

Felipe Dalenogare Alves

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA,
CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS
E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE
JURISDICIONAL**



perse

**DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA, CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS
E A POSSIBILIDADE DE
CONTROLE JURISDICIONAL**



FELIPE DALENOGARE ALVES

**DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA, CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS
E A POSSIBILIDADE DE
CONTROLE JURISDICIONAL**

1ª Edição

São Paulo
PerSe Editora
2012

Título
Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e
a possibilidade de controle jurisdicional.

Copyright © 2012 by Felipe Dalenogare Alves

**Todos os direitos reservados ao autor. Proibida a reprodução no
todo ou em parte, sob qualquer forma, salvo em citações com a
indicação da fonte.**

Printed in Brazil/Impresso no Brasil

ISBN 978-85-8196-078-4

Autoria, capa, revisão e diagramação
Felipe Dalenogare Alves
www.estudosdedireito.com.br

Ficha Catalográfica:

A474d Alves, Felipe Dalenogare

Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos
indeterminados e a possibilidade de controle jurisdicional /
Felipe Dalenogare Alves. São Paulo: Perse, 2012.

120 p. ; 14x21 cm

ISBN 978-85-8196-078-4

1. Direito administrativo. 2. Administração pública. 3.
Discricionariedade administrativa. 4. Conceitos jurídicos
indeterminados. 5. Controle jurisdicional. I. Título.

CDD: 342

CDU: 342.9

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito administrativo : Discricionariedade administrativa : Conceitos
jurídicos indeterminados : Controle jurisdicional 342.9



“O Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como o Estado das escolhas administrativas legítimas. Assim considerado, nele não se admite a discricionariedade pura, intátil, sem limites. Em outras palavras, impõe-se controlar (ou, ao menos, mitigar) os contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. Faz-se cogente, sem condescendência, enfrentar todo e qualquer “demérito” ou antijuridicidade das escolhas e políticas públicas, para além do exame adstrito a aspectos meramente formais”.

Juarez Freitas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Grande Arquiteto do Universo, a quem, durante as madrugadas de inspiração, procurei amparo em busca da justeza e da perfeição deste trabalho. Agradeço a minha esposa Evelin pela compreensão nas horas depreendidas em torno do presente, sempre obtendo apoio nos momentos mais difíceis.

PREFÁCIO

Passei a integrar o corpo docente do curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, *campus* Cachoeira do Sul, no ano de 2009. Naquele mesmo ano, lecionei uma das disciplinas propedêuticas mais importantes à formação jurídica, qual seja, a de Teoria do Direito II, que envolve uma plêiade de informações gerais próprias não apenas à formação teórica específica dos operadores do direito, com discussões de ordem filosófica e sociológica, mas, precipuamente, relacionadas com a formação humanística do indivíduo e, naquilo que mais me interessa aqui, com as provocações próprias ao despertar das consciências discentes.

Se há uma primeira advertência a preceder esta obra escrita, que seja para apontar a maturidade acadêmica de Felipe Dalenogare Alves, que já surpreendia a todos, ao demonstrar seu grande interesse pelo estudo do Direito. Então este prólogo cumprirá sua tarefa, primeiro reconhecendo na figura discente do autor desta obra, um exemplo de acadêmico como sempre pretendem os professores. Sua empolgação não alimenta apenas os próprios ideais. Ao contrário do que possa pensar, satisfaz todos os professores que se preocupam com a construção do conhecimento e com a formação ética e moral do ser humano.

Por isso, é necessário registrar, de antemão, a despeito das incompletudes que toda a obra humana possui,

que este livro transborda os limites pessoais ambicionados pelo escritor. Não é apenas um tema dirigido ao mundo, senão a materialização do trabalho docente e discente. E mais pelo aluno, que sempre buscou conhecer os autores mencionados em sala de aula, lendo e relendo tantos outros quanto necessários ao seu conhecimento e à satisfação de sua curiosidade científica. E, assim, deixa o melhor exemplo de que se pode ter notícia no Direito, um livro escrito por um estudante de graduação. Regozijemo-nos.

O livro desafia um tema seriamente discutido no Direito, que vem a ser a possibilidade (ou não) do Poder Judiciário controlar a discricionariedade do ato administrativo. Para demonstrar tal possibilidade, o autor faz uso da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, como elemento que reconhece uma incompletude do sistema jurídico, no mínimo autorizando a conformação entre fatos e normas. Reconhece, assim, uma dimensão subjetiva de avaliação das normas, a partir de sua própria incompletude, enquanto elemento responsável pelo registro das decisões jurídicas sobre a vida do homem.

Em seu contexto geral, a obra conecta os temas da teoria da separação dos Poderes, princípios da administração pública, discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

Por oportuno, aproveito para valorizar dois elementos decisivos ao reconhecimento do controle jurisdicional sobre a função administrativa discricionária,

operacionalizada pelo reconhecimento de que existem conceitos jurídicos indeterminados e, portanto, carecedores de determinação em cada caso, como elucidado pelo autor.

Um deles é a afirmação de que a Administração Pública, responsável pela implementação das políticas públicas e pela gestão de tais políticas, decide e atua sob o manto da aprovação do povo. A governança se opera, no regime democrático brasileiro, em cada decisão, como se fosse uma decisão majoritária. Implementa a vontade geral, o que arrima uma grandeza de atividade. Elevada à máxima potência, responde pelo bem comum e, assim, deve ter sua importância reconhecida.

O outro, calha apenas mencionar dada sua notoriedade, é a agregada corrupção da pessoa física investida em cargo público. Os mais elementares estudos nacionais e internacionais têm apontado a corrupção como um dos mais graves problemas que afetam a Administração Pública do Brasil e, conseqüentemente, a realização do desenvolvimento nacional.

Neste trabalho, encontraremos um estudo científico voltado à possibilidade de controle entre os Poderes, como definitivamente será implementado no país, em um futuro, quiçá, próximo, como medida evolucionista que envolve Estado, Sociedade, Direito e Política.

DANIEL DOTTES DE FREITAS

Advogado. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenador do Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil, campus Cachoeira do Sul.

NOTA DO AUTOR

O presente trabalho se constitui no estudo acerca da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados em matéria de Direito Administrativo, especialmente no que diz respeito a sua ligação. Este tema sempre despertou a atenção deste autor, seja na atuação acadêmica, seja na prática, tornando-se objeto do trabalho de conclusão do curso de bacharelado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil, *campus* Cachoeira do Sul, sob orientação do Prof. Drdo. Daniel Dottes de Freitas.

A pesquisa permitiu oferecer uma análise referente aos limites que buscam restringir os aspectos discricionários de tais conceitos, com o objetivo principal de tutelar os direitos individuais, evitando que a atuação administrativa desvie-se da finalidade proposta pela lei.

Na persecução da segurança significativa do conceito jurídico indeterminado, o administrador deve se utilizar da tarefa interpretativa, a fim de conduzi-lo a uma das zonas de certeza do conceito, vindo a desencadear na única solução justa.

Diante disso, existindo a presença de vício na interpretação, haverá a necessidade de exercício do controle jurisdicional compatível com o Estado Democrático Social de Direito.

O autor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO 1 – TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	21
1.1. Histórico	21
1.1.2. Estado de Polícia	21
1.1.3. Estado de Direito	23
1.1.4. Estado Social	26
1.1.5. Estado Democrático de Direito	28
1.2. Teoria da Separação de Poderes	33
1.2.1. Surgimento da noção de Separação de Poderes.....	34
1.2.2. A Separação de Poderes como divisão das competências do Estado	36
1.3. Princípios da Administração Pública.....	40
1.3.1 Princípios da Administração Pública em Espécie	41
1.3.1.1 Princípios Constitucionais	41
1.3.1.1.1 Princípio da Legalidade	42
1.3.1.1.2 Princípio da Impessoalidade.....	46
1.3.1.1.3 Princípio da Moralidade	48
1.3.1.1.4 Princípio da Publicidade.....	51
1.3.1.1.5 Princípio da Eficiência	53
1.3.1.2 Princípios Infraconstitucionais	55
1.3.1.2.1. Princípio da Supremacia do Interesse Público	55
1.3.1.2.2. Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade	58

CAPITULO 2 – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	60
2.1. Discricionariedade Administrativa	60
2.1.1. Vícios de discricionariedade.....	63
2.1.2. Discricionariedade e seus limites	65
2.1.3. Controle jurisdicional dos atos discricionários.....	69
2.2. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa.....	82
2.2.1. A não ocorrência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados	88
2.2.2. Os conceitos jurídicos indeterminados e o dever de adotar a solução correta.....	93
2.2.2.1. Parâmetros de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados	96
2.3. Conteúdo mínimo aplicável a um conceito jurídico indeterminado.....	99
2.3.1. Zonas de certeza positiva, negativa e de penumbra.....	100
2.4. A possibilidade de extensão do controle jurisdicional aos conceitos jurídicos	103
CONCLUSÃO.....	109
REFERÊNCIAS	111

INTRODUÇÃO

O presente trabalho reporta o resultado de uma pesquisa desenvolvida sobre a temática dos conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. Diante da problemática posta, qual seja, se há ou não discricionariedade administrativa na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, como em “boa fé”, “notável saber”, “interesse público” entre outros, buscou-se a consecução dos objetivos, dentre os quais, verificar a ligação entre a discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados, além de levantar a possibilidade e formas de controle tanto da discricionariedade administrativa como dos conceitos jurídicos indeterminados.

A fim de que ocorresse a consecução dos objetivos propostos, a pesquisa bibliográfica desenvolveu-se com a utilização do método dialético, para fins de abordagem, e monográfico, a título procedimental, empregando-se três elementos básicos, quais sejam o embasamento jurídico, com uma hermenêutica sistemática da legislação; o doutrinário, com a análise e confronto das principais divergências entre a corrente clássica e a contemporânea e o jurisprudencial para que se analise a aplicabilidade da tendência contemporânea nos Tribunais.

Atualmente, em um Estado Social Democrático de Direito, onde as políticas públicas devem ser voltadas à efetivação dos direitos fundamentais, não se pode admitir posições administrativas arbitrárias, não aceitas pela

sociedade. Os conceitos jurídicos indeterminados, em matéria de Direito Administrativo, crescem de importância, pois possuem características que, na prática, podem levar o Administrador ao exercício de discricionariedade, aplicando decisões de conveniência e oportunidade onde deveria ocorrer uma única solução correta.

Diante disso, a pesquisa justifica-se pela necessidade de fomentar a discussão acerca do tema, colaborando com a quebra de paradigmas, buscando a efetivação de um Direito Administrativo contemporâneo, compatível com a norma constitucional vigente, trazendo contribuições significativas à comunidade científica.

No primeiro capítulo, serão abordados pontos essenciais à compreensão da problemática que cerca a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, dentre os quais destacam-se as formas de Estado, uma vez que dão diferentes contornos à atuação administrativa no respectivo plano de aplicação, a teoria da separação dos poderes, expondo-se as funções constitucionais de cada um destes, o que viabilizará o controle não só da discricionariedade administrativa como dos conceitos jurídicos indeterminados, além do estudo dos Princípios atinentes à Administração Pública, os quais devem servir como parâmetro de interpretação dos conceitos vagos e imprecisos, desencadeando na única decisão correta.

No segundo capítulo, será estudada a teoria da discricionariedade administrativa, incluindo sua adequação ao momento atual, principalmente em sede de controle, o

qual ganha novos contornos, principalmente diante da fase do Neoconstitucionalismo, com a positivação dos princípios gerais do Direito, além da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, surgida na Áustria e aprimorada na Alemanha, demonstrando-se a não incidência de discricionariedade administrativa sobre os mesmos e a possibilidade de extensão do controle jurisdicional à tomada de decisão que os envolva.

Brevemente, se faz necessário assinalar a relevância da aplicação prática dos conceitos jurídicos indeterminados e como refletem na sociedade. O direito positivo se reveste por meio da linguagem, a qual constitui seu modo de expressão.

Para tanto, o legislador se utiliza de uma linguagem técnica, o que significa dizer que se calca na linguagem natural, utilizando-se de considerável gama de palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas e de interpretação comum.

Ocorre que, não raramente, o legislador se utiliza de conceitos vagos, ambíguos ou incertos, denominados conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza (positiva ou negativa) quanto ao seu significado, habitualmente chamada de núcleo conceitual. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado.

Entretanto, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de zona de incerteza ou de penumbra.

É quanto à zona de incerteza que se constitui o cerne da discussão, pois, na prática administrativa, o administrador deixa de realizar a interpretação do conceito, objetivando a única solução correta, seja positiva ou negativa, para incidir seu posicionamento subjetivo, sob o revés da discricionariedade administrativa.

CAPÍTULO 1 – TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1. Histórico

Para se atingir uma maior compreensão da estrutura administrativa brasileira, impera que seja tratado, mesmo que superficialmente, da evolução do Estado Moderno, iniciando pelo Estado de Polícia, passando à análise do Estado de Direito, do Estado Social e, finalizando, pelo Estado Democrático de Direito.

1.1.2. Estado de Polícia

Buscando-se uma das possíveis conceituações de Estado de Polícia, não se chegaria à conclusão diferente senão a uma situação antagônica ao Estado de Direito, ou seja, um Estado que submete os administrados ao Direito, não se sujeitando, entretanto, a ele.

O Estado de Polícia é o primeiro a surgir, em meados do século XVIII, sendo facilmente vislumbrado nas antigas monarquias absolutistas, em que todo o poder político era concentrado na pessoa do Rei, não havendo, assim, a divisão de Poderes.¹

¹ ALVES, Felipe Dalenogare. *O CONCEITO DE SOBERANIA: Do Estado Moderno até a atualidade*. Revista Âmbito Jurídico. 83. n. 13. v. Rio Grande, 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 15 abr 2012.

A intervenção do Estado na esfera dos particulares era ação típica do monarca, sendo marcada por arbitrariedades, principalmente com os dissidentes, a quem não se mediam as represálias violentas.

Nesse período, a figura do governante se confundia com a do Estado, sendo a vontade do administrador suprema, se constituindo em uma avaliação casuística do que deveria ser considerado interesse público, quase sempre intrínseco ao interesse pessoal.

Diante deste contexto, vigorava a premissa de que *a deo rex, a rege lex², regis voluntas suprema lex³, quod principi placuit habet legis vigorem⁴*, o que demonstra o poder total do soberano, ficando ao seu arbítrio estabelecer a lei e imune ao controle dos tribunais.

O Estado de Polícia se demonstrou incompatível com o crescimento e o desenvolvimento da sociedade, a qual crescia e dava novos rumos ao contexto histórico, fazendo com que despertasse a luta pelas liberdades individuais, como se observa nas palavras de Di Pietro:

O ideal do Estado de Polícia de tudo fazer pela glória do Estado, pela grandeza e brilho da nação, foi substituído pelos ideais do liberalismo, voltados para a garantia da liberdade dos

² Do latim *a deo rex, a rege lex*, significa o rei vem de deus, a lei vem do rei.

³ Do latim *regis voluntas suprema lex*, significa a vontade do rei é a lei suprema.

⁴ Do latim *quod principi placuit habet legis vigorem*, significa aquilo que agrada o príncipe tem força de lei.

cidadãos, seriamente comprometidos pelo despotismo esclarecido. Como consequência dessa preocupação com a liberdade do homem, ao Estado foi atribuída à missão de apenas proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos, como se verifica pelos artigos 2º e 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A posição do Estado era fundamentalmente negativa, pois ele não devia ofender os direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo, nem intervir na ordem social ou na economia.⁵

Este anseio, aliado à necessidade de rompimento dos tentáculos absolutistas, fez surgir à necessidade de um Estado omissivo, não interventor, amarrado estritamente ao império da lei, evoluindo ao Estado de Direito, principalmente com a implosão da Revolução Francesa.

1.1.3. Estado de Direito

Conhecido pela geração contemporânea, o Estado de Direito surgiu como um segundo modelo do Estado Moderno, tendo seu marco inicial por volta do final do século XVIII e início do XIX, quando os detentores do poder passaram a ter seu arbítrio regulado por princípios como o da legalidade, liberdade e igualdade.

