

ALISSON LUIZ NICHEL

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS**

CURITIBA

2009

ALISSON LUIZ NICHEL

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação do Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

ALISSON LUIZ NICHEL

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Professor Dr. Egon Bockmann Moreira
Orientador – 1º membro

Professor Dr. Rafael Munhoz de Mello
2º membro

Professor Dr. Rodrigo Luiz Kanayama
3º membro

Curitiba, 30 de outubro 2009.

À Sandra Komatsu.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA	7
1.1 O princípio da legalidade e a função administrativa	7
1.2 Relação de administração: “ferramentas” e “finalidades”	13
1.2.1 “Prerrogativas da Administração”	14
1.2.2 “Finalidade cogente”	16
1.3 Considerações preliminares	17
2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	19
2.1 Vinculação e discricionariedade	20
2.1.1 Atuação vinculada	21
2.1.2 Exercício de competência discricionária.....	25
2.1.2.1 Discricionariedade e legalidade.....	26
2.1.2.2 As diversas acepções de discricionariedade	27
2.2 Justificação da discricionariedade.....	31
2.3 Localização da discricionariedade	35
3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FRENTE AOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	39
3.1 As cláusulas gerais	40
3.1.1 Conceitos indeterminados X termos indeterminados	41
3.1.2 Conceitos jurídicos indeterminados	42
3.1.2.1 Justificação dos conceitos jurídicos indeterminados	44
3.1.2.2 Conceitos de experiência e conceitos de valor	45
3.2 Os conceitos jurídicos indeterminados geram discricionariedade?	47
3.2.1 Posicionamento majoritário na doutrina brasileira: os <i>conceitos jurídicos indeterminados geram discricionariedade</i>	47
3.2.2 Posicionamento adotado: os conceitos jurídicos indeterminados não ensejam discricionariedade	52
CONCLUSÕES	64
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	66

INTRODUÇÃO

O tema da discricionariedade administrativa sempre foi objeto de inúmeros debates e longas controvérsias, tanto entre os doutrinadores quanto no seio jurisprudencial. O embate travado entre os pensadores percorreu todos os pormenores deste instituto, iniciando pela própria existência e necessidade da discricionariedade, passando pela natureza, justificação e localização da discricionariedade e desembocando no controle jurisdicional da atuação discricionária.

Sobre o assunto muito já se falou e algumas questões que outrora geravam polêmica atualmente não demandam maiores discussões. Entretanto, se a existência de discricionariedade no Estado Democrático de Direito e a importância deste instituto para o exercício da atuação administrativa são pontos relativamente pacíficos nos dias de hoje, o mesmo não se pode dizer da problemática que surge da relação entre conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. Mais especificamente a dúvida acerca da existência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

Acerca do tema, podemos distinguir nitidamente duas tendências doutrinárias bem definidas: **1ª)** corrente que defende que os conceitos indeterminados podem gerar discricionariedade administrativa; e **2ª)** a corrente que advoga que os conceitos jurídicos indeterminados não ensejam discricionariedade.

Para os doutrinadores que defendem o primeiro posicionamento, os principais fundamentos para a defesa desta tese são: **a)** apenas as zonas de incerteza de tais conceitos podem gerar discricionariedade; **b)** haverá situações em que mais de uma interpretação do conceito será considerada razoável; **c)** a “razão de ser”, a “conseqüência”/“efeito” no campo jurídico é o mesmo para a discricionariedade e para os conceitos indeterminados.

Já os autores que se posicionam em sentido contrário afirmam que: **a)** a atuação do administrador frente aos conceitos indeterminados é o de mero aplicador/intérprete da lei; **b)** os conceitos indeterminados só permitem uma “*unidade de solução justa*”; **c)** na discricionariedade há liberdade de eleição

entre “*indiferente jurídicos*”; **d)** só haverá competência discricionária quando a lei expressamente a atribuir ao administrador.

Assim, a análise detalhada destes posicionamentos e o choque de opiniões existente entre tais correntes nos permitirá verificar até que ponto se pode falar em discricionariedade perante os conceitos jurídicos indeterminados.

Em suma, pretendemos responder no presente trabalho ao seguinte questionamento: **os conceitos jurídicos indeterminados eventualmente inseridos nas normas geram discricionariedade administrativa?**

1 ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA

Primeiramente, tendo em vista que abordaremos o instituto da discricionariedade enquanto “*modo de atuar discricionário*”¹, ou seja, diretamente atrelado ao exercício da atividade administrativa², importante tecer algumas considerações acerca de tal atuação³, a fim de estabelecer os alicerces que devem nortear o desenvolvimento do tema central: “Discricionariedade administrativa frente aos conceitos jurídicos indeterminados”.

Para tanto, sem a pretensão de esgotar a questão, passa-se a analisar três princípios⁴ de fundamental relevância para o regime jurídico-administrativo e, conseqüentemente, para a questão em tela, quais sejam, o princípio da legalidade administrativa, a função administrativa e a relação de administração⁵.

1.1 O princípio da legalidade e a função administrativa

O princípio da legalidade é considerado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO a pedra de toque do regime jurídico administrativo⁶. E outro não poderia ser o entendimento, pois “*a plena submissão à lei é um traço*

¹ GRAU, Eros Roberto. *Poder discricionário*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 93, p. 45, janeiro-março de 1990.

² A atuação administrativa deve ser analisada enquanto um desenvolvimento dinâmico de atividades, porque, conforme observa MARÇAL JUSTEN FILHO, “*o conceito de ato administrativo perdeu sua relevância como instrumento de compreensão e organização do direito administrativo. O fundamental está em considerar a atuação administrativa de modo global, não cada ato isoladamente*” - *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143.

³ As expressões atuação administrativa e atividade administrativa serão utilizadas no presente trabalho como sinônimos.

⁴ O termo *princípio* será utilizado no presente trabalho nos mesmos moldes adotados por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “*Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico*” – *Curso de Direito Administrativo*, 25ª ed. São Paulo; Malheiros, 2009. p. 53.

⁵ O regime jurídico-administrativo foi brilhantemente examinado por Celso Antônio Bandeira de Mello em seu *Curso de Direito Administrativo*, pp.52-94.

⁶ *Idem*, p. 99.

*basilar do Estado de Direito*⁷, isto é, o princípio da legalidade “*é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria*”⁸.

Aliás, este princípio está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 nos arts. 5º, II⁹, 37, *caput*¹⁰, e 84, IV, d¹¹, **representando verdadeiro “postulado fundamental”¹² do sistema normativo brasileiro.**

Na lição de CAIO TÁCITO, “*o princípio da legalidade domina a ordem jurídica como fundamento de garantia de direitos políticos e individuais, opondo-se ao absolutismo do poder*”¹³. Constatação que deixa claro que este princípio é, nas palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a “*tradução jurídica de um propósito político*”¹⁴.

Referido propósito político é a fixação prévia de parâmetros de atuação para os agentes que exercem determinado “poder”, para evitar que estes desviem da finalidade para a qual foram investidos.

Assim, não há melhor ferramenta que a norma geral, abstrata e impessoal – emanada do Poder Legislativo – para evitar possíveis desmandos e impedir, de acordo com MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que as autoridades cometam abusos e arbitrariedades que, muito embora ilegítimas, eventualmente surjam como caminhos possíveis aos exercentes do poder¹⁵.

Pois, conforme destaca EGON BOCKMANN MOREIRA, “*é através da lei que se dá exercício concreto do Estado Democrático de Direito. Mediante aplicação formal e substancial da lei, a Administração cumpre a vontade popular e confere vitalidade aos demais preceitos constitucionais*”¹⁶.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Legalidade – Discricionariedade – Seus Limites e Controle. Revista de Direito Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 86, p. 42, abril-junho de 1988.

⁸ Obra citada. *Curso...*, p. 100.

⁹ “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei”.

¹⁰ “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”.

¹¹ “Compete privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como **expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução**”.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada. *Curso...*, p. 144. Sem destaques no original.

¹³ TÁCITO, Caio. *Vinculação e discricionariedade administrativa. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, vol. 242, out./dez., 2005, p. 119.

¹⁴ Obra citada. *Curso...*, p. 100.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 66.

¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 82.

E não poderia ser diferente, porque um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil é o de que “*todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*” (art. 1º, parágrafo único, da CF).

Deste modo, constata-se que a Constituição atribuiu ao princípio em comento uma roupagem tal que impossibilita que a Administração Pública se afaste das suas determinações, de modo que, em consonância com o entendimento de MARÇAL JUSTEN FILHO, a atividade administrativa terá seus limites e pressupostos de validade estabelecidos em lei¹⁷.

A profundidade desta verificação é tamanha, que não é exagero afirmar que não haverá atuação administrativa quando não houver lei que a autorize. Daí a máxima de que a Administração apenas pode fazer o que a lei tenha previamente permitido¹⁸, em uma verdadeira “*relação de subsunção*”¹⁹ entre competência legal e atividade administrativa. Inteligência partilhada por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ:

“El principio de legalidad de la Administración opera, pues, en la forma de una cobertura legal de toda la actuación administrativa: sólo cuando la Administración cuenta con esa cobertura legal previa su actuación es legítima. (...) Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente”²⁰

SEABRA FAGUNDES afirmou, em espirada passagem, que administrar é “*aplicar a lei de ofício*”²¹. Em frase não menos lapidar, CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA ensina a importância do princípio da legalidade para a Administração Pública: “*É este o seu berço e o seu túmulo, o seu começo e o seu fim*”²².

¹⁷ Obra citada. *Curso...*, p. 78.

¹⁸ “*O Estado desenvolve apenas as atividades que a ordem jurídica lhe atribui, estando proibido de fazer o que a Constituição ou as leis não autorizam expressamente*” - SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 166. Sem destaques no original.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª ed, 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 13.

²⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. I. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2005. pp. 448-449.

²¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3.

²² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 82.

No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO sustenta que a atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade pautada pelos ditames legais. É uma atividade sublegal, infralegal²³.

Todavia, conforme observa EGON BOCKMANN MOREIRA, “o administrador público deve pautar-se pelas **regras de Direito** com rigor determinista, concretizando o previamente estabelecido em lei. Claro que não mais numa perspectiva da antiga *décision exécutoire* francesa do século XIX, **mas numa compreensão contemporânea do princípio da legalidade (instruída pela ‘juridicidade’ e ‘constitucionalização’ do direito administrativo), em que à Administração é atribuído o dever de cumprir a Constituição**”²⁴. Ou seja, tem o dever de agir “conforme a lei e o Direito” (art. 2º, parágrafo único, I, da Lei 9.784/1994).

A respeito, observa ALMIRO DO COUTO E SILVA que há nos dias de hoje uma tendência incontrolável de apontar como alicerce de toda a atuação administrativa a observância ao Direito e não mais somente à lei²⁵.

E a jurisprudência pátria não destoa deste entendimento:

“O princípio da legalidade adquire, atualmente, compreensão mais ampla, para significar princípio da constitucionalidade (Juarez Freitas), princípio da legitimidade (Diogo de Figueiredo Moreira Neto) ou princípio da juridicidade (Eduardo Soto Kloss), de modo a fazer prevalecer o fim do Direito (a justiça) sobre a literalidade da lei”²⁶.

A conclusão lógica que se extrai do que acima foi exposto, é a de que a atuação administrativa está íntima e indissociavelmente atrelada ao cumprimento dos interesses do povo, os quais são manifestados, em regra, por meio das leis. Conforme explica CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a atividade de todos os agentes públicos, “desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser

²³ Obra citada. *Discrecionabilidade...*, p. 12.

²⁴ Obra citada. *Processo...*, p. 26. Sem destaques no original.

²⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. *Princípio da legalidade da administração pública e segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 84, p. 54, outubro-dezembro de 1987.

²⁶ TRF1, 5ª Turma, AMS nº 200001000827437/AP, Rel. p/ Acórdão Desembargador Federal João Batista Gomes Moreira, DJ. 12/07/2002. Sem destaques no original.

*a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo*²⁷.

A busca do atendimento destas finalidades legais pela Administração, porquanto representante dos titulares do direito, faz surgir a idéia de função administrativa²⁸.

CELSO ANTÔNIO conceitua função como sendo o dever atribuído a alguém de exercer determinado poder com o propósito de buscar, em proveito alheio, o atendimento de certa finalidade²⁹.

Na mesma esteira, MARÇAL JUSTEN FILHO apresenta três aspectos caracterizadores do conceito de função: “a) a titularidade alheia do interesse a ser realizado; b) o dever do sujeito de perseguir a realização desse interesse; c) a atribuição de poder jurídico necessário para a realização desse interesse”³⁰.

