



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

LIMITES DE SINDICABILIDADE DA VALORAÇÃO ADMINISTRATIVA DE
CONCEITOS INDETERMINADOS: A PUBLICIDADE NA LEI DE PREGÃO

Renan de Freitas Ongaratto

Rio de Janeiro
2017

RENAN DE FREITAS ONGARATTO

LIMITES DE SINDICABILIDADE DA VALORAÇÃO ADMINISTRATIVA DE
CONCEITOS INDETERMINADOS: A PUBLICIDADE NA LEI DE PREGÃO

Artigo apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Júnior

Rio de Janeiro
2017

LIMITES DE SINDICABILIDADE DA VALORAÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONCEITOS INDETERMINADOS: A PUBLICIDADE NA LEI DE PREGÃO

Renan de Freitas Ongaratto

Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ. Advogado. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Faculdade Cândido Mendes.

Resumo – diante das crescentes e complexas mudanças e diferenças sociais verificadas no Brasil, vale-se o legislador de mecanismos que lhe possibilitem conferir maior aplicabilidade e efetividade aos textos normativos. A essência do trabalho é abordar a tarefa de interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados, expondo os rigores metodológicos necessários ao tratar do tema, definindo os limites de atuação dos órgãos de controle da escolha administrativa e apontando quais os mecanismos capazes de evidenciar, com a maior precisão possível, que tal escolha foi correta.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Discricionariedade Administrativa. Valoração Administrativa. Conceitos Jurídicos Indeterminados. Legitimidade. Razoabilidade. Vinculação. Sindicabilidade. Limites. Controle Judicial. Controle Externo. Pregão. Jornal de Grande de Circulação. Publicação.

Sumário – Introdução. 1. Concretização de conceitos indeterminados enquanto juízo de legalidade vinculado. 2. O controle de legalidade, legitimidade e constitucionalidade da valoração administrativa de conceitos indeterminados 3. Publicidade na lei de pregão e o conceito jurídico indeterminado de jornal de grande circulação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A pesquisa científica ora realizada destina-se a analisar a sindicabilidade da valoração administrativa de conceitos indeterminados com intuito de definir a possibilidade de se realizar o controle de atos administrativos interpretativos e a medida em que se faz possível tal controle, estabelecendo, ao fim, os limites e parâmetros mais adequados de interpretação, em termos compatíveis com os princípios constitucionais norteadores do atuar administrativo e com a separação dos poderes, especialmente no que se refere à acepção dada ao termo jornal de grande circulação na lei de Pregão (Lei 10.520/02).

Em um estado democrático de direito, o direito administrativo encontra balizas garantidoras dos objetivos almejados em especial no princípio da legalidade – que ao contrário da legalidade aplicável ao ramo do direito privado, sujeita o administrador aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, em todos seus atos, não podendo fazer

senão o que a lei expressamente permite – e no constante controle externo exercido sobre o executivo por parte do legislativo, do judiciário e das cortes de contas.

Diante da expansão do direito administrativo, porém, as dificuldades em tutelar as inúmeras particularidades existentes em um país continental, aliadas a impossibilidade de delimitar todos os possíveis comportamentos do administrador diante das situações a ele impostas, fizeram o legislador buscar o ótimo mediante legislações que contam com normas jurídicas fluidas e vagas, que dão ao intérprete, em tese, margem para adotar a decisão que, subjetivamente, lhe pareça a melhor para o caso concreto, o que traz o debate a possibilidade e os limites de controle sobre tais decisões.

Tendo em vista esse cenário, tem-se como justificativa para a abordagem do referido tema a necessidade de se assegurar a garantia dos direitos individuais por meio do direito fundamental à boa administração consubstanciado no controle externo dos atos administrativos.

Nesse sentido, este artigo acadêmico se propõe a discutir limites interpretativos para os conceitos indeterminados de forma a pautar a atuação do Estado e frear abusos interpretativos na aplicação do direito, exigindo da Administração Pública e dos gestores públicos vinculação aos mandamentos constitucionais. Busca-se assim, discutir a possibilidade e os limites de controle dos conceitos indeterminados em busca de uma melhora na aplicação do Direito pelo administrador, afastando desconfiças decorrentes do desconhecimento sobre os reais fundamentos dos atos administrativos.

Com esse propósito, no primeiro capítulo, analisa-se que – embora haja quem sustente que os conceitos indeterminados levariam, invariavelmente, ao reconhecimento de uma atividade discricionária do administrador, não passível de controle – não há, em verdade, discricção administrativa quando da interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, não havendo confusão entre a concretização de conceitos indeterminados com o uso de poder discricionário.

