normas de condutas ter-se-á discricionariedade no operador deôntico, quando se trate de normas permissivas, ainda que a estatuição compreenda mais de um efeito e na estatuição, quando estiver diante de normas de obrigação (imposição ou proibição), em que tem que haver mais de uma alternativa e em disjunção²⁴.

2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA COMO DISCRICIONARIEDADE, SEUS LIMITES E TÉCNICAS DE CONTENÇÃO

No enunciado “*ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*”, encontra-se a norma $a^1 \vee a^2 P b$, onde: a^1 = quando necessárias aos imperativos da segurança nacional, \vee = conjunção, a^2 = quando necessária a relevante interesse coletivo, P = será permitida (= permissão), b = a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

Trata-se do enunciado normativo do artigo 173, *caput*, da Constituição brasileira. É ele uma norma de conduta permissiva, com apenas um efeito na sua estatuição. Como a permissão é o modo deôntico que em primeira linha confere discricionariedade, uma vez que sempre terá o seu executor, mesmo tendo-se apenas um efeito, como é o caso, e sendo

²³ Em sentido contrário ter-se-á JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (CARDOZO, José Eduardo Martins. *A discricionariedade e o Estado de Direito*. In: GARCIA, Emerson (coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 60), MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 78 e 79) e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Atto administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85 e 86) que afirmam que a discricionariedade pode ser localizada tanto na previsão como na estatuição. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19-22) afirma que a discricionariedade pode derivar da previsão, da estatuição e afirma, ainda, que também pode derivar da finalidade da norma. Afirma este (*Op. Cit.*) quanto essa última possibilidade: “*É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos*”.

²⁴ Ademais, ressalta-se que a previsão, em rigor, nas normas de condutas não confere discricionariedade, uma vez que as ocorrências previstas conduzem, uma ou a outra ao conteúdo da estatuição. Logo, a previsão pode até não conceder discricionariedade, mas é por ela que esta se explica. É a previsão um elemento da norma relativo às suas condições de aplicabilidade e não aos efeitos a adotar quando a norma se aplica. Só poderá ser sede direta de uma atribuição de discricionariedade quando há dúvidas sobre a aplicabilidade da norma e, por isso, não é certo se o efeito da estatuição se produz. Ocorre que aqui, não estaria se tendo uma discricionariedade proveniente da previsão, mas sim da incerteza de linguagem, pois não se tendo a certeza da ocorrência da previsão, ter-se-ia incerteza em aplicar ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria de discricionariedade adveniente de normas com incertezas de linguagem. A norma só resulta efeitos alternativos, porque a previsão é incompleta quanto ao estabelecimento do elenco total de fatos que conduz a um efeito preciso. Ou seja, a explicação da discricionariedade está na insuficiência de pressupostos da norma, omitidos em razão da sua consideração futura na escolha de alternativa. A verificação da previsão pode compreender as mais diversas configurações e é em razão dessas variáveis que se escolherá o efeito, a estatuição mais adequada.

este não desdobrável, a possibilidade de optar ou não pela realização do mesmo, pode-se dizer que ao se verificar a existência de imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, está o Estado permitido a explorar diretamente a atividade econômica, tendo este a opção de realizar ou não (discricionariedade de atuação) a exploração.

Não se limita, porém, a conferir discricionariedade neste seu estado puro estrutural, em que confere duas alternativas por meio da permissão de uma conduta, pode também, permiti tal enunciado mais de uma conduta e, desse modo, ampliar o âmbito da discricionariedade conferida, ou seja, quando estipula como efeito a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, traz consigo 4 (quatro) formas: absorviva integral (regime de monopólio), absorviva parcial (reserva de mercado), participativa associativa, participativa não associativa²⁵.

²⁵ Muitas são as divergências doutrinárias sobre as formas ou modalidades de intervenção do Estado na economia. AMÉRICO LUÍS MARTINS DA SILVA (SILVA, Américo Luís Martins da. A ordem constitucional econômica. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996) afirma que pode ocorrer intervenção por atos normativos em geral; por atos administrativos e operações materiais de aplicação da lei ao caso concreto compreendendo medidas preventivas e repressivas; por monopolização e por incentivos. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 464) se refere a intervenção regulatória, concorrencial, monopolística e sancionatória. HELY LOPES MEIRELLES (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 365) classifica em poder de polícia, incentivos à iniciativa e atuação empresarial. LUIS ROBERTO BARROSO (BARROSO, Luís Roberto. Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico. In: Temas de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 395), identifica três mecanismos de intervenção: a disciplina, o fomento e a atuação direta. JOÃO BOSCO LEOPALDINO DA FONSECA (FONSECA, João Bosco Leopaldino da. Direito econômico. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004): a) regulação econômica, b) atuação fiscal e financeira, c) iniciativa privada com a criação de empresas públicas que atuam concorrencialmente com empresas do setor privado, d) reserva ao setor público com ou sem monopólio de fato. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Direito administrativo em debate. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 46) dispõe como formas de intervenção do Estado na economia: o planejamento, o fomento, a repressão ao abuso de poder econômico e a exploração direta da atividade econômica.

Sabedor de tal divergência, prefere-se adotar uma classificação própria. Partindo dos ensinamentos de tais doutrinadores e com ênfase na classificação ensinada por EROS ROBERTO GRAU (GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 168), que afirma que o Estado atua "sobre" ou "no" "domínio econômico", podendo o Estado intervir de três formas: por absorção ou participação, por direção e por indução, entende-se que são duas as formas do Estado brasileiro intervir na economia: uma intervenção prestacional e a intervenção não prestacional.

Na atuação prestacional de atividades econômicas o Estado atua na economia, ou seja, explora diretamente a atividade econômica em sentido amplo, ora de forma absorviva, ora de forma participativa. Quando atuar absorvendo determinada atividade para si poderá o Estado assumir integralmente o controle dos meios de produção, atuando em regime de monopólio ou parcialmente quando reserva determinada parcela do mercado para determinado agente ou para si. Quando o faz por participação, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção, atuando associativamente com a iniciativa privada ou não.

Na atuação não prestacional, o Estado atua sobre a economia, exercendo-a de três modos: indicando, incitando, impondo. Quando o faz por indicação apenas assinala alguma direção, sem qualquer compromisso, sem pretender o engajamento da iniciativa privada. Quando o faz por incitação o Estado não apenas sinaliza, mas pretende também o engajamento da iniciativa privada para lograr seus fins. Há aqui promessas com várias medidas – por meio de estímulos positivos ou qualquer outra forma – para que a iniciativa privada colabore. Por fim, quando o faz por imposição o Estado obriga que a iniciativa privada atue de determinada maneira, de forma cogente.

Para que tais intervenções sejam exercidas o Estado possui uma série de instrumentos interventivos. São eles: o poder de polícia (ordem, comando, fiscalização e sanção); o planejamento (formulação, condução e gerenciamento de políticas); a função distributiva (alocador de recursos); a função propulsiva (fomentador); a

Percebe-se que o efeito é desdobrável em 4 (quatro), o que significa que um único efeito, quando remete para uma configuração autónoma, é igual a uma norma que contenha alternativamente todos os efeitos concebíveis. Logo, confere discricionariedade, pois além de possuir efeitos alternativos, tais efeitos também são disjuntivos, na medida em que não são cumuláveis. Assim, além de ser permitido fazer um dos efeitos estipulados na estatuição, também será possível não o fazer, ou seja, ter-se-á a alternativas dos seus contrários. Tendo quatro efeitos na estatuição, oito serão as possibilidades de efeitos.