Como visto nas palavras de Di Pietro, transcritas no tópico anterior, surgia um modelo de Estado baseado nos ideais liberais, motivo pelo qual, inclusive, o Estado de Direito em sua essência foi chamado de Estado Liberal de

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 21-22.

Direito. José Afonso da Silva corrobora com tal assertiva e ainda expõe suas principais características:

Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. (Grifos originais).⁶

O Estado de Direito impõe não apenas uma vinculação negativa do Estado (dever de não intromissão no particular), mas, principalmente, positiva (dever de ater suas ações sob o regime da lei), motivo pelo qual, com o decorrer de seu amadurecimento, a atividade administrativa passou a ser regulada pela lei, ocorrendo, neste período, a concepção do Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito, como destaca Medauar:

O direito administrativo começou a se formar nas primeiras décadas do século XIX. É muito comum apontar uma lei francesa de 1800 como seu ato de nascimento: essa lei disciplinou, de modo sistemático, a organização administrativa francesa, com base na hierarquia e centralização.
[...]

⁶ DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 112-113.

Assim, as ideias relativas ao Estado de direito que emergiam nas primeiras décadas do século XIX tornaram-se fator propício para a formação do direito administrativo.⁷

É no Estado de Direito que se coloca em prática a teoria da separação e independência dos Poderes, deixando de ser, o Monarca, imagem e semelhança da atuação administrativa, passando a submeter-se à lei criada por representantes do povo, conforme dispôs a Constituição Francesa de 1791:⁸

CHAPITRE II - DE LA ROYAUTÉ, DE LA RÉGENCE ET DES MINISTRES, Section première - De la Royauté et du roi. Article 3: **Il n'y a point en France d'autorité supérieure à celle de la loi. Le roi ne règne que par elle, et ce n'est qu'au nom de la loi qu'il peut exiger l'obéissance.** (Grifou-se).⁹

Com o passar do tempo, a atuação negativa do Estado, baseada nos ideais liberais, passou a se tornar insuficiente para assegurar a dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos fundamentais. A iniciativa privada acelerava o desenvolvimento e, com isso, as desigualdades e os problemas sociais. Não poderia mais o Estado cruzar

⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 37.

⁸ Tradução nossa: Capítulo II - Da Realeza, da Regência e dos Ministros, Seção Primeira. Da Realeza e do Rei. Artigo 3º: **Não existe na França autoridade superior à da Lei. O Rei reina por ela e não pode exigir a obediência senão em nome da lei.** (Grifou-se)

⁹ FRANCE, Constitution Française de 1791. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions/constitution-de-1791.asp>>. Acesso em: 16 abr 2012.

os braços sem adotar medidas que assegurassem uma atuação na esfera socioeconômica.

Diante disso, a estrutura do Estado passa por uma nova reformulação, necessária a adaptá-lo ao novo contexto histórico, surgindo, assim, o modelo denominado Estado Social.

1.1.4. Estado Social

No Estado Social, desenvolvido a partir da 2ª Guerra Mundial, o conjunto de direitos fundamentais é ampliado. É neste momento histórico que surge a necessidade de que o Estado garanta os direitos relativos à igualdade, fazendo aflorar os denominados direitos fundamentais de 2ª geração, como bem destaca Bonavides:

O Estado social nasceu de uma inspiração de justiça, igualdade e liberdade; é a criação mais sugestiva do século constitucional, o princípio governativo mais rico em gestação no universo político do Ocidente.

Ao empregar meios intervencionistas para estabelecer o equilíbrio na repartição dos bens sociais, instituiu ele, ao mesmo passo, um regime de garantias concretas e objetivas, que tendem a fazer vitoriosa uma concepção democrática de poder, vinculada primacialmente com a função e fruição dos direitos fundamentais, concebidos doravante em dimensão por inteiro distinta daquela peculiar ao feroz individualismo das teses liberais e subjetivistas do passado. Teses sem laços com a ordem objetiva dos valores que o Estado concretiza sob a égide de um objetivo maior: o da paz e da justiça na sociedade.¹⁰

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 156-157.

Agora, o Estado não mais assiste às relações entre os particulares de forma omissa, mas também não atua como centro delas, impondo única e exclusivamente a vontade do soberano de forma interventiva. Neste contexto, o Estado atua como uma espécie de mediador das relações, garantindo direitos como o direito à saúde, habitação, saneamento, educação, lazer, trabalho, repouso, greve, direito de associação bem como o direito de sindicalização.

Barroso, ao se referir à atuação estatal neste modelo, ressalta sua importância no combate às injustiças sociais:

Dele já não se espera apenas que se abstenha de interferir na esfera individual e privada das pessoas. Ao contrário, o Estado, ao menos idealmente, torna-se instrumento da sociedade para combater a injustiça social, conter o poder abusivo do capital e prestar serviços públicos para a população.¹¹

Este modelo de Estado, indubitavelmente, ocasiona reflexos vultosos na Administração Pública e, em consequência, no Direito Administrativo, principalmente pela necessidade de o Estado realizar políticas públicas que venham a garantir a efetivação dos direitos sociais insculpidos na Constituição.

Nossa Constituição não faz alusão à expressão “Estado Social”, tampouco agrega o termo social aos qualificativos “Democrático” e “de Direito”¹², como

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 65.

¹² MEDAUAR, op. cit. p. 31.

expressamente apresentam a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha¹³ e a Constituição Espanhola¹⁴. Apresenta, todavia, um capítulo destinado aos Direitos Sociais, o que demonstra a preocupação do constituinte com os mesmos e estabelece este modelo junto à República.

1.1.5. Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático, sob um viés moderno, teve seus primórdios no século XVIII, com a valorização de alguns direitos fundamentais da pessoa humana, bem como com o surgimento dos primeiros sinais de organização do Estado, com o mesmo pautando suas ações na lei. Posteriormente, com o advento do Estado Social, houve uma proximidade maior entre Estado e Sociedade, observando-se que, com isso, caminhava-se rumo à democratização do Estado, com a participação popular, como destaca Bonavides:

Positivado como princípio e regra de um Estado de Direito reconstruído sobre os valores da dignidade da pessoa humana, o Estado Social despontou para conciliar de forma duradoura e estável a Sociedade com o Estado, conforme intentamos demonstrar. **O Estado social de hoje é, portanto, a chave das democracias do futuro.**

¹³ DEUTSCHLAND. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 1949*. Disponível em: < http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html>. Acesso em: 18 abr 12.

¹⁴ ESPAÑA. Constitución Española de 1979. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice>>. Acesso em: 4 jun 12.

Fora do Primeiro Mundo, possui ele tamanha importância que tudo se cifra nessa alternativa: Estado social ou ditadura. **Sem Estado social não há democracia, sem democracia não há legitimidade.** (Grifou-se).¹⁵

Ainda sobre a estipulação do marco inicial do surgimento do modelo democrático, a fim de que possa ser compreendido tal qual como é visto na sociedade brasileira contemporânea, Dallari, destaca a importância do dado:

A fixação desse ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, tem sido determinados pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. A afirmação desse ponto de partida é indispensável para a compreensão dos conflitos sobre os objetivos do Estado e a participação popular, explicando também, em boa medida, a extrema dificuldade que se tem encontrado para ajustar a ideia de Estado Democrático às exigências da vida contemporânea.¹⁶

O Estado Democrático, embora concebido e amadurecido sob a influência do Estado de Direito e do Estado Social, vai além, revestindo-se em um modelo no qual a soberania popular passa a estabelecê-lo, à luz, necessariamente, da Constituição, estabelecendo o Estado Democrático de Direito.

Assim, ter-se-á dois conceitos próximos, porém inconfundíveis. A democracia traduz a soberania popular e,

¹⁵ BONAVIDES, 2001, op. cit. p. 156.

¹⁶ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 75.

por consequência, o governo da maioria. Por sua vez, o constitucionalismo impõe o respeito e submissão à Constituição. Diante disso, a vontade da maioria poderá estancar diante de determinados conteúdos de ordem material, orgânica ou processual estabelecidos na Constituição¹⁷.

A Constituição Federal de 1988 aponta, em seu art. 1º, o Estado Brasileiro, como um Estado Democrático de Direito. Odete Medauar aponta que a esta fórmula composta se pode acrescentar o caráter social extraído da leitura completa da nova Constituição.¹⁸

Tal visão não poderia ser diferente, pois enorme é a distinção hermenêutica vislumbrada no Estado de Direito, em sua feição pura e no Estado Social, extraíndo-se das palavras de Bonavides o prisma que deve nortear, contemporaneamente, as ações da Administração Pública e do Direito Administrativo:

Com efeito, os juristas do Estado social, quando interpretam a Constituição, são passionais fervorosos da justiça; trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o princípio libertário na alma; querem a Constituição viva, a Constituição aberta, a Constituição Real. Às avessas, pois, dos juristas do Estado liberal, cuja preocupação suprema é a norma, a juridicidade, a forma, a pureza do mandamento legal com indiferença aos valores e, portanto à legitimidade do ordenamento, do qual, não obstante, são também órgãos interpretativos.

[...]

¹⁷ BARROSO, op. cit. p. 87-88.

¹⁸ MEDAUAR, op. cit. p. 30.

Enfim, os juristas liberais são conservadores; os juristas sociais, ao revés, criativos e renovadores; os primeiros ficam com a metodologia clássica, os segundos criam a Nova Hermenêutica; aqueles se comportam nos conceitos com juristas do Estado e só secundariamente da Sociedade; estes, ao contrário, tendem a buscar o direito nas suas raízes sociais e desertam o formalismo rigoroso dos positivistas da norma.¹⁹

Trazendo as palavras de Bonavides à temática deste trabalho, significa referir que o Estado deve pautar-se em um sistema de legalidade diferenciada de mera formalização e prerrogativas, na maior parte individuais, do Estado Liberal.

Ao pautar suas ações, o Estado deve exprimir componentes principiológicos de uma realidade cultural determinada, levando-se em conta suas peculiaridades e o universo em que ela se insere ou se cria. Deve abrigar pressupostos básicos da participação popular na gestão do interesse público e estabelecer à justiça social como meta de qualquer concepção ou programa de desenvolvimento.²⁰

O Estado Democrático adotado pelo Brasil deve estar ligado não apenas aos aspectos de formação do governo, ao modo de como são eleitos os governantes, mas, principalmente, em alusão à soberania popular, na participação do povo no trato com a coisa pública.

¹⁹ BONAVIDES, 2001, op. cit. p. 164.

²⁰ LEAL, Rogério Gesta. *Considerações Hermenêuticas sobre os Princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito*. In: GORCZEVSKI, Clovis (org). *Direitos Humanos e Participação Política*. 2.v. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011. p. 28.

Este amadurecimento de democracia no Brasil teve evolução, principalmente, a partir da segunda metade do século XX, quando há preocupação com uma democracia completa, onde não apenas contemple o modelo representativo (eleição de representantes políticos), mas, essencialmente, o modelo participativo (participação no modo de tomada de decisões dos eleitos).²¹

O modelo participativo, no Brasil, desenvolveu-se, de modo mais efetivo, a partir da Constituição de 1988, caminhando, todavia, em passos lentos. É a partir deste marco que surge a ideia de que a pessoa humana deixa de ser um “administrado” para ser um “cidadão”, tornando-se ativo nas tomadas de decisões da Administração Pública. Esta necessária evolução tem, dentre seus motivos, a incapacidade de o modelo democrático representativo implementar as necessidades sociais, como aponta Freitas:

Para se justificar a existência de um novo espaço democrático, favorável à participação e à deliberação, é preciso afirmar não a falência da democracia representativa (porque isso seria um equívoco exagerado), mas sua incapacidade em implementar os desígnios sociais. Até porque mesmo no Estado liberal, em especial no Brasil, preservam-se tais objetivos, a despeito do que consta no próprio artigo 3º da Constituição republicana (*verbi gratia*, no caso do objetivo de *redução* das desigualdades). (Grifos originais).²²

²¹ MEDAUAR, op. cit. p. 30.

²² FREITAS, Daniel Dottes de. *A participação Política no Contexto da Proibição de Retrocesso Social*. In: GORCZEWSKI, op. cit. p. 272.

Conforme já exposto, a forma pelo qual se configuram as relações entre o Estado e a sociedade repercutem de forma marcante no Direito Administrativo. A efetivação da democracia, em todos seus aspectos, a garantia aos direitos fundamentais, a efetivação da justiça social aliada a um desenvolvimento econômico equilibrado e o direito a uma boa Administração Pública se constituem em alguns dos desafios a serem enfrentados pela atual geração, a do Estado Democrático de Direito.

1.2. Teoria da Separação de Poderes

Corroborando com Medauar²³, a separação dos Poderes apresenta-se como um dos pressupostos de existência do Direito Administrativo, pois, se a Administração não estivesse separada dos outros poderes do Estado, dificilmente existiria um ramo específico do Direito que disciplinasse sua atuação.

Conforme visto no item referente ao surgimento do Estado de Direito, frente à centralização do poder na mão do soberano, surgiu a necessidade de enfraquecer o Estado Absolutista, e, por consequência, desmembrar as funções estatais.

O modelo separatista de poder, além de assegurar um maior controle das ações administrativas, evitando-se ações abusivas e absolutistas, reflete de forma eficiente aos

²³ MEDAUAR, op. cit. p. 33.

distribuir as competências do Estado, como será exposto a seguir.

1.2.1. Surgimento da noção de Separação de Poderes

As primeiras bases teóricas à divisão dos Poderes foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles quando o pensador imaginava um Estado com três funções distintas, exercidas pelo Soberano, quais sejam a de elaborar normas gerais (legislar), aplicar às normas aos casos concretos (administrar) e a de resolver os litígios oriundos da aplicação da norma ao caso concreto (julgar).²⁴

Em 1748, com o surgimento da obra “O espírito das Leis”, Montesquieu, com sua astúcia, aperfeiçoou a teoria da tripartição dos Poderes, de onde surgiu a ideia do sistema de freios e contrapesos, conforme se observa:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, os dos nobres, ou do povo exercesse os três

²⁴ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 433.

poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares.²⁵

Sob o prisma da tripartição dos poderes, o Poder Legislativo elabora normas gerais e abstratas, enquanto o Poder Executivo dispõe de meios concretos para agir e o Poder Judiciário fiscaliza a exorbitância dos atos praticados por esses, não podendo um Poder interferir na missão dos demais.²⁶

Bulos ressalta que, no Brasil, não há a separação absoluta do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, apontando que não só no Brasil, mas em outros países, a teoria de Montesquieu teve de ser adaptada:

Portanto, a teoria de Montesquieu, em sua feição pura, não se amolda à realidade brasileira.

Se, na época em que foi criada, as circunstâncias fáticas e históricas permitiam que as funções legislativas, executiva e judiciária lograssem aquele **perfil forte**, idealizado por Montesquieu, o mesmo não ocorre em nossos dias, onde medidas provisórias, mandados de injunção, ações de inconstitucionalidade por omissão e súmulas vinculantes sugerem contornos novos, os quais devem ser adequados à experiência constitucional de nosso tempo.

Assim, o delicado equacionamento de forças entre Poderes, no Brasil, não poderá seguir, **à risca**, a proposta dos autores clássicos, notadamente Montesquieu.

Para que o princípio da separação de Poderes seja **permanente** e **atual**, é preciso que ele seja submetido a temperamentos e

²⁵ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 168.

²⁶ BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 414.

reajustes, levando em conta a realidade das constituições contemporâneas. (grifos originais).²⁷

Com este ponto de vista, corrobora Justem Filho, pois, segundo o doutrinador, não há apenas uma teoria da separação dos Poderes. Por certo, ela é utilizada em quase todos os países, contando, entretanto, com adaptações peculiares a cada um, contendo configurações próprias e inconfundíveis. Destaca ainda, que a separação dos Poderes Norte-Americana é diferente da Francesa, sendo que nenhuma das duas é similar à brasileira²⁸. Assim, resta claro que é impossível a separação absoluta dos Poderes.