Nestes termos, a idéia de função deve ser encarada sob uma dupla perspectiva:

1ª) subordinação passiva: o agente está sujeito ao cumprimento de deveres jurídicos, estando obrigado a praticar todas as condutas necessárias ao fiel cumprimento do interesse a ele confiado e, ao mesmo tempo, está proibido de agir em demasia ou em desacordo com tais interesses;

2ª) poder jurídico: tendo em vista que tais agentes nada mais são do que representantes praticando condutas com o propósito de satisfazer os interesses de quem os confiou esta atribuição, “a situação ativa se individualiza, portanto, como poder jurídico para o titular da função e de sujeição para os demais integrantes da comunidade”³¹. Contudo, “tais poderes são instrumentais: servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissociavelmente atrelados. Logo, aquele que desempenha função tem, na realidade, deveres-poderes”³².

²⁷ Obra citada. *Curso...*, p. 101.

²⁸ “A função administrativa é um conjunto de competências, e a atividade administrativa é a seqüência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita a função e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam sua existência. A função administrativa se traduz concretamente na atividade administrativa” - JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada. *Curso...*, pp. 33-34.

²⁹ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 14.

³⁰ Obra citada. *Curso...*, p. 51.

³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Idem*, p. 52.

³² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. *Curso...*, p. 98.

Esta maneira de encarar a função é essencial para demonstrar que o eixo analítico do Direito Público deve ser voltado para a idéia de dever e não mais de poder³³. Porque quem exerce função apenas utiliza o poder como ferramenta para a consecução dos interesses de outrem. E este exercício não decorre da sua vontade, mas sim do dever.

Na mesma linha, EGON BOCKMANN MOREIRA ressalta que os poderes que o administrador público possui são meros vetores previamente orientados à consecução dos seus deveres, haja vista que toda a atividade da Administração Pública está embebida pela idéia de função³⁴. No que tange a função administrativa, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO assim preleciona:

“Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário”³⁵.

Na explicação de EGON BOCKMANN MOREIRA, sete elementos podem ser extraídos deste conceito de função administrativa: “(a) **agente público**, investido no (b) **dever** de satisfazer uma (c) **finalidade** no (d) **interesse público**, tal como (e) **fixado em lei**, necessitando para isso dos (f) **poderes** indispensáveis à consecução de seu dever, outorgados sempre (g) no **interesse alheio** ao sujeito que maneja o poder”³⁶.

Estas considerações são relevantes para que se definam precisamente quais são os limites aos quais estão sujeitos os agentes públicos, evitando, assim, interpretações equivocadas que eventualmente poderiam ser feitas se analisadas sob uma perspectiva de Direito Privado. Sobre a questão, CARLOS ARI SUNDFELD dispõe que:

³³ Por tal razão é que EROS ROBERTO GRAU afirmou que “a noção de poder, contudo, na esfera estatal, compõe-se no conceito função pública. E toda função pública – não apenas a função administrativa – é expressão de um poder dever”. Obra citada. *Poder...*, p. 45.

³⁴ Obra citada, *Processo...*, p. 26 e 32.

³⁵ Obra citada, *Curso...*, p. 36.

³⁶ Obra citada. *Processo...*, p. 32. Sem destaques no original.

“Ao princípio da função, próprio do direito público, opõe-se o da autonomia da vontade, vigente no direito privado. Enquanto naquele os atos se vinculam a certo fim, que deve ser necessariamente atingido, neste os atos são produzidos nos termos da vontade livre dos particulares”³⁷.

Com efeito, a atuação administrativa deve ser pautada pelo dever de implementar a finalidade legal que a justifica, já que o administrador simplesmente representa o titular do poder, que é o povo, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da CF.

1.2 Relação de administração: “ferramentas” e “finalidades”

Como visto, a atividade administrativa está plenamente vinculada aos parâmetros legais, os quais justificam e delimitam os poderes que a Administração possui para atingir as finalidades do povo. Assim, de acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, evidente que a legalidade não se compreende senão (e desde logo) em consideração à finalidade da regra de direito.³⁸ Para alcançar referida finalidade, inexoravelmente será “instalada” uma relação administrativa.

A relação administrativa deve ser compreendida enquanto relação intersubjetiva. Ou seja, deve haver a inter-relação legal de no mínimo dois sujeitos³⁹.

A primeira advertência que deve ser feita sobre a relação de administração é a de que, em observância ao princípio da legalidade, a delimitação da competência, os parâmetros da atuação administrativa e, por consequência, da relação administrativa, são estabelecidos por lei.

Esta delimitação é, de acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “o círculo compreensivo de um plexo de deveres públicos a serem satisfeitos mediante o exercício de correlatos e demarcados poderes instrumentais, legalmente conferidos para a satisfação do interesse público”⁴⁰.

³⁷ SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 166.

³⁸ Obra citada. *Legalidade...*, p. 43.

³⁹ FRANCISCO AMARAL define relação jurídica como sendo “o vínculo que o direito reconhece entre pessoas ou grupos, atribuindo-lhes poderes e deveres. Representa uma situação em que duas ou mais pessoas se encontram, a respeito de bens ou interesses jurídicos”. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 159.

⁴⁰ Obra citada. *Curso...*, p. 144.

Razão pela qual EGON BOCKMANN MOREIRA adverte que a Administração deve atuar nos estritos limites impostos pela lei (compreendida sistematicamente), havendo insuperável proibição ao exercício administrativo que extrapola/amplia ou reduz/restringe as fronteiras traçadas pela lei⁴¹.

RUY CIRNE LIMA pondera que *“a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade, que a atividade de administração se propõe, nos aparece definida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”*⁴².

Desde já se percebe que a relação de administração possui peculiaridades que não vislumbramos nas demais relações jurídicas. EGON BOCKMANN MOREIRA aponta duas características que a especializam: *“hierarquização dos sujeitos participantes e finalidade preestabelecida em lei”*⁴³. Estas singularidades derivam da própria noção de função administrativa, pois, na lição de RUY CIRNE LIMA, o que prepondera na administração são os deveres e as finalidades⁴⁴.

Assim, constata-se que a atividade de quem representa terceiros, ou seja, exercida em nome do titular do poder – o povo (art. 1º, §1º, da Constituição Federal) -, apenas é instrumentada (*“hierarquização dos sujeitos”/“prerrogativas da Administração”*) com o propósito de melhor satisfazer os deveres de implementar a finalidade legal que a justifica e limita (*“finalidade preestabelecida em lei”/“finalidade cogente”*). Vejamos.

1.2.1 “Prerrogativas da Administração”

Na relação de administração não há, em regra, uma paridade de “poderes” entre os sujeitos. A Administração apresenta posição privilegiada e de supremacia nas relações com os particulares.

Esta posição diferenciada não reflete qualquer inadequação, pois a atividade administrativa não é justificada em si mesma. A Administração exerce determinados poderes com o propósito único de satisfazer os interesses do

⁴¹ Obra citada. *Processo...*, p. 81.

⁴² LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 106.

⁴³ Obra citada. *Processo...*, p. 28.

⁴⁴ Obra citada. *Princípios...*, p. 106.

titular do poder. Ou seja, a atuação administrativa é uma atuação justificada e pautada pelo interesse público.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que tais prerrogativas derivam do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e ao mesmo tempo o configuram⁴⁵.

A correção desta assertiva é facilmente constatada, pois a atuação administrativa é determinada e justificada pela busca e concreção do interesse público. AFONSO RODRIGUES QUIRÓ preleciona que “*êste interesse deverá, por assim dizer, ser a luz que ilumina a autoridade administrativa, deverá ser o ponto cardeal por onde ela se orienta*”⁴⁶. Assim sendo, a ordem jurídica confere “instrumentos” aos agentes públicos, a fim de que estes desempenhem de forma primorosa e completa a missão para a qual foram investidos.

Logo, quando se estabelece uma relação jurídica entre a Administração e os particulares, esta deve ser encarada como uma relação entre o todo e uma parcela do todo. Motivo pelo qual aquele deve primordialmente prevalecer sobre este.

Há, no entender de CARLOS ARI SUNDFELD, uma relação de autoridade, significando verdadeira condição para que a função administrativa seja inteiramente observada⁴⁷.

Estas prerrogativas/instrumentos “*são meramente poderes-meio para o cumprimento do dever de cuidar excelentemente da coisa pública*”⁴⁸. Portanto, segundo EGON BOCKMANN MOREIRA, devem ser denominadas, em consonância com o entendimento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, como “deveres-poderes”, “*pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto de subordinação do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações*”⁴⁹.

Destarte, as “prerrogativas da administração” representam, na verdade, uma faceta da função administrativa. São “instrumentos” conferidos por lei aos

⁴⁵ Obra citada. *Curso...*, pp. 69-73.

⁴⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, nº 97, p. 02, julho-setembro de 1969.

⁴⁷ Obra citada. *Fundamentos...*, p. 110.

⁴⁸ MOREIRA, Egon Bockmann. Obra citada. *Processo...*, p. 29.

⁴⁹ Obra citada. *Curso...*, p. 72.

agentes administrativos a fim de que estes desempenhem perfeitamente as suas atividades. Entretanto, tais “instrumentos” apenas podem ser utilizados na medida e limites necessários à persecução do interesse público pré-estabelecido em lei, sob pena de invalidade.

1.2.2 “Finalidade cogente”

A suposta incongruência que surge da “submissão” do povo aos ditames dos “exercentes do poder” é apenas aparente. A tensão que nasce na relação administrativa, tendo de um lado o cidadão – “*que titulariza o poder (em conjunto com os demais indivíduos), mas não o exerce; ao contrário, suporta*”⁵⁰, e, do outro, o Estado-Administração – que exerce o poder, mas não o titulariza; ao revés, apenas cumpre um dever, **é equilibrada pelo próprio ordenamento jurídico**.

A administração não age de acordo com a sua vontade. Os interesses que devem ser buscados pela atividade administrativa não são determinados pela livre disposição do administrador. Tal como acima relatado, este apenas exerce “deveres-poderes”, pois os ditos poderes nada mais são do que “ferramentas” para a satisfação do interesse público. Ao desempenhar o “poder” o administrador está, nas palavras de CAIO TÁCITO, “*vinculado a um fim público específico*”⁵¹.

O exercício e a delimitação da competência são sempre estabelecidos por lei, com o propósito de que o administrador atenda a finalidade nela prevista. EGON BOCKMANN MOREIRA ensina que “*o fim previsto em lei é de consecução obrigatória para o agente público, vez que a outorga de competência limita a atividade administrativa*”⁵².

RUY CIRNE LIMA estabelece com precisão a definição de relação administrativa: “*À relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração*”.⁵³

⁵⁰ SUNFELD, Carlos Ari. Obra citada. *Fundamentos...*, p. 110.

⁵¹ Obra citada. *Vinculação...*, p. 121.

⁵² Obra citada. *Processo...*, p. 29.

⁵³ Obra citada. *Princípios...*, p. 105.

Ainda no entender do referido autor, a “*atividade administrativa obedece, cogentemente, a uma finalidade, à qual o agente é obrigado a adscrever-se, quaisquer que sejam suas inclinações pessoais; e essa finalidade domina e governa a atividade administrativa, imediatamente, a ponto de assinalar-se, em vulgar, a boa administração pela impessoalidade, ou seja, pela ausência de subjectividade*”⁵⁴.

Deste modo, verifica-se que a suposta dicotomia existente na relação de administração é ilusória, porque apenas é assegurado ao administrador exercer “deveres-poderes”, a fim de que concretize a vontade do povo previamente estabelecida em lei⁵⁵.

1.3 Considerações preliminares

Estabelecidas estas premissas, algumas conclusões preliminares devem ser apresentadas:

- a) o princípio da legalidade deve ser encarado como postulado fundamental do ordenamento jurídico brasileiro;
- b) a atividade administrativa encontra seu fundamento, validade e limite no Direito;
- c) a Administração exerce função, pois apenas representa os interesses do povo;
- d) a relação de administração possui duas peculiaridades que a diferenciam das demais relações jurídicas: disparidade de poderes entre os sujeitos da relação e finalidade pré-fixada em lei;
- e) as prerrogativas asseguradas à Administração são “deveres-poderes”/“ferramentas” para a perfeita consecução do interesse do povo;
- f) o interesse do povo, que incondicionalmente informa a atividade administrativa, deve estar previamente estabelecido em lei.

⁵⁴ CIRNE LIMA, Ruy. Sistema de direito administrativo brasileiro. vol. I (“Introdução”). Porto Alegre: Santa Maria, 1957. p. 26. *Apud*: MOREIRA, Egon Bockmann. Obra citada. *Processo...*, p. 30.

⁵⁵ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO extrai desta obrigatoriedade do administrador exercer a finalidade legal o princípio da *indisponibilidade pela Administração dos interesses públicos*. Obra citada. *Curso...*, pp. 73-87.