Pode-se concluir então que a discricionariedade no enunciado normativo do artigo 173 da Constituição brasileira esta localizada no operador deontico e na estatuição.

Assim, uma vez entendido que a intervenção direta do Estado na economia é uma discricionariedade potencial que este possui, é certo que não se pode admitir que a discricionariedade fique ao seu sabor, uma vez que se utilizada de forma exarcebada, por certo que incorrerá em arbítrio. Deve, portanto, haver limites à atuação do agente público. O receio de invadir a esfera discricional da Administração Pública pode permitir a proliferação de atos imorais, arbitrários, injustos, contrário ao interesse público e violadores das regras de boa administração, eficiência e resultado²⁶.

Portanto, parece que a discricionariedade administrativa de atuar diretamente na economia tem limites. Os atuais parâmetros existentes no ordenamento jurídico para limitar tal discricionariedade são os princípios, as regras e as teorias jurídicas existentes no campo de atuação do agente público, de modo a impedir que este se desvie da lei, do interesse público ou da moralidade (legalidade, legitimidade e licitude). Tudo isso ocasiona o estreitamento das fronteiras da discricionariedade. Assim, concluiu-se que o ordenamento jurídico (entendido aqui como as normas e todas as fontes subsidiárias do Direito) é ao próprio tempo o pressuposto e o limite à discricionariedade administrativa²⁷.

função regulatória (disciplinatória); e a função concorrencial (repressão ao abuso de poder econômico). O uso desses instrumentos não são discricionário, mas, sim, voltado a um método vinculado ao plano de desenvolvimento econômico, uma vez que o Estado deve atuar conforme o interesse público, assegurando a boa administração, a eficiência e a administração de resultado. É esse método de contenção, especificamente no âmbito que trata da intervenção direta do Estado na economia, ou seja, quando o Estado atua como prestador ou agente econômico que passar-se-á a verificar a partir de agora.

²⁶ MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Discrecionalidad administrativa y control judicial. Madrid: Tecnos, 1994, p. 92), afirma: “*El ejercicio de la discrecionalidad, (...) está, ciertamente, sometido a unos límites jurídicos generales, aparte los específicos que deriven de la norma que regula cada tipo de actuación discrecional, pues no puede dar lugar a arbitrariedad, abusos o injusticias. Y está también sometido a unas reglas de organización y procedimiento, que van adquiriendo mayor importancia paulatinamente. Sin embargo, esas limitaciones encuadran el correcto ejercicio de la discrecionalidad, no están destinadas a reducirla o eliminarla. De ahí que el control judicial (es decir, jurídico) de la discrecionalidad administrativa tenga también sus límites, pues los jueces no pueden interferir en los aspectos políticos, técnicos o, de cualquier forma, no jurídicos de la decisión sin exceder la esfera de las funciones que tienen atribuidas*”.

CONSUELO SARRIA (SARRIA, Consuelo. Discrecionalidad administrativa. In: CASSAGNE, Juan Carlos, *Et. Al. Acto administrativo*. Tucuman: UNSTA, 1982), considerando a legalidade, aponta quatro limites à discricionariedade: a competência e a forma; o fim; a apreciação dos fatos; e os conceitos jurídicos indeterminados.

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

²⁷ JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio

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

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

2.1 Competência para intervir diretamente na economia

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

de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 22), afirma: “É a própria lei, portanto, que constitui o suporte do poder discricionário. Na verdade, não há discricionariedade além dos limites da lei. Conduta administrativa fora dos limites da lei representa arbitrariedade e se configura como ilegítima, de modo que não pode ser convalidada em nome de nenhum interesse, principalmente o interesse público que deve ser o alvo final de atividade administrativa

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

(...)

No momento em que se desenvolve o processo de valoração dos fatores, o administrador permanece, por maior ou menor período, em estado de maturação e avaliação no que se refere às várias direções a que se pode preordenar sua conduta. Importante nesse processo valorar causas e conseqüências desta ou daquela decisão, a relação custo-benefício que poderá envolver sua conduta, a proporcionalização entre os elementos do motivo e do objeto do ato. É uma escolha – não se pode perder de vista esse aspecto do poder discricionário – e como tal reflete uma decisão. Daí exigir-se que o administrador tenha a capacidade de avaliar todos os fatores necessários à opção que vai fazer, visto que o objetivo, em última análise, é o interesse público”.

CONSUELO SARRIA (SARRIA, Consuelo. Discrecionalidad administrativa. In: CASSAGNE, Juan Carlos, Et. Al. *Acto administrativo*. Tucuman: UNSTA, 1982, p. 115), afirma: “o princípio da legalidade é o limite do exercício mesmo da função administrativa, ao tratar de precisar os limites da discricionariedade administrativa, é pertinente afirmar que o limite fundamental é a legalidade, já que dela emana a competência para o exercício de determinada atividade, o fim que deve ter em conta o titular da função para a atuação administrativa e o mesmo poder discricionário, já que não é certo que haja discricionariedade quando não haja lei; pelo contrário, somente se pode falar nela quando há uma habilitação legal para que a autoridade possa apreciar, avaliar e valorar as circunstâncias que rodeiam o exercício de sua função administrativa”.

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

Muitos são os enunciados de normas aplicáveis quando se trata da intervenção direta do Estado brasileiro na economia²⁸, são eles: art. 1º, IV e parágrafo único; art. 2º; art. 3º; art. 37, XIX e XX; art. 61, § 1º, II, e); art. 84, II, IV; art. 170; I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e parágrafo único; art. 173, § 1º, I, II, III, IV, V, § 2º, § 3º, § 4º e § 5º; art. 174, § 1º; art. 175 e parágrafo único, I, II, III e IV; art. 177, I, II, III, IV, V, § 1º, § 2º, I, II, III²⁹.

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

Uma vez verificada a competência, visualizada os enunciados de norma aplicável ao caso concreto – no caso aplicáveis a quaisquer caso de intervenção direta do Estado na economia – e sendo sabedor de que a norma que trata sobre intervenção direta do Estado na economia (artigo 173, *caput*, da Constituição brasileira de 1988) confere ao agente público discricionariedade potencial, deve o agente tomar uma decisão que estabelecerá os efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto, que vincularam a sua atuação em todos os casos com propriedades idênticas.

Como primeira etapa do processo de decisão, terá o agente público que determinar qual a semântica das normas³⁰, que corresponde ao sentido mais restrito de interpretação, toda

²⁸ Vale esclarecer que limitar-se-á a transpor os enunciados constitucionais uma vez que se tornaria impossível numa investigação como essa – que não estuda um caso específico de intervenção direta do Estado na economia, mas sua generalidade –, transpor toda a normativa infraconstitucional brasileira sobre a matéria.