Em seguida, o segundo capítulo se presta a defender que os órgãos de controle são os responsáveis pela análise de legalidade, legitimidade e constitucionalidade dos atos administrativos, inserindo-se nesses limites a análise da valoração de conceitos indeterminados com a indicação dos parâmetros a serem seguidos em busca da uma melhor aplicação do direito.

No terceiro capítulo, estuda-se as balizas de verificação da concretização do conceito indeterminado de “jornal de grande circulação” exigido na Lei de Pregão como meio de

garantir a publicidade do certame, expondo com rigor metodológico os limites de sindicabilidade mais indicados a serem adotados.

A pesquisa será desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, baseando-se em determinadas premissas e daí analisando propostas hipotéticas, que serão demonstradas ou rejeitadas argumentativamente. Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar a sua tese.

1. CONCRETIZAÇÃO DE CONCEITOS INDETERMINADOS ENQUANTO JUÍZO DE LEGALIDADE VINCULADO

É certo que a indeterminabilidade dos conceitos legais cessa diante da necessidade concreta de aplicação da norma, momento antes o qual o preceito legal abstrato ainda não incide diretamente na esfera jurídica dos jurisdicionados. Ou seja, conforme aponta a Marçal Justen Filho¹, o fator de abstração perdura somente até o momento da ocorrência de fatos que venham a tal norma se subsumir e a ela conferir concretude.

Resta-nos perquirir, porém, diante da dificuldade de se extrair objetivamente uma solução unívoca frente à fluidez das expressões legais, se tal atividade de concretização leva, invariavelmente, ao reconhecimento de uma atividade discricionária do administrador, não passível de controle externo. A respeito de tal proposição a doutrina divide-se.

Uma primeira corrente sustenta que a concretização adequada decorreria do juízo subjetivo volitivo do administrador daquilo que considerar oportuno e conveniente como forma de preenchimento do conceito indeterminado. Nesse sentido, afirma-se existir, portanto, margem de livre apreciação administrativa capaz de configurar tal ato como discricionário. Nesse sentido se posicionam Celso Antônio Bandeira de Mello² e José dos Santos Carvalho Filho³.

¹ “[Os conceitos jurídicos indeterminados] são expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 167.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993. p. 420.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle Judicial da Concretização dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 54, 2001. p. 114.

Em sentido diametralmente oposto ao anteriormente exposto, apresenta-se uma segunda corrente, defendida por Eros Roberto Grau⁴, Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández⁵ e Gustavo Binembojm⁶, que afirma que a interpretação e consequente concretização do conceito indeterminado levaria a uma única resposta correta para o caso sob análise, pelo que inexistiria atividade discricionária, pois caberia ao administrador tão somente a interpretação, inserida no juízo de legalidade.

Além das posições apresentadas, inúmeros juristas debatem o tema trazendo relevantes contribuições⁷, todavia, para fins deste trabalho considerou-se o embate entre as duas principais correntes sobre o tema, acima expostas.

Para o enfrentamento da divergência exposta cabe, primeiramente, definir o que se pode entender por atividade discricionária, decorrente de um juízo de oportunidade da Administração, e traçar importante distinção entre tal atividade e a de interpretação do direito, decorrente de um juízo de legalidade.

Segundo a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸, a discricionariedade administrativa pode ser assim definida:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 203.

⁵ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990. p. 393/394.

⁶ Nas palavras do autor: “Como visto, o ato discricionário pressupõe um poder de escolha do administrador. Este, diante de uma situação concreta, pode optar por um ou outro caminho, de acordo com critérios racionais que, a seu ver, produzam a melhor solução. Tal resultado pode: (i) já estar previsto na norma de competência, havendo, nesse caso, a opção por uma solução A, B ou C (discricionariedade de escolha); ou (ii) ser de livre escolha do administrador, que se mantém vinculado, apenas, pela finalidade estabelecida na lei (discricionariedade de decisão). Já os atos fundados em conceitos jurídicos indeterminados não são fruto de uma opção do administrador. Se é que há uma eleição, esta é do próprio legislador, que escolheu o uso de termos vagos e conceitos imprecisos, sendo que a sua aplicação resolve-se com a interpretação de seu sentido”. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 219.