Estas considerações iniciais são de suma importância para a análise e delimitação do instituto da discricionariedade administrativa e, por conseguinte, para que seja respondida a pergunta central do presente trabalho: os conceitos jurídicos indeterminados geram discricionariedade? Passemos a analisar estas questões.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A discricionariedade representa verdadeiro instituto do Estado Democrático de Direito, pois inexistente ou desvirtuado nos Estados Autoritários, nos quais a atuação dos administradores é inteiramente legitimada pela sua vontade simplesmente por serem os detentores do poder de fato⁵⁶.

Conforme restou demonstrado no Capítulo anterior, no Estado Democrático de Direito a atuação administrativa está inteiramente vinculada ao princípio da legalidade, não podendo haver atividade nos vazios normativos. Desta forma, o instituto jurídico da discricionariedade foi concebido com o propósito de *“formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade”*⁵⁷. Isto porque, conforme ensinam SÉRGIO FERRAZ e ADILSON ABREU DALLARI, *“discricionariedade não se confunde com arbítrio”*⁵⁸.

Portanto, evidente a relevância de se analisar este tema, despontando como um dos mais caros ao Direito Administrativo.

O intrigante assunto da discricionariedade administrativa tem suscitado ao longo dos anos inúmeras controvérsias. De acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *“sobre o tema já se verteram rios de tinta”*, mas *“ainda há espaço para que muito mais se escreva, pois há tópicos importantes que precisam ser visitados ou revisitados”*⁵⁹.

Dentre as inúmeras questões que se apresentam, uma nos chamou maior atenção: discricionariedade administrativa frente aos conceitos jurídicos indeterminados.

Entretanto, para que seja possível abordar este ponto específico, alguns aspectos da discricionariedade devem ser anteriormente fixados: a) vinculação e discricionariedade; b) justificação da discricionariedade; c) localização da discricionariedade.

⁵⁶ Para uma análise mais aprofundada acerca da evolução da discricionariedade nos modelos de Estado, confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 17-65.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Obra citada. *Curso...*, p. 160.

⁵⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 59. Sem destaques no original.

⁵⁹ Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 9-10.

E assim o é porque a conclusão acerca da existência ou inexistência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados está intimamente ligada ao conceito e elementos da discricionariedade administrativa, dependendo do prévio esclarecimento destas problemáticas para ser estabelecida. Confira-se.

2.1 Vinculação e discricionariedade

Em grande parte dos trabalhos que têm por objeto o estudo da discricionariedade administrativa é comum encontrarmos as expressões “atos vinculados” e “atos discricionários”. Todavia, estas expressões, muito embora generalizadas, são, na lição de VITOR NUNES LEAL, conceitualmente defeituosas e podem conduzir a conclusões inexatas⁶⁰.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que não é o ato que é discricionário ou vinculado. O ato é apenas a concretização da competência conferida por lei ao administrador público⁶¹. Aliás, tal como abaixo demonstrado, não há exagero em se afirmar que nunca haverá ato inteiramente discricionário, muito pelo contrário, a discricionariedade plena é, na verdade, arbítrio⁶².

Tal modo de apresentar estes institutos faz surgir a equivocada sugestão de que existe uma inconciliável antítese entre eles, apontando-os como duas categorias completamente antagônicas e intocáveis. Entretanto, esta apresentação esconde pontos importantíssimos, **em especial a existência de vinculação e discricionariedade em uma mesma atuação administrativa.**

O principal problema que surge da utilização indiscriminada destas expressões é o que tange ao controle jurisdicional da Administração Pública, pois, tal como preceitua CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, partindo-se do pressuposto de que o ato possui caráter discricionário, haveria, ao menos

⁶⁰ LEAL, Vitor Nunes. *Comentários ao Acórdão proferido por Seabra Fagundes na Apelação Civil nº 1422. Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, nº 14, outubro-dezembro de 1948. p. 57.

⁶¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “*Relatividade*” da competência discricionária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, nº 212, p. 49, abril-junho de 1998.

⁶² Segundo JUAREZ FREITAS, “*nessa ordem de idéias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário*”. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 8. Sem destaques no original.

em tese, vedação à apreciação judicial deste ato, sob pena de violação ao princípio da tripartição dos poderes (art. 2º da Constituição Federal)⁶³.

Ou seja, esta inexata apreciação do que é vinculação e do que é discricionariedade é uma das principais responsáveis pela errônea idéia de que sempre que se estiver frente ao exercício de discricionariedade não cabe ao Poder Judiciário sequer conhecer do litígio que lhe foi apresentado. Transformou-se a discricionariedade, na feliz expressão de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, em verdadeira “*palavra mágica*” que detém, ilegitimamente, o controle jurisdicional⁶⁴.

Ademais, estas imprecisões incondicionalmente afetam a questão da discricionariedade administrativa frente aos conceitos jurídicos indeterminados, pois a compreensão deste tema está intimamente atrelada à exata compreensão da discricionariedade.

Apesar de entendermos que a expressão “ato vinculado” não tem o condão de gerar maiores controvérsias, haja vista que o problema reside justamente no incorreto entendimento do que seja discricionariedade, entendemos por bem não utilizar na monografia em tela ambas as expressões⁶⁵. Analisaremos estes pontos enquanto “atuação vinculação” e “exercício de competência discricionária”.

2.1.1 Atuação vinculada

A lei confere ao administrador público determinadas competências para o exercício da atuação administrativa. Como visto, a tais agentes são assegurados “deveres-poderes” para a busca da finalidade legal que os legitima e condiciona.

Em suma, a atividade administrativa é determinada pela persecução dos interesses do povo – titular do poder –, delimitando-a na medida necessária ao seu atingimento.

⁶³ Obra citada. *Relatividade...* p. 55.

⁶⁴ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 129.

⁶⁵ Sendo assim, quando nos valermos de citações doutrinárias ou jurisprudenciais que utilizem estas expressões, deve-se ter em mente as acepções de vinculação e discricionariedade apresentadas no presente capítulo.

Contudo, como é cediço, a delimitação e determinação das condutas dos agentes que melhor se prestam ao fim para o qual foram investidos é de extrema complexidade e delicadeza. E esta árdua tarefa, como não poderia deixar de ser, fica ao encargo do legislador, ora apontando com precisão a atividade que deverá ser desenvolvida, ora deixando certa margem de liberdade ao administrador.

Quando a lei indica com “*exatidão milimétrica*”⁶⁶ qual deverá ser a conduta do agente público, estaremos frente ao exercício de atuação administrativa vinculada. Na lição de WALTER CAMPAZ, a atividade vinculada representa verdadeira reprodução da vontade contida no ordenamento⁶⁷.

Nestes casos, segundo ADILSON ABREU DALARI, a lei já escolheu qual é a melhor conduta/solução a ser praticada/adotada para a satisfação do interesse público⁶⁸.

Na mesma linha, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO destaca que a “*lei preestabelece qual a única e obrigatória conduta a ser tomada perante situações por ela previamente caracterizadas mediante conceitos precisos, suscetíveis de aferição objetiva. Em tais casos, sempre que se estiver na presença das situações nela apontadas, a regra de direito já terá definido, com antecipação, a medida qualificada como ideal para satisfazer-lhe a finalidade*”⁶⁹.

Isto é, não há interferência de critérios da Administração, a qual não pode eleger decisões. Está, no entender de REGIS FERNANDES DE OLIVERA, obrigada a acatar a decisão pré-estabelecida em lei, não cabendo à Administração “*escolher um comportamento que não o previamente indicado na norma. Não há opção. A lei impõe determinado comportamento e só um, de tal forma que na há possibilidade de entendimento diverso*”⁷⁰.

⁶⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, n° 179, p. 54, janeiro-junho de 1990.

⁶⁷ CAMPAZ, Walter. *Discricionariedade*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n°s 47-48, Ano IX. p. 29.

⁶⁸ DALLARI, Adilson Abreu. *Controle do desvio de poder*. In: *O abuso de poder do Estado na atualidade*. Coordenadores: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de; LIMA, Liana Maria Taborda. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. pp. 4-5.

⁶⁹ Obra citada. *Legalidade...*, pp. 43-44.

⁷⁰ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89.

EGON BOCKMANN MOREIRA aponta que na atividade vinculada o campo de atuação “pessoal” do agente é praticamente inexistente, cabendo-lhe apenas analisar a existência de determinada situação concreta que autoriza a aplicação da norma jurídica (lei \leftrightarrow fato)⁷¹.

Assim, ensina VITOR NUNES LEAL que, presentes determinados pressupostos normativos, o sistema legal impõe ao administrador – sem qualquer margem de liberdade – a prática necessária de certas ações ou omissões, com o propósito de conferir concretude ao interesse público⁷². Há, no entender de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, simples processo de aplicação da lei, na qual não sobra qualquer margem de juízo subjetivo ao administrador⁷³.

Inúmeros são os exemplos de atuação discricionária. Dentre estes, um é amplamente utilizado pela doutrina, qual seja, a aposentadoria compulsória. Dispõe o art. 40, §1º, II, da Constituição da República que:

“**Art. 40.** Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

(...)

§ 1º Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo **serão aposentados**, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17:

(...)

II - **compulsoriamente, aos setenta anos de idade**, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição”

O exemplo apresentado não gera dúvidas. Quando determinando funcionário completa 70 anos – hipótese normativa incontestavelmente objetiva – cabe à Administração aposentá-lo (**serão** aposentados compulsoriamente aos setenta anos de idade). Não resta qualquer margem de liberdade ao administrador. Verificado o pressuposto (servidor completou 70 anos), a Administração deve, incondicionalmente, agir de determinada maneira (aposentar).

⁷¹ Obra citada. *Processo...*, p. 86.

⁷² Obra citada. *Comentários...*, p. 59.

⁷³ Obra citada. *Curso...*, p. 461.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO assevera que nestes casos a “discricionariedade” que possa haver é mínima, pois se limita à escolha do momento de agir⁷⁴.

Por sua vez, JUAREZ FREITAS apresenta algumas peculiaridades com relação à atuação vinculada, que, de certa maneira, distingue a sua análise das idéias apresentadas pelos autores supramencionados.

Afirma que não é correto defender que há vinculação inteira e absoluta⁷⁵, pois, muito embora na atuação vinculada o legislador tenha reduzido “a margem de escolha de conseqüências” a praticamente zero, não afastou “a discricção cognitiva na fixação do conteúdo dos conceitos indeterminados da norma vinculante, tampouco o dever de escrutínio quanto à constitucionalidade”⁷⁶. Isto é, mesmo quando aparentemente a lei não tenha deixado qualquer margem de liberdade ao administrador, tal vinculação extrema será apenas ilusória, pois, na lição de JUAREZ FREITAS, a vinculação se dá em face de todo o sistema e não só da lei⁷⁷.

Por esta razão, o referido autor conceitua atuação vinculada como sendo a atuação que guarda intensa vinculação aos requisitos formais pré-estabelecidos em lei, mas que possui certa margem de liberdade para a fixação do conteúdo das normas abertas, a fim de garantir que a atuação estará em consonância com os princípios constitucionais⁷⁸.

Por fim, conclui que, levando em conta esta perspectiva da atuação vinculada, resta demonstrado que em nenhum caso haverá subsunção automática da regra ao caso⁷⁹, cabendo ao administrador, inclusive, deixar de agir caso entenda que a determinação prevista em lei acarretará violação irreparável aos princípios e direitos fundamentais⁸⁰.

⁷⁴ Obra citada. *Discricionariedade...* p. 129.

⁷⁵ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 34.

⁷⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed. Editora: Malheiros, 2009. p. 360.

⁷⁷ *Idem*, pp. 368-369.

⁷⁸ *Idem*, pp. 385 e 389.

⁷⁹ Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 8-9.

⁸⁰ Obra citada. *O controle...*, p. 367.

2.1.2 Exercício de competência discricionária

Com a chegada do Estado de Direito, a primeira grande discussão que surgiu com relação ao tema da discricionariedade administrativa foi a da sua sobrevivência. Por muito tempo ficou em voga a discussão de se haveria como conciliar a liberdade conferida ao administrador com a ascensão do governo das leis⁸¹.

Esta questão apenas preocupou os juristas da época pelo fato que eles ainda tinham em mente a concepção de discricionariedade tal como era conhecida no Estado Autoritário, qual seja, a idéia de que os governantes tinham poder absoluto e supremo fundado e delimitado por suas próprias vontades. Esta era a principal razão – “*resquício da arbitrariedade do monarca*”⁸² - que fazia com que a discricionariedade fosse combatida naquela época. Porém, logo após ter passado esta natural insegurança que surge após qualquer ruptura, a discricionariedade foi encarada, nas palavras de REGINA HELENA COSTA, “*como uma verdadeira necessidade, apta a habilitar a Administração Pública a melhor cumprir a sua finalidade*”⁸³.