1.2.2. A Separação de Poderes como divisão das competências do Estado

Conforme visto no surgimento da teoria da separação dos Poderes, Celso Antônio Bandeira de Mello corrobora que, no contexto histórico atual, no mundo ocidental, prevalece na doutrina a afirmação que há, nas funções do Estado, uma trilogia, a qual abrange a função legislativa, administrativa e jurisdicional, sendo distribuídas entre os três blocos orgânicos, denominados Poderes.²⁹

²⁷ Ibidem, p. 415.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 27.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 29-30.

A ampliação das competências do Estado e a exigência contínua de adoção de medidas no âmbito econômico e social, as denominadas políticas públicas, impõem atuação rápida e eficaz, sendo esta, por exemplo, incompatível com a lentidão do processo legislativo, razão pela qual Medauar³⁰ destaca a supremacia real do Executivo em todos os países da atualidade.

No sistema Brasileiro, como já visto, vigora o sistema de freios e contrapesos, razão pela qual, um Poder fiscaliza e complementa a atuação do outro, formando uma convivência harmoniosa.

Em consequência disso, tornar-se nítido que os Poderes são autônomos e não soberanos, podendo, indubitavelmente, um intervir na atuação do outro. Por óbvio, esta intervenção ocorrerá de forma limitada, por meio de controle. Tenta-se vislumbrar, no atual contexto histórico, por exemplo, a impossibilidade de o Poder Judiciário analisar a legalidade de ato administrativo do Poder Executivo sob a justificativa de independência dos Poderes?

Moreira Neto expõe de forma sublime as espécies de controle que compõe o sistema de freios e contrapesos na Constituição de 1988:

Sob o critério objetivo as funções de controle podem ser agrupadas em quatro modalidades básicas: 1 - *controle de cooperação*, 2 - *controle de consentimento*, 3 - *controle de fiscalização* e 4 - *controle de correção*.

³⁰ MEDAUAR, op. cit. p. 33.

Embora no Direito Constitucional positivo elas possam, por vezes, se combinar em tipos mistos, a utilidade da classificação está em definir com clareza o objeto jurídico a que cada modalidade se propõe. É o que se fará, partindo da modalidade menos interventiva à mais drástica.

2.1 - *Controle de cooperação*

O *controle de cooperação* é o que se perfaz pela participação obrigatória de um Poder no exercício de função de outro.

Pela cooperação, o Poder interferente, aquele que desenvolve essa função que lhe é atípica, tem a possibilidade de intervir, de algum modo específico, no desempenho de uma função típica do Poder interferido, tanto com a finalidade de assegurar-lhe a legalidade quanto a legitimidade do resultado por ambos visado.

[...]

2.2 – *Controle de Fiscalização*

O *controle de fiscalização* é o que se exerce pelo desempenho de funções de vigilância, exame e sindicância dos atos de um Poder por outro.

Pela fiscalização, o Poder interferente, o que desenvolve essa função atípica, tem a atribuição constitucional de acompanhar e de formar conhecimento da prática funcional do Poder interferido, com a finalidade de verificar a ocorrência de ilegalidade ou ilegitimidade em sua atuação.

O objetivo da fiscalização é a ciência do que ocorre; qualquer consequência do que dela ficar evidenciado será, por sua vez, objeto de novo tipo de controle, a cargo do mesmo Poder Fiscal ou de outro, podendo dizer respeito à legalidade, a legitimidade ou a ambas.

[...]

2.3 - *Controle de consentimento*

O *controle de consentimento* é o que se realiza pelo desempenho de funções atributivas de eficácia ou de exequibilidade a atos de outro Poder.

Pelo consentimento, o Poder interferente, o que executa essa função que lhe é atípica, satisfaz a uma condição constitucional de eficácia ou de exequibilidade de ato do Poder interferido, aquiescendo ou não, no todo ou em parte,

conforme o caso, com aquele ato, submetendo-o a um crivo de legitimidade e de legalidade.

[...]

2.4 - Controle de correção

O controle de correção é o que se exerce pelo desempenho de funções atribuídas a um Poder de sustar ou desfazer atos praticados por um outro.

Pela correção, realiza-se a mais drástica das modalidades de controle, cometendo-se ao Poder interferente a competência constitucional de suspender a execução, ou de desfazer, atos do Poder interferido que venham a ser considerados viciados de legalidade ou de legitimidade.

O Poder Judiciário exerce a função típica do controle corretivo de legalidade, mas a Constituição atribui ao Poder Legislativo, como função atípica, essa modalidade, não só, em geral, para o controle de legitimidade como, em certos casos, para o controle de legalidade. (grifos originais; grafia original).³¹

Tem-se, portanto, que a tripartição dos Poderes, no atual contexto histórico, não remete a divisão no sentido de separação, com independência absoluta, mas a uma distribuição de funções, de competências, restando, conforme destaca Meirelles³², precipuamente, ao Poder Legislativo à elaboração da lei (função normativa); ao Executivo à conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa) e, ao Judiciário, à aplicação coativa da lei aos litigantes (função Judicial).

³¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Interferências entre Poderes do Estado (Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988)*. Revista de Informação Legislativa. 26. v. 103. n. Senado Federal, 1989. p. 14-18.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 61.

A separação dos Poderes, hodiernamente, deve ser vista como forma de efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito, tendo, o Poder Legislativo papel primordial na criação de medidas protetivas aos direitos fundamentais, o Poder Executivo papel executante na efetivação destas medidas, sob pena de coação do Poder Judiciário, o que a doutrina denomina de ativismo judicial.

Por fim, ressalta-se que ambos, seja o Legislativo, Executivo ou Judiciário, devem obediência a Constituição Federal, cabendo, a guarda desta, ao Poder Judiciário conforme elencado no art. 102 da Constituição Federal.

1.3. Princípios da Administração Pública

Os princípios, à Administração pública, se revestem em diretrizes mestras do ordenamento jurídico. São valores, ideais que lhe atribuem um vetor lógico e racional, condicionando todas suas ações. Estarão estabelecidos tanto de forma explícita, quando expressos na lei³³, como de forma implícita, quando decorrem da interpretação dada ao ordenamento jurídico. Estes se formam através do entendimento doutrinário e jurisprudencial construído dia após dia.

³³ Neste caso, refere-se à lei em sentido *latu sensu*, ou seja, o sistema jurídico como um todo, incluindo-se a Constituição, Leis, Decretos, etc.

1.3.1 Princípios da Administração Pública em Espécie

Neste trabalho, tornar-se impossível explicitar todos os princípios norteadores das atividades administrativas. Faz-se necessário, entretanto, o estudo dos princípios julgados pertinentes à tomada de decisão administrativa, seja diante de discricionariedade, seja diante de conceitos jurídicos indeterminados.

1.3.1.1 Princípios Constitucionais

A Constituição Federal, em seu capítulo VII, destinado à Administração Pública, no art. 37, *caput*, refere o seguinte:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
[...].³⁴

É de fundamental importância destacar que, na Constituição Outorgada de 1967 e suas alterações, não havia alusão específica à Administração Pública, tampouco referência a seus princípios, o que, em um Estado de Polícia, não se torna perplexo.

Além dos princípios elencados no capítulo destinado à Administração Pública, existem os princípios

³⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 7 jun 2012.

esparcos no texto constitucional, dentre os quais merecem destaque o princípio do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa e inafastabilidade do poder judiciário, conforme se observa:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.³⁵

Há também, os princípios implícitos na própria constituição, como aqueles decorrentes do próprio regime republicano, como a supremacia e a indisponibilidade do interesse público.

1.3.1.1.1 Princípio da Legalidade

Sob o prisma deste trabalho, não se pode coroar o princípio da legalidade como o rei dos princípios, conforme faz a doutrina clássica. Não há dúvidas de que, em um Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade tem papel relevante, uma vez que limita o poder do Estado. Por outro lado, não há de se falar apenas neste princípio, tampouco adotar a visão retrógrada, primitiva e não mais

³⁵ *idem*

vislumbrada, da legalidade absoluta, incontestável, inflexível.

Assim, a fim de vislumbrar a evolução conceitual deste princípio, torna-se imperioso observar o pensamento doutrinário clássico, passando-se à doutrina contemporânea.

Meirelles, assim define o princípio da legalidade:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. (grifos originais).³⁶

O autor refere ainda que a legalidade significa, igualmente, além da observância da lei, a observância dos princípios administrativos, complementando, ainda, que a eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento não apenas da lei, mas também ao Direito.

Marcelo Alexandrino e Vicente Porto exploram o princípio da legalidade como um postulado basilar, lhe atribuindo relevante papel na própria formação do Estado de Direito:

O princípio da legalidade é o postulado basilar de todos os Estados de Direito, constituindo, a rigor, no cerne da própria qualificação destes (o Estado é dito “de Direito” porque sua

³⁶ MEIRELLES, op. cit. p. 89.

atuação está integralmente sujeita ao ordenamento jurídico, vigora o “império da lei”).³⁷

Afirmam, ainda, que, em decorrência do regime de direito público, a legalidade traduz a ideia de que a Administração somente tem possibilidade de atuação quando existir lei que o determine ou autorize.

Necessário apontar que esta ideia remete ao posicionamento de que as ações da Administração Pública não poderão se dar *contra legem* nem *praeter legem*, sendo apenas *secundum legem*³⁸, o que, segundo o viés contemporâneo dado a este trabalho, mostra-se um tanto rigoroso.

Ruy Cirne Lima, ao sintetizar os princípios em quatro fundamentais, utiliza-se da definição de Walter Jellinek, para assim definir a legalidade da Administração:

[...] o primeiro princípio do Estado de Direito é o da legalidade da Administração. Pretende-se significar com isso, em primeira linha, que nenhum ato administrativo pode violar a lei e que nenhum ato administrativo que imponha encargos pode ser praticado sem fundamento legal.³⁹

³⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008. p. 193.

³⁸ Do latim *contra legem*, significa contrariamente à lei; *praeter legem*, significa não constante em lei; *secundum legem*, significa de acordo com a lei.

³⁹ JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht*, §5º, III. n. 2. Berlin, 1929. p. 83 *apud* LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7 ed. rev. e reel. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 46.

Observa-se tamanha importância dada ao princípio da legalidade, o que, haja vista a transição histórica para um período onde se preocupa, cada vez mais, com a regulação do Estado, procurando-se, assim, frear e diminuir a ocorrência de arbitrariedades, não é de causar perplexidade.

Por outro lado, com a ascensão da participação popular e com a necessidade de efetivação das garantias e dos direitos individuais, em uma visão mais arrojada, Juarez Freitas, ao se referir ao princípio da Legalidade, aponta o seguinte:

Pois bem: a legalidade é valioso princípio, mas princípio entre outros de igual hierarquia alojados no texto constitucional. Daí se exige a “atuação conforme a lei e o Direito”. O princípio da legalidade só experimenta significado na interação com os demais princípios e direitos fundamentais. Quer dizer, pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma ruidosa, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo.⁴⁰

Corroborando com esta visão, Medauar aplica à legalidade um significado operacional e o traduz de forma simples, como “A Administração deve sujeitar-se às normas legais”. Além disso, vislumbra a necessidade de observar a legalidade sob um aspecto moderno:

Tornaram-se clássicos os quatro significados arrolados pelo francês Eisenmann: a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei; b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma

⁴⁰ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. ref. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009. p.72.

autoriza; c) somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; d) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.⁴¹

A autora explora individualmente os significados, sendo pertinente ressaltar que, se ambos fossem seguidos integralmente nas atividades administrativas, paralisaria à Administração.

Por certo, o chavão “A administração só faz o que está previsto em lei”, conhecido por várias gerações do Direito, sob este novo prisma, do Direito Administrativo Contemporâneo, seria colocado em dúvida, uma vez que, nem sempre a Administração poderá fazer o que a lei, isoladamente, determinar, diante da iminência de infração aos demais princípios, assim como, nem sempre, poderá deixar de fazer alguma coisa apenas por não existir previsão ou autorização legal.

1.3.1.1.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade deve ser abordado sob duas acepções. A primeira traduz que o princípio da impessoalidade surge do dever da Administração nortear suas ações visando, sempre, o interesse público. A segunda, por sua vez, refere-se à ideia de que as ações administrativas não devem ser personalizadas, ou seja, veda-

⁴¹ MEDAUAR, op. cit. p. 128.

se a promoção pessoal do agente público, como será abordado subseqüentemente.

Bandeira de Mello define em poucas palavras tal princípio:

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimntosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. [...] O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (grafia original)⁴²

Meirelles aborda o princípio como uma translucidação do princípio da finalidade, conforme se observa: “O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal”.⁴³

Já sobre o segundo aspecto, nota-se a essência do princípio da impessoalidade nas ações realizadas pelos agentes públicos, pois visa coibir a promoção pessoal, como se observa no art. 37, § 1º da Constituição Federal:

§ 1º - A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.⁴⁴

⁴² BANDEIRA DE MELLO, 2010. op. cit. p. 114.

⁴³ MEIRELLES, op. cit. p. 93.

⁴⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 7 jun 2012.

Interessante observar também que, sob este aspecto do princípio da impessoalidade, também decorre a responsabilidade objetiva do Estado. Pode-se denominar como um sistema de contrapeso, pois o constituinte, ao vedar a promoção pessoal (bônus), também vedou a responsabilização pessoal (ônus) direta, conforme resta claro no art. 37, § 6º da Constituição Federal:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos **responderão pelos danos que seus agentes**, nessa qualidade, **causarem** a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (grifou-se)⁴⁵

Ao codificar este princípio, o constituinte buscou criar obstáculos às atuações geradas por interesses pessoais, sejam negativos, sejam positivos. A impessoalidade deve nortear a Administração em todos seus atos. Na prática administrativa, ele reveste-se de imensurável importância nas tomadas de decisões que geram direitos ou imputam responsabilidades, conforme se observa, principalmente, no Direito Disciplinar.

1.3.1.1.3 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade vincula o administrador aos valores de ética e honestidade. Meirelles, além de apontar que a moralidade, hoje, é pressuposto de validade

⁴⁵ Idem

do ato administrativo, retrata a relevância do princípio frente à atuação administrativa:

[...] o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e de Moral, o ato Administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est”.⁴⁶

Tamanha a importância do princípio da moralidade administrativa, que da infração a este princípio, poderá desencadear à anulação do ato administrativo, conforme se percebe nas palavras de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

O princípio da moralidade torna jurídica a exigência de atuação ética dos agentes da Administração Pública. A denominada **moral administrativa** difere da moral comum, justamente por ser **jurídica** e pela possibilidade de **invalidação** dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio. (grifos originais).⁴⁷

A moralidade administrativa é princípio de mesma majestade que a legalidade, possuindo, ambos, a mesma coroa. Não fosse assim, não teria o constituinte, assegurado

⁴⁶ MEIRELLES, op. cit. p. 90.

⁴⁷ ALEXANDRINO; PAULO, op. cit. p. 195.

no texto constitucional, além do dever de observância, previsto no caput do art. 37, dispositivos para sua efetivação, conforme se depreende dos trechos abaixo:

Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a **anular ato lesivo** ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

[...]

Art 37, § 4º - Os **atos de improbidade administrativa** importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

[...]

Art. 85. **São crimes de responsabilidade** os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

[...]

V - a **probidade na administração**. (grifou-se).⁴⁸

Definir o princípio da moralidade administrativa não é tarefa comum. Tal conceito vem sendo lapidado pela doutrina com o passar do tempo. O que se torna indiscutível é que seu conceito acompanha paulatinamente a evolução da própria sociedade, a qual, dia após dia, vem executando o controle social da Administração Pública e se deparando,

⁴⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 7 jun 2012.

cada vez mais, com condutas que tentam deturpar o interesse público que rege seus atos.