⁷ Deve-se destacar a existência de importante tese de Germana de Oliveira Moraes, que analisa os conceitos indeterminados de acordo com os tipos de situações que pretendem regular e explica não haver nexos essenciais entre discricionariedade e conceitos indeterminados, podendo o conceito indeterminado conferir ou não margem de liberdade para o administrador. Para ela nos conceitos indeterminados que façam referência a uma situação atual haverá atividade vinculada e, ao contrário, nos conceitos que envolvam uma ponderação valorativa de interesses concorrentes ou um juízo de prognose, realizar-se-á atividade não vinculada. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p.61.

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 48.

Do exposto é possível extrair a ideia por ele defendida de que os conceitos indeterminados, caracterizados na expressão “fluidez das expressões da lei”, ensejam a discricionariedade administrativa, sendo um dos seus elementos caracterizadores. Todavia, esse não parece ser o melhor entendimento.

Com a vênua para discordar do ilustre jurista, entender que a concretização dos termos legais conduz à discricionariedade levaria, conseqüentemente, a necessidade de admitir como inserida na esfera de atribuições discricionárias do administrador praticamente toda a interpretação das normas de direito administrativo.

Nesse sentido, não se pode enquadrar na noção de discricionariedade a atividade interpretativa, pois a discricionariedade é, em verdade, fruto de expressa atribuição legal e não consequência do emprego de termos indeterminados⁹. Em outras palavras, a discricionariedade é atribuída pela lei que confere ao administrador o juízo de oportunidade para optar entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, permitindo pluralidade de soluções justas¹⁰, mas à tal ideia não se estende ou se aplica à atividade do intérprete legal.

Em adição, não se mostra razoável admitir que o administrador ao realizar a interpretação que comina a concretização do conceito indeterminado pratique um ato discricionário, decorrente de um juízo de oportunidade, mas que quando tal ato é questionado judicialmente a interpretação oriunda da análise judicial seja tida como jurisdição (dizer o direito), ou seja, juízo de legalidade.

Não há, portanto, relação entre a adoção de conceitos indeterminados no texto legal e a atividade discricionária do administrador, pois, ainda que diante de conceitos indeterminados, este terá de atuar nos limites dispostos pelo legislador e pelos princípios jurídicos.

Conforme expõe Eros Roberto Grau¹¹, não se pode confundir a liberdade conferida pela lei com o processo de concretização dos conceitos indeterminados, o que decorre de juízo de legalidade e não de oportunidade:

⁹ GRAU, op. cit., p. 192.

¹⁰ Na doutrina espanhola: “O peculiar destes conceitos jurídicos indeterminados é que sua qualificação em uma circunstância concreta não pode ser mais que uma: [...] ou há utilidade pública ou não há; ou se dá, com efeito, uma perturbação da ordem pública, ou não se dá; ou o preço que se indica é justo ou não o é, etc. Tertium no datur. Há, pois, e isto é essencial, uma unidade de solução justa na aplicação do conceito a uma circunstância concreta. Aqui está o peculiar do conceito jurídico indeterminado frente ao que é próprio às potestades discricionárias, pois o que caracteriza a estas é justamente a pluralidade de soluções justas possíveis como consequência de seu exercício”. ENTERRÍA apud FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*. v. 38. n. 151. Senado Federal, jul./set. 2001. p. 118. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/703>>. Acesso em: 11 out. 2016.

¹¹ GRAU, op. cit., p. 204.

Penso, assim, podermos apartar as duas técnicas na consideração dos juízos aos quais correspondem. No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos indeterminados (vale dizer, das noções) o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade. Por isso é que — e não porque o número de soluções justas varia de uma outra hipótese — são distintas as duas técnicas.

A tarefa de aplicação de conceitos indeterminados, portanto, se mostra como uma atividade vinculada, pois diz respeito à concretização de uma linguagem instrumentalmente definida por lei.

Antes de escolhida a conduta a ser adotada não é possível se falar em discricionariedade, uma vez que as opções que se põem diante do administrador são as mesmas que colocam diante de qualquer cidadão, frente a qualquer dispositivo legal, qual seja, atender ao comando legal ou não. É, nesse sentido, irrelevante do ponto de vista jurídico haver uma, duas ou mais opções capazes de atender àquele comando, pois, em última análise, ou ele será ou não atendido, o que diz respeito a uma análise de legalidade.

Após a escolha feita, concretizado o conceito jurídico indeterminado, tampouco pode-se falar em discricionariedade uma vez que o controle dirá respeito à análise de subsunção do fato à norma.