Portanto, a sobrevivência, necessidade e importância da discricionariedade são questões incontroversas e superadas na atualidade, motivo pelo qual não demandam maiores digressões.

Todavia, muitos outros pontos ainda constituem objeto de grandes polêmicas, não havendo unanimidade frente à apresentação, conceituação, limites, localização e justificativa da discricionariedade.

⁸¹ “*Em síntese: como no Estado de Direito quer-se o ‘governo das leis e não o governo dos homens’ – de acordo com notória máxima oriunda do Direito inglês – a validade dos atos administrativos depende de que sejam, deveras, concreções dos comandos legais; vale dizer, providências intercalares que promovem a ligação fiel entre o plano abstrato das leis e a realização efetiva de seus ditames”.* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. *Legalidade...*, p. 43. Sem destaques no original.

⁸² COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 95, p. 128, julho-setembro de 1990.

⁸³ *Idem, Ibidem. No mesmo sentido*, ensina ALMIRO DO COUTO E SILVA que “o poder discricionário, não é, em conclusão, um resíduo do absolutismo que ficou no Estado de Direito, nem um anacronismo autoritário incrustado no Estado contemporâneo. Ele não pode ser visto como uma anomalia ou como um vírus que deva ser combatido até a extinção. Trata-se, simplesmente, de um poder contido pela lei e pelo controle judicial dos pressupostos formais do exercício, um poder sem o qual seria impossível a atividade criadora e plasmadora do futuro exercida pela Administração Pública”. Obra citada. *Poder...*, p. 67.

2.1.2.1 Discricionariedade e legalidade

Muito embora elementar e de fácil constatação do que até aqui foi exposto, a primeira questão a ser analisada é a que diz respeito ao princípio da legalidade na atuação discricionária.

Um grande equívoco que pode surgir ao se falar em liberdade de atuação é o de considerar que a discricionariedade surge quando a Administração não está subordinada a regras jurídicas (nos vácuos legais). Não é o que ocorre, no entanto.

Tal como amplamente demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, a atividade administrativa não existe sem prévia autorização legal. Ou seja, está inserida, justificada e delimitada pela competência conferida por lei ao administrador⁸⁴.

E o exercício de competência discricionária não se afasta desta máxima. É estabelecida e limitada pela lei tanto quanto qualquer atuação vinculada. Constata-se, assim, na lição de REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, que a discricionariedade tem seu limite primeiro e natural na lei⁸⁵. Na mesma linha, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, destaca que “a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, sua decisão passa a ser arbitrária”⁸⁶.

Aliás, não poderia ser diferente, porque, conforme informam EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ:

“Todo poder atribuido por la Ley ha de ser en cuanto a su contenido un poder concreto y determinado; no caben poderes inespecíficos, indeterminados, totales, dentro do sistema conceptual de Estado de Derecho abierto por la Revolución francesa, en cuyo seno vivimos. (...) En términos más simples, un derecho ilimitado pondría en cuestión la totalidad del ordenamiento, porque esa ilimitación destruiría todos os demás derechos, los haría imposibles”⁸⁷.

Deste modo, ao se falar em discricionariedade, deve-se levar em conta que a “liberdade” do administrador é, em consonância com o posicionamento

⁸⁴ CAIO TÁCITO adverte que está competência “*não é um cheque em branco*”. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 5. *Apud*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. *Relatividade...*, p. 56.

⁸⁵ Obra citada. *Ato...*, p. 88.

⁸⁶ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 67.

⁸⁷ Obra citada. *Curso...*, p. 457.

de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, de natureza peculiar, haja vista que fundada e animada ao exercício de uma função administrativa⁸⁸. Inteligência partilhada por SEABRA FAGUNDES: “A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, **como tôda e qualquer atividade executória**, com sujeição a ela”⁸⁹.

Frente ao exposto, concebemos a discricionariedade, nas palavras de EROS ROBERTO GRAU, enquanto “uma técnica da legalidade e não como uma antítese”⁹⁰. Isto porque, mesmo que em graus de intensidade diferenciados, o administrador estará sempre vinculado aos ditames legais, uma vez que até mesmo a discricionação supõe comportamento “*intra legem*” e não “*extra legem*”⁹¹.

2.1.2.2 As diversas acepções de discricionariedade

Um núcleo comum pode ser extraído do conjunto de acepções aceitáveis de discricionariedade, qual seja, o de considerá-la como uma parcela de liberdade conferida por lei ao administrador. No entanto, inúmeras divergências surgem do exame da discricionariedade. Vejamos as diversas acepções de discricionariedade apresentadas pelos doutrinadores.

WALTER CAMPAZ aponta a discricionariedade como sendo a faculdade conferida por lei ao administrador para que este escolha, segundo critérios volitivos (“psicológicos”) de conveniência e oportunidade⁹², em cada caso concreto, uma dentre duas ou mais soluções igualmente justas dentre as validadas pela hipótese normativa que confere a regra de competência, visando o atingimento de uma finalidade prevista no ordenamento⁹³.

⁸⁸ Obra citada. *Relatividade...*, p. 55.

⁸⁹ TJRN, Apelação Cível n.º 1422, Rel. Des. Seabra Fagundes. *Apud*: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV, n.º 14, outubro-dezembro de 1948. p. 57. Sem destaques no original.

⁹⁰ Ora citada. *Poder...*, p. 45.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. *Relatividade...*, p. 50.

⁹² “A Administração atua não apenas com elementos cognoscitivos, reproduzindo a vontade contida na norma, como ocorre com os atos vinculados. Mas, também, com elementos volitivos, com elementos de conteúdo psicológico, embora nos limites de ordenamento jurídico”. CAMPAZ, Walter. Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 31.

⁹³ *Idem*, p. 36.

Segundo ADILSON ABREU DALLARI, discricionariedade é o dever-poder atribuído ao agente para que este escolha a melhor conduta, dentro de inúmeras condutas possíveis, para a perfeita satisfação do interesse público. Assevera, porém, que esta gama de possibilidades apenas são verificadas em tese, porque diante do caso concreto sempre haverá apenas uma única conduta adequada à plena persecução do interesse público⁹⁴. Por outro lado, REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA defende a tese que “há uma série de soluções possíveis e previamente validadas pelo sistema normativo”⁹⁵.

Na mesma esteira, JUAREZ FREITAS sustenta ser impossível defender que há “a” única solução correta (mesmo na atuação vinculada)⁹⁶, muito embora reconheça que diversas das soluções abstratamente possíveis deverão de plano ser descartadas, razão pela qual cabe ao administrador justificar a sua escolha⁹⁷. Outrossim, entende que a discricionariedade é “a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais para a efetividade do direito fundamental à boa administração”⁹⁸. Este autor defende, ainda, que o exercício de competência discricionária sempre terá certa porção de vinculação, haja vista que deve obediência aos programas e metas constitucionais, bem como aos postulados fundamentais⁹⁹.

ALMIRO DO COUTO E SILVA acrescenta um novo fundamento aos argumentos apresentados por REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA e JUAREZ FREITAS, asseverando que apenas se pode falar em discricionariedade quando restar, no caso concreto, mais de uma alternativa ao agente, pois nos casos em que couber apenas uma única medida possível a discricionariedade fica aí reduzida a nada. Ou seja, nos casos em que há ausência de alternativa ao administrador público estar-se-á diante de competência vinculada¹⁰⁰.

⁹⁴ Obra citada. *Controle...*, p. 4.

⁹⁵ Obra citada. *Ato...*, p. 97.

⁹⁶ Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 8-9.

⁹⁷ Obra citada. *O controle...*, pp. 385-386.

⁹⁸ *Idem*, pp. 370-371.

⁹⁹ *Idem*, p. 374.

¹⁰⁰ Obra citada. *Poder...*, p. 54.

Para MARIA SILVIA ZANELLA DI PIETRO o legislador confere intencionalmente uma faculdade¹⁰¹ ao administrador para apreciar, segundo critérios que só podem ser levados em consideração adequadamente frente ao caso concreto (“*oportunidade, conveniência, justiça e igualdade*”), a melhor escolha dentre duas ou mais soluções juridicamente válidas¹⁰².

Idéia semelhante é defendida por EROS ROBERTO GRAU quando fala que a discricionariedade é essencialmente um modo de conduta da Administração, no qual a lei confere “*liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos*”¹⁰³. Também, de acordo com este autor, a atuação discricionária, na qual o administrador age segundo critérios de oportunidade para a escolha de “*indiferentes jurídicos*”, é extremamente reduzida e apenas e tão-somente se manifesta quando a lei expressamente atribui esta margem de liberdade à Administração. E conclui dizendo que assim o é pelo simples fato de que o princípio democrático repele qualquer fundamento que tente conduzir ao entendimento de que a Administração pode atuar além dos talantes legais, motivo pelo qual os “juízos psicológicos” apenas serão legítimos se a lei explicitamente os autorizar¹⁰⁴.

E AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ não se afasta deste posicionamento, definindo a discricionariedade da seguinte forma:

“O poder discricionário (...) consiste (...) numa outorga de liberdade, feita pelo legislador à Administração, numa intencional concessão do poder de escolha, ante o qual se legitimam, como igualmente legais, igualmente corretas de lege lata, tôdas as decisões que couberem dentro da série, mais ou menos ampla, daquelas entre as quais a liberdade de ação administrativa foi pelo legislador confinada”¹⁰⁵.

O autor português defende a idéia de que quando o administrador público exerce competência discricionária acabará por socorrer-se dos

¹⁰¹ Neste ponto o posicionamento da autora diverge do entendimento de JUAREZ FREITAS, pois este concebe a discricionariedade como sendo competência e não faculdade (obra citada. *O controle...*, pp. 370-371). Já CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO preleciona que a discricionariedade é uma imposição e ao mesmo tempo uma faculdade conferida ao administrador para que este utilize critérios próprios para avaliar e decidir (obra citada. *Curso...*, p. 422).

¹⁰² Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 66-67.

¹⁰³ Obra citada. *Poder...*, p. 42.

¹⁰⁴ Obra citada. *Poder...*, pp. 43 e 45.

¹⁰⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, nº 97, p. 02, julho-setembro de 1969.

ensinamentos da ciência da administração, assumindo o papel de verdadeiro técnico¹⁰⁶.

De acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a margem de liberdade que subsista ao administrador para a eleição, segundo critérios razoáveis, de uma, dentre pelo menos duas condutas cabíveis, frente ao caso concreto, com o propósito de que este adote o comportamento mais adequado ao cumprimento da finalidade legal para o qual foi designado, é o que se chama de competência discricionária¹⁰⁷.

Ademais, ressalta a importância do caso concreto¹⁰⁸ para a delimitação da dimensão desta liberdade, informando que a discricionariedade apenas surgirá do choque entre norma e fato. Segundo ele, esta delimitação da competência discricionária que ocorre no caso concreto evidencia que “a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos”¹⁰⁹. Havendo, inclusive, situações em que, perante um juízo razoável/normal, fique patente que apenas uma única medida é ideal para o cumprimento da finalidade legal, caso em que a discricionariedade desaparecerá¹¹⁰, haja vista que esta tem por pressuposto necessário a existência de alternativas.

Por fim, conclui que a competência discricionária será sempre relativa, apontando diversas razões para fundamentar tal assertiva¹¹¹: **a)** em todo e qualquer caso o administrador estará vinculado aos ditames legais, não havendo discricionariedade “extra legem”; **b)** o âmbito de liberdade se restringe ao tópico previsto em lei, não afetando os demais “elementos” do ato que a lei

¹⁰⁶ Apesar de nos fascinar, o tema da *discricionariedade técnica* extrapola os limites do presente trabalho, razão pela qual não será detidamente abordado. Contudo, para a análise do tema confira-se: **a)** GRAU, Eros Roberto. *Discricionariedade técnica e parecer técnico*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 93, pp. 114-116, janeiro-março de 1990; **b)** DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa*. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro-abril, 2007. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 12 de julho de 2009.

¹⁰⁷ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 48.

¹⁰⁸ EGON BOCKMANN MOREIRA apresenta a mesma preocupação com relação à importância do caso concreto: “o caso concreto não é um dado secundário e posterior à aplicação normativa. Ao contrário, a aplicação do Direito exige compreensão sistemática do ordenamento e uma consideração dos fatos específicos que serão subsumidos à norma. A interpretação exige a consideração do caso concreto. Não se aplica a lei a esmo, como singelo resultado de uma leitura apressada do texto normativo”. Obra citada. *Processo...*, p. 31.

¹⁰⁹ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 47.

¹¹⁰ Obra citada. *Legalidade...*, pp. 45 e 57.