²⁹ A discricionariedade decorre unicamente do ordenamento, que é composto por normas. Logo, a compreensão normativa da discricionariedade é consequência do próprio ordenamento, já que a legalidade cria um dever ser que implica a existência mínima de uma norma para qualquer ação deôntica. Assim, a discricionariedade administrativa apenas se reporta às ações deônticas, ou seja, apenas cabe a autonomia relativa à configuração de normas, com exclusão das eventuais margens de liberdade de ação que se podem reconhecer em ação não deônticas.

Por estar vinculado a legalidade, estará sempre dependente do Direito, subordinado a ele. Por isso a discricionariedade jamais poderia resultar da ausência de norma que dispusesse sobre determinado assunto, afinal, não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em norma. Logo, a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites impostos pelo Direito. Uma vez ultrapassados esses, a decisão será arbitrária.

Aqui se faz necessário consignar a existência de uma Cláusula Geral de Proibições do Arbítrio, cláusula essa que atribui competência para que a Administração atue fora do âmbito da legalidade estrita, mas sempre dentro do âmbito do Direito e da moralidade, ou seja, da legitimidade e da licitude. O limite para o atuar do agente público reside justamente na proibição do arbítrio, cujo parâmetro reside na contemplação dos valores constitucionalmente consagrados e de determinadas normas extraídas do ordenamento jurídicos como um todo.

Também, há que recordar a Teoria das Circunstâncias Excepcionais, que aceita a possibilidade de que a Administração se aparte do princípio da legalidade frente a uma situação anormal e exorbitante, na medida em que seja necessário para atender o interesse público.

³⁰ De acordo com DAVID DUARTE (DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 197 e ss), a capacidade semântica da língua é entendida como a propriedade da linguagem relativa a um sistema gramatical específico que permite estabelecer relações de significação, relações estas convencionais. Sua utilização discursiva permite apurar a existência de fatores perturbadores da estabilidade semântica da língua, como as variações diatópicas (em razão do espaço geográfico), as diacrônicas (evolução

vez que serve para determinar entre os enunciados normativos relevantes quais são as normas existentes aplicáveis ao caso. Concerne na interpretação das normas enquanto significado. Constitui uma operação intelectual que pode ser relevante por si só. Essa etapa termina com uma proposição, cujo conteúdo é a afirmação da norma contida no enunciado, que pode ser descritiva ou estipulativa. É descritiva quando a norma resulta de um enunciado com um uso de linguagem certo, e é estipulativa quando responde a quaisquer dúvidas ou incertezas relativas ao significado do texto, caso em que é uma sugestão da norma que aí se encontra. Saliente-se, também, que tal proposição é um exercício de linguagem que reverte numa dimensão explicativa do enunciado nos casos de incerteza semântica destes³¹.

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

A primeira norma traz a idéia de que o Estado de Justiça Democrático de Direito, acolhido no art. 1º da Constituição, envolve a legitimação e limitação do poder do Estado por meio da Constituição.

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

A terceira norma é extraída do art. 173 da Constituição que apenas possibilita o Estado de atuar diretamente na economia de forma suplementar, ou seja, quando a própria Constituição abrir tal exceção, exigindo que se esteja diante de imperativos de segurança nacional ou de relevante interesse coletivo. Daqui se extraí dois princípios: o da subsidiariedade, por força do qual, o Estado só intervém diretamente na economia nas hipóteses autorizadas na Constituição; e o da abstenção, segundo o qual o Estado não deve exercer atividades econômicas, excluindo ou concorrendo com a iniciativa privada, senão nas hipóteses excepcionais mencionadas³².

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

da língua) e as diafásicas (em razão dos segmentos sociais e culturais de falantes). Porém, tais variações são pouco significativas no que concerne à determinação semântica das normas, uma vez que o uso da linguagem adotado no enunciado normativo está praticamente delas isento, pois se utiliza a que mais próximo segue os termos abstratos do código semântico, nos padrões cultos da língua, nos qual apenas as variações diacrônicas podem ser relevantes.

³¹ DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 197 e ss.

³² SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo em debate*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 47.

Ao analisar a semântica das normas, cabe fazer alusão ao que doutrinariamente se chama de conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que toda norma jurídica se exteriorizam por meio de vocábulos, palavras, expressões, termos ou como se costuma dizer genericamente “conceitos” que uma vez utilizados nas normas jurídicas podem ser determinados ou indeterminados³³. Tais “conceitos” muitas vezes trazem dificuldade na interpretação e compreensão da norma, afinal as palavras por seu aspecto lingüístico possuem limitações, mas fato é que não se pode renegá-los, devendo-se trabalha-los para dar-lhe maior ou menos precisão.

Dentre as normas aqui analisadas cabe, a principio, fazer apenas uma análise do artigo 173 da Constituição, uma vez que este utiliza, como visto, duas previsões desdobráveis em milhares de outras por serem consideradas como conceitos jurídicos indeterminados, são elas: “segurança nacional” ou “interesse coletivo”³⁴.

São três as incertezas semânticas responsáveis pelas dificuldades de determinação dos sentidos normativos³⁵: a polissemia, a vagueza e a textura aberta³⁶. Fora essas três

³³ Os conceitos determinados delimitam o âmbito da realidade ao qual a norma se refere, de forma clara e específica, não suscitando qualquer dúvida quando a sua aplicação, devendo, portanto, ser empregada indiscutivelmente no caso concreto. Já os conceitos indeterminados são utilizados na norma para designar vocábulos, expressões, termos que possuem sentidos imprecisos, diversos, subjetivos, vagos, indeterminados. São palavras que se referem a uma significação, mutável no tempo e no espaço.

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

³⁴ Também não se pode deixar de mencionar que “imperativos” e “relevante” também são considerados como conceitos jurídicos indeterminados, no entanto, limitar-se-á a análise dos acima mencionados para não estender demasiadamente o presente trabalho tendo em vista sua interdependência com os conceitos “principais” que propõe-se analisar.

³⁵ Apesar da doutrina utilizar terminologias distintas, são essas as incertezas semânticas que nos interessa analisar. Vide: TESO MARTIN, Enrique del. Contexto, situación y indeterminación. Oviedo: Departamento de Filología Española, 1998; ROSSA, Leticia Pires. Indeterminação semântica: ambigüidade, vagueza e polissemia na teoria da relevância. Dissertação de Mestrado, Florianópolis: UFSC, 2001.

³⁶ A polissemia deriva de as equivalências da relação de significação não estabelecerem apenas um significado para um significante, que acaba por levar o interprete a dúvida sobre qual o significado que é adotado do enunciado da norma. Já a vagueza se caracteriza pela imprecisão do significado, não tendo a palavra fronteiras definidas para delimitar o âmbito da extensão a que se reporta, gerando dúvida sobre o âmbito de abrangência da palavra. E a textura aberta, decorre da verificação de circunstâncias insólitas ou imprevistas que geram a dúvida sobre a aplicabilidade correlativa do símbolo léxico. Por fim, a contestabilidade de conceitos técnicos, caracteriza-se quando se necessita de disciplinas técnicas para a verificação ou não da ocorrência de determinado fato.

Dentre as incertezas semânticas analisadas, pode-se dizer que a textura aberta possui uma incapacidade natural para ser utilizada como instrumento de discricionariedade, já que é uma indefinição que resulta da superveniência perante a palavra de uma realidade que vai suscitar uma orla de incerteza inesperada, pelo que por isso, é a própria composição da figura que a afasta de uma utilização da linguagem apta a conferir alternativas. Não havendo sequer qualquer discussão sobre a existência ou não de discricionariedade.