Por um prisma contemporâneo, pode-se entender por moralidade, um conjunto de preceitos enquadrados dentro dos padrões de conduta subjetivamente aceitos pela coletividade. Dessa forma, é dever do administrador público, sempre, em suas ações, objetivar não apenas às legais, mas às que melhor seriam julgadas, pela sociedade, como probo, aplicadas a cada caso concreto na prática administrativa.

Conforme Krell, a inserção do princípio da moralidade no texto constitucional “provocou um reencontro dos conceitos do Direito e Moral, cuja estrita separação tem sido, durante muito tempo, um verdadeiro dogma juspositivista, que teve um efeito extremamente pernicioso, inclusive na gestão da coisa pública no Brasil”.⁴⁹

1.3.1.1.4 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está intimamente ligado ao dever administrativo de divulgar e dar transparência a todas suas ações, ou seja, nenhum ato administrativo se realiza às escuras, com ressalvas, claro, àquelas situações

⁴⁹ KRELL, Andreas J. *Discrecionariade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 54.

previstas na própria Constituição e na legislação infraconstitucional.

Meireles, assim se refere ao princípio da publicidade:

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.

[...]

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados direitos e pelo povo em geral [...].⁵⁰

Atualmente, se constata a valorização deste princípio por parte da sociedade. Com importante papel da imprensa, aliado ao desenvolvimento da consciência cidadã, o povo tem exercido o controle social da Administração Pública, cobrando, cada vez mais, dos gestores públicos, o dever de dar transparência à atividade administrativa, principalmente no tocante às prestações de contas.

Medauar sintetiza a função do princípio da publicidade no novo contexto histórico brasileiro:

A Constituição de 1988 alinha-se a essa tendência de publicidade ampla a reger as atividades da Administração, invertendo a regra do segredo e do oculto que predominava. O

⁵⁰ MEIRELLES, op. cit. p. 95-96.

princípio da publicidade vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade Administrativa.⁵¹

O princípio da publicidade dos atos administrativos vem sendo consolidado, principalmente, após a Constituição Cidadã, como natural ao trato da coisa pública, a informação de tudo o que é realizado em prol da sociedade deve ser a ela exposta.

1.3.1.1.5 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi incluído entre os princípios constitucionais da Administração Pública por intermédio da Emenda Constitucional nº 19/1998.

Gabardo, ao dedicar estudo específico ao princípio, chega à conclusão de que não é tarefa comum conceituá-lo, sendo intrépido, inclusive, após analisá-lo sob inúmeros aspectos, em apontá-lo como um conceito jurídico indeterminado, conforme se observa:

Incorreto, portanto, propor-se um conceito padrão imutável, sendo imperioso se fazer uma análise das diferentes possibilidades e afinidades conceituais, propondo-se, dessa forma, definições-padrão, detentoras de caráter meramente convencional. Segundo os critérios de análise propostos por Antonio Francisco de Souza, enquadra-se perfeitamente como um conceito jurídico indeterminado, considerando-se os problemas para suas corretas apreensão e aplicação no caso concreto.⁵²

⁵¹ MEDAUAR, op. cit. p. 132.

⁵² GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 24.

Moreira Neto aponta a eficiência administrativa como um dos quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno, buscando, de forma objetiva, definir arestas onde deve permear tal princípio:

A palavra-chave introduzida pela globalização no estado em mutação é a eficiência: qualidade essencial da boa governança, tanto em sua atuação externa como interna.

Eficiência, porém, não mais entendida, à feição do passado recente, como apenas o primado da ação bélica, tão importante que foi na Era das grandes potências, mas a que surge do conceito de uma nova e peculiar governança dos interesses cometidos ao Estado – uma eficiência político-administrativa para atuar nas intrincadas relações multilaterais de nível global, as de nível regional e as bilaterais.

Não mais, tampouco, aceita como simplesmente referida à eficiência econômica, entendida como o incremento da produção de bens e serviços, com redução de insumos e aumento lucros, mas, com outra e mais ampla percepção, como a que produz um complexo de resultados em benefício da sociedade – portanto, uma eficiência socioeconômica – **um conceito híbrido, que consiste em produzir bens e serviços de melhor qualidade o mais rápido, na maior quantidade possível e com os menores custos para a sociedade, para efetivamente atender a suas necessidades cada vez mais demandantes.** (grifou-se).⁵³

Diante do exposto, observa-se que este princípio nada mais retrata senão o dever do administrador público visar à melhor opção, o melhor meio, para atingir o fim almejado. Não basta uma escolha legal e moral, se ela não for a mais eficiente, melhor adequada ao caso concreto. O

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 103.

ato administrativo deve ser legal, moral e eficiente. O princípio da eficiência jamais dispensaria a moralidade e a legalidade, sob pena de ressuscitar o fantasma “dos fins justificarem os meios”.

1.3.1.2 Princípios Infraconstitucionais

Como o objetivo deste trabalho não é exaurir princípios, mas abordar os principais interligados à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, bem como das tomadas de decisões diante de discricionariedade, serão estudados apenas alguns dos princípios elencados no art. 2º, da lei 9.784/99, aplicável à Administração Pública Federal e, por analogia, à Administração Pública como um todo.

1.3.1.2.1. Princípio da Supremacia do Interesse Público

Este princípio encontra-se implícito na Constituição Federal de 1988, vez que se reveste como um dos princípios fundamentais do regime republicano, e, explicitamente, na lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, a qual, em seu art. 2º, assim dispõe:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, **interesse público** e eficiência. (grifou-se).

Bandeira de Melo chega a expor que o princípio da supremacia do interesse público é princípio geral de Direito

inerente a qualquer sociedade, constituindo-se em pressuposto de sua própria existência. Destaca ainda que tal princípio não se explicita em qualquer dispositivo específico da Constituição Federal, ainda que outros autores aludam manifestações concretas sobre ele.⁵⁴

Como exemplos da presença da aura do princípio da supremacia do interesse público na Constituição, merecem destaque os institutos da desapropriação e da requisição, ambos petrificados no art. 5º, incisos XXIV e XXV, os quais demonstram plenamente a supremacia do interesse público sobre o particular.

Não restam dúvidas de que o princípio da supremacia do interesse público, do qual decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público que, neste trabalho, não será abordado de forma separada, se torna, talvez, o princípio primordial no trato da máquina administrativa.

Na prática administrativa, o princípio encontra como ponto derradeiro de legitimidade a confusão com o que se pode denominar de “interesse da Administração”. O interesse público deveria representar o interesse da Administração, infelizmente, porém, nem sempre o interesse da Administração representará o interesse público.

Tal antinomia pode ser melhor explicada pelas palavras de Justem Filho, ao conceituar a vontade administrativa:

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2010. op. cit. p. 96.

O regime de direito público visa, em grande parte, a impedir que a vontade do ser humano, que atua como órgão público, seja orientada à satisfação de conveniências individuais antes do que a produção de resultados satisfatórios para a comunidade.

Para fins de Direito Administrativo, a vontade do ser humano (ou de um conjunto de seres humanos) é imputada ao ente administrativo. Portanto, alude-se à “vontade da Administração Pública” numa acepção jurídica. É o direito que transforma a vontade humana em vontade da pessoa jurídica.

[...]

Por isso, os instrumentos de controle jurídico sobre a atividade administrativa são incomparavelmente maiores e mais severos do que os previstos para a exploração empresarial privada.

Uma característica da função administrativa consiste em funcionalização e objetivação da vontade do indivíduo que atua como órgão público. **A manifestação individual é um processo volitivo humano, mas não é protegida em si mesmo pelo direito.** Somente é tutelada quando for objetivamente **vinculada à satisfação das necessidades coletivas.** (Grifou-se).⁵⁵

Assim, observa-se que o interesse público está intimamente ligado ao princípio da impessoalidade, seja no polo ativo, seja no polo passivo da relação entre a Administração Pública e o particular. Um pequeno desvio do interesse público poderá, a *primo intuitu*⁵⁶, falsamente justificar o cometimento de uma arbitrariedade ou ilegalidade, impondo a supremacia do “interesse da Administração” o que, em sede de controle, será corrigido.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, op. cit. p. 320-321.

⁵⁶ Do latim *primo intuitu*, significa a primeira vista.

1.3.1.2.2. Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Nos bancos escolares, muitas vezes, se observa, em decorrência de parte da doutrina, uma tendência em reduzir e considerar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como sinônimos. Sinônimos não o são, mas intrínsecos, complementares um do outro.

Se assim fossem, não haveria sentido em apresentá-los separadamente, como fez o legislador no caput do art. 2º da lei 9.784/99, transcrito no item anterior. *Permissa venia*⁵⁷ ao posicionamento contrário, reconhece-se que há possibilidade de dotá-los de um conteúdo próprio, o que se torna indispensável a fim de proporcionar maior concretude em suas respectivas aplicações.

Na visão de Di Pietro, o princípio da razoabilidade se torna mais uma das tentativas de impor limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Judiciário. Citando Gordillo, a autora afirma que a decisão discricionária será ilegítima, mesmo que não transgrida nenhuma norma concreta e expressa, caso seja irrazoável.⁵⁸

Meirelles, o qual se filia à corrente que traduz a razoabilidade como “valores do homem médio”, assim ressalta a importância do princípio no Direito Administrativo:

⁵⁷ Do latim *permissa venia*, significa com o devido respeito

⁵⁸ DI PIETRO, 2009. op. cit. p. 79.

[...] o *princípio da razoabilidade* ganha, dia a dia, força e relevância no estudo do Direito Administrativo e no exame da atividade administrativa.

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. (Grifos originais).⁵⁹

Bandeira de Mello, ao interligar o princípio à atuação discricionária, aponta que a Administração deverá obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas, ou seja, atributos normais de prudência e sensatez.⁶⁰

Referente ao princípio da proporcionalidade, pode-se extrair do art. 2º, inciso VI, da lei 9784/99, seu cerne, o qual elenca que nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Assim, a Administração deverá pautar todas suas ações sob critérios de razoabilidade e proporcionalidade, sob pena de invalidação, conforme será visto em tópico específico.

⁵⁹ MEIRELLES, op. cit. p. 94.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, 2010. op. cit. p. 108.

CAPITULO 2 – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

2.1. Discricionariedade Administrativa

Nem sempre a lei amarra o administrador público a uma única solução explícita ou implícita em sua letra. Há casos em que a lei comporta a possibilidade de diferentes soluções, isso ocorre porque ela pretende que se dê certa solução para determinado caso concreto e outra solução para diferente caso, de modo que sempre seja adotada a decisão pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, tendo em vista atender a finalidade que inspirou a regra de direito aplicada, conforme corrobora Maurer:

O poder discricionário concerne ao lado da consequência jurídica de uma regulação legal. Ele está então dado, quando a administração, na realização de um tipo legal, pode escolher entre modos de conduta distintos. A lei não liga ao tipo uma consequência jurídica (como na administração legalmente vinculada), mas autoriza a administração para ela própria determinar a consequência jurídica, em que ou lhe são oferecidas duas ou mais possibilidades ou lhe é destinado um certo âmbito de atuação.⁶¹

Esta faculdade conferida pelo legislador ao administrador, como explica Maurer, é o que se pode denominar de discricionariedade administrativa. Deve-se

⁶¹ MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. trad. HECK, Luís Afonso. Barueri: Manole, 2006. p. 143.

ter em mente que ela é limitada pelos contornos preestabelecidos em lei, qual seja, o atendimento aos interesses sociais:

A liberdade conferida ao administrador público pelo legislador decorre, principalmente, do fato de que ele está mais próximo da realidade social em virtude das atribuições constitucionais da Administração Pública. Na atividade permanente, no desempenho de suas competências, a autoridade deve saber o que é melhor para o **interesse coletivo**. Por isso, a lei lhe confere o poder de, na situação concreta, **adotar a alternativa que melhor atenda ao interesse público**, finalidade da lei. (Grifou-se).⁶²

A discricionariedade ilimitada é arbítrio, incompatível com o Estado de Direito, abordado no primeiro capítulo. O poder discricionário, quando outorgado pela lei, se traduz por expressões como “poderá”, “é autorizado”, “permite-se” ou semelhantes.

O termo discricionariedade, antes de ser utilizado no Direito Administrativo, era atributo do soberano, expressando sua aptidão e de seus agentes para bem desempenhar suas funções. Em razão disso, até os primórdios do século XIX, a expressão não era mencionada pelos administrativistas franceses e italianos. Somente na metade final daquele século é que os franceses passariam a denominar os atos discricionários de “atos de pura administração”.⁶³

⁶² FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. rev. e. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p.286.

⁶³ MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 79.

Havendo discricionariedade administrativa, haverá de se falar em mérito do ato administrativo. Este pode ser retratado como o juízo de conveniência e oportunidade de adequação, efetuado pelo agente a quem se conferiu o poder discricionário, no estrito atendimento do interesse público, conforme corrobora Bandeira de Mello:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.⁶⁴

Assim, se torna cristalino que somente haverá o chamado “mérito do ato administrativo” nos atos discricionários, ou seja, onde há campo de liberdade suposto na lei para que o administrador público, diante da impossibilidade objetiva de determinada ação aplicada ao caso concreto, opte, entre duas ou mais opções, para o atendimento do fim esperado.

Medauar alerta que “o vocábulo mérito, empregado no âmbito das atividades administrativas, não deve ser confundido com o mesmo termo usado no âmbito do direito processual civil”.⁶⁵ Ao citar Dinamarco, a autora explica que, no processo civil, o mérito é aquilo que alguém vem a

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 38.

⁶⁵ MEDAUAR, op. cit. p. 116.

juízo postular, é a pretensão à satisfação de um interesse, é o elemento substancial da demanda, o conteúdo socialmente relevante.⁶⁶

2.1.1. Vícios de discricionariedade

Na Alemanha, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram a teoria dos vícios de discricionariedade, a fim de levar à anulação os atos entendidos viciados.⁶⁷ Tal teoria teve como objetivo a ampliação do controle jurisdicional da Administração Pública, característica daquele país, ao contrário, por exemplo, do sistema jurídico inglês, o qual exerce um tímido controle.⁶⁸

Conforme corrobora Moraes⁶⁹, pode-se afirmar que os vícios de discricionariedade do ato administrativo são retratados como à incompatibilidade do conteúdo do ato ou da tomada de decisão administrativa com os princípios gerais do Direito, principalmente os princípios

⁶⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 202-203 apud MEDAUAR, op. cit. p. 116.

⁶⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial*. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. 8. n. Recife, 2004. p. 215

⁶⁸ KAISER, Anna-Bettina. *Os Princípios do Processo Administrativo-Judicial na Alemanha*. trad. LEAL, Márcio Flávio Mafra. In: *Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Pontes de Miranda*. Recife: Conselho da Justiça Federal, 2010. p. 59.

⁶⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 165.

constitucionais da Administração Pública estudados no primeiro capítulo e à violação aos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

Dentre os principais vícios, para Maurer, destacam-se o excesso do poder discricionário, o não uso do poder discricionário, o uso defeituoso do poder discricionário e a infração aos direitos fundamentais e princípios administrativos.

O excesso do poder discricionário ocorre quando a autoridade opta por uma consequência jurídica não mais situada dentro do poder discricionário, ou seja, desborda os limites pré-estabelecidos em lei.⁷⁰

O não uso do poder discricionário ocorre quando o administrador não faz uso da discricionariedade quando deveria, seja por negligência, seja por equívoco ao considerar que, naquele caso concreto, estaria vinculado a uma única decisão.⁷¹

O uso defeituoso do poder discricionário ocorre quando a autoridade não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade almejada pela lei ao lhe conferir a discricionariedade. Assim, o administrador atua viciosamente no seu exercício, não observando os objetivos legais ou não motivando suficientemente, em suas considerações, pontos fundamentais.⁷²

⁷⁰ MAURER, op. cit. p. 149.

⁷¹ *ibidem*. p. 149-150.

⁷² *ibidem*. p. 150.

A infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais se dá quando, no exercício da discricionariedade, o administrador não os leva em conta ou toma decisões que desrespeitam ou limitam seu exercício, tomando a decisão viciada.⁷³ No Brasil, a Constituição estabelece que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais”.