Assim, verifica-se que a vinculação do administrador se presta a racionalizar a atuação administrativa e a favorecer um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, uma vez que não há que se falar em conveniência e oportunidade em se atender à lei.

2. O CONTROLE DE LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA VALORAÇÃO ADMINISTRATIVA DE CONCEITOS INDETERMINADOS

A questão a respeito do controle da valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, e seus limites, passa, necessariamente, pela discussão sobre se tratar a concretização de conceitos jurídicos indeterminados de ato discricionário ou vinculado. Quanto a tal ponto, conforme demonstrado no capítulo anterior, o espaço de tomada de decisão conferido ao administrador não o põe diante de uma verdadeira liberdade, e sim, de um juízo de estrita vinculação, o que traz repercussões diretas no espectro de sindicabilidade.

Como é cediço, no exame de atos administrativos que digam respeito ao poder discricionário, em princípio, qualquer das opções dadas ao administrador, dentro do espaço

conferido pelo legislador, será incensurável e inexamínável¹². Nesses casos, conforme tradicional doutrina¹³, o julgador somente entenderá uma medida como ilegal quando verificar a incompetência da autoridade, a irregularidade da forma empregada ou o excesso de poder¹⁴.

Por outro lado, quando a análise se pauta em juízo vinculado o julgador realizará juízo de adequação do fato apresentado às finalidades da norma que se pretende cumprir para determinar a correção da conduta administrativa, pois não resta espaço ao administrador no seu atuar em qualquer dos elementos do ato administrativo. Assim sendo, permite-se as possibilidades de exame quanto à correção ou incorreção da escolha realizada.

Ainda sobre a possibilidade de controle da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, cumpre verificar quais os seus limites. Ou seja, é necessário determinar em que hipóteses e de que forma o julgador poderá afirmar que a interpretação conferida se prestou a atender o comando legal.

Em determinadas hipóteses a verificação a respeito da regular concretização de um conceito jurídico indeterminado é facilmente aferida. O problema surge justamente nos casos em que não é possível afirmar, de imediato, que determinada aplicação é adequada aos fins que se propõe. É de se notar que, embora quem possua oito anos de idade possa se inserir no conceito de jovem e quem possua oitenta não o possa, suscitaria dúvidas definir se um indivíduo de quarenta anos se enquadraria no conceito.

Nesse sentido, surgem os conceitos de zonas de certeza positiva, negativa e de incerteza¹⁵, sendo esta a que traz maior dificuldade ao julgador. Isso, pois trata de hipóteses que não estão claramente incluídas ou excluídas na subsunção de uma determinada realidade ao conceito proposto.

¹² SILVA, Almiro do Couto e. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, n. 179/180, jan./jun. 1990, p. 60.

¹³ “Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, invadir opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.”. MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 120.

¹⁴ Destaca-se que essa tradicional visão sobre os limites do controle judicial, restrito à análise de legalidade, encontra ampliada diante do princípio da juridicidade, que amplia o espectro de controle, uma vez que leva em consideração para análise de legalidade e legitimidade dos atos administrativos, ainda que discricionários, a conformidade deles não apenas com a lei, mas também com os princípios norteadores do atuar administrativo. Sem embargo, o mérito continua indepassável ao controle pelo Poder Judiciário, mas, então, já se está em uma esfera além da legalidade e da juridicidade.

¹⁵ “Na estrutura do conceito indeterminado, é identificável um núcleo fixo (Begriffkern) ou ‘zona de certeza’, configurado por dados prévios e seguros, uma zona intermédia ou de incerteza ou ‘halo do conceito’ (Begriffshof), mais ou menos imprecisa, e, finalmente, uma ‘zona de certeza negativa’, também certa quanto à exclusão do conceito.”. ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990. op. cit. p. 396.

É nessa área de penumbra que ganha importância a atuação dos órgãos de controle externo da administração, visto que aferirão, no caso concreto, se a administração pública atuou de forma legítima, de acordo com as finalidades legais e em conformidade com os princípios constitucionais que regem a matéria.

Destaca-se que, por mais tormentosa e de difícil determinação que seja a questão, o julgador não pode deixar de decidir sob a alegação de inexistência de norma adequada ao caso, ante o mandamento do *non liquet*, ao contrário do que afirma parte da doutrina¹⁶. Nesse sentido, ressalta-se os dizeres de Fredie Didier Jr.¹⁷:

[...] todo problema que for submetido ao Tribunal precisa ser resolvido, necessariamente. É dizer: ainda que a situação concreta não esteja prevista expressamente na legislação, caberá ao magistrado dar uma res posta ao problema, classificando-a como lícita ou ilícita, acolhendo ou negando a pretensão do demandante.