Porém, discute-se se os “conceitos” polissêmicos e vagos constituem um cenário de discricionariedade igual ao que se verifica com uma norma que confere expressamente alternativas, mas com um enunciado mais simples e “econômico”.

No caso dos “conceitos” polissêmicos, parece aceitável o fato de serem utilizados como instrumentos normativos de discricionariedade, já que sua instrumentalização sempre confere alternativas, uma vez que os termos polissêmicos, dependendo do caso, podem conceder indeterminação ao significado da palavra. São muitos os fatores que possibilitam a polissemia: a metáfora, pelo qual o conceito ganha outro significado

incertezas semânticas, a contestabilidade de conceitos técnicos também é uma forma de indeterminação no direito³⁷. Todas estas podem ser, a princípio, utilizadas como forma de atribuição de discricionariedade, no entanto, há que verificar se não se confundem com ela³⁸.

No caso do artigo 173 se esta diante da incerteza semântica da vagueza, uma vez que tais conceitos se caracterizam pela imprecisão, não tendo tais palavras fronteiras definidas para delimitar o âmbito da extensão a que se reporta, gerando dúvida sobre o âmbito de abrangência da palavra. Foram palavras imprecisas, utilizadas pelo legislador para que o enunciado fosse mais simples, ou melhor, “económico”.

devido a relação de semelhança (ex.: a primavera da vida); a metonímia, pela qual o conceito adquire outro significado devido a uma relação de implicância (ex.: ler a Virgílio, por ler as obras de Virgílio); a passagem de um termo de linguagem específica para a linguagem comum (ex.: parênteses como sinal de pontuação – abrir um parêntesis para fazer uma explicação); a passagem de um termo de linguagem comum para a linguagem específica (ex.: a pilha de papel, como reunião de objetos – o carro movido a pilha, como gerador de corrente elétrica). Todas essas causas de polissemias favorecem riscos de ambigüidade e imprecisão, logo a polissemia pode gerar indeterminações dos conceitos jurídicos, e por conseguinte discricionariedade.

Já a utilização de “conceitos” vagos leva a inúmeras controvérsias sobre a relação que possa existir entre eles e a discricionariedade. Muitas são as causas da vagueza, dentre as mais usuais se tem: a imprecisão, conceito que não contempla o preciso limite do critério para se identificar o alcance do objeto (ex.: calvo); a incompletude, conceito que apresenta ausência ou incompletude de elementos que são vitais para a precisa identificação de seus próprios limites (ex.: menos de 17 anos e maior de 18); as palavras gerais, conceito que reconhece várias espécies ou classes de um objeto (ex.: veículo); e as expressões valorativas, conceitos que revelam um conteúdo valorativo ou axiológico, onde se necessita pontos de vistas e critérios pessoais para que sejam densificadas (ex.: notório saber). São em tais “conceito” vagos e suas causas onde surgem os principais problemas da indeterminação dos conceitos jurídicos.

Por fim, a contestabilidade de conceitos técnicos também pode leva a indeterminações, uma vez que muitas situações mesmo sendo analisadas por disciplinas técnicas, não ofereceram uma única resposta universalmente incontestável. É nessa seara que se discute o problema da discricionariedade técnica. Alerta-se sobre a enorme divergência doutrinária do tema. Por não ser objeto do presente trabalho, vide: PIETRO VIRGA (VIRGA, Pietro. *Diritto amministrativo: tai e ricorsi*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2001, v. 2) e VICENZO CERULLI IRELLI (IRELLI, Vicenno Cerulli. *Corso di diritto amministrativo*. Torino: G. Giappichelli, 2002).

³⁷ Esse elenco de indeterminações do direito tem base na doutrina de TIMOTHY A. O. ENDICOTT (ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in law*. New York: Oxford University Press, 2000) y GENARO R. CARRIÓ (CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994).

³⁸ DAVID DUARTE (DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 915 e 916), dita: “Apesar de as incertezas de linguagem poderem ser utilizadas como forma de atribuição de discricionariedade, nada há que permita distinguir uma incerteza lingüística deliberada de um incerteza fortuita; e, como ambas conduzem ao mesmo cenário de discricionariedade na determinação do direito, idêntico ao que decorre de normas determinadas, as normas com enunciados com incertezas de linguagem podem (e devem) ser tratadas como uma categoria global e autónoma de normas atributivas de discricionariedade.

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

(...)

É exactamente em razão de as incertezas de linguagem referidas conduzirem a um cenário de discricionariedade equivalente ao que decorreria de alternativas expressamente formuladas, que as incertezas semânticas podem ser utilizadas como um instrumento técnico de atribuição de discricionariedade: em certas circunstâncias, as incertezas semânticas conseguem até recortar tecnicamente o âmbito de discricionariedade envolvido de forma mais eficaz”.

No caso, por tais expressões estarem inseridas dentro das previsões, ou seja, por estabelecerem as condicionantes da produção de efeitos, institui tais conceitos jurídicos indeterminados um universo potencialmente ilimitado, não restringindo determinadas antecedências de um efeito por um rol restrito de condições nela descrita. Não há uma delimitação de toda e qualquer ocorrência para um universo mais restrito.

Como entende-se que a previsão, em rigor, nas normas de condutas, como é o caso, não confere discricionariedade, uma vez que as ocorrências previstas conduzem, uma ou a outra ao conteúdo da estatuição, sendo a previsão um elemento da norma relativo às suas condições de aplicabilidade e não aos efeitos a adotar quando a norma se aplica. Só poderá ela ser sede direta de uma atribuição de discricionariedade quando há dúvidas sobre a aplicabilidade da norma e, por isso, não é certo se o efeito da estatuição se produz, ocorre que aqui não estaria se tendo uma discricionariedade proveniente da previsão, mas sim da incerteza de linguagem, pois não se tendo a certeza da ocorrência da previsão, ter-se-ia incerteza em aplica ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria de discricionariedade adveniente de normas com incertezas de linguagem³⁹.

Logo, quando o legislador se utiliza de termos vagos está dando flexibilidade para a decisão do agente público, pois assim como na discricionariedade existe uma impossibilidade de prever toda e qualquer situação possível de ocorrência⁴⁰.

³⁹ Em sentido contrário, tem-se: JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO (CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 60), MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 78 e 79) e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA (OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Ato administrativo. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 85 e 86) que afirmam que a discricionariedade pode ser localizada tanto na previsão como na estatuição. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 19-22) afirma que a discricionariedade pode derivar da previsão, da estatuição e afirma, ainda, que também pode derivar da finalidade da norma. Afirma este (*Op. Cit.*) quanto essa última possibilidade: “É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos”.

⁴⁰ Na lição de MARÇAL JUSTEN FILHO (JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 1997, p. 124): “O conceito indeterminado se configura como ausência de regulação jurídica totalmente exaustiva em nível legislativo, mas com a recusa do ordenamento jurídico de atribuir a solução dos casos práticos a critérios subjetivos do aplicador do Direito. Reconhece-se a impossibilidade de formular, aprioristicamente, a solução completa para certas situações, mas se vincula o aplicador à observância de certos conceitos cuja determinação dependerá da avaliação concreta das circunstâncias. O aplicador do Direito não é livre para adotar a decisão que melhor não pareça e deverá deduzi-la da conjugação entre os princípios jurídicos, a satisfação do interesse público e da concretização do conteúdo dos conceitos indeterminados.”