¹¹¹ Obra citada. *Relatividade...*, pp. 50-54.

haja prefixado; **c)** por maior que seja a margem de liberdade conferida por lei, o administrador deverá sempre agir em consonância com a finalidade legal para a qual foi-lhe atribuída determinada competência; **d)** a margem de liberdade conferida por lei tem a “*extensão, medidas ou modalidades*” que dela derivam; **e)** quando a margem de liberdade derivar dos conceitos jurídicos indeterminados, o administrador estará sempre vinculado aos chamados “*campo de certeza positiva*” (o que seguramente é) e “*campo de certeza negativa*” (o que seguramente não é); **f)** no caso concreto haverá “afunilamento” da margem de liberdade prevista em lei, podendo até mesmo ser eliminada segundo as circunstâncias que se apresentarem na situação concreta.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ aduzem que na competência discricionária há um elemento extra no processo de aplicação da lei pela Administração, qual seja, a “*estimación subjetiva de la propia Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular*”¹¹². Além disso, ensinam que esta estimativa subjetiva (juízo subjetivo) – que deve ser atribuída expressamente por lei e exatamente com este caráter - confere ao administrador a liberdade de eleger, segundo critérios extrajurídicos¹¹³, uma dentre duas ou mais alternativas igualmente justas frente ao caso concreto¹¹⁴.

A apresentação destas diferentes acepções de discricionariedade é de suma importância para demonstrar que não há unanimidade entre os autores e, principalmente, para nos indicar quais são os fundamentos básicos utilizados pelos doutrinadores que defendem que os conceitos jurídicos indeterminados geram discricionariedade e pelos que defendem o oposto.

2.2 Justificação da discricionariedade

Em essência, toda a questão relativa à justificação da discricionariedade administrativa pode ser, em sintonia com as idéias de MARIA SYLVIA

¹¹² Obra citada. *Curso...*, p. 461.

¹¹³ Segundo os autores espanhóis, a gama de alternativas que surge no exercício de competência discricionária deriva do fato de as decisões serem orientadas por estes critérios extrajurídicos (oportunidade, econômicos, etc). *Idem*, pp. 466-467.

¹¹⁴ *Idem, Ibidem.*

ZANELLA DI PIETRO¹¹⁵, dividida em dois critérios: práticos e jurídicos. Entendemos, contudo, que tais critérios podem ser subdivididos em critérios práticos negativos e positivos e critérios jurídicos negativos e positivos.

Com relação ao critério prático negativo, WALTER CAMPAZ, utilizando-se da lição de RENATO ALESSI, afirma que um campo de discricionariedade é naturalmente indispensável, pois evidente a impossibilidade do legislador prever detalhadamente cada atitude dos administradores, haja vista as incontáveis circunstâncias com as quais eles podem se deparar¹¹⁶.

Segundo ALMIRO DO COUTO E SILVA, tal impossibilidade é acentuada no Estado Contemporâneo em virtude da complexidade das relações que são firmadas a cada dia pela Administração, sendo impensável exigir que a lei sempre determine, até os últimos pormenores, qual deva ser a atuação dos diferentes agentes administrativos¹¹⁷.

Da mesma forma, MARÇAL JUSTEN FILHO assevera que “*não é desejável nem possível que todas as leis contenham todas as soluções a serem adotadas por ocasião de sua aplicação. Isso tornaria a atividade administrativa petrificada, sem possibilidade de adaptação para solucionar os problemas da realidade*”¹¹⁸. Esta assertiva introduz a análise dos critérios jurídico positivo e prático positivo.

Vimos anteriormente que o administrador público é um representante dos interesses do povo e que exerce “deveres-poderes” com o propósito de cumprir a função para a qual foi “nomeado”: persecução do interesse público¹¹⁹.

Dentre os “instrumentos” assegurados aos administradores para o atingimento desta finalidade, a discricionariedade ocupa lugar de destaque. A discricionariedade administrativa é uma “técnica” adotada pelo legislador para que o administrador público possa escolher - dentre as inúmeras possibilidades - a melhor solução a ser adotada para atingir o objetivo legal/interesse público.

¹¹⁵ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 67.

¹¹⁶ Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 29-30.

¹¹⁷ Obra citada. *Poder...*, p. 53.

¹¹⁸ Obra citada. *Curso...*, p. 168.

¹¹⁹ Inteligência partilhada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO: “*Trata-se, pois, de um poder-dever, como muitas vezes se diz, ainda que melhor coubesse a expressão ‘dever-poder’, pois este último tem caráter instrumental, constituindo-se apenas e tão-somente no meio necessário para o atendimento do encargo de bem curar o interesse público*”. Obra citada. *Relatividade...*, p. 55.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO aduz que a lei outorga certa margem de liberdade ao administrador (competência discricionária), justamente como uma forma de assegurar-se de que a sua aplicação se dê de maneira ideal para o perfeito atendimento da finalidade que pretende ver cumprida¹²⁰. Isto porque, “a lei, como é óbvio, almeja a adoção do comportamento capaz de atender o interesse público da maneira mais satisfatória”¹²¹.

Portanto, adverte MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, que a evolução do interesse público ordena uma maior maleabilidade na margem de atuação do administrador, pois o moroso procedimento de elaboração das leis pode incompatibilizar a sua concretização¹²², despontando a discricionariedade como uma “técnica” que tem por objetivo evitar que a rigidez legal prejudique a atuação administrativa no caso concreto, possibilitando ao administrador público a escolha da melhor saída para atender a finalidade legal. Esta previsão legislativa da discricionariedade é o critério jurídico positivo¹²³.

Ademais, a multiplicidade de situações fáticas; as mais diversas características que tais situações podem ter; as singularidades que cada caso concreto possui, os quais, como visto, não são passíveis de previsão detalhada pelo legislador, configuram também o critério prático positivo. Para AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, por estarem os administradores em posição mais favorável do que o legislador frente às peculiaridades do caso concreto, a lei assegura uma certa margem de liberdade, a fim de evitar a estagnação e atuações impertinentes, possibilitando ao administrador público a melhor solução de acordo com o quadro fático vislumbrado¹²⁴.

Daí a razão de EROS ROBERTO GRAU conceber a discricionariedade como verdadeiro instrumento de “*otimização flexível das funções do Estado*”¹²⁵. Um “poder”, ensina ALMIRO DO COUTO E SILVA, sem o qual o exercício das atividades da Administração Pública ficaria impossibilitado¹²⁶.

¹²⁰ Obra citada. *Legalidade...*, p. 44.

¹²¹ Obra citada. *Relatividade...*, p. 53.

¹²² Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 68.

¹²³ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO assevera que este critério demonstra que “*é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade*”. Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 71.

¹²⁴ Obra citada. *Os limites...*, p. 06.

¹²⁵ Obra citada. *Poder...*, p. 45.

¹²⁶ Obra citada. *Poder...*, p. 67.

Estes dois critérios – jurídico positivo e prático positivo - evidenciam que a discricionariedade é o meio assegurado à Administração Pública para a mais perfeita realização, no caso concreto, do interesse público em causa.

Muito embora com outras palavras, JUAREZ FREITAS não se afasta deste entendimento, defendendo a idéia de que a discricionariedade é uma consequência do “*direito fundamental à boa administração*”¹²⁷, porque tem por escopo melhorar a performance da Administração, sobretudo em termos de eficiência (CF, art. 37), de eficácia (CF, art. 74) e de economicidade, a fim de que seja promovida “*a máxima concretização possível dos direitos fundamentais*”¹²⁸.

Por fim, o critério jurídico negativo é, nas palavras de WALTER CAMPAZ, a impossibilidade jurídica da previsão legislativa ampla e acabada, tendo em vista que tal conduta revogaria o campo de atuação da Administração¹²⁹, circunstância que representa, de acordo com REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA, substituição indevida de Poderes, violando, assim, o princípio da tripartição dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal)¹³⁰.

Por sua vez, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ defendem a tese de que há situações em que a discricionariedade surge da própria natureza da atividade administrativa. Apontam que sempre que a atuação ensejar a escolha de soluções igualmente legítimas para a busca do interesse público a discricionariedade deverá ser prevista expressamente e nestes termos pelo legislador¹³¹.

Feitas estas considerações, importante frisar que todos estes critérios e idéias devem, incondicionalmente, ser examinados em conjunto, a fim de que a plena compreensão da justificação da discricionariedade não se perca.

¹²⁷ JUAREZ FREITAS define o direito fundamental à boa administração como sendo: “*autêntico feixe de princípios e regras que se entende como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas*”. Obra citada. *O controle...*, p. 360.

¹²⁸ Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 29-30.

¹²⁹ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 29.

¹³⁰ Obra citada. *Ato...*, p. 94.

¹³¹ Obra citada. *Curso...*, p. 463.

2.3 Localização da discricionariedade

Neste tópico apresentaremos a posição de alguns doutrinadores acerca da localização da discricionariedade administrativa. Contudo, não aprofundaremos as razões utilizadas para a defesa de cada posição, haja vista que no capítulo seguinte - no tópico em que discorreremos sobre o embate entre a corrente que defende que os conceitos jurídicos indeterminados ensejam discricionariedade e a corrente que defende o oposto - estes argumentos serão expostos.

Conforme explica JUAREZ FREITAS, a discricionariedade administrativa pode estar situada no campo das condições de incidência (discricionariedade cognitiva: determinação dos conceitos jurídicos indeterminados) ou no plano das conseqüências ou dos resultados (possibilidade de escolha entre várias opções lícitas)¹³².

De acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹³³ a discricionariedade pode decorrer, isolada ou cumulativamente,¹³⁴: **a)** da hipótese normativa: a lei pode descrever de modo impreciso a situação fática (motivo) ou omitir-se em descrevê-la; **b)** do comando normativo: abre alternativas de conduta ao agente (**i** – agir ou não agir¹³⁵; **ii** – escolher a oportunidade adequada para agir; **iii** – forma jurídica do ato; **iv** – medida satisfatória de atuação perante as circunstâncias); **c)** da finalidade da norma: a finalidade aponta para valores, os quais não possuem um único significado (são plurissignificativos/conceitos jurídicos indeterminados). Para este autor, a localização da discricionariedade pode ser resumida da seguinte maneira: decorre da “*fluidez das expressões da lei*” e/ou “*da liberdade conferida no mandamento*”¹³⁶.

Deixa claro, por sua vez, que não se pode falar em ato discricionário, mas sim em ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação

¹³² Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 22.

¹³³ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO segue a mesma linha de pensamento deste autor. Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 75-86.

¹³⁴ Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 18-19.

¹³⁵ ALMIRO DO COUTO E SILVA aduz que a possibilidade de escolha entre praticar ou não o ato é a margem mínima de discricionariedade que o administrador pode ter. Obra citada. *Poder...*, p. 55.

¹³⁶ Obra citada. *Curso...*, p. 957.

a algum ou alguns dos aspectos¹³⁷. Com efeito, segundo ele, alguns elementos do ato serão sempre vinculados¹³⁸, podendo a lei, entretanto, deixar certa margem de liberdade para a Administração quanto: “a) *ao momento da prática do ato*; b) *à forma do ato*; c) *ao motivo do ato*; d) *à finalidade do ato*; e) *ao conteúdo do ato*”¹³⁹.

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA entende, tal como o autor supracitado, que a discricionariedade pode estar localizada na hipótese normativa, no preceito e no mandamento¹⁴⁰. Ensina, também, que os elementos do ato administrativo que comportam discricionariedade são: a) conteúdo; b) motivo; c) forma; d) fim. Com relação ao último elemento (“fim”), dispõe que este não se confunde com a finalidade. Aponta que esta deve ser entendido como o interesse público encampado no sistema (de persecução obrigatória pelo administrador/vinculado) e aquele como o fim imediato previsto em lei¹⁴¹.

Informa, ainda, que a adequação entre os pressupostos do ato e o seu conteúdo, ou seja, a causa, representa o limite básico da discricionariedade administrativa¹⁴².

SEABRA FAGUNDES, em paradigmática decisão, deixou assentado que:

“PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. ABUSO DESSE PODER. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

- **No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro.**

- O ato que, encobrando fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais, poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário o exercício de competência livre.

- **O “fim legal” dos atos da administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei.**

- O direito que resulta, não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez

¹³⁷ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 18.

¹³⁸ Obra citada. *Relatividade...*, p. 49.

¹³⁹ Obra citada. *Curso...*, p. 425.

¹⁴⁰ Obra citada. *Ato...*, p. 100.

¹⁴¹ *Idem*, p. 102.

¹⁴² Obra citada. *Ato...*, pp. 103-104.

e a certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança”¹⁴³.

Contata-se, assim, que entende que pode haver discricionariedade quanto à escolha dos motivos e do conteúdo, mas no que concerne à competência, à finalidade e à forma não se pode falar em discricionariedade, estando estes elementos tão vinculados quanto em qualquer outro ato¹⁴⁴.