Percebe-se, portanto, que nas situações em que não seja possível extrair uma nítida resposta jurídica, o julgador não pode, nem deve, se abster do dever de julgar. Nesses casos, para que se possa estabelecer critérios decisórios, deve-se observar o contexto em que está inserido o conceito indeterminado, a finalidade perseguida pela norma em que se encontra inserido e os objetivos buscados pelo interlocutor, no caso, o legislador.

O fruto de tal análise deve ser interpretado sistematicamente, à luz das normas principiológicas incidentes sobre o caso. Somente dessa forma o julgador poderá formar seu convencimento, por meio de decisão motivada, sobre a adequação da concretização aos mandamentos legais e a consequente regularidade ou irregularidade da atuação administrativa decorrente do enquadramento em uma zona positiva ou negativa.

O que se busca aqui evidenciar como parâmetro de sindicabilidade, portanto, é que, diante de conteúdo periférico vago e impreciso, com alto grau de controvérsia e incerteza, deve o julgador interpretar os elementos do caso concreto em consonância com vetores constitucionais que pautam a administração para guiar seu juízo, de modo que qualquer opção ilegítima seja efetivamente excluída e sancionada com a invalidade.

¹⁶ Há entendimento doutrinário no sentido de que quando verificada a impossibilidade de determinar se a interpretação dada a determinado conceito atendeu ou não os fins leis, o magistrado deveria deixar de apreciar o acerto ou erro por não saber como decidir: “O exame judicial dos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados não está sujeito a um limite a priori estabelecido na lei. O próprio julgador, no instante de decidir, é que verificará se há um limite, ou não, ao controle judicial. Haverá limite se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza qual a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocada a decisão administrativa.” (SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 179/180, jan./jun. 1990. p. 58.).

¹⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2015. p. 160/161.

Caso a análise realizada pelo julgador, todavia, não o leve a aferir qualquer desconformidade com os postulados do bloco de juridicidade (zona de certeza negativa), deve-se preservar como legítima a escolha administrativa, ainda que não se possa afirmar categoricamente que a concretização inseriu-se em uma zona de certeza positiva.

Destaca-se que se a Administração firmou uma intelecção comportada pelo conceito no caso concreto – ainda que outra também pudesse sê-lo –, seu ato não pode ser revisto por qualquer órgão controlador de legitimidade. Nesses casos, como a administração pública está mais perto dos problemas e, de regra, mais bem aparelhada para resolvê-los, caberá ao poder judiciário a postura de autocontenção, “*judicial self-restraint*”, deixando de intervir na decisão administrativa.

Percebe-se, portanto, que, além de desejável, é exigível que se imponha como balizas interpretativas das escolhas do poder constituído a submissão aos princípios constitucionais norteadores do atuar administrativo, que são os pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito e das garantias dos jurisdicionados.

A função do controle externo nesse aspecto é a de fiscalizar o processo decisório e orientar o direcionamento do vetor interpretativo, valendo-se, para tanto, dos mecanismos de revisão ou anulação dos atos e da punição dos agentes. Tal atuação visa, sobretudo, a oferecer diretrizes para o aperfeiçoamento da atividade administrativa.

3. PUBLICIDADE NA LEI DE PREGÃO E O CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO DE JORNAL DE GRANDE CIRCULAÇÃO

O legislador, inspirado pelo princípio da publicidade e procurando dele extrair a regra aplicável à modalidade de licitação criada pela Lei n. 10.520/02, determinou, no art. 4º, I desta lei¹⁸, que para pregões de vulto a publicidade também se desse em jornal de grande circulação, “nos termos do regulamento de que trata o art. 2º”.

¹⁸ BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017. Art. 4º - A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras: I - a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento de que trata o art. 2º; (BRASIL. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>). Acesso em: 03 mar. 2017.

Nota-se, todavia, que o citado dispositivo foi vetado, uma vez que uma lei federal não poderia contemplar os certames dos Estados, Municípios e DF. Nesse sentido, Marçal Justen Filho¹⁹, afirma a correção do veto:

Há referência à regulamentação do tema por parte do decreto referido no art.2º, o qual nunca chegou a existir em virtude do veto presidencial. Antes assim, eis que a pretensão do Executivo Federal de regulamentar a publicidade dos atos estaduais, municipais e distritais incorreria em evidente infração ao princípio da Federação.