Moreira Neto⁷⁴ sintetiza os vícios de discricionariedade no mau uso ou abuso desta faculdade administrativa e, como consequência, Moraes aponta que “diante da detecção comprovada da presença de um desses vícios de discricionariedade, incumbe ao Juiz invalidar o ato administrativo”.⁷⁵

2.1.2. Discricionariedade e seus limites

Ao estudar os limites da discricionariedade, é necessário vislumbrar que o administrador deve observar não apenas a norma jurídica a ser aplicada ao caso concreto, mas o ordenamento jurídico como um todo, conforme corrobora Bandeira de Mello:

⁷³ ibidem. p. 151.

⁷⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Ética na administração pública (moralidade administrativa: do conceito à efetivação)*. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Ética no direito e na economia*. São Paulo: Pioneira, 1999. p. 114.

⁷⁵ MORAES, op. cit. p. 167.

[...] não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discricionariedade **sem remissão lógica à existência de limites a ela**, que defluem **da lei e do sistema legal como um todo** – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro [...]. (Grifou-se).⁷⁶

Com efeito, os princípios estudados no primeiro capítulo estabelecem limites à discricionariedade, a qual, mesmo preestabelecida em lei, encontra-se tangenciada pelos mesmos, sob pena de, quando não observados, transformar-se em arbitrariedade, como bem aponta Krell:

Na atual fase “pós-positivista”, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direitos nos novos textos constitucionais, **os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade**. Essa “principalização” do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) **aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários**.

Nesse controle, **ganham fundamental importância os princípios da Administração Pública**, consagrados no art. 37 da Carta Federal: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e **estabelecem os limites** da juridicidade de qualquer ato estatal. (Grifou-se)⁷⁷

Assim, tem-se que “o poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios,

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, 2010. op. cit. p. 973.

⁷⁷ KRELL, 2004. op. cit. p. 54.

violências, perseguições ou favoritismos governamentais”.⁷⁸

Durante muitas gerações do Direito, se afirmou que, no exercício do poder discricionário, o administrador transita em uma faixa com liberdade de movimentação, que se constitui em um verdadeiro leque de opções à sua disposição, cabendo a ele escolher a que julgasse melhor, mesmo que outra atendesse ao caso concreto.⁷⁹

Moreira Neto, ao estudar os limites da discricionariedade administrativa, aponta a existência destes quanto à oportunidade, a fim de estabelecer o elemento motivo e, quanto à conveniência, para que se estabeleça o elemento objeto do ato administrativo discricionário, afirmando, ainda, que o administrador, diante da discricionariedade, deve valorar corretamente o motivo e escolher corretamente o objeto, ambos limitados pela lei.⁸⁰

Para o autor, os limites de oportunidade são “os requisitos mínimos exigíveis de valoração lógica que devem estar satisfeitos para que o motivo, discricionariamente integrado a partir dos pressupostos de fato e de direito, atenda ao interesse público específico

⁷⁸ GRANJEIRO, op. cit. p. 18.

⁷⁹ FARIA, op. cit. p. 287.

⁸⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 34-35.

estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo”.⁸¹

Por sua vez, os limites de conveniência são “os requisitos mínimos de escolha de conteúdo que devem estar satisfeitos para que o objeto, discricionariamente definido tendo em vista os resultados jurídicos a serem produzidos, possa atender ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo”.⁸²

Assim, em seus estudos, ele estabelece limites específicos, calcados no cerne do mérito administrativo – conveniência e oportunidade – destacando como ápice destes, os princípios da realidade e da razoabilidade, sendo que “sob o enfoque principiológico da realidade, é necessário que o motivo exista e seja suficiente para dar ensejo à prática do ato” e “sob o enfoque principiológico da razoabilidade, é necessário que a oportunidade se apresente como aquela adequada, compatível e proporcional com o objeto em tese visado”.⁸³

A discricionariedade administrativa, contemporaneamente, deve ser aplicada especificamente a cada caso concreto. No momento em que a lei atribui ao administrador à reserva de optar por uma, dentre distintas alternativas, à melhor solução de determinado caso, poderá, por vezes, o próprio caso, diante das situações de fato e de

⁸¹ Ibidem. p. 41.

⁸² Ibidem. p. 51.

⁸³ Ibidem. p. 43.

direito, reduzir a discricionariedade a zero, não lhe possibilitando essa faculdade.

Sendo assim, sempre que o ato administrativo dotado de discricionariedade ultrajar os limites estabelecidos ao juízo de conveniência (objeto) e oportunidade (motivo), principalmente os princípios que regem a atividade administrativa, desvirtuando a finalidade prevista na norma ou utilizando-se de meio inadequado para sua consecução deverá ser controlado pelo Judiciário.

2.1.3. Controle jurisdicional dos atos discricionários

Durante muito tempo não se admitiu um controle de mérito do ato administrativo. Os clássicos pensadores do Direito, a exemplo de José Cretella Júnior, eram categóricos no sentido de afirmar que a apreciação do mérito administrativo caberia apenas ao administrador, sob presunção de legitimidade da “melhor escolha”:

Aspecto algum do mérito admite revisão pelo Judiciário.

Ao contrário, repele-a. o Judiciário tem campo próprio para locomover-se, não invadindo terreno privativo da Administração. Se alguma fração de mérito, por menor que fosse, se entrelaçasse, confundindo-se com a legalidade, estas duas entidades perderiam sua razão de ser, ou a noção de legalidade, nos setores comuns, sobrepujaria a noção de mérito.

[...]

Surpreende, por isso, que credenciado julgador tenha, embora dando ao mérito sentido exato, afirmado: “Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder

Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo da legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça”. (Grifou-se).⁸⁴

Surpreende-se que, qualquer intenção de questionamento do mérito administrativo perante os clássicos, era desconsiderada. Felizmente, a visão pós-positivista vem se consolidando de forma mútua ao Estado Democrático de Direito, uma vez que entende a relação entre o Direito e a Justiça, insculpido em valores e princípios, entendimento corroborado por Krell:

Na atual fase “pós-positivista”, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários **não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua *juridicidade***. Essa “princípioalização” do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.) **aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários**. (Grifou-se).⁸⁵

Atualmente, ao se estudar o mérito do ato administrativo, se verifica que “de ordem prática e material, a existência da discricionariedade, compreendida como uma margem de liberdade concedida ao administrador para a realização do direito não mais existe”.⁸⁶ Pires tece crítica à invocação do termo “mérito do ato administrativo”,

⁸⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 266.

⁸⁵ KRELL, 2004. op. cit. p. 54.

⁸⁶ TATAGIBA, Giuliano Cesar da Silva. *O Sepultamento do Mérito Administrativo*. Revista Depoimentos. 13. n. Vitória, 2008. p. 105.

apontando, ainda, que muitas vezes o Judiciário se esquiva de sua legitimidade para o controle jurisdicional do ato, haja vista o enleio que permeia sua definição, como segue abaixo:

Não obstante, diante **do atual estágio da ciência do direito administrativo, quando não mais se questiona se existem atos isentos de controle judicial – como se discutia no século XIX e durante a primeira metade do século XX** – quando a ciência jurídica evoluiu significativamente para destrinchar e aperfeiçoar a teoria do ato administrativo, **entendemos que não há mais necessidade de invocar uma expressão que sequer se define com clareza** – o “mérito” do ato administrativo – para justificar que todos os atos estatais são passíveis de controle judicial, e apenas um núcleo – sem se esclarecer o que caracteriza este núcleo – é imune ao controle.

[...]

Primeiro, porque há um enleio insuperável, na doutrina e na jurisprudência, sobre a precisa definição de mérito do ato administrativo [...].

[...]

Segundo, e como consequência natural do motivo anterior, porque **é fato que sob o rótulo do “mérito do ato administrativo” freqüentemente há decisões judiciais que recusam a legitimidade do controle judicial**. Como se a palavra “mérito” comportasse alguma invocação mágica, ora a Administração escusa-se perante o Judiciário de que sua atividade impugnada não pode ser conhecida por este Poder porque se trata de assunto relacionado ao indefinido e impreciso “mérito”, ora o Próprio Judiciário adianta-se para omitir-se do controle e pronunciamento sobre a legitimidade da atividade sob o mesmo argumento. (Grifou-se).⁸⁷

⁸⁷ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 215-217.

Infelizmente, Pires não deixa de ter razão. Mesmo estando em um Estado Democrático de Direito, com uma Constituição que se utiliza do sistema de freios e contrapesos para manter o equilíbrio e independência dos Poderes, como estudado no primeiro capítulo, não raro se observa decisões dos tribunais superiores que se esquivam de analisar profundamente os limites de conveniência e oportunidade, como se observa nesta decisão do STJ:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO DA CORPORÇÃO A BEM DA DISCIPLINA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PAD. NULIDADES. ART. 535, II, CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES. **REEXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. NÃO CABIMENTO.** PRECEDENTES. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE DA DECISÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIDADE COMPETENTE. ACÓRDÃO PAUTADO SOBRE A ANÁLISE DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO SÚMULA 07/STJ.

1. O aresto recorrido analisou fundamentadamente todas as alegações trazidas pelas partes, de forma a exaurir a controvérsia, manifestando-se expressamente sobre os dois pontos tidos por omissos (motivação válida da decisão e competência do juízo para autorizar a interceptação telefônica), não havendo razão para se cogitar em violação do art. 535, II, do CPC.

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se na linha de que **o controle jurisdicional dos processos administrativos se restringe à regularidade do procedimento**, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, **sem exame do mérito do ato administrativo**. Precedentes.

[...]

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (Grifou-se).⁸⁸

Madauer aponta que o contraponto clássico entre legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente.⁸⁹ Na mesma linha de raciocínio, Juarez Freitas aponta que inexistente a discricionariedade pura ou não-controlável principiológicamente pelo Judiciário, uma vez que o agente público é livre apenas para alcançar a tutela efetiva do direito fundamental à boa Administração Pública.⁹⁰

Como visto acima, há possibilidade de que os atos administrativos sofram controle pelo poder judiciário. Mas como será este controle? Como ocorre o controle dos atos vinculados? Como ocorre o controle dos atos discricionários?

Segundo Medauar o controle jurisdicional abrange a apreciação, efetuada pelo Poder Judiciário, sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades, operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração. Em regra é *posteriori*, sendo repressivo ou corretivo, desencadeado por provocação.⁹¹

⁸⁸ BRASIL. STJ. *R Esp 1.185.981 – MS*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento em: 27 set 2011, publicado no D.Je em: 03 out 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1091849&sReg=201000475682&sData=20111003&formato=PDF>. Acesso em: 19 mai 2012.

⁸⁹ MEDAUAR, op. cit. p. 116.

⁹⁰ FREITAS, 2009. 2. ed. op. cit. p. 121.

⁹¹ MEDAUAR, op. cit. p. 406.

Dessa forma, por ser o Judiciário o guardião da Constituição, o controle jurisdicional do ato administrativo é amplo, seja ele vinculado ou discricionário, ultrapassando as fronteiras da legalidade e, adentrando na decisão administrativa, deve analisar, sim, se a tomada de decisão da Administração seguiu os critérios de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Se assim não for, deve ordenar a anulação do ato.

Em recente decisão do STJ, em matéria administrativo disciplinar, pode-se verificar que a jurisprudência tende a se curvar no sentido de que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando apenas aos aspectos legais, formais, como se observa na ementa abaixo:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR MILITAR ESTADUAL. LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. NÃO CARACTERIZADAS. CONTROLE JURISDICIONAL. PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. OFENSA A ESSES POSTULADOS. INEXISTENTE. SUPOSTA EXTORSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. EXIGÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA NA AÇÃO MANDAMENTAL.

1. Eventual nulidade ocorrida no bojo do processo administrativo disciplinar exige a comprovação do prejuízo à defesa, o que, não ocorrendo, atrai a aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*.

2. **Para a hipótese de pena de demissão imposta a servidor público submetido a processo administrativo disciplinar, não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, visando restringir a atuação do Poder**

Judiciário à análise dos aspectos formais do processo disciplinar, porquanto, em tais circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório.

3. Para hipóteses desse jaez, **não há falar em juízo de conveniência e oportunidade da Administração, argumentando-se que a intervenção do Poder Judiciário restringir-se-ia à análise dos aspectos formais do processo disciplinar, porquanto, em tais circunstâncias, o controle jurisdicional é amplo, no sentido de verificar se há motivação para o ato demissório, pois trata-se de providência necessária à correta observância dos aludidos postulados.**

4. O *writ of mandamus* não foi instruído com provas hábeis a corroborar a tese de que, na hipótese, houve extorsão por parte da vítima da conduta típica a ele imputada, não sendo os documentos juntados com a petição do recurso ordinário meios idôneos para tal desiderato.

5. Recurso ordinário conhecido e desprovido. (grifou-se).⁹²

Dando continuidade à análise jurisprudencial, importante destacar a decisão abaixo, a qual reflete a força imperativa dos princípios constitucionais, expressando à contemporânea tendência de que o ato administrativo, mesmo discricionário, para que seja válido, deve observar os princípios, pois, do contrário, o ato poderá gerar uma arbitrariedade, sendo passível de controle jurisdicional:

⁹² BRASIL. STJ. RMS 25.152 – RS. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgamento em: 18 ago 2011, publicado no D.Je em: 01 set 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1082320&sReg=200702184080&sData=20110901&formato=PDF>. Acesso em: 19 mai 2012.

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei.
2. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.**
3. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer pleiteada.
4. Recurso especial improvido. (grifou-se).⁹³

Esta evolução constatada no entendimento jurisprudencial vem ocorrendo, paulatinamente, de forma concomitante a evolução doutrinária. Ambas vêm admitindo a possibilidade de um controle amplo por parte do Judiciário, não apenas calcado em mero aspecto de legalidade, mas principalmente de constitucionalidade do ato administrativo, conforme corrobora Krell:

Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito.⁹⁴

⁹³ BRASIL. STJ. *REsp 510259 – SP*. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 24 ago 2005, publicado no D.J em: 19 set 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=572852&sReg=200300170339&sData=20050919&formato=PDF>. Acesso em: 19 mai 2012.

⁹⁴ KRELL, 2004. op. cit. p. 53-54.

Diante do atual contexto, é mister que a análise do Poder Judiciário ocorra pela ótica constitucional, dando firmeza ao chamado fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, fazendo com que as ações administrativas do Estado brasileiro sejam guiadas pelo Direito Constitucional, o que determina não só a aplicação de uma hermenêutica sistemática, tendo como ápice a Constituição, bem como um controle que vá além da estrita legalidade, passando a analisar também a constitucionalidade do ato.

A constitucionalização do Direito Administrativo nada mais retrata do que a necessidade de desenvolvimento do Estado Democrático e Social de Direito, abordado no primeiro capítulo, estabelecido sob a dignidade da pessoa humana, desenvolvendo suas ações voltadas aos direitos fundamentais individuais e sociais, conforme se observa nas considerações de Medauar acerca do alcance do controle jurisdicional sobre o ato administrativo:

Há um posicionamento favorável ao *controle restrito*, para que se circunscreva à legalidade entendida também de modo restrito. Em geral, os argumentos dessa linha são os seguintes: impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do Executivo, ante o princípio da separação de poderes, daí o âmbito do Judiciário ser a legalidade em sentido estrito – os integrantes do Judiciário são desprovidos de mandato eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público. De acordo com essa linha, no controle do ato administrativo o Judiciário apreciaria somente matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto.

Outro entendimento inclina-se por um *controle amplo*, ante os seguintes fundamentos: pelo princípio da separação dos

poderes, o poder detém o poder, **cabendo ao Judiciário a jurisdição** e, portanto, **o controle jurisdicional da Administração**, sem que se possa cogitar de ingerência indevida; por outro lado, onde existe controle de constitucionalidade da lei, a invocação da separação dos poderes para limitar a apreciação jurisdicional perde grande parte de sua força.

[...]