Para EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, a lei sempre apresentará quatro elementos regrados da discricionariedade, quais sejam: **a)** a própria existência da discricionariedade; **b)** a extensão da discricionariedade; **c)** quem é competente para exercer o “poder” discricionário; e **d)** *“el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública”*¹⁴⁵. Por conseqüência, defendem que a discricionariedade surge quando a lei expressamente possibilita ao administrador que este escolha, diante do caso concreto, a melhor conduta a ser adotada para o cumprimento da finalidade legal, bem como a medida necessária para o atingimento deste fim, ou ambos os “elementos”¹⁴⁶.

Inteligência compartilhada por EROS ROBERTO GRAU, que preleciona que, por tais razões, a competência discricionária é extremamente reduzida, manifestando-se apenas e tão-somente quando a lei expressa e exatamente nestes termos a atribuir à Administração Pública¹⁴⁷.

WALTER CAMPAZ não se distancia destas idéias, dispondo que a discricionariedade, que representa a possibilidade de escolha entre duas ou mais opções legitimadas pela norma que confere competência, localizar-se-á no preceito normativo. Isto é, verificada a subsunção entre o fato e a norma, poderá o administrador, caso previsto em lei, escolher, segundo critérios de

¹⁴³ TJRN, Apelação Cível n.º 1422, Rel. Des. Seabra Fagundes. *Apud: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, n.º 14, outubro-dezembro de 1948. p. 52. Sem destaques no original.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 58.

¹⁴⁵ Obra citada. *Curso...*, p. 462.

¹⁴⁶ *Idem*, p. 461.

¹⁴⁷ Obra citada. *Poder...*, p. 43.

conveniência e oportunidade, a melhor conduta para a efetivação do interesse legal¹⁴⁸.

Outrossim, indica que a margem de liberdade conferida ao administrador pode dizer respeito ao tempo, limites e conteúdo da atuação, motivo pelo qual aponta, valendo-se das lições de RENATO ALESSI, quatro categorias de atuação administrativa: “*atividade vinculada quanto ao conteúdo e quanto ao tempo da realização; atividade vinculada quanto à realização e discricionária quanto ao conteúdo; atividade discricionária quanto à realização e vinculada quanto ao conteúdo; e, finalmente, atividade discricionária quanta à realização e quanto ao conteúdo*”¹⁴⁹.

Frente ao exposto, constatamos que o ponto central do embate entre os doutrinadores que defendem a existência de discricionariedade administrativa nos conceitos jurídicos indeterminados e os que se postam em sentido diverso, está alocado na concepção que cada qual tem acerca da localização da discricionariedade administrativa.

¹⁴⁸ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 36.

¹⁴⁹ *Idem, Ibidem.*

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA FRENTE AOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Por fim, analisaremos neste capítulo as duas correntes antagônicas acerca da existência ou inexistência de discricionariedade administrativa nos conceitos jurídicos indeterminados. A corrente que defende que os conceitos jurídicos podem gerar discricionariedade administrativa é representada, dentre outros autores, por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. Por outro lado, dentre os doutrinadores que advogam que os conceitos jurídicos indeterminados não ensejam discricionariedade, **entendimento ao qual nos filiamos**, podemos citar EROS ROBERTO GRAU, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ.

Em síntese, os principais argumentos apresentados pelos autores que entendem que a “*fluidez das expressões da lei*”¹⁵⁰ pode ser vista como discricionariedade são:

- a) os conceitos jurídicos indeterminados só geram discricionariedade na zona de incerteza ou halo conceitual. Isto é, as “*zona de certeza positiva*” (situações em que não há dúvida quanto ao que algo é) e “*zona de certeza negativa*” (situações em que não há dúvida quanto ao que algo não é) não estariam abrangidos pela discricionariedade;
- b) em diversas circunstâncias, mais de um entendimento acerca do conceito jurídico indeterminado seria razoavelmente admissível. Haverá situações em que várias intelecções podem conviver;
- c) os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar uma margem de “*liberdade intelectual*”¹⁵¹ aos administradores;
- d) muito embora a apreensão dos conceitos jurídicos indeterminados seja ato intelectual e, portanto, diverso do ato volitivo (conveniência e oportunidade), esta circunstância não é suficiente para excluir os conceitos jurídicos indeterminados da seara discricionária, pois também neste caso pode haver certa margem de liberdade ao administrador. Ou seja, a “*razão de ser*”, a “*conseqüência*”/“*efeito*” no campo jurídico é igual em ambos os casos.

¹⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 48.

¹⁵¹ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 23.

Já os autores que defendem posicionamento diverso apresentam os seguintes fundamentos para embasar suas opiniões:

- a) os conceitos jurídicos indeterminados estão inseridos na problemática da interpretação da regra jurídica, ao passo que a discricionariedade trata da possibilidade de eleição da consequência ou do efeito jurídico prevista em lei;
- b) na discricionariedade há “liberdade”¹⁵² de eleição entre possíveis alternativas, ao passo que nos conceitos jurídicos indeterminados há apenas aplicação da lei;
- c) os conceitos jurídicos indeterminados tratam de juízos de legalidade (aplicação da lei) e a discricionariedade trata de juízos de oportunidade e conveniência;
- d) a indeterminação dos conceitos só existe abstratamente, pois a zona de dúvida será dissipada pelo juiz ou pelo administrador na ocasião em que tais conceitos forem aplicados (caso concreto). Tais conceitos só permitem uma “*unidade de solução justa*”¹⁵³ em cada caso. Ou se está diante do conceito ou não se está.
- e) só se pode falar em margens de discricionariedade quando a lei expressamente as atribuir à Administração.

3.1 As cláusulas gerais

A utilização de “cláusulas gerais” no âmbito jurídico não representa grandes novidades. Esta técnica vem sendo utilizada há muito tempo e nos mais variados ramos do Direito. Entretanto, conforme aponta LUÍS ROBERTO BARROSO, foi na segunda metade do século XX que este recurso de manifestação das normas se alargou¹⁵⁴.

Após este período, diversos países passaram a implementar técnicas legislativas híbridas: casuística e cláusulas gerais. Isto é, as leis passaram a prever em seus textos hipóteses claras e objetivas, descrevendo casuística e detalhadamente diversas situações com as quais os cidadãos podem se

¹⁵² Importante esclarecer que tais autores não defendem uma liberdade ilimitada, muito pelo contrário, a liberdade de escolha é extremamente restrita e limitada por Lei. Há uma margem pré-delimitada pela norma e uma maior delimitação frente ao caso concreto..

¹⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Obra citada. *Curso...*, p. 466.

¹⁵⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 311-312.

deparar e - ao mesmo tempo - adotando diretrizes abertas que não estabelecem manifestamente quais situações estão regulamentando.

A introdução das chamadas cláusulas gerais tem por objetivo, nas palavras de JUDITH MARTINS-COSTA, ajustar a ordem jurídica “às novas realidades, às novas idéias”, representando verdadeiros “*fatores de mobilidade do sistema jurídico do tipo codificado*”¹⁵⁵.

De acordo com LUÍS ROBERTO BARROSO, o principal atributo das cláusulas gerais é a utilização de linguagem intencionalmente vaga e aberta, visando transferir para o aplicador o papel – diante do caso concreto - de completar o sentido da norma¹⁵⁶. Para este autor, as cláusulas gerais representam o gênero do qual os princípios e os conceitos jurídicos indeterminados são as espécies¹⁵⁷.

3.1.1 Conceitos indeterminados X termos indeterminados

Em primeiro lugar, faz-se mister apresentar um ponto específico acerca dos conceitos jurídicos indeterminados que ensejou uma grande polêmica entre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e EROS ROBERTO GRAU: a divergência sobre a localização da indeterminação. Enquanto aquele autor afirma que os conceitos é que são indeterminados, este doutrinador defende a tese de que os termos dos conceitos é que são indeterminados.

CELSO ANTÔNIO aponta que a fluidez, indeterminação ou imprecisão que eventualmente se vislumbra estão localizadas no próprio conceito e não nas palavras que o representam. Fundamenta este posicionamento sob o argumento de que “*se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez*”¹⁵⁸.

Segundo ele, como há a impossibilidade de substituição dos “termos” por outras noções que os precisem, se acaso houvesse a tentativa de

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. **Revista dos Tribunais**, volume 680, p. 47, junho de 1992.

¹⁵⁶ Obra citada. *Curso...*, p. 312.

¹⁵⁷ A temática dos princípios transborda os objetivos do presente trabalho, razão pela qual não será por nós analisada.

¹⁵⁸ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 21.

substituição das palavras, certamente ocorreria a mutação do próprio conceito originalmente vinculado. E conclui que na verdade o que poderia ocorrer seria a substituição de um conceito impreciso por um novo conceito preciso, “o qual, como é claro, se expressaria através da palavra ou das palavras que lhes servem de signo”¹⁵⁹.

Ao revés, EROS GRAU aponta que não são os conceitos jurídicos que possuem indeterminação, mas sim as expressões/termos destes conceitos. Ou seja, defende a idéia de que “*não existem conceitos indeterminados*”¹⁶⁰, os conceitos, segundo ele, são sempre certos e determinados.

Para tanto, ensina que se os conceitos não apresentarem idéias determinadas não se estará verdadeiramente diante de um conceito. De acordo com este autor, a afirmação de que existem conceitos jurídicos indeterminados decorre da confusão entre “termos” e “conceitos”. Afirma que os termos são as expressões dos conceitos - os seus signos - e que tais signos representam o objeto do conceito, a significação atribuível ao objeto do conceito¹⁶¹.

Assim, finaliza dizendo que “*a indeterminação (...) não é dos conceitos jurídicos (idéias universais), mas de suas expressões (termos); logo, mais adequado será referir-nos a **termos indeterminados de conceitos** e não **conceitos indeterminados***”¹⁶².

Entretanto, apesar da existência de tal desacordo e das advertências feitas por EROS ROBERTO GRAU acerca da suposta inadequação da expressão, continuaremos a utilizar na monografia em tela a denominação “conceitos jurídicos indeterminados”.

Passemos agora a analisar as nuances dos conceitos jurídicos indeterminados.

3.1.2 Conceitos jurídicos indeterminados

¹⁵⁹ Obra citada. *Discricionarietà...*, pp. 20-21.

¹⁶⁰ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 196.

¹⁶¹ GRAU, Eros Roberto. *Notas sobre os conceitos jurídicos*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 74, p. 218, abril-junho de 1985.

¹⁶² *Idem*, p. 219. Negritos no original.

A definição dos conceitos jurídicos indeterminados não difere largamente de autor para autor na doutrina pátria, motivo pelo qual, por todos, utilizaremos a definição apresentada por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO para iniciarmos este tópico:

“A expressão *conceitos jurídicos indeterminados*, embora bastante criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, no Brasil, sendo empregada para designar vocábulos ou expressões que não tem sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do direito”¹⁶³.

No mesmo sentido, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ afirmam que “*con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. Así, procederá también la jubilación cuando el funcionario padezca incapacidad permanente para el ejercicio de sus funciones; buena fe; falta de probidad*”¹⁶⁴.

Ou, na lição de EROS ROBERTO GRAU, “*são eles referidos como ‘conceitos’ carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade*”¹⁶⁵.

Isto é, podemos conceituar os conceitos jurídicos indeterminados como sendo aqueles em que o alcance, as medidas e o conteúdo são dotados de certa plasticidade, não havendo como precisá-los de antemão.

Entretanto, tal como apontado por RITA TOURINHO, podemos decompor os conceitos jurídicos indeterminados em dois elementos: “*núcleo conceitual*” e “*halo conceitual*”. Enquanto aquele nos apresenta uma noção clara do que pode ser a extensão e o conteúdo do conceito jurídico indeterminado, este representa as dúvidas que surgem na aplicação destes conceitos¹⁶⁶.

¹⁶³ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 97. Itálicos no original.

¹⁶⁴ Obra citada. *Curso...*, p. 465.

¹⁶⁵ Obra citada. *O direito...*, p. 200.

¹⁶⁶ TOURINHO, Rita. *A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho-setembro, 2008. p. 03. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 03 de abril de 2009.

Foi o que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, parafraseando FERNANDO SAINZ MORENO, denominou de “*zona de certeza negativa e positiva*”. Ensina que mesmo nos conceitos jurídicos indeterminados há uma “*certa densidade mínima*”, pois podemos afirmar com certeza o que algo é e o que algo não é¹⁶⁷.

Todavia, nas palavras de ALMIRO DO COUTO E SILVA, entre a “*zona de certeza negativa*” (o que algo não é) e a “*zona de certeza positiva*” (o que algo é) existe uma “*zona cinzenta*”, na qual surgiria a dúvida no momento da aplicação do conceito¹⁶⁸.