Tendo em vista que a lei nacional de Pregão traça somente normas gerais sobre o tema, a doutrina, o judiciário e os Tribunais de Contas, de um modo geral, reforçam que caberia aos regulamentos de cada um dos entes da Federação prever os parâmetros, valores, do que seria o vulto da licitação, que demandaria uma publicação de maior amplitude,

A análise dos decretos regulamentadores municipais revela, contudo, que as regulamentações²⁰ ficam aquém do comando da legislação federal, vez que não estipulam tanto o alcance territorial do veículo de publicação considerando o vulto do certame, o que apenas reforça a incerteza sobre a concretização do conceito jurídico “jornal de grande circulação”.

Tal opção normativa deficiente importa, ainda, em um tratamento indistinto às licitações de grande vulto e às de pequeno vulto, que são submetidas à publicação de mesma amplitude, o que viola o princípio da publicidade, levando os prejudicados a buscarem uma resposta dos órgãos de controle.

Impõe-se verdadeiro desafio nas hipóteses em que a escolha do periódico se situa fora de uma zona de certeza positiva, em que efetivamente foram atendidos os princípios da publicidade e razoabilidade, mas também fora de uma zona de certeza negativa, em que há inequívoca infringência aos princípios referidos.

Como solução ao problema, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pretendendo tornar mais objetiva a análise quanto à observância do requisito legal, estipulou o

¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 6.ed. São Paulo: Dialética. 2010. p. 144.

²⁰ A título de exemplo cita-se o caso do Decreto Municipal n. 4.748/05 do Município de Angra dos Reis, que, em seu art. 11, I, dispõe: Art. 11. (...): I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em órgão de publicação oficial do Município ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação na região; Outro exemplo ocorre com o Decreto Municipal n. 2.510/09, de Belford Roxo, que, no art. 11, I, do Anexo I, praticamente reprisou os termos do art. 4º, I, da Lei n. 10.520/02: Art. 11. (...): I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de grande circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação; Em sentido semelhante, o art. 6º, I, do Decreto Municipal n. 50/2003 do Município de Valença: Art. 6º (...): I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso específico no Boletim Oficial do Município, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforma o vulto da licitação, em jornal de grande circulação.

critério da tiragem mínima diária de 20.000 (vinte mil exemplares)²¹, passível de comprovação por quaisquer meios idôneos²². Tal entendimento, todavia, não aparenta ser o mais adequado, uma vez que constitui um número fixo e pré-determinado, cego às peculiaridades de cada ente da Federação, o que vai justamente de encontro ao que buscou o legislador ao empregar um conceito jurídico indeterminado.

Tendo por certo que a finalidade da publicidade dos atos administrativos norteia-se pelo dever de transparência e informação da Administração perante o cidadão e também pelo próprio interesse do cidadão pela notícia ou ato administrativo publicado, constata-se que a tiragem do jornal, a abrangência²³, a tradição do periódico na publicação de editais²⁴, e ainda outros pontos, conforme evidenciado nas pesquisas realizadas, devem ser analisados, pois servem de indicadores do fim buscado pelo legislador.

Nesse contexto, verifica-se que, apesar de muitos critérios se apresentarem como balizadores aptos a subsidiar a análise a ser realizada, nenhum deles, por si só, ou sequer a conjugação deles é capaz de definir o que se pode entender como jornal de grande circulação. Isso, pois a efetiva determinação sobre se a valoração administrativa do conceito indeterminado foi regular impescinde dos fatos concretos apresentados ao julgador e da subsunção deles às finalidades do dispositivo em que se insere o conceito à luz dos princípios constitucionais, nos termos expostos no capítulo anterior.

Deve-se observar, segundo essa perspectiva, que o objetivo a ser alcançado com a publicação dos atos relativos ao tema licitações e contratos é garantir o atendimento ao princípio constitucional da publicidade e possibilitar a ampla competitividade dos

²¹ “De fato, este Tribunal assentou que a tiragem mínima diária de “jornal de grande circulação” é 20.000 (vinte mil) exemplares, conforme Consulta examinada no TC-6736/026/00, e decisões exaradas nos processos TC-34356/026/11 (Substituta de Conselheiro Cristiana de Castro Moraes, sessão de 7/12/11,) e TC 00001345.989.12-3 (Conselheiro Robson Marinho, sessão de 6/2/2013)”. (BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo TC-000144/989/13-4. Relator: Dimas Eduardo Ramalho. Disponível em <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/epe-m-06-der-004-tc-000144-989-13-4.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017).