A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de **priorização dos direitos e garantias ante o poder público**. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, **mesmo discricionária**, da Administração, tais como o princípio da **moralidade** e o princípio da **impessoalidade**. O princípio da **publicidade**, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle. E a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação do ato lesivo da **moralidade** administrativa, **independentemente de considerações de estrita legalidade**. (grifou-se).⁹⁵

Corroborando com esta nova corrente, Coelho, em seu estudo sobre o Controle Jurisdicional da Administração Pública, elenca o seguinte:

Não se pode mais tolerar o abismo entre os valores constitucionais e a realidade factual, aliada a uma administração pública indiferente, quando não francamente hostil aos direitos da cidadania consagrados na Constituição Federal.

[...]

Enfim, **que o Estado de Direito seja também um Estado de Justiça**, no sentido de que **nenhum núcleo de poder fique imune ao controle do cidadão pela via jurisdicional**, e

⁹⁵ MEDAUAR, op. cit. p. 409-410.

também no sentido de se fazer concretizar os grandes vetores constitucionais.

O controle jurisdicional-constitucional da administração pública no Estado Social de Direito não pode ser simplesmente uma investigação do cumprimento de formalidades extrínsecas da lei, senão, e principalmente, um controle substancial da não-violação e da implantação, pela administração, **dos grandes vetores constitucionais**. (grifou-se).⁹⁶

Observa-se que o autor eleva a responsabilidade do Judiciário lhe constituindo como o meio para que o cidadão possa exercer o controle social da Administração Pública. Coelho alega que, no Estado Social de Direito, o controle jurisdicional do ato administrativo não pode se ater apenas ao estrito cumprimento de legalidade, mas também aos preceitos constitucionais.

Nesta mesma linha de raciocínio, Freitas, inspirado no art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia⁹⁷, ao introduzir no Brasil o denominado direito fundamental à boa administração pública, abre a apresentação de seus estudos nestes termos:

O Estado Constitucional, numa de suas mais expressivas dimensões, pode ser traduzido como *o Estado das escolhas administrativas legítimas*. Assim considerado, **nele não se admite a discricionariedade pura, intátil, sem limites**. Em outras palavras, **impõe-se controlar** (ou, ao menos, mitigar) os

⁹⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 210-212.

⁹⁷ UNIÃO EUROPÉIA. *Carta dos Direitos Fundamentais, de 7 de dezembro de 2000*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 7 jun 2012.

contumazes vícios forjados pelo excesso degradante, pelos desvios ímprobos ou pela omissão desidiosa. Faz-se cogente, sem condescendência, enfrentar todo e qualquer “demérito” ou antijuridicidade das escolhas e políticas públicas, **para além do exame adstrito a aspectos meramente formais**. (grifou-se).⁹⁸

O autor destaca que o Estado Constitucional de Direito deve, por essência, ser o Estado das decisões administrativas legítimas, impondo-se controlar a discricionariedade pura, intátil, sem limites.

Moraes aponta a necessidade de transição de um mero controle de legalidade a um controle de constitucionalidade do ato administrativo. Para a autora, o Judiciário além de aferir a legalidade deste, também deve verificar sua compatibilidade com os demais princípios da Administração Pública, incorrendo, assim, na verificação das circunstâncias que enlaçam as razões de conveniência e oportunidade da decisão administrativa. Em seu estudo acerca do controle jurisdicional da Administração Pública, faz as seguintes considerações:

O espectro do controle judicial dos atos administrativos, **antigamente reconduzível à verificação de legalidade desses atos**, executável, predominantemente, através do método silogístico, usado em função da estrutura da regra jurídica – antes a principal fonte do Direito Administrativo, **amplia-se para o controle da constitucionalidade dos atos administrativos**, que se operacionaliza também por intermédio de outros métodos impostos pela adoção da fonte atualmente hegemônica do Direito – **os princípios**, estruturalmente distintos das regras.

⁹⁸ FREITAS, 2009. 2. ed. p. 9.

Cabe ao Poder Judiciário, **além da aferição da legalidade dos atos administrativos** – de sua conformidade com as regras jurídicas, **o controle de juridicidade – a verificação de sua compatibilidade com os demais princípios da Administração Pública**, para além da legalidade, a qual se reveste do caráter de controle de constitucionalidade dos atos normativos, pois aqueles princípios se encontram positivados na Lei Fundamental. (grifou-se).⁹⁹

Assim, percebe-se que, paulatinamente, tanto a doutrina como a jurisprudência caminham em direção à legitimidade do Poder Judiciário analisar as razões de conveniência e oportunidade do ato administrativo frente aos princípios constitucionais. Ao fazer isso, não estará agindo como administrador, conforme preconiza a doutrina clássica, mas apenas cumprindo seu papel de guardião da Constituição.

Na Alemanha, onde é destacada a atuação do Poder Judiciário sobre a Administração Pública, com a atuação dos Tribunais Administrativos, a fim de buscar a resolução ao problema de possibilidade ou não de análise da discricionariedade, mesmo após a instituição da teoria dos vícios da discricionariedade, dividiu-se a norma em fato gerador – *tatbestand* – e consequência jurídica – *rechtsfolge*.¹⁰⁰

De acordo com a doutrina germânica, há discricionariedade administrativa unicamente no âmbito da consequência jurídica. Por sua vez, os conceitos flexíveis

⁹⁹ MORAES, op. cit. p. 16.

¹⁰⁰ KAISER, op. cit. p. 59-60.

contidos no fato gerador, denominados conceitos jurídicos indeterminados, podem ser analisados livremente pelo Poder Judiciário.¹⁰¹ Hoje, a jurisprudência alemã reconhece que apenas para grupos de casos específicos de conceitos jurídicos indeterminados se admitem exceções, o que, conforme estudado no próximo tópico, nem sempre foi assim.

2.2. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa

Os conceitos jurídicos indeterminados, também conhecidos como conceitos legais indeterminados ou conceitos plurissignificativos, como vistos sucintamente no item anterior, são utilizados para designar expressões ou vocábulos, contidos na lei, que contenham sentido vago, impreciso ou indeterminado.

São comuns a todos os ramos do Direito, mas crescem de importância no Direito Administrativo, diante do instituto da discricionariedade.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados foi concebida no século XIX, na Áustria, frente à discussão de tema ainda estudado no decorrer dos séculos, qual seja, a possibilidade ou não de seu controle pelos tribunais.¹⁰²

¹⁰¹ Ibidem. p. 60.

¹⁰² SOUZA, Francisco António de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 34.

O marco do surgimento da teoria pode ser encontrado na obra “*Rechtsprechung um materielle Rechtskraft*”, de Bernatzik, publicada em 1886, onde o autor criticara a doutrina tradicional, negando que a livre discricionariedade e a aplicação do direito se excluíssem. Assim, instituiu a teoria da multivalência, sustentando que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados somente poderia ser feita por meio de um complexo processo em cadeia.

O processo imaginado por Bernatzik defrontaria por um problema aparentemente inultrapassável, o de encontrar critérios seguros de interpretação e, principalmente, de controle. Para buscar a resolução do problema, estabeleceu uma solução cômoda no momento, qual seja a consideração de que os conceitos jurídicos indeterminados atribuem discricionariedade à Administração. A opinião do jurista passou a constituir o fundamento da jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo austríaco à época.¹⁰³

Em 1888, na obra “*Zur Lehre des freies Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgericht*”, Tezner se insurgiu à teoria da multivalência, instituindo a teoria da univocidade. A crítica do autor chegou ao ponto de classificar a teoria de

¹⁰³ BERNATZIK. *Rechtsprechung um materielle Rechtskraft*. Viena, 1886 apud SOUZA, op. cit. p. 34-35.

Bernatzik como inimiga do Estado de Direito e cientificamente infundada.¹⁰⁴

O conflito doutrinário entre Bernatzik e Tezner constituiu-se no ponto de partida ao conflito doutrinário hoje ainda existente entre os representantes da teoria da multivalência, a qual defende que, na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, são possíveis várias interpretações discricionárias e da teoria da univocidade, a qual defende só existir uma solução correta, sendo esta vinculada.¹⁰⁵

Conforme Sicca, a teoria da univocidade, por ele tratada como doutrina, é o marco inicial da vertente que tende a qualificar os conceitos indeterminados como conceitos jurídicos, sendo interpretáveis e passíveis de total apreciação jurisdicional, corrente esta que recebeu grande número de adeptos na doutrina germânica.¹⁰⁶

Dentre os adeptos alemães, podemos destacar Hermann Reub, estudado por Souza, para quem os conceitos jurídicos indeterminados são amplamente controláveis, conforme se observa:

Os conceitos legais indeterminados são conceitos jurídicos não apenas porque **fazem parte de uma norma jurídica**, mas

¹⁰⁴ TEZNER, Friedrich. *Zur Lehre des freies Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgericht*. Viena, 1888 apud SOUZA, op. cit. p. 35.

¹⁰⁵ SOUZA, op. cit. p. 36.

¹⁰⁶ SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 42.

também **por não serem conceitos discricionários**. Por isso, apenas necessitam de interpretação, **sendo assim totalmente controláveis jurisdicionalmente**. (Grifou-se).¹⁰⁷

Com o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na Alemanha, surgiu a teoria da margem de livre apreciação. Sicca destaca que tal teoria foi criada por Otto Bachof na década de cinquenta.¹⁰⁸ Souza, entretanto, faz um alerta ao reconhecer que mesmo sendo atribuída, tanto em Portugal como na Alemanha, a autoria da “margem de apreciação” a Bachof, Otto Bähr, em 1884, já sustentara tal tese.¹⁰⁹

A margem de apreciação, para Bachof, corresponde ao âmbito no qual é atribuído ao administrador um espaço de livre apreciação aos pressupostos de sua conduta. Ponto importante é que o autor ressalta que nem todo o conceito jurídico indeterminado atribui à autoridade administrativa este espaço de apreciação.¹¹⁰

Baracho, ao estudar a teoria aplicada no Brasil, busca demonstrar sua adequabilidade à doutrina pátria, expondo conceitos que vão de encontro ao propósito deste trabalho, conforme se observa:

O conceito jurídico indeterminado, em todas as situações, **deve chegar a uma solução verdadeira e justa**. Sua ideia apoia-se em um conceito transcendente **de justiça e de verdade**, com a

¹⁰⁷ SOUZA, op. cit. p. 46.

¹⁰⁸ SICCA, op. cit. p. 44.

¹⁰⁹ SOUZA, op. cit. p. 47.

¹¹⁰ Idem.

crença nas possibilidades do discernimento humano. A aplicação de um conceito indeterminado, com enorme grau de abstração, gera uma pluralidade de opiniões sustentáveis **mediante argumentos lógicos e razoáveis**, que se desdobram da pura interpretação jurídica, para estender-se a juízos de tipo técnico ou de puras valorações fáticas.(Grifou-se).¹¹¹

Pereira busca na teoria da adequabilidade normativa de Klaus Günther a argumentação necessária para comprovar que inexistente discricionariedade administrativa quando da interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, destacando que a adequação da norma ao caso concreto deve ocorrer por meio de um processo de concreção, levando-se em conta todas as características da situação, bem como a análise de todas as normas aplicadas ao caso:

Dessa forma, **sustentar a existência de discricionariedade administrativa** quando presente “fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma”, nas hipóteses em que se pode admitir mais de um ponto de vista razoável ou que haveria dúvida ineliminável, **é ignorar a existência de um plano de justificação (legislação) que se diferencia do plano de aplicação das normas.**

O fato de o legislador – discurso de justificação – **ter utilizado um conceito jurídico indeterminado não implica discricionariedade**, pois o discurso de aplicação, sob o senso de adequabilidade, resultará na decisão adequada para o caso

¹¹¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados*. Revista Themis. 2.v. 2.n. Fortaleza, 1999. p. 61-62.

concreto e não em opções para o administrador público. (Grifou-se).¹¹²

Já para Bandeira de Mello, conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa não estão distantes. O autor defende a presença da discricionariedade administrativa na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, conforme se depreende:

Assim – repita-se – a discricionariedade administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos, fluidos ou imprecisos.¹¹³

Como se observa, interminável é a discussão, no decorrer dos séculos, referente à incidência ou não de discricionariedade administrativa no tocante ao tema da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. Este trabalho, dentre seus objetivos, se propõe a apresentar parâmetros a sua interpretação, o que, indiscutivelmente, reduziria a margem subjetiva de apreciação.

Os conceitos jurídicos indeterminados devem ser interpretados frente à parâmetros pré-estabelecidos e aceitos pela sociedade, como por exemplo, se depreende de “boa fama” e “notável saber jurídico”.

¹¹² PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa à Luz da Teoria da Adequabilidade Normativa*. Revista CEJ. 36. n. Brasília, 2007. p. 35-36.

¹¹³ BANDEIRA DE MELLO, 2008. op. cit. p. 20.

Nos exemplos clássicos de conceitos jurídicos indeterminados acima apresentados estaria o administrador autorizado a utilizar-se do poder discricionário? Esta resposta vem sendo buscada dia após dia pelos pensadores do Direito. Sabe-se que “tanto a discricionariedade, quanto o emprego de conceitos verdadeiramente indeterminados são técnicas legislativas que traduzem a abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação”.¹¹⁴

Finalmente, é preciso observar que se tem conhecimento de outras teorias que sustentam as ideias de vagueza e imprecisão presentes nos textos jurídicos, como é o caso da *teoria dos princípios* e da *textura aberta da língua*. Todavia, nenhuma delas representa uma opção neste trabalho.

2.2.1. A não ocorrência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados

Diante dos estudos apresentados, pode-se perceber que discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados encontram-se próximos, uma vez que implicam em uma tomada de decisão do administrador. Esta proximidade, todavia, não implica em identidade, diante dos aspectos particulares de cada um.

Enquanto a discricionariedade mais se aproxima da atividade operacional do administrador, da tomada de decisão na prática administrativa, a aplicação dos conceitos

¹¹⁴ MORAES, op. cit. p. 77.

jurídicos indeterminados implica numa atividade eminentemente hermenêutica.

Tal distinção torna-se mais clara quando passarmos à análise da presença do juízo de conveniência e oportunidade. Indiscutível sua presença na discricionariedade, sendo, inclusive, o ponto principal de distinção da vinculação.

Na tendência dada aos estudos, é de se concluir que, no tocante aos conceitos jurídicos indeterminados, respeitado o posicionamento contrário, não há de se falar em conveniência e oportunidade como critério de aplicação.

Há autores, entretanto, que entendem que há possibilidade de incidir discricionariedade sobre os conceitos jurídicos indeterminados, quando esgotados todos os meios de interpretação. Nessa linha, acreditam “existirem situações em que a indeterminação do conceito jurídico, por não poder, logicamente falando, ser totalmente eliminada pelo uso de interpretação, remanesça conferindo breve margem de liberdade à Administração para preencher o significado daquele”.¹¹⁵

Para estes autores, isso é plenamente justificável na medida que “a discricionariedade começa onde acaba a interpretação”.¹¹⁶

¹¹⁵ COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista Justitia. 51. v. 145. n. São Paulo, 1989. p. 47.

¹¹⁶ PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962. p. 217 *apud* COSTA, op. cit. p. 47.

A presença ou não de discricionariedade administrativa nos conceitos jurídicos indeterminados não obedece a uma unanimidade metodológica, pois os estudos acerca do assunto apresentam inúmeros argumentos, alguns objetivando a garantia da “liberdade” do administrador diante da vagueza conceitual, outros buscando a “vinculação” para uma única decisão justa.