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

Conceitos jurídicos indeterminados são aqueles conceitos⁴¹ que não se podem traçar precisamente, que não deixa a seu interprete a compreensão exata de quais significados possuem o objeto e a realidade abarcada, ou seja, são os conceitos que deixam dúvida de duas ou mais compreensões de seu significado, quando visualizados o caso concreto⁴².

Portanto, a indeterminação jurídica decorre da impossibilidade de identificar, a única ou parte do significado, por meio da interpretação, diante do caso concreto.

Assim, como a discricionariedade administrativa, os conceitos jurídicos indeterminados estão relacionados ao fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto. Somente pode ser analisada quando diante de um caso concreto, só nele que se pode aferir sua existência. De nada vale ter uma indeterminação na norma em abstrato. A indeterminação do significado na norma jurídica em abstrato será assim como a discricionariedade, uma

⁴¹ Vale mencionar divergência doutrinal a respeito da indeterminação no conceito e no termo. MARCUS VINÍCIUS FILGUEIRAS JÚNIOR (FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. Conceitos Jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 107) afirma que a indeterminação é do conceito e não do termo normativo: “A indeterminação advém do cotejo dos conceitos construídos a partir da leitura dos termos normativos com a realidade”. Já EROS ROBERTO GRAU (GRAU, Eros Roberto. Constituição e serviço público. In: GRAU, Eros Roberto y GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Benavides. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 145 e 146) leciona tese distinta, de que a indeterminação é do termo e não do conceito: “(...) todo conceito é uma suma de idéias que, para ser conceito, tem de ser, no mínimo, determinado; o mínimo que se exige de um conceito é que seja determinado.

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

Assim, a reiteradamente referida “indeterminação dos conceitos” ao é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de uma apenas significação”.

⁴² Para KARL ENGISCH (ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Tradução de J. Baptista Machado. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001), conceito jurídico indeterminado é um conceito de baixa densidade normativa; é aquele instituto de direito que exige para sua completa eficácia um juízo de valor realizado pela aplicação do direito no caso concreto.

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

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

EMERSON GARCIA (GARCIA, Emerson. O direito comunitario e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). Discricionariedade administrativa. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 220) apresenta as seguintes características dos conceitos jurídicos indeterminados: “a) imprecisão conceitual linguística; b) incerteza derivada da necessidade de formulação de um juízo de valor à luz da situação concreta; ou c) exigência de realização de um juízo de prognose”.

indeterminação em potencial, meramente especulativa. Ou seja, ainda que se verifique a existência de indeterminação em abstrato poderia não haver a indeterminação do direito, se tal não se confirmar diante do caso concreto.

Ressalta-se, também, que muitas vezes conceitos determinados em abstrato, que normalmente ensejam uma vinculação, poderão proporcionar a indeterminação no caso concreto. Inclusive, não é necessário detectar previamente a indeterminação da norma em abstrato para que a indeterminação possa ocorrer no caso concreto. TIMOTHY A. O. ENDICOTT⁴³, afirma que a indeterminação não advém somente de um aspecto lingüístico, e sustenta que por mais que a escolha dos termos para a formulação das normas jurídicas possa alterar o nível de indeterminação, acaba por reconhecer que a indeterminação é profunda, penetrante e ineliminável. Ou seja, pode-se reduzir a indeterminação, mas jamais eliminá-la⁴⁴.

Tomados esses esclarecimentos, deve-se analisar a estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ⁴⁵, aduzem que na estrutura de todo conceito jurídico indeterminado:

es identificable un núcleo fijo (Begriffken) o 'zona de certeza', configurado por datos previos y seguros, una zona intermedia o de incertidumbre o 'halo del concepto' (Begriffhof), más o menos precisa, y, finalmente, una 'zona de certeza negativa', también segura en cuanto a la exclusión del concepto⁴⁶.

Logo, pode-se concluir que no enunciado do artigo 173: "*ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei*" onde encontra-se a norma: $a^1 v a^2 P b^1$ ⁴⁷, ter-se-á duas previsões que compreendem casos de vaguezas, podendo ser representada da seguinte maneira: $a^1 (c^1 a c^n \wedge v^1 d^1 a d^n) v a^2 (e^1 a e^n \wedge v^1 f^1 a f^n) P b$, onde: $c^1 a c^n$ ou $e^1 a e^n$ se referem à certeza e $v^1 d^1 a d^n$ ou $f^1 a f^n$ à zona de incerteza, ou seja, à possibilidade de os casos $d^1 a d^n$ ou $f^1 a f^n$ também serem incluídos no termo.

Assim, pode-se dizer que as zonas de incertezas de linguagem trazem, a princípio, a tal enunciado uma discricionariedade por não se ter certeza da ocorrência da previsão, ter-se-ia incerteza em aplica ou não o efeito da estatuição, caindo esta na categoria de "*discricionariedade adveniente de normas com incertezas de linguagem*".

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

⁴³ ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in law*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 7.

⁴⁴ CLAUDIO LUZZATI (LUZZATI, Claudio. *L'interprete e il legislatore: saggio sulla certezza del diritto*. Milano: Giuffrè, 1999, p. 592) afirma: "*La vaghezza (...) non è un fenomeno qualitativo che riguardi poche espressioni, come, per esempio, "Buena fede", mas è un fenomeno quantitativo che, pur essendo riducibile per mezzo di ridefinizioni, è ineliminabile*". Vide também: LUZZATI, Claudio. *La vaghezza delle norme: un'analisi del linguaggio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1990.

⁴⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 460.

⁴⁶ Vale mencionar que a concepção originária dessa idéia é de KARL ENGISCH (*Op. Cit.*, p. 209).

⁴⁷ Onde a^1 = quando necessárias aos imperativos da segurança nacional, v = conjunção, a^2 = ou quando necessária a relevante interesse coletivo, P = será permitida (= permissão), b = a exploração direta de atividade econômica pelo Estado.

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

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

Portanto, quando diante de um caso concreto – e apenas nesse –, que se interpretará todo o ordenamento jurídico, para assim localizar as estatuições válidas, ou seja, três grandes avaliações terão que ser realizadas: primeiramente terá que se obedecer à juridicidade, a boa administração e a administração de resultado⁴⁸; depois ter-se-á o dever de observância aos Direitos Humanos Fundamentais⁴⁹; e, por fim, far-se-á uma análise das regras e

⁴⁸ Sob o enfoque do triplo fundamento do Estado de Justiça Democrático de Direito, em que a legalidade vincula a atuação estatal ao juridicamente positivado, a legitimidade vincula a atuação estatal ao que é democraticamente identificável ou imposto e a licitude vincula a atuação estatal a moral, não se pode esquecer jamais da busca pelo interesse público, pela boa administração, pela eficiência e pelo resultado. Todos são fins soberanos, imperativos, intransferíveis, impostergáveis, indisponíveis. Devem sempre estar satisfeitas quando da opção em atuar e quando da opção de escolha entre as estatuições potencialmente aceitas no artigo 173 da Constituição brasileira.