²² Nesse sentido: TC-034356-026-11, sessão de 07/12/11, Conselheira Cristiana de Castro Moraes, Relatora; TC-001117-989-12-9, sessão de 07/11/12, Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Relator; [entre outros].

²³ BRASIL. Tribunal de Contas do Estado da União. Processo n. 023.261/2006-7. Relator: Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d4c454741444f2d3935353932&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=acordao-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELACAO-LEGADO;&highlight=&posicaoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 07 mar. 2017.

²⁴ [...] “jornal de grande circulação”, para efeito de divulgação de editais de licitação, é aquele que tem presença diária na internet, considerando também a questão da tradição em publicação destes editais. Vencido o senhor Conselheiro Pedro Ângelo Sales Figueiredo, que votou no sentido de responder ao consulente que jornal de “grande circulação” é aquele que, além de possuir grande tiragem diária, tem ainda abrangência em vários pontos do Estado. BRASIL. Diário Oficial do Estado do Ceará de 21 de Dezembro de 2011. p. 237. Disponível em: <<http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20111221/do20111221p04.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

procedimentos licitatórios, o que, por conseguinte, incidirá sobre outros princípios, tais como os da economicidade, isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa, dentre outros.

Assim, é possível perceber que, embora não seja possível determinar abstratamente se determinado periódico seria ou não de grande circulação, não há margem para interpretações contrárias à de que um jornal somente poderá ser tido como “de grande circulação” quando garantir à observância do princípio da publicidade e a ampliação da competitividade, mormente, quando tratar-se de contratações vultosas.

Tal constatação sobre o atendimento dos princípios constitucionais, por sua vez, deverá ser realizada a partir da quantidade de propostas apresentadas, do diferente perfil dos proponentes, da economicidade atingida e dos demais elementos trazidos ao julgador, pelo jurisdicionado, para comprovar comprovação de que o veículo escolhido não gerou danos à Administração Pública e atendeu ao comando legal.

Assim sendo, quando diante da zona de incerteza, cabe ao julgador ser deferente em relação à escolha administrativa, desde que, cumulativamente tenham sido atendidas as finalidades inerentes à publicação, quais sejam: ampliação da competitividade e da fiscalização pública; e não tenha havido qualquer prejuízo aos bens tutelados pela contratação administrativa, quais sejam a isonomia; vantajosidade; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência; e probidade administrativa²⁵.

CONCLUSÃO

Diante da crescente velocidade em que se dão as mudanças e das grandes diferenças sociais verificadas no Brasil, recorrentemente, vale-se o legislador de mecanismos que lhe possibilitem conferir maior aplicabilidade e efetividade aos textos normativos. Nesse sentido, destaca-se o emprego de conceitos jurídicos indeterminados que permitem a uma legislação de âmbito nacional – ou federal que veicule normas gerais – a aplicação em todo o território de forma mais uniforme e consentânea com as particularidades locais.

Ocorre que a solução do legislador encontra óbices em sua aplicação. O primeiro deles diz respeito a determinar se a interpretação dada aos conceitos indeterminados, de forma a concretizar o comando legislativo, seria atividade discricionária ou vinculada, o que repercute

²⁵ “A validade da licitação depende da ampla divulgação de sua existência, efetivada com antecedência que assegure a participação dos eventuais interessados. O defeito na divulgação do instrumento convocatório constitui indevida restrição à participação dos interessados e vicia de nulidade o procedimento licitatório”. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo: Dialética, 2009. p. 242.

diretamente na extensão do controle a ser realizado. Isso, pois diante de conceitos vagos, o julgador deverá e poderá analisar a concretização da norma realizada, todavia, diante de atos discricionários, salvo excessos, deverá respeitar o juízo de conveniência e oportunidade formulado.

Conforme é possível notar, apesar do embate doutrinário existente, o melhor entendimento é o de que o emprego de conceitos jurídicos indeterminados não se traduz em discricionariedade, pois não haverá opções para o administrador público, mas tão somente a atividade de interpretação e aplicação da norma.

Garantir a possibilidade de controle jurisdicional da valoração administrativa realizada, significa vincular a administração pública ao direito posto e aos ideais e anseios da sociedade. Como consequência reduz-se o espaço para arbitrariedades e inúmeros vícios que maculam a atuação estatal e geram desconfiança nos jurisdicionados.

Assim, conclui-se que a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, trata-se, em verdade, de uma aplicação vinculada à finalidade almejada pela lei, constituindo juízo de legalidade e não de mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade.