É de se compreender, por óbvio, que nem sempre o processo de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados levará a uma única solução indubitável. Não se pode, entretanto, afirmar que se estará, quando isso ocorrer, diante de discricionariedade administrativa, posicionamento observado na exposição de Souza:

Não nos parece que o facto da “calamidade” ser mais ou menos “grave” possa alterar a natureza do poder de vinculado para livre; a diferença entre “calamidade” e “grave calamidade” é em nosso entender puramente de grau e não de qualidade, pelo que a natureza ou qualidade do poder (vinculação) se mantém a mesma, variando ou podendo variar apenas o grau de intensidade do controlo jurisdicional. Em ambos os casos estamos perante uma situação existente (algo que já existe) que apenas tem de ser declarada (constatação de um “ser”) para legitimar uma actuação administrativa. À Administração não resta qualquer liberdade para criar seja o que for (característica de quem é livre), mas apenas lhe compete o poder-dever de constatar uma realidade existente. (Grafia original; grifou-se).¹¹⁷

¹¹⁷ SOUZA, op. cit. p. 97-98.

Assim como a posição de Souza¹¹⁸, recusa-se reconhecer neste trabalho, em regra, a existência de conceitos jurídicos discricionários. Sabe-se que esta é uma posição radical, mas é a única que diminui o subjetivismo na atuação administrativa, compatibilizando-a com o Estado de Direito respeitador dos direitos fundamentais.

Seguindo esta linha de estudos, Pires apresenta importantes argumentos no sentido de que conceitos jurídicos e discricionariade não se confundem:

Não se trata de mero jogo de palavras – **de que não se cuida de “discricionariade administrativa”, mas de “interpretação jurídica”** – como se não houvesse distinção prática a respeito. **A discricionariade pressupõe uma pluralidade de decisões legítimas**, portanto, com a escolha de certa opção. Ao reconhecermos que os conceitos jurídicos indeterminados relacionam-se apenas e exclusivamente com a interpretação jurídica, **não há esta possibilidade de pluralidade de escolhas.**

[...]

Os conceitos jurídicos indeterminados aninham-se na seara da interpretação jurídica. Por ingente que seja a dificuldade de determinação, ainda assim, trata-se sempre e em toda a situação, de interpretação jurídica, da busca da unidade de solução justa, de uma ponderação de um juízo disjuntivo. **Não há, em suma, uma pluralidade de decisões legítimas ao mesmo intérprete**, não pode o intérprete dizer que é conveniente e oportuno, naquele contexto, entender que boa-fé é representada por tal comportamento, e depois voltar atrás e dizer que não é mais conveniente e oportuno entender assim [...]. (Grifou-se).¹¹⁹

¹¹⁸ Ibidem. p. 97.

¹¹⁹ PIRES, op. cit. p. 115-117.

Corroborara Pereira, o qual, ao concluir seus estudos, expõe que “o fato de o legislador – discurso de justificação – ter utilizado um conceito jurídico indeterminado não implica discricionariedade, pois o discurso de aplicação, sob o senso de adequabilidade, resultará na decisão adequada para o caso concreto e não em opções para o administrador público”.¹²⁰

Nesse sentido, Pires destaca que “qualquer indeterminação do conceito não implica discricionariedade ao administrador”¹²¹, pensamento adotado neste trabalho e corroborado por Coelho, para quem um conceito jurídico indeterminado não se trata “de uma vontade de livre escolha, mas sim um ‘voluntarismo estruturado’, que implica respeito a critérios de interpretação e aplicação”.¹²²

Ante o exposto, chega-se a conclusão de que ao se tratar de conceitos jurídicos indeterminados, não há de se falar em conveniência e oportunidade, o que levaria à discricionariedade. Há, entretanto, vinculação a juridicidade, ao sistema normativo levado em conta na interpretação, vindo, por consequência, a desencadear no que a doutrina denomina de única solução justa. Enterría, estudado por Tourinho, destaca que existe apenas uma

¹²⁰ PEREIRA, 2007. op. cit. p. 35-36.

¹²¹ PIRES, op. cit. p. 57.

¹²² COELHO, op. cit. p. 104.

unidade de solução justa na aplicação do conceito a determinado caso concreto.¹²³

2.2.2. Os conceitos jurídicos indeterminados e o dever de adotar a solução correta

Di Pietro identifica duas correntes no tocante aos conceitos jurídicos indeterminados. A que entende a não ocorrência de discricionariedade à Administração porque, diante de um conceito jurídico indeterminado, o administrador deve realizar um trabalho de interpretação que leve à única solução possível e a que entende haver discricionariedade à Administração nos chamados conceitos de valor.¹²⁴

Partindo-se dos pressupostos apresentados, adota-se a tese de que, no preenchimento dos conceitos jurídicos indeterminados, excluir-se-á a possibilidade de atuação discricionária da Administração, visto só existir uma única solução correta, considerada justa.

Dentre os defensores desta tese, merecem destaque as palavras de Enterría e Fernandez, os quais corroboram que, perante o ideal da lei, só há uma solução justa, cuja

¹²³ ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Lucha Contra las Inmunidades de Poder*. Madri: Civitas, 1995. p. 35-37 *apud* TOURINHO, Rita. *A Discricionariedade Administrativa Perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. 15. n. Salvador, 2008. p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 mai 2012.

¹²⁴ DI PIETRO, 2001. *op. cit.* p. 116-119.

delimitação está inserida na função interpretativa e aplicativa da lei, estando, assim, plenamente garantida sua análise pelo Poder Judiciário:

Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o na la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. Tertium non datur. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso.¹²⁵

Necessário reconhecer que a busca por uma única solução correta se constitui em uma árdua e difícil conclusão, uma vez que, na estrutura do conceito indeterminado, “haverá uma zona de certeza positiva, que conterà as soluções juridicamente corretas e aceitáveis; uma zona de certeza negativa, que abrangerá as soluções juridicamente repelidas; e uma zona intermediária, cinzenta, entre a positiva e a negativa, composta pelas soluções que guardam controvérsias sobre sua viabilidade

¹²⁵ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 8. ed. 1. v. Madrid: Civitas, 1998. p. 449 apud FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*. Revista de Informação Legislativa. 38. v. 151. n. Senado Federal, 2001. p. 118.

jurídica”¹²⁶, a qual poderá gerar controvérsias no tocante à apreciação jurisdicional.

Diante disso, por óbvio, haverá raras hipóteses em que o administrador, ao realizar a aplicação de norma composta por conceito jurídico indeterminado ao caso concreto, não concretizará a certeza – única solução justa – ensejando dúvidas diante de uma possível aplicação de mais de uma solução razoavelmente aceita pelo Direito.

Assim, tem o dever, o Administrador, de, ao realizar a aplicação de uma norma composta por conceito jurídico indeterminado, dilapidar a incerteza e buscar a melhor solução a que visa à finalidade pública, atingindo uma das zonas de certeza negativa ou positiva, não deixando espaço para interpretações subjetivas, pois estará abarcado pela vinculação, conforme expõem Enterría e Fernandez:

Diversamente do conceito de discricionariedade, em que há mais de uma solução justa possível, em se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, só é possível de se pensar numa única solução justa. Afirma a doutrina que *a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo.* (Grifos originais).¹²⁷

¹²⁶ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*. Revista de Informação Legislativa. 38. v. 151. n. Senado Federal, 2001. p. 118.

¹²⁷ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. trad. SETTI, Arnaldo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 393 *apud* TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *Nulidades e Controle Judicial dos Atos das Autoridades do Antitruste*. Revista CEJ. 29. n. Brasília, 2007. p. 129.

Na busca de uma única solução adequada ao caso concreto, há de se ter em mente que, mesmo se tratando de conceitos jurídicos indeterminados, a lei define pressupostos fáticos à atuação do administrador perfeitamente identificáveis. Quando o legislador os utiliza, inequivocamente, almeja uma solução concreta, plenamente determinável, não se admitindo, assim, solução em sentido contrário, oposto ao ideal da lei, constituindo-se na única solução justa.

Neste sentido, adotando-se a teoria da univocidade, com suas adaptações contemporâneas e ao Estado Democrático de Direito brasileiro, conceitos como “justo preço”, “notável saber”, “medidas adequadas”, “ordem pública”, “urgência”, dentre outros, estão desatrelados de discricionariedade, pois não desencadeiam uma decisão livre, mas sim uma única solução justa, cuja determinação deve ser feita pelo administrador e o controle plenamente exercido pelo Poder Judiciário.

2.2.2.1. Parâmetros de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados

Diante da busca pela única solução correta à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, mister o estudo de parâmetros que possam permear limites, vindo, por consequência, a estabelecer. Dentre os parâmetros,

destacam-se os princípios do Direito, em especial os aplicáveis à Administração Pública.

A partir da segunda metade do século XX, quando ocorreu grande absorção dos princípios pelos ordenamentos jurídicos, eles não só passaram a ser considerados normas, mas também se tornaram, com o tempo, superiores às próprias regras jurídicas. Os princípios, desde então incorporados nos ordenamentos constitucionais, norteiam e condicionam o regramento jurídico.

Dentre os princípios abordados no primeiro capítulo, indiscutível é a importância do princípio da supremacia do interesse público, como já visto, inconfundível com o interesse da administração, conforme corrobora Di Pietro:

O emprego de conceitos imprecisos pelo legislador não significa outorga de discricionariedade à Administração, pois somente o juiz, com sua imparcialidade e seus conhecimentos técnicos, tem condições de encontrar a solução mais adequada a cada caso concreto. As autoridades incumbidas de aplicar a lei não têm liberdade de escolher, segundo seus próprios critérios, a solução que lhes pareça mais conveniente; **elas têm de observar os limites legais e obedecer ao fim de interesse público expresso em lei,** segundo as regras da mais racional administração.(Grifouse).¹²⁸

Inquestionável é que as ações administrativas devem ser pautadas à satisfação das necessidades coletivas, conforme o ideal estabelecido ao Estado Social de Direito.

¹²⁸ DI PIETRO, 2001. op. cit. p. 101-102

Destarte, à melhor concretização dos anseios sociais, utilizou-se, o legislador, de um meio de outorgar ao administrador a possibilidade de, frente a determinado caso concreto, adequar a norma ao momento histórico regedor da situação, possibilitando uma efetiva compatibilidade da norma ao caso concreto de aplicação.

O “eu” por mais que esteja presente no interior do administrador, em nome do interesse público, deve ser substituído pelo “nós”, conforme exprime em sábias palavras Eros Roberto Grau:

O 'objeto' do conceito jurídico não existe 'em si', dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Tal objeto **só existe 'para mim'**, de modo tal, porém, que sua existência abstrata apenas tem validade, no mundo jurídico, quando este 'para mim', por força da convenção normativa, corresponde um – **seja-me permitida a expressão – 'para nós'**. (Grifou-se).¹²⁹

Tourinho também é enfática ao destacar o papel da sociedade neste processo, sobrepondo-se o interesse da coletividade sobre o interesse pessoal do administrador, como se observa:

Nos conceitos jurídicos indeterminados, que não são exclusivos do direito público, conforme já observado, estamos diante de normas com conceitos de valor (boa-fé, proibidade, justo preço) ou experiência (premeditação, força irresistível), conceitos estes **que dependem de exercício interpretativo para alcance do seu sentido**, que poderão variar de acordo com o tempo e o espaço, não importa, porém **sempre voltados**

¹²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 62.

a atingir um entendimento comum, aceito pelo meio social. O intérprete, ao desenvolver o raciocínio de interpretação, chegará a uma única solução para o caso concreto, **não lhe sendo possível adotar tal ou qual conceito, guiado por uma liberdade subjetiva.** (Grifou-se).¹³⁰

Como já observado, contemporaneamente, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados devem ocorrer norteada pelos princípios, que hoje, cada vez mais, ganham forma com a ascensão do neoconstitucionalismo, tornando-se verdadeiros vetores não só para a interpretação constitucional, mas do ordenamento jurídico como um todo.

Desta forma, o administrador buscando a finalidade da lei, ao aplicá-la ao caso concreto, levando em conta o sistema jurídico como um todo, indiscutivelmente, chegará à única decisão justa, considerada como correta.

2.3. Conteúdo mínimo aplicável a um conceito jurídico indeterminado

Ao se fazer a análise estrutural de um conceito jurídico indeterminado, chegar-se-á ao seu núcleo conceitual, denominado zona de certeza, bem explicado por Enterría e Fernandez:

Na estrutura do conceito indeterminado, é identificável um núcleo fixo (Begriffkern) ou ‘zona de certeza’, configurado

¹³⁰ TOURINHO, Rita. *A Discricionariedade Administrativa Perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. 15. n. Salvador, 2008. p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 mai 2012.

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.¹³¹

Assim, mesmo sendo vago, fluido ou impreciso, o conceito jurídico, quando defrontado aos pressupostos fáticos e à finalidade expostos na lei, apresenta um conteúdo mínimo indiscutível.¹³²

Segundo Bandeira de Melo, essa zona de certeza será positiva quando não houver dúvidas do cabimento da aplicação da palavra que designa o conceito jurídico indeterminado (é, com certeza) e negativa quando for indubitável de que por ela não estaria abrigado (não é, com certeza), restando dúvidas somente no intervalo entre ambas, constituindo-se a zona de penumbra.¹³³

2.3.1. Zonas de certeza positiva, negativa e de penumbra

Conforme visto acima, a doutrina afirma que todos os conceitos, sejam determinados ou não, possuem uma estrutura interna¹³⁴, vista como orlas periféricas, as quais

¹³¹ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990. op. cit. p. 396 *apud* COSTA, César Augusto Nardelli. *Discrecionalidade Administrativa e Controle Judicial: um estudo em face da Teoria do Desvio de Poder e do Princípio da Proporcionalidade*. TCC (grad). Brasília: UNB, 2007. p. 21.

¹³² BANDEIRA DE MELLO, 2008. op. cit p.29.

¹³³ *Idem*.

¹³⁴ FIGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discrecionalidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 145.

são positivas/negativas (certeza) ou intermediária, também denominada de penumbra (incerteza).

Há de se reconhecer, diante da teoria da univocidade, que ambas desencadeiam uma única decisão administrativa, em razão da especificidade fática ou peculiaridades do caso concreto guiarem, durante o processo de interpretação, a uma das "zonas de certezas negativa ou positiva" do conceito.

A zona de penumbra, em um primeiro momento, poderá despertar a incerteza, pois o significado do conceito se encontraria em um campo duvidoso. Como visto, entretanto, os conceitos jurídicos indeterminados devem ser interpretados, levando-se em conta principalmente os princípios da Administração Pública, o que levará a uma única decisão correta, passando-se, aquela zona inicialmente de incerteza (penumbra) a uma zona de certeza (positiva ou negativa), *tertium non datur*¹³⁵.

A fins de exemplificação acerca das zonas de certeza, é possível vislumbrar a zona de certeza positiva quando, no ato expropriatório por utilidade pública, o administrador, ao interpretar este conceito indeterminado, verificar que satisfaz o requisito legal, ao desapropriar um imóvel para fins de edificação de uma escola pública em

¹³⁵ Do latim *tertium non datur*, significa que não há uma terceira opção. Assim, ou pode, com certeza, ou não pode, com certeza, transpondo-se de uma zona, inicialmente de penumbra, para uma zona, respectivamente, positiva ou negativa.

um município que não dispõe de nenhum estabelecimento de ensino.¹³⁶

Por sua vez, a zona de certeza negativa pode ser vista na hipótese do administrador decidir expropriar por utilidade pública (art. 5º do DL 3.365/41) um imóvel particular, objetivando a construção de um aeródromo em município serrano onde não existem condições geográficas propícias à prática do esporte de aviação.¹³⁷

A condução do conceito jurídico indeterminado a um dos campos de certeza se constitui em ato de interpretação, vinculando o administrador, não cabendo a este realizar qualquer flexibilização, distorção, ampliação ou restrição do núcleo substancial do conceito, não se admitindo intelecção diferente à aceita pela sociedade, pelo senso comum, considerando-se, por óbvio, o momento histórico em que se vive.

Diante disso, quando houver a indeterminação do conceito, não há espaço a qualquer ação subjetiva da administração, havendo a possibilidade de total controle judicial, uma vez que o poder de interpretar a norma integra a própria função jurisdicional, o que será estudado a seguir.

¹³⁶ MORAES, op. cit. p. 171.

¹³⁷ Idem.