⁴⁹ Os Direitos Humanos Fundamentais ou simplesmente Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos, são os conjuntos de faculdades e instituições que, ao longo dos tempos, de acordo com a realidade com que se depare, concretizam as exigências de dignidade, liberdade, igualdade, segurança e propriedades humanas, preexistentes a ordem jurídica, inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, auto-aplicáveis e de eficácia *erga omnes*.

Além do interesse público, a busca pela boa administração, da eficiência e do resultado, deve o Estado se nortear pelos Direitos Humanos Fundamentais, uma vez que estes são critérios substanciais que devem

princípios limitadores da discricionariedade do artigo 173 da Constituição brasileira⁵⁰. Feita toda essa análise, resultará uma proposição que poderá ser: sintética, quando as condições

nortear toda a atividade administrativa, sendo o princípio da dignidade humana o epicentro de todo esse direito. Desse modo, os Direitos Humanos Fundamentais, atribuídos à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, ocupam o ápice da escala de valores de qualquer sociedade, importando na vinculação dos Poderes Públicos, que devem necessariamente observá-los ao realizarem qualquer prática. Portanto, o reconhecimento da discricionariedade em determinados casos concretos reclama direta associação com os Direitos Humanos Fundamentais, não havendo medida justa que conduza a prevalência das atuações administrativas em detrimento de Direitos Humanos Fundamentais.

No entanto, esses direitos não são absolutos, podendo ser limitados sempre que houver uma hipótese de colisão de Direitos Humanos Fundamentais, que será solucionada por meio da ponderação ou até mesmo, em casos excepcionais, pelos critérios cronológico, hierárquico ou de especialidade.

No mais, vale recordar que os Direitos Humanos Fundamentais (principalmente os sociais) estão subordinados a outros institutos: a reserva do possível, o mínimo existencial e a proibição do retrocesso. A reserva do possível afirma que a concreta garantia dos Direitos Humanos Fundamentais apenas ocorrerá se existirem meios estatais econômicos – pessoais, financeiros, estruturais, entre outros – disponíveis, apresentando-se como limites à garantia aos Direitos Humanos Fundamentais. O mínimo existencial garante o mínimo necessário à existência do homem, o mínimo pelo qual ninguém pode ser privado. Trata-se de um complexo de interesses ligados à preservação da vida, a fruição concreta da liberdade e dignidade humana. Esses não podem ser objeto de intervenção do Estado e exigem uma prestação positiva estatal. E a proibição do retrocesso, afirma que o núcleo essencial já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantizado, sendo inconstitucional qualquer medida que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, traduzem-se na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo.

⁵⁰ Os princípios jurídicos são importantes parâmetros existentes no ordenamento jurídico para limitar a discricionariedade administrativa. Afinal, quando a norma regra não fornece elementos suficientes para se precisar, de modo objetivo, o fim a ser perseguido, e/ou os limites positivos que esta impôs ao agente público, ter-se-á os princípios jurídicos.

Foi com os trabalhos de RONALD DWORKIN (DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. 17. ed. Cambridge: Massachusetts, 1999) e ROBERT ALEXY (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997) que a conceituação de princípio começou a ganhar contornos científicos mais ponderados, ganhando os princípios importância no estudo do Direito. Foram eles os precursores da ruptura com o “positivismo” constitucional que durante tempo desprestigiaram os princípios dentro dos sistemas jurídicos, entendendo que esses trazem poucas certeza jurídica na sua aplicação ou por ser considerados meramente “informativos” e, até mesmo, não dotados de qualquer grau de coercitividade, não sendo nessa linha sequer norma jurídica propriamente dita.

Toda sociedade se rege por valores. A visão do mundo e o *ethos* são os fundamentos basilares desta, pois são esses que dão o arcabouço de valores da sociedade, que o Direito tem a função de operacionalizar. Daí que surge o ordenamento jurídico com o conjunto de normas que expressam os valores da sociedade, normas estas que se apresentam como regras ou como princípios jurídicos.

Cumpra observar que existem autores que entendem ser possível e viável a distinção entre norma e princípio. Dentre estes assim afirma IVO DANTAS (DANTAS, Ivo. Dos princípios Constitucionais e Interpretações Constitucionais. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998, p. 59): “*correta é a posição dos que advertem para a distinção entre princípios e normas, sobretudo porque, embora aqueles possam até ser inferidos por uma operação lógica, a norma é sempre expressa, não pode ser ‘deduzida’ a partir do conteúdo do sistema como um todo*”. AGUSTÍN GORDILLO (GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, Tomo I, p. 36-VI): “*La simple norma constitucional regula el procedimiento por el que son producidas las demás normas inferiores (ley, reglamento, sentencia) y eventualmente su contenido: pero esa determinación nunca es completa, ya que la norma superior no puede ligar en todo sentido y en toda dirección el acto por el cual es ejecutada; el principio, en cambio, determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto por el cual se lo ejecuta. (...) la norma es límite, e el principio es límite y contenido*”.

Além da norma regra e da norma de princípio, há autores (ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Permissions, principles and rights: a paper on statements expressing constitutional liberties*. Ratio Juris. Great

do conflito não permitem um juízo formal (em conflitos apenas resolúveis por ponderação ou com incertezas semânticas a incidir no mesmo); ou analítica, quando se limita a ser uma inferência sobre premissas de relacionamento normativo, que ao final irão se resolver ou por uma norma de prevalência⁵¹ ou por ponderação⁵².

Britain, Oxford, n. 3, v. 9, set. 1996, p. 237 e ss. In: DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 148) que sustentam a existência de uma terceira via, as normas *goals* (ou *policies*), na qual possuem configuração normativa diferenciada, com distintas morfologias normativas. Tais distinções assentam no critério da natureza fechada ou aberta dos elementos normativos iniciais e finais, de onde decorrem três modalidades de normas: as regras, com previsão e estatuição fechada; os princípios, com previsão aberta e estatuição fechada; e os *goals*, com previsão e estatuição abertas. Afirmam que apenas dos *goals* que geram ponderações e que os princípios e as regras são de aplicação de todo ou nada. DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 148) discorda de tais autores.

Segundo, ROBERT ALEXY (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 83): *"Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios al igual que las reglas, son razones para juicio concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas"*.

Uma vez concordando que as regras e os princípios revertem-se de normatividade imperativa (BOBBIO, Norberto. Teoría General del Derecho. Colombia: Temis, 1999, p. 239), cabe apesar da dificuldade, determinar algum critério de diferenciação adequado (DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 138 e ss.), uma vez que é ela primordial para a determinação de como pode o Direito ser realizado, já que ele se reporta há diferentes formas de regulação jurídica.

São três os modelos de regulação existente: 1) a regulação por princípios, onde um regime é estabelecido apenas com base nas normas de princípio mais relevantes no caso, adaptadas ou não à matéria; 2) a regulação por regras, onde o regime compreende efeitos antecedidos de previsões definidoras do gênero de situação; e 3) regulação mista (princípios e regras), que é o conjunto dos dois modelos anteriores, tirando partido das normas de princípio para colmatar as possíveis insuficiências decorrentes das regras estabelecidas. (ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 104 e ss.)