Outro óbice encontrado na utilização de conceitos jurídicos indeterminados diz respeito aos parâmetros utilizados para a concretização de tais conceitos.

Nesse contexto, observa-se que os conceitos fluidos, também chamados de conceitos indeterminados, podem se situar numa zona de certeza, positiva – hipóteses em que inequivocamente atende às exigências legais –; numa zona de certeza negativa – isto é, nas quando inequivocamente não se observa as exigências legais –; e, por fim, na zona de incerteza em que se deve perquirir se a escolha administrativa, diante do caso concreto e das finalidades inerentes ao dispositivo legal, prestou-se ao atendimento do interesse público e, cumulativamente, não violou nenhum dos princípios contorcionais, mormente a isonomia; impessoalidade; moralidade; publicidade; eficiência; e probidade administrativa.

Desse modo, o dever do julgador de aferir a adequada concretização dos conceitos fluido, passa pela transposição da mencionada zona de incerteza que lhe é apresentada, para a zona de certeza, seja positiva, seja negativa, uma vez que tal intervenção é necessária para que o ato praticado em desacordo com a finalidade legal cesse seus efeitos.

Nota-se, portanto, que a tarefa de interpretação legal e aplicação dos conceitos indeterminados, por mais vagos que sejam, deve ser feita com organização e rigor metodológicos, pois cabe ao jurisdicionado subsidiar o julgador com balizas capazes de, juntamente com os princípios constitucionais aplicáveis, evidenciar, com a maior precisão possível, que tal escolha foi correta.

Certas matérias, notadamente aquelas que envolvam a definição de critérios para avaliação da observância de princípios constitucionais, devem ser continuamente debatidas e aperfeiçoadas, de modo que os jurisdicionados possam conhecer e aplicar os entendimentos que melhor atendam às finalidades de interesse público perquiridas pelo legislador.

Tal noção quando aplicada ao controle sobre a concretização dos conceitos jurídicos indeterminados revela a fundamental importância de que as decisões sejam fundamentadas e que os critérios de orientação para apreciação do tema sejam conhecidos, mormente diante das diretas repercussões no interesse público na análise da eficiência dos atos e da gestão de dinheiros públicos.

Por fim, verifica-se que, embora o tema não seja de toda uma novidade, os administradores e julgadores encontram diversas dificuldades, mormente por ainda tentarem traçar parâmetros objetivos para caracterização de tais conceitos, a exemplo do que buscou fazer o Tribunal de Contas de São Paulo relativamente à definição do que seria jornal de grande circulação.

Percebe-se que embora parâmetros objetivos como a tiragem, abrangência, especialização do periódico, entre outros, possam subsidiar a verificação de regularidade da escolha administrativa, tal como em relação a qualquer outro conceito indeterminado, somente a análise das repercussões da escolha, no caso concreto, apreciadas à luz dos princípios constitucionais que servem de enquadramento normativo ao tema, serão capazes de determinar o atendimento ao que dispôs o dispositivo legal, por se tratar a interpretação legislativa, em última análise, de uma atividade interpretativa típica, que não pode ser separada da função judicativa.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Diário Oficial do Estado do Ceará. Disponível em: <<http://imagens.seplag.ce.gov.br/PDF/20111221/do20111221p04.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

_____. Lei n. 10.520, de 17 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

_____. Tribunal de Contas do Estado da União. Processo nº 023.261/2006-7. Relator: Valmir Campelo. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=41434f5244414f2d4c454741444f2d3935353932&sort=RELEVANCIA&ordem=DESC&bases=acordao-LEGADO;DECISAO-LEGADO;RELACAO-LEGADO;ACORDAO-RELA CAO-LEGADO;&highlight=&posiçãoDocumento=0&numDocumento=1&totalDocumentos=1>>. Acesso em: 07 mar. 2017

_____. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. TC-000144/989/13-4. Relator: Dimas Eduardo Ramalho. Disponível em <<http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/epe-m-06-der-004-tc-000144-989-13-4.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O Controle Judicial da Concretização dos Conceitos Jurídicos Indeterminados. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 54, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 17. ed. rev., atual. e ampl. V. 1. Salvador: Juspodivum, 2015.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. Tradução Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1990.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Informação Legislativa*. v. 38. n. 151. Senado Federal, jul./set. 2001. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/703>>. Acesso em: 11 out. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 6.ed. São Paulo: Dialética. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, n. 179/180, jan./jun. 1990.