2.4. A possibilidade de extensão do controle jurisdicional aos conceitos jurídicos indeterminados

Conforme estudado, verificou-se que, cada vez mais, vem se admitindo o controle jurisdicional dos atos discricionários, frente não apenas à estrita legalidade, mas sim à juridicidade, levando-se em conta o sistema normativo como um todo e os princípios do Direito.

Este controle da discricionariedade se aplica tal qual aos conceitos jurídicos indeterminados. A corrente que não admite o controle jurisdicional amplo, entretanto, apresenta inúmeros argumentos, dentre os quais merecem destaque os seguintes: a falta de preparação técnica do juiz; o afastamento do juiz no tempo e no espaço da realidade em que se enquadra a decisão que deve apreciar; a decisão administrativa é tomada em um quadro de ação político-administrativa; a natureza das funções e tarefas hoje atribuídas à Administração exige flexibilidade e dinâmica, além de um campo de manobra; e, por fim, o caráter eminentemente pessoal de certos tipos de decisão.¹³⁸

Por sua vez, a corrente a favor de um controle jurisdicional amplo, apresenta como principais argumentos os seguintes: em um Estado Democrático de Direito, existe um Poder para dizer a lei, qual seja o Judiciário; a interpretação e aplicação de um conceito jurídico indeterminado é uma atividade vinculada à lei, havendo sempre uma única solução justa; e, por fim, que a

¹³⁸ SOUZA, op. cit. p. 198-203.

dificuldade de controle dos conceitos indeterminados não pode ser entendida como uma base de liberdade à Administração.¹³⁹

Dentre os doutrinadores da corrente adepta ao controle jurisdicional amplo dos conceitos jurídicos indeterminados, ao qual se filia o presente trabalho, torna-se pertinente expor algumas palavras de Enterría e Fernandez:

Sendo a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar tal aplicação, valorando se a solução a que se chegou é a única solução justa que a Lei permite. Esta valoração parte de uma situação de fato determinada, aquela que a prova lhe oferece, porém sua apreciação jurídica se faz a partir do conceito legal e é, portanto, uma aplicação da lei.¹⁴⁰

No Judiciário brasileiro, mesmo que a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados venha sendo aceita de forma tímida, observa-se uma tendência em rechaçar a ideia tradicional de isenção de controle, o que ocorreu no Judiciário espanhol, como destacam os autores:

Esta é uma tendência que progressivamente se vai firmando na jurisprudência [...]; tal tendência marca uma direção de desenvolvimento que é previsível se afiance e estenda definitivamente, já que esta matéria é básica para a depuração

¹³⁹ *Ibidem*. p. 203-209.

¹⁴⁰ ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1990. op. cit. p. 394 *apud* PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da Administração Pública e Tendências à Luz do Estado Democrático de Direito*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. 2. ed. Belo Horizonte, 2004.

do Estado de Direito. A distinção entre discricionariedade e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, no sentido que ficou exposto, resulta capital para reduzir o âmbito daquela a seus termos mais estritos e inevitáveis. Esta doutrina já está acolhida pela nossa jurisprudência (espanhola), à parte de uma multidão de aplicações singulares mais ou menos deliberadas (conceito de ruína, de justo preço, de ordem pública, de probidade, etc.).¹⁴¹

Ao se adotar a tese de que os conceitos jurídicos indeterminados devem ser integrados pelo método interpretativo, e, por consequência, admitir a existência de uma única solução correta, não existindo possibilidade de conveniência e oportunidade, os resultados decorrentes dessa interpretação devem ser controlados com maior intensidade pelo Poder Judiciário, conforme se observa nas seguintes ementas do STF e STJ respectivamente:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.
2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida

¹⁴¹ Ibidem. p. 398 *apud* PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da Administração Pública e Tendências à Luz do Estado Democrático de Direito*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. 2. ed. Belo Horizonte, 2004.

expressamente a ela atribuir essa livre atuação. **Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário.** O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia - art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido. (Grifou-se).¹⁴²

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE REMOÇÃO. INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO QUE DEMONSTRE O INTERESSE PÚBLICO. CRITÉRIO DE ANTIGUIDADE MANTIDO. RECURSO PROVIDO.

1. O assento regimental nº 1/88, no art. 8º, estabelece o critério de antiguidade para a remoção de magistrado, no caso de mais de um interessado pleitear a remoção para uma única vaga. Critério não absoluto, haja vista a disposição: "salvo relevante interesse público, devidamente justificado.

¹⁴² BRASIL. STF. RMS 24699 – SP. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 30 nov 2004, publicado no D.J em: 30 nov 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=370238>>. Acesso em: 3 jun 2012.

2. Viabilidade do controle do Poder Judiciário acerca de conceitos jurídicos indeterminados e do motivo do ato administrativo.

3. Ausência de demonstração de prejuízo ao serviço forense a justificar o afastamento do critério de antiguidade.
 4. Recurso ordinário provido. (Grifou-se).¹⁴³

Como destacado, o controle dos conceitos jurídicos indeterminados é alvo de discussões que permeiam os séculos, formando um dos paradigmas do Direito Administrativo. Na busca da superação deste paradigma, indubitavelmente, merece destaque a doutrina alemã, a qual realiza profundos estudos, sob um prisma contemporâneo, principalmente, pelo que sofrera no passado, conforme destaca Martin Bullinger:

A experiência durante a ditadura conduziu de novo na Alemanha – igualmente como na Espanha, por certo – a uma aberta influência das idéias de democracia e de Estado de Direito na teoria e na dogmática do Direito Administrativo. Assim, tanto na Alemanha como na Espanha se postulou o pleno controle judicial da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, a fim de proteger o cidadão frente a uma Administração que havia evidenciado sua inclinação a um exercício unilateral e arbitrário do poder.¹⁴⁴

¹⁴³ BRASIL. STJ. RMS 19590 – RS. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento em: 2 fev 2006, publicado no DJ em: 20 mar 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=604011&sReg=200500241465&sData=20060320&formato=PDF>. Acesso em: 3 jun 2012.

¹⁴⁴ BULLINGER, Martin. *Prefácio*. In: BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa*. Madri: Marcial Pons, 1997. p. 10 *apud* SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Atividades e Atos Administrativos*. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 24-25.

Conforme o exposto, mesmo que de forma tímida, a jurisprudência brasileira tem se posicionado no sentido de que a existência de conceitos jurídicos indeterminados não exime o Poder Judiciário de analisar se a solução adotada pelo administrador público é a mais adequada ao caso concreto, se constituindo em uma solução justa.

Observa-se, desta forma, uma tendência contemporânea dos tribunais superiores brasileiros em estender o controle judicial às decisões administrativas tomadas com base em conceitos jurídicos indeterminados, porque indeterminado é o conteúdo da norma ou do próprio dispositivo legal em si. Noutras palavras, trata-se do reconhecimento da diferença histórica entre signo e significada, entre a simbologia das palavras tornadas jurídicas e de seu conteúdo de caráter axiológico, via de regra, não contido nelas.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, verifica-se que, timidamente, a doutrina e a jurisprudência brasileira vem mudando o posicionamento referente ao controle jurisdicional, seja dos atos administrativos discricionários, seja dos conceitos jurídicos indeterminados. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados deixou claro que muitos termos utilizados nos textos normativos permitem e, em virtude da garantia constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário, até exigem um controle amplo por parte do Judiciário.

Garantir o controle jurisdicional e mitigar a discricionariedade administrativa desencadeia uma Administração Pública vinculada ao Direito, tomadora de decisões sob a aprovação do senso comum e em conformidade com os ideais e anseios da sociedade. Mitigar a discricionariedade administrativa é garantir uma Administração Pública menos corrupta, sem arbitrariedades, sem nepotismo, sem inúmeros vícios que estendem os tentáculos sobre a atuação estatal.

As formas de controle da Administração, tomando-se como ponto principal os direitos e princípios fundamentais consagrados pela atual norma constitucional, liberta das cartas antidemocráticas, se intensificaram, tendo no controle jurisdicional o verdadeiro pedido de socorro contra o mau uso da máquina pública, aumentando, expressivamente, a responsabilidade do Judiciário no exercício da cidadania da sociedade brasileira.

A sociedade está em constante mutação e, junto com estas alterações, surgem, cada vez mais, problemas complexos, os quais devem ser resolvidos com base na interpretação. Com o propósito de acompanhar essa constante mutação surgiram, juntamente com o neoconstitucionalismo, novos elementos de interpretação constitucional que incidem diretamente no sistema jurídico e na forma de atuação do administrador público.

Quanto maior o clamor por efetividade e pela jurisdição constitucional, a hermenêutica inicia o processo de construção de uma resposta contemporânea aos problemas atuais, pois um sistema interpretativo atualizado carrega em seu bojo os mecanismos de adequabilidade exigidos pelas transformações que o meio social sofre.

Desta forma, admitir que, na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, há mais de uma solução a ser dada subjetivamente pelo Administrador, mascarada por um juízo de conveniência e oportunidade, se constituiria em um retrocesso social.

Assim, conclui-se que a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados desencadeará em uma aplicação vinculada à finalidade almejada pela lei. O dever de o administrador buscar a única solução correta, passa pela transposição da zona de penumbra, obscura, de incerteza, para a zona de certeza, seja positiva, seja negativa. Se assim não for, cabe ao judiciário, como típico intérprete da lei, a intervenção necessária para que o ato praticado em desacordo com a finalidade legal cesse seus efeitos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

ALVES, Felipe Dalenogare. *O CONCEITO DE SOBERANIA: Do Estado Moderno até a atualidade*. Revista Âmbito Jurídico. 83. n. XIII. v. Rio Grande, 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8786> . Acesso em: 15 abr 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. 9. tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados*. Revista Themis. 2.v. 2.n. Fortaleza, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BERNATZIK. *Rechtsprechung um materielle Rechtskraft*. Viena, 1886 apud SOUZA, Francisco António de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: 6 jun 2012.

_____. STF. *RMS 24699 – SP*. Relator: Min. Eros Grau. Julgamento em: 30 nov 2004, publicado no D.J em: 30 nov 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=370238>>. Acesso em: 3 jun 2012.

_____. STJ. *RMS 19590 – RS*. Relator: Min. Felix Fischer. Julgamento em: 2 fev 2006, publicado no D.J em: 20 mar 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=604011&sReg=200500241465&sData=20060320&formato=PDF>. Acesso em: 3 jun 2012.

_____. STJ. *R Esp 1.185.981 – MS*. Relator: Min. Mauro Campbell Marques. Julgamento em: 27 set 2011, publicado no D.Je em: 03 out 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1091849&sReg=201000475682&sData=20111003&formato=PDF>. Acesso em: 19 mai 2012.

_____. STJ. *RMS 25.152 – RS*. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgamento em: 18 ago 2011, publicado no D.Je em: 01 set 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1082320&sReg=200702184080&sData=20110901&formato=PDF>. Acesso em: 19 mai 2012.

_____. STJ. *REsp 510259 – SP*. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 24 ago 2005, publicado no D.J em: 19 set 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=572852&sReg=200300170339&sData=20050919&formato=PDF>. Acesso em: 19 mai 2012.

BULLINGER, Martin. *Prefácio*. In: BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madri: Marcial Pons, 1997 *apud* SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. *Atividades e Atos Administrativos*. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariiedade administrativa*. Revista *Justitia*. 51. v. 145. n. São Paulo, 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Dos atos administrativos especiais*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

DEUTSCHLAND. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland von 1949*. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/Vertretung/brasilien/pt/01__Willkommen/Constituicao__Hino__Bandeira/Constituicao__Seite.html>. Acesso em: 18 abr 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987 *apud* MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Direito Administrativo*. 22. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2009.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *La Lucha Contra las Inmunidades de Poder*. Madri: Civitas, 1995 *apud* TOURINHO, Rita. *A Discricionariade Administrativa Perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. 15. n. Salvador, 2008. p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 mai 2012.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. trad. SETTI,

Arnaldo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990 *apud* PIRES, Maria Coeli Simões; NOGUEIRA, Jean Alessandro Serra Cyrino. *Controle da Administração Pública e Tendências à Luz do Estado Democrático de Direito*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. 2. ed. Belo Horizonte, 2004.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. trad. SETTI, Arnaldo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990 *apud* COSTA, César Augusto Nardelli. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial: um estudo em face da Teoria do Desvio de Poder e do Princípio da Proporcionalidade*. Trabalho de Conclusão de Curso (grad.) Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. trad. SETTI, Arnaldo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990 *apud* TEIXEIRA, José Elaeres Marques. *Nulidades e Controle Judicial dos Atos das Autoridades do Antitruste*. Revista CEJ. 29. n. Brasília, 2007.

_____. *Curso de Derecho Administrativo*. 8. ed. 1. v. Madrid: Civitas, 1998 *apud* FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*. Revista de Informação Legislativa. 38. v. 151. n. Senado Federal, 2001.

ESPAÑA. *Constitución Española de 1979*. Disponível em: <<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice>>. Acesso em 4 jun 2012.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 6. ed. rev. e. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*. Revista de Informação Legislativa. 38. v. 151. n. Senado Federal, 2001.

FRANCE, Constitution Française de 1791. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/constitutions /constitution-de-1791.asp>>. Acesso em: 16 abr 2012.

FREITAS, Daniel Dottes de. *A participação Política no Contexto da Proibição de Retrocesso Social*. In: CLOVIS GORCZEVSKI, Clovis (org). *Direitos Humanos e Participação Política*. 2.v. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. ref. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009.

GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRANJEIRO, J. WILSON. *Manual de Direito Administrativo Moderno*. 26. ed. Brasília: Vestcon, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

JELLINEK, Walter. *Verwaltungsrecht, §5º, III*. n. 2. Berlin, 1929 *apud* LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7 ed. rev. e reel. São Paulo: Malheiros, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KAISER, Anna-Bettina. *Os Princípios do Processo Administrativo-Judicial na Alemanha*. trad. LEAL, Márcio Flávio Mafra. In: *Seminário Internacional Brasil-Alemanha: Pontes de Miranda*. Recife: Conselho da Justiça Federal, 2010.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados e Controle Judicial*. Revista da Escola de Magistratura Federal da 5ª Região. 8. n. Recife, 2004.

_____. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. *Considerações Hermenêuticas sobre os Princípios Constitucionais do Estado Democrático de Direito*. In: CLOVIS GORCZEWSKI, Clovis (org). *Direitos Humanos e Participação Política*. 2.v. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Administração Pública*. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAURER, Hartmut. *Direito Administrativo Geral*. trad. HECK, Luís Afonso. Barueri: Manole, 2006.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ética na administração pública (moralidade administrativa: do conceito à efetivação)*. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Ética no direito e na economia*. São Paulo: Pioneira, 1999.

_____. *Interferências entre Poderes do Estado (Fricções entre o Executivo e o Legislativo na Constituição de 1988)*. Revista de Informação Legislativa. 26. v. 103. n. Senado Federal, 1989.

_____. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962 *apud* COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Revista Justitia. 51. v. 145. n. São Paulo, 1989.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa à Luz da Teoria da Adequabilidade Normativa*. Revista CEJ. 36. n. Brasília, 2007.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SICCA, Gerson dos Santos. *Discricionariedade Administrativa: conceitos indeterminados e aplicação*. Curitiba: Juruá, 2006.

SOUZA, Francisco António de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

TATAGIBA, Giuliano Cesar da Silva. *O Sepultamento do Mérito Administrativo*. Revista Depoimentos. 13. n. Vitória, 2008.

TEZNER, Friedrich. *Zur Lehre des freies Ermessen der Verwaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgericht*. Viena, 1888 *apud* SOUZA, Francisco António de. *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

TOURINHO, Rita. *A Discricionariade Administrativa Perante os Conceitos Jurídicos Indeterminados*. Revista Eletrônica de Direito do Estado. 15. n. Salvador, 2008. p. 9. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 13 mai 2012.

UNIÃO EUROPÉIA. *Carta dos Direitos Fundamentais, de 7 de dezembro de 2000*. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 6 jun 2012.