Ora, sendo os princípios a base, o pilar, a viga mestra dos parâmetros fundamentais e direcionadores de uma sociedade, são eles seus valores, valores de uma ordem jurídica. São comandos que integram todas as normas de um determinado sistema jurídico. Logo, possui uma maior abrangência que as regras, que lhes devem observância. Com efeito, as regras devem ajustar-se aos princípios, sendo, portanto, essas razões para as regras e, por conseguinte para decisões discricionais.

É certo alertar, que o Direito rico de princípios é dinâmico, pois todo princípio leva uma carga de discricionariedade, afinal estes possuem uma zona de incerteza que os concede. Assim são os princípios limitadores negativos e positivos que abstratamente concede discricionariedade potencial e *in concreto* limita a discricionariedade advinda.

Assim poderá existir dentre princípios uma potencialidade de competência e conflitos normativos, que deverão ser resolvidos não por exclusão mas por cessão, uma vez que um deles deverá ceder ao outro, ou seja, haverá um balanceamento, uma ponderação quanto a competência ou o conflito, aplicando-se aquele que, em determinadas circunstancias, satisfaça o ideal de otimização. O que não significa que um deles seja declarado inválido ou que se introduza uma cláusula de exceção, mas, simplesmente que, frente a determinadas circunstancias se aplicará a ponderação, afastando-se o princípio cujo peso foi sobreposto pelo outro. Pode também ocorrer que se apliquem ambos os princípios colidentes até o limite da possibilidade que o peso de cada um composta.

Logo, o conflito entre regras ocorrer na dimensão da validez e a colisão entre princípios se dá na dimensão do peso, uma vez que somente poderão entrar em colisão princípios válidos.

⁵¹ Normas de prevalência são de acordo com DAVID DUARTE (DUARTE, David. A norma de legalidade

Logo, alguns princípios e regras condicionam a atividade discricionária da intervenção direta do Estado na economia. Afinal, se são normas jurídicas, a ofensa a estes constituirá ofensa ao Direito⁵³.

2.5 Decisão propriamente dita de intervir diretamente na economia

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

Trata-se de outra limitação à discricionariedade situada dentro de todo esse complexo processo aqui mencionado. A decisão terá “força de norma jurídica”⁵⁴ por uma questão de

procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 894): “as que, tendo em conta determinadas características formais de outras ou o seu posicionamento no ordenamento, estabelecem qual a norma que deve prevalecer quando se verifique uma concorrência de conflito: assim, podem considerar-se como normas de prevalência a norma de prevalência da norma superior, a norma de prevalência da norma posterior, e a norma de prevalência da norma que consome (especialidade e excepcionalidade).

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

As situações de conflito de alternatividade derivada, em qualquer uma das suas duas causas, só não se resolveram por ponderação quando o conjunto normativo contenha uma norma que, directamente, estabeleça a preferência entre os efeitos em conflito”.

⁵² DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006, p. 237 e ss.

⁵³ Muitos autores ressaltam a necessidade da discricionariedade estar em conformidade com os princípios, dentre eles: RENATO ALESSI (ALESSI, Renato. Principi di Diritto Amministrativo. 4. ed., Milano: Dott. A. Giuffrè, 1978, vol. 1, p. 252); JACQUELINE MORAND-DEVILLER (MORAND-DEVILLER, jacqueline. Cours de Droit Administratif. 4. ed., Paris: Montchrestien, 1995, p. 256 e 244-251); HARTMUT MAURER (MAURER, Hartmut. Manuel de Droit Administratif Allemand (Allgemeines Verwaltungsrecht). Tradução de Michel Fromont. 2. ed. Paris: LGDJ, 1994, p. 135); JEAN RIVERO (RIVERO, Jean. Droit Administratif. 19. ed. Paris: Dalloz, 2002, p. 249-250, n. 262; p. 79, n. 76; e p. 66, n. 74); MARTINE LOMBARD (LOMBARD, Martine. Droit Administratif. 22. ed., Paris: Dalloz, 1998, p. 39-45); LUCIANO PAREJO ALFONSO, *Et Al* (PAREJO ALFONSO, Luciano; *Et Al*. Manual de Derecho Administrativo Comunitário. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areies, 2000, p. 68); ALBERTO MASSERA (MASSERA, Alberto. Principi Generali. In: CHITI, Mario, GRECO, Guido. Trattato di Diritto Amministrativo Europeo. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1997, p. 444); BERNARDO DINIZ DE AYALA (AYALA, Bernardo Diniz de. O (Défice de) Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa. Lisboa: Lex, 1995, p. 35); GERMANA DE OLIVEIRA MORAES (MORAES, Germana de Oliveira. Controle jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 2004, p. 165); JUAN CARLOS CASSAGNE (CASSAGNE, Juan Carlos. Los principios generales del derecho en el derecho administrativo. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1988, p. 77 e 78); e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 167 e 173).

⁵⁴ DUARTE, David. A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

EDUARDO GARCIA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo I. 12. ed. Madrid: thomson-civitas, 2006, p.78) afirma que o precedente administrativo não tem valor normativo, pois apenas o costume

respeito ao princípio da prática reiterada de atos ou da prática constante indicativa de comportamento e entendimento já sedimentado. É uma derivação do princípio da confiança legítima, da segurança jurídica, da previsibilidade e da igualdade, já que se o agente público toma decisões reiteradas em determinados casos, estará o mesmo se auto-vinculando sobre sua atuação, caso contrário estar-se-ia vulnerando os princípios acima mencionados. Assim entende MARIANO BACIGALUPO⁵⁵:

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

Argumenta o autor⁵⁶, que o postulado de uma reserva normativa *universal* (é dizer, a exigência de que toda atuação singular da Administração esta previamente habilitada, ao menos, por norma regramentária) também tem seus inconvenientes, fruto, precisamente, da inderrogabilidade singular das normas (regramentárias). E afirma:

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

Ressalta-se que a constante mudança de posicionamento ou de variações de critérios, frustra o administrado, o interesse público, a boa administração, a eficiência e a administração de resultados. A prática reiterada de atos é um dos aspectos do costume. Afinal, esta equivale a repetição de determinado comportamento, aceitado como válido ou conveniente ao interesse público. É a regra de conduta criada espontaneamente pelo agente

extra legem é admitido e porque seria um absurdo entender que os Tribunais estariam vinculados à práticas administrativas. Porém, entende que o preceito reiterado tem um valor vinculante para a própria administração, no sentido de que apatar-se dele no caso concreto pode ser indicio de trato discriminatório, de falta de boa-fé e de atitude arbitrária. Afirma: "*Este juicio se explica fácilmente, sin necesidad de acudir a la tesis del precedente como costumbre, por virtud de los principios de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley (art. 14 de la Constitución) y de la buena fe (en sus dos vertientes, de protección de la confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces por la Administración, y de interdicción de la arbitrariedad propia: artículos 7 CC y 9.3 de la constitución, art. 3.1 LPC)*". Do mesmo modo JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de derecho administrativo general* I. Madrid: iustel, 2004, p. 158) afirma que a adoção pela Administração em supostos concretos vincula esta a resolver casos semelhantes que posteriormente aparecerem. Além de afirma que salvo voz discrepante, a maioria da doutrina reconhece força vinculante sempre que se dê uma identidade subjetiva e objetiva substancial entre os supostos comparados (princípio da segurança jurídica, da interdição à arbitrariedade, da igualdade). No entanto, recorda que pode a Administração separar-se do precedente e resolver em sentido diverso desde que o ato invocado como precedente seja ilegal ou quando concorrer um fator de interesse público que aconselhe a adotar um critério diverso, mas nesse caso, a Administração está obrigada a motivar sua decisão.