3.1.2.1 Justificação dos conceitos jurídicos indeterminados

Tal como acima exposto, os conceitos jurídicos indeterminados são expressões de sentido fluido, nos quais não há uma certeza pré-determinada quanto ao sentido e alcance que possuem. A existência destes conceitos nas normas jurídicas representa verdadeira técnica utilizada pelo legislador em razão da impossibilidade ou impropriedade em se especificar de forma clara e precisa as hipóteses de incidência da norma ou delimitar o comando que dela deva ser extraído.

Segundo MARIA ÂNGELA MARQUES DEL CLARO, os conceitos jurídicos indeterminados são utilizados pelo legislador “*em razão da limitação da própria criatividade, que jamais englobaria a mobilidade da vida social*”, bem como pelo fato de que “*o Estado absolutamente regulamentado constituiria mero exeqüente de ordens emanadas do Legislativo*”¹⁶⁹.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO identifica a justificação dos conceitos jurídicos indeterminados na necessidade de flexibilização da conduta dos agentes públicos, em razão da enormidade de situações concretas com as quais a Administração pode se deparar¹⁷⁰. Inteligência partilhada por MARÇAL

¹⁶⁷ Obra citada. *Relatividade...*, p. 52.

¹⁶⁸ Obra citada. *Poder...*, p. 58.

¹⁶⁹ DEL CLARO, Maria Ângela Marques. *O Direito Administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados*. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, nº 40, p. 165, 2004.

¹⁷⁰ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 98.

JUSTEN FILHO, que assevera que “a *indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real*”¹⁷¹.

REGINA HELENA COSTA sintetiza as opiniões doutrinária acerca da justificação dos conceitos jurídicos indeterminados da seguinte maneira: **a) “*deliberado intento legal*”**: o legislador propositadamente confere certa margem de liberdade ao administrador para que este concretize o alcance do conceito, pois diante do caso concreto é ele quem possui posição privilegiada para a melhor delimitação; **b) “*impossibilidade material*”**: é praticamente impossível que o legislador consiga prever e delimitar absolutamente todas as situações com as quais o aplicador pode se deparar; **c) “*inviabilidade jurídica*”**: a concreção de todas as situações feriria o princípio constitucional da tripartição de poderes, pois tornaria o Poder Executivo mero executor das determinações do Poder Legislativo; **d) “*impossibilidade lógica*”**: a Lei não pode desprezar os conceitos jurídicos plurissignificativos em virtude da própria fluidez da “*linguagem comum*” e da linguagem jurídica¹⁷².

Em suma, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados visa conferir ao aplicador da norma certa margem de liberdade para – diante das peculiaridades do caso concreto – concretizá-lo, assim como verificar se determinada situação está enquadrada no conceito indeterminado ou se não está.

No entanto, esta margem de liberdade de concreção dos conceitos jurídicos indeterminados não confere liberdade absoluta ao aplicador. Conforme ensina CELSO ANTÔNIO, nada importa a concepção particular que determinado agente público tenha sobre o conceito jurídico indeterminado com o qual tenha se deparado. Ele sempre estará limitado pela concepção que em dado lugar e tempo aquele conceito é “*socialmente reconhecido*” (“*zonas de certeza negativa e positiva*”)¹⁷³.

3.1.2.2 Conceitos de experiência e conceitos de valor

¹⁷¹ Obra citada. *Curso...*, p. 165.

¹⁷² Obra citada. *Conceitos...*, p. 130.

¹⁷³ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 30.

Outra distinção que pode ser feita dentro da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados é a distinção que alguns autores fazem entre os conceitos de experiência e os conceitos de valor¹⁷⁴.

Os conceitos de experiência, no entender de ALMIRO DO COUTO E SILVA, são os que se referem “*a fatos, estados ou situações de natureza ou da realidade (p. ex. ‘escuridão’, ‘noite’, ‘perigo’, ‘perturbação’, ‘ruído’, ‘velocidade’, ‘morte’)*” e os conceitos de valor são os que exigem do aplicador uma apreciação em termos valorativos (interesse público, moralidade, má-fé)¹⁷⁵.

Para este autor, tanto nas situações em que se está diante de conceitos de experiência, quanto nas situações em que se vislumbram conceitos de valor, haverá dúvidas e incertezas, as quais, incontestavelmente, gerarão diversidade de opiniões¹⁷⁶.

Já MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO defende a idéia de que os conceitos de experiência permitem uma única solução possível, porque a lei visa que estes sejam concretizados em seu sentido usual. Por outro lado, aponta que é nos conceitos de valor que surge uma gama de dúvidas e incertezas, gerando opiniões conflitantes¹⁷⁷.

Por sua vez, FERNANDO SAINZ MORENO aponta que os conceitos de experiência são os conceitos que tratam de “*objetos sensíveis e a determinadas realidades espirituais*” e que os conceitos de valor se referem a “*sentimentos e desejos*”. Contudo, conclui que não há uma real diferença entre eles, pois geralmente haverá na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados a análise/comprovação de certos dados como também a análise/valoração destes conceitos ou dos dados¹⁷⁸.

A exposição preliminar desta diferenciação é de grande importância para o presente trabalho, pois, como abaixo exposto, há autores que sustentam que:

a) tanto os conceitos de valor quanto os conceitos de experiência podem

¹⁷⁴ MARIA ÂNGELA MARQUES DEL CLARO utiliza terminologia diversa para tratar desta diferenciação. Afirma que aos conceitos que guardam “*referibilidade a objetivos que participam da realidade*” se dá o nome de conceitos descritivos e os conceitos que “*guardam referência em valores*” são denominados conceitos normativos – obra citada. *O direito...*, p. 169.

¹⁷⁵ Obra citada. *Poder...*, p. 58.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 59.

¹⁷⁷ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 132.

¹⁷⁸ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa*. Madrid: Editora Civitas, 1976. pp. 204-205. *Apud*: COSTA, Regina Helena. Obra citada. *Conceitos...*, p. 134.

ensejar discricionariedade; **b)** apenas os conceitos de valor podem gerar discricionariedade administrativa; **c)** os conceitos jurídicos indeterminados (conceitos de valor ou conceitos de experiência) não tem o condão de conferir à Administração Pública discricionariedade.

3.2 Os conceitos jurídicos indeterminados geram discricionariedade?

Conforme se constata do que até aqui foi exposto, o tema da discricionariedade administrativa, bem como o dos conceitos jurídicos indeterminados, têm gerado inúmeras polêmicas e divergências ao longo dos anos, quer entre os autores pátrios, quer entre os doutrinadores estrangeiros. Aliás, é justamente no ponto em que estes dois temas se encontram que surge a controvérsia que mais tem gerado discussões entre os autores que tratam do assunto.

E foi justamente este tópico específico que nos levou a desenvolver a presente monografia. Mais especificamente a curiosidade em responder a seguinte pergunta: os conceitos jurídicos indeterminados eventualmente existentes na norma geram discricionariedade administrativa?

Nesta parte final do trabalho, apresentaremos detidamente os principais fundamentos utilizados pelos doutrinadores para defender que os conceitos jurídicos indeterminados engendram discricionariedade administrativa, bem como o embate entre esta posição e as idéias defendidas pelos estudiosos que entendem que os conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade. Embate este no qual se demonstrará quais razões nos levaram a aderir ao posicionamento defendido, dentre outros, por EROS ROBERTO GRAU, LUÍS ROBERTO BARROSO, MARÇAL JUSTEN FILHO, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ.

3.2.1 Posicionamento majoritário na doutrina brasileira: os *conceitos jurídicos indeterminados geram discricionariedade*

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conceitua a discricionariedade administrativa nos seguintes termos

“Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante o caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, **por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente**”¹⁷⁹.

Desta afirmação, constata-se claramente que o referido autor defende o posicionamento de que os conceitos jurídicos indeterminados constituem fonte de discricionariedade administrativa.

Aliás, não é exagerado afirmar que os argumentos deduzidos por ele representam a base da fundamentação de toda a doutrina nacional que possui a mesma opinião (este é o posicionamento majoritário no direito brasileiro). Por esta razão, grande parte dos pontos que exibiremos neste tópico será extraída dos escritos de CELSO ANTÔNIO.

Preliminarmente, faz-se mister lembrar brevemente qual é a posição adotada pelo doutrinador supracitado acerca das causas normativas geradoras de discricionariedade.

De acordo com este autor, a discricionariedade pode decorrer, isolada ou cumulativamente: **a)** da hipótese normativa: a lei pode descrever de modo impreciso a situação fática (motivo) ou omitir-se em descrevê-la; **b)** do comando normativo: abre alternativas de conduta ao agente; **c)** da finalidade da norma: a finalidade aponta para valores, os quais não possuem um único significado (são plurissignificativos/conceitos jurídicos indeterminados)¹⁸⁰.

Vejamos, agora, as idéias utilizadas por ele para defender que os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariedade administrativa quando a lei não descreve de modo preciso as situações fáticas com as quais a Administração pode se depara ou quando se está diante dos valores apontados pela finalidade normativa (utilização pela lei de conceitos jurídicos indeterminados).

O primeiro ponto apresentado por CELSO ANTÔNIO para esclarecer que os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariedade

¹⁷⁹ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 48. Sem destaques no original.

¹⁸⁰ *Idem*, pp. 18-19.

administrativa é a afirmação de que destes conceitos apenas pode resultar certa liberdade administrativa em “*casos duvidosos*”¹⁸¹.

Em outras palavras, assevera que a liberdade conferida pela lei ao utilizar expressões fluidas - tais como “*notável saber jurídico*”; “*reputação ilibada*”; “*comportamento indecoroso*” – é uma liberdade relativa, pois a concreção destas expressões não pode se afastar de um campo mínimo de significação (“*zonas de certeza positiva e negativa*”), bem como do significado histórico-social aceito pelo homem médio em determinado contexto¹⁸².

Portanto, na linha deste pensamento, inúmeras serão as situações em que não haverá a menor dúvida sobre o cabimento ou descabimento da qualificação do conceito – caso em que se estará diante de uma atuação vinculada – e outras em que haverá um “*campo de inelimináveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicanda*”, dúvidas estas que não podem ser eliminadas objetivamente e que, conseqüentemente, ensejarão discricionariedade administrativa¹⁸³.

Uma segunda questão que embasa o entendimento ora exposto é o de que em diversas situações não se pode afirmar categoricamente que a concreção do conceito é ou não é correta. Ou, na lição de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, “*pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa*”¹⁸⁴. Isto é, mais de uma intelecção é razoavelmente admissível.

Esta questão é levantada por CELSO ANTÔNIO como contraponto ao posicionamento defendido por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. Conforme apontado por ele¹⁸⁵, os professores espanhóis informam que os conceitos jurídicos indeterminados apresentam esta característica apenas em abstrato, porque frente aos casos concretos sempre se revestiriam de “*consistência e univocidade*”, a ponto de em todas as

¹⁸¹ Obra citada. *Curso...*, p. 427.

¹⁸² Obra citada. *Relatividade...*, p. 51.

¹⁸³ Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 31-32.

¹⁸⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a teoria do desvio de poder*. Coimbra Editora, 1940. p. 31. *Apud*: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 23.

¹⁸⁵ Desde já, importante esclarecer que entendemos, *data venia*, que o professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO apresenta os ensinamentos dos doutrinadores espanhóis em descompasso com o que eles realmente pretendem afirmar. Esta assertiva será melhor explicitada no tópico seguinte.

ocasiões ser possível “reconhecer se uma dada situação é ou não ‘urgente’; se o interesse posto em causa é ou não ‘relevante’, se existe ou não perigo ‘grave’ e assim por diante”¹⁸⁶.

Sustenta que – muito embora existam inúmeros fatores que concorram para a delimitação dos conceitos indeterminados – é evidente que nem sempre diante do caso concreto haverá “densidade suficiente” para afastar as dúvidas acerca da aplicabilidade ou não do conceito. Ou seja, em incontáveis situações será impossível apontar como falsa uma dentre duas opiniões conflitantes que eventualmente surjam no momento da aplicação dos conceitos indeterminados¹⁸⁷.

E finaliza o raciocínio dizendo que o administrador – ao adotar determinada conduta baseado em concreção razoável de um conceito vago, mesmo que outras concreções possam existir – não poderá ter sua atuação reputada ilegal. A esta atuação discricionária CELSO ANTÔNIO dá o nome de “liberdade intelectual”¹⁸⁸.

Referida conclusão introduz outro fundamento apresentado por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO para defender a existência de discricionariedade nos conceitos indeterminados. Qual seja, o de que, muito embora a apreensão dos conceitos jurídicos indeterminados seja ato intelectual e, portanto, diverso do ato volitivo (conveniência e oportunidade), esta circunstância não é suficiente para excluir os conceitos jurídicos indeterminados da seara discricionária, pois também neste caso pode haver certa margem de liberdade ao administrador. Com efeito, entende que ambos os institutos representam “realidades jurídicas semelhantes, uma vez que deságuam nos mesmos efeitos jurídicos”¹⁸⁹.

Neste sentido, dispõe que não há a menor dúvida de que a concreção dos conceitos indeterminados é ato de inteligência e que “as decisões de mérito” são atos volitivos, nos quais há a opção de escolha, segundo critério de conveniência e oportunidade, entre dois ou mais comportamentos derivados da norma. Entretanto, afirma que esta diferenciação não justifica o posicionamento

¹⁸⁶ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 22.

¹⁸⁷ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 23.

¹⁸⁸ *Idem*, p. 24.

¹⁸⁹ TOURINHO, Rita. Obra citada. *A discricionariedade...*, p. 07.

de que apenas na segunda hipótese estaria configurada a discricionariedade administrativa¹⁹⁰.

Assevera, ainda, que apesar do ato intelectual possuir realidade lógica/substancial distinta do ato volitivo, possuem ressonância jurídica semelhante. Em ambos os casos a Administração supostamente possui certa margem de liberdade, bem como não cabe ao Poder Judiciário ultrapassar determinados limites ao analisar a atuação administrativa fundada em tal liberdade.

Portanto, para CELSO ANTÔNIO, o fato desta liberdade (justificativa da discricionariedade) e a conseqüente existência de limites à sindicabilidade da atuação pautada nesta liberdade derivar do uso de conceitos indeterminados ou das “*opções de mérito*” indicam que os efeitos jurídicos nos dois casos são os mesmos. Vale dizer:

“Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a Administração é uma ‘liberdade intelectual’ ou uma ‘liberdade volitiva’, porquanto, em razão de uma ou de outra, os *efeitos de direito são idênticos*. Por que, então, considerar que são realidades jurídicas distintas, se o ‘fenômeno’ jurídico é o mesmo?”¹⁹¹.

Tal como exposto no item 3.1.2.2, há autores que subdividem os conceitos jurídicos indeterminados em conceitos de experiência e conceitos de valor. Esta diferenciação é usualmente utilizada por doutrinadores que defendem que os conceitos indeterminados podem gerar discricionariedade administrativa, mas que apenas ensejam competência discricionária nos casos em que se está diante de conceitos jurídicos indeterminados de valor.

Para estes doutrinadores, a existência de conceitos de experiência não gera discricionariedade administrativa. No entender de REGINA HELENA COSTA, tais conceitos, por possuírem contornos absolutamente individualizáveis e valores claros e universais, atraem um único significado, não restando qualquer margem de escolha ao aplicador. Razão pela qual não provocariam a existência de discricionariedade administrativa.

Por outro lado, de acordo com ela, a discricionariedade administrativa poderia decorrer dos conceitos de valor, haja vista que, por terem baixíssima

¹⁹⁰ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 25.

¹⁹¹ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 25.

densidade e concretude e pela utilização de conceitos plurissignificativos, mesmo depois do aplicador delimitar os limites básicos destes conceitos (“zonas de certeza positiva e negativa”) ainda restará “*um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar*”, cabendo ao administrador “*definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade*”¹⁹².

E outra não é a inteligência de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“No caso dos **conceitos de experiência** ou empíricos, a discricionariedade fica afastada, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. (...) Na hipótese de **conceitos de valor**, a discricionariedade existe, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite”¹⁹³.

E ao afirmar que os conceitos de valor podem ensejar discricionariedade, ensina que assim o será quando, depois do administrador integrar ou interpretar a norma, remanescerem duas ou mais hipóteses juridicamente viáveis¹⁹⁴.

Estes são os principais argumentos utilizados pelos doutrinadores que defendem que os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariedade administrativa.

3.2.2 Posicionamento adotado: os conceitos jurídicos indeterminados não ensinam discricionariedade

Neste tópico apresentaremos os fundamentos utilizados pela corrente que defende que os conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade administrativa, bem como a confrontação entre as duas teses, a fim de demonstrar as razões que nos fizeram responder a pergunta que motivou o presente trabalho (os conceitos jurídicos indeterminados eventualmente existentes na norma geram discricionariedade administrativa?) nos seguintes termos:

¹⁹² Obra citada. *Conceitos...*, p. 134.

¹⁹³ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 132. Sem destaques no original.

¹⁹⁴ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 136.

Com o devido respeito que nutrimos pelos autores que defendem a tese anteriormente exposta, nos filiamos ao grupo de doutrinadores que advogam a inexistência de discricionariedade administrativa nos conceitos jurídicos indeterminados.

A doutrina alemã foi a primeira a se preocupar com a relação entre discricionariedade administrativa e conceitos indeterminados. Grande parte dos autores alemães, ao contrário do que vislumbramos no Brasil, entende que os conceitos jurídicos indeterminados não têm o condão de conferir discricionariedade aos administradores. Posicionam-se no sentido de que quando da existência de conceitos indeterminados na norma cabe ao aplicador meramente aplicá-los/interpretá-los¹⁹⁵. E foi justamente tal corrente que influenciou o posicionamento dos professores que abaixo apresentaremos.

Tal como visto, a parte da doutrina que identifica a discricionariedade com os conceitos jurídicos indeterminados não esconde que - apesar de reconhecer que na discricionariedade se está diante de atos volitivos e nos conceitos indeterminados se está diante de atos intelectivos - a discricionariedade pode advir da integração/interpretação da norma (subsunção). Vale afirmar, supostamente surgiria da concreção da indeterminação que eventualmente se vislumbre na norma que embasa a atuação.

Todavia, nos parece, em consonância com o que pensa WALTER CAMPAZ, que tal entendimento confronta com a própria idéia do princípio da legalidade no Estado de Direito. Este processo cognitivo não possibilita ao administrador a possibilidade de escolher, mas tão-somente identificar o conteúdo do conceito para posteriormente avaliar se o fato objeto de análise se enquadra ou não na hipótese prevista na norma¹⁹⁶. A denominada “*liberdade intelectual*” que surge dos conceitos jurídicos indeterminados não pode ser confundida com discricionariedade.

¹⁹⁵ Segundo informa ALMIRO DO COUTO E SILVA: “A orientação hoje dominante no direito germânico é a de que os conceitos indeterminados estão inseridos no suporte fático legal (Tatbestand) e os problemas com eles relacionados resumem-se todos - ou pelo menos preponderantemente - à interpretação da regra jurídica, diferentemente do que se passa com o poder discricionário, que se constitui num poder de eleição de consequência ou do efeito jurídico”. Obra citada. *Poder...*, p. 58. **Para uma análise aprofundada sobre a evolução do tema no Direito Estrangeiro**, confira-se: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Obra citada. *Discricionariedade...*, pp. 98-119.

¹⁹⁶ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 34.

Para LUÍS ROBERTO BARROSO, a valoração concreta dos conceitos jurídicos indeterminados não representa discricionariedade. Assevera que tais institutos possuem em comum a impossibilidade do Direito, em diversas situações, antever os inúmeros fatos com os quais o administrador pode se deparar e disciplinar detalhadamente a atuação da administração, motivo pelo qual o legislador deixa certa margem de liberdade ao aplicador para – diante do caso concreto – aplicar a norma da melhor maneira possível¹⁹⁷.

Idéia semelhante é adotada por JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR ao indicar como ponto de convergência entre tais institutos o importante papel conferido pela norma à prudência do aplicador, “*a quem não se impõem padrões rígidos de atuação*”, para atuar diante das peculiaridades do caso concreto¹⁹⁸.

Todavia, BARROSO ensina que o papel a ser desempenhado pelo administrador quando se depara com um ou outro instituto é significativamente diferente:

“Atribuir sentido a um conceito jurídico indeterminado envolve uma **atuação predominantemente técnica**, baseada em regras de experiência, em precedentes ou, eventualmente, em elementos externos ao Direito. Já o exercício de competência discricionária compreende a formulação de **juízos de conveniência e oportunidade**, caracterizando uma **liberdade de escolha** dentro do círculo pré-traçado pela norma de delegação”¹⁹⁹.

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA também informa o equívoco em confundir discricionariedade com os conceitos jurídicos indeterminados, haja vista que naqueles há simples concreção/interpretação da norma, sem que reste uma verdadeira margem de escolha²⁰⁰.

EROS ROBERTO GRAU também assevera que a confusão que se faz entre conceitos indeterminados e discricionariedade é equivocada. Entende que não se pode alegar que a discricionariedade deriva da utilização pela norma de conceitos indeterminados, mas tão-somente quando a lei expressamente atribuir tal possibilidade de atuação ao administrador público.

¹⁹⁷ Obra citada. *Curso...*, p. 313.

¹⁹⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 69.

¹⁹⁹ Obra citada. *Curso...*, p. 313. Sem destaques no original.

²⁰⁰ Obra citada. *Ato...*, p. 98.

Para este professor, há uma sensível diferença entre tais institutos. Enquanto na discricionariedade se está diante de *juízos de oportunidade e conveniência*, nos conceitos indeterminados há apenas *juízo de legalidade*, mera aplicação da lei. Isto é, a atividade discricionária da administração (discricionariedade) é completamente diferente da atividade de interpretação do direito (conceitos indeterminados)²⁰¹.

Com efeito, ensina que há distinção entre a inserção de conceitos indeterminados na norma e a competência discricionária. Quando o administrador se deparar com conceitos indeterminados caberá a ele – em consonância com o texto normativo com o qual está se deparando - somente superar (preencher/interpretar) está indeterminação e depois verificar se a situação se enquadra na previsão normativa (subsunção). Já na discricionariedade, segundo ele, a lei expressamente confere ao administrador uma certa margem de liberdade de eleição entre alternativas juridicamente justas (“*indiferentes jurídicos*”), procedida subjetivamente pelo agente²⁰².

Esta posição foi didaticamente resumida por EROS GRAU no seu livro “*O direito posto e o direito pressuposto*”:

DISCRICIONARIEDADE	CONCEITOS INDETERMINADOS
“ <i>margem de liberdade do administrador</i> ”	“ <i>faculdade do intérprete</i> ”
“ <i>para eleger segundo critérios consistentes de razoabilidade</i> ”	“ <i>de escolha</i> ”
“ <i>um</i> ”	“ <i>de uma</i> ”
“ <i>entre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto</i> ”	“ <i>entre várias interpretações possíveis, em cada caso</i> ”
“ <i>a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando</i> ”	“ <i>de modo que essa escolha seja apresentada como adequada, sempre</i> ”
“ <i>dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente</i> ”	“ <i>inexiste, em cada caso, uma interpretação verdadeira (único caso)</i> ”

E ele conclui seu raciocínio dizendo que tal posicionamento visa apenas “*recusar teorizações que procurem justificar e explicar a discricionariedade como **poder** da administração. O princípio democrático repele qualquer construção que conduza ao entendimento de que ela atua além dos quadrantes*”

²⁰¹ Obra citada. *O direito...*, pp. 192 e 202.

²⁰² Obra citada. *Poder...*, p. 42.

da legalidade, no exercício de **juízo de oportunidade**, salvo quando a lei, explicitamente, determine que o faça”²⁰³.

Assim, podemos extrair do pensamento deste doutrinador que a principal distinção entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade reside na postura concreta a ser adotada pelo administrador quando estiver frente a um ou outro instituto. Ou seja, quando o administrador for atuar no quadrante da discricionariedade deverá eleger um dentre pelo menos dois comportamentos juridicamente cabíveis, por outra banda, quando for atuar amparado em norma que possui conceitos indeterminados avaliara, diante do caso concreto, qual a interpretação que melhor se encaixa na situação com a qual tenha se deparado, para depois avaliar se está diante da previsão normativa.

MARÇAL JUSTEN FILHO apresenta claramente a distinção que existe entre a atuação interpretativa e a atuação discricionária. Segundo ele, a possibilidade conferida ao intérprete de contribuir/influenciar/innovar com seus conhecimentos na ocasião em que confere concretude à norma, circunstância que reputa de extrema relevância, não tem o condão de identificar esta conduta com a discricionariedade.

Ensina que a grande diferença entre estes institutos surge da opção adotada pelo legislador, qual seja, a de que na interpretação há uma atuação de construção da “*vontade normativa*” - que deve ser buscada no próprio sistema jurídico - não dependendo de qualquer juízo de conveniência do aplicador. Por outro lado, entende que na discricionariedade cabe ao aplicador fazer certas escolhas – segundo critérios de conveniência e oportunidade – as quais são legitimadas pelo Direito.

De acordo com o professor MARÇAL, “*a distinção é importante porque a interpretação nunca se traduz na pretensão explícita do intérprete de fazer valer sua avaliação subjetiva