⁵⁵ BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad Administrativa* (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 119.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 246, 247.

público. Logo, tendo a repetição de comportamento e a convicção de que tal comportamento corresponde a uma necessidade jurídica, a torna obrigatória e, portanto, vincula a discricionariedade.

Recorda-se, no entanto, que uma vez obtida as estatuições válidas, estará o agente público diante de uma opção política administrativa ou governamental considerada como apropriada por este em determinado caso concreto, não podendo essa decisão ser questionada por ninguém.

3. Limitações negativas e positivas da intervenção direta do Estado na economia

Quando se trata de limites à discricionariedade, referi-se, normalmente, a limitações negativas e não positivas. É dizer, limitam-se a excluir aquelas soluções que desconhecem os valores jurídicos neles consagrados, mas não apontam qual é a que se há de adotar entre aquelas outras que não padecem de tal vício. Esse malgrado de somente limitar negativamente a atuação administrativa, apenar de não ser o ideal, já configura uma limitação, ou seja, não pode o agente público optar por alguma de suas eleições sem ferir o ordenamento jurídico⁵⁷.

O desafio jurídico atual é trazer ao mundo dos limites à discricionariedade parâmetros positivos, ou seja, critérios de aplicação de determinada decisão, predeterminados, para a adoção de uma determinada decisão administrativa, caso contrário, não será possível limitá-la perfeitamente.

O ideal seria então que o legislador programa-se com a densidade normativa necessária o conteúdo (positivo) das decisões administrativas, é dizer, de que o legislador ponha a disposição daqueles, parâmetros de controle dotados de uma estrutura lógico-normativo que seja viável o pleno limite à discricionariedade⁵⁸.

Vale mencionar a sugestão de MARIANO BACIGALUPO⁵⁹ no sentido de que:

⁵⁷ É o que se pode depreender dos ensinamentos de CARLOS ARI SUNDFELD (SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 165): “O direito, mesmo nos casos da maior discricionariedade, fornece sempre os elementos para a identificação, por via negativa (isto é, dizendo o que ela não pode ser), da finalidade do ato. E o faz através de idéias como as da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e boa fé, das quais deriva a interdição dos atos cujos fins sejam irracionais, imorais ou consagradores da má-fé”.

MARIANO BACIGALUPO (BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad Administrativa* (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución). Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 84-86): “Sin embargo, lo cierto es que, por lo general, tanto los derechos y principios constitucionales como los principios generales del Derecho sólo vinculan negativamente las decisiones administrativas.

Es decir, se limitan a excluir aquellas soluciones que desconozcan los valores jurídicos en ellos consagrados, pero no positivamente cuál es la que se ha de adoptar entre aquellas otras que no adolezcan de tal vicio. A ello se añade que tanto los principios constitucionales que rigen la actuación de los poderes públicos como los principios generales del Derecho se constituyen, a su vez, sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados (arbitrariedad, racionalidad, razonabilidad, proporcionalidad, buena fe, confianza legítima, etc.) que, como se dijo, sólo en sus zonas de certeza positiva y negativa – pero no así en sus respectivas zonas de incertidumbre – permiten un juicio seguro sobre su infracción (manifiesta) o no.

Consecuentemente, resulta harto complicado – cuando no imposible en la mayoría de los casos – articular un control jurídico positivo de la actividad administrativa con apoyo (exclusivo) en genéricos principios constitucionales o principios generales del Derecho”.

⁵⁸ Sobre a questão da limitação positiva, vide: MARIANO BACIGALUPO (*Ibidem*, p. 207 – 210).

⁵⁹ *Ibidem*, p. 244, 245.

(...) aún en ámbitos no reservados a la ley (y por lo tanto no regulados por ésta), la propia Administración puede estar obligada a autoprogramar o autovincular normativamente su actuación –a través del previo ejercicio de la potestad reglamentaria, oportunamente habilitada por la ley o independiente– con el objeto de que el control jurisdiccional de aquélla pueda alcanzar así (cuando ello sea exigible en atención a las necesidades de protección jurídica de los ciudadanos) una intensidad mayor que la que tendría en caso contrario.

En efecto, en ausencia de regulación normativa positiva (legal o reglamentaria), el control de la actividad administrativa no podría ser sino meramente negativo (un control de la juridicidad y/o constitucionalidad de la actuación singular en cada caso), es decir, en definitiva, un control de su (ir)racionalidad, (ir)razonabilidad, (des)proporcionalidad, etc.

Em consequência, já que entende-se que uma decisão sempre irá estabelecer efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto, pode-se dizer que a Administração estará se autoprogramando, ou se autovinculando, sempre que casos pendentes de decisão administrativa tenham propriedades idênticas, estabelecendo-se assim um direito.

CONCLUSÕES

No contexto das transformações do século XXI e no principiar do surgimento do Estado Pós-moderno, discutiu-se as limitações e as técnicas de contenção da intervenção direta do Estado brasileiro na economia.

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

Tal dever-poder discricionário esta localizado no operador deôntico, já que é uma norma permissiva e na estatuição, uma vez que existem 4 (quatro) formas (absorviva integral; absorviva parcial; participativa associativa; e participativa não associativa) de intervenção direta, podendo essas serem realizadas ou não, transformando-se assim tal estatuição em 8 (oito) efeitos alternativos e disjuntivos. Ademais, as duas previsões dessa norma são desdobráveis em milhares de outras por serem consideradas como conceitos jurídicos indeterminados (*“segurança nacional”* e *“interesse coletivo”*), instituindo um universo potencialmente ilimitado de hipóteses que também trazem uma discricionariedade à norma, fazendo com que não se tenha certeza da ocorrência da previsão e por conseguinte criando-se uma incerteza em aplicar ou não o efeito das estatuições, caindo na categoria de *“discricionariedade adveniente de normas com incertezas de linguagem”*.

Também, estudou-se as técnicas e etapas que o agente público tem que cumprir para chegar até as estatuições válidas, ou seja, até a discricionariedade efetiva. Logo, uma vez verificada a existência de competência para atuar, e a outorga de uma discricionariedade potencial, terá o agente público que tomar uma decisão que estabeleça os efeitos deônticos aplicáveis ao caso concreto. Para tomar tal decisão terá que atravessar um processo particularmente complexo composto por várias etapas: primeiramente deverá ultrapassar os problemas de linguagem, ou seja, definir a semântica da norma; depois deverá resolver, caso haja –e sempre há– problemas de concorrências e conflitos normativos, é aqui nesse contexto que entram as normas que regulam a intervenção do Estado na economia e

começam a transformá-las em uma discricionariedade efetiva; para por fim, com as estatuições válidas restantes tomar a decisão propriamente dita, que vinculará sua atuação em todos casos com propriedades idênticas.

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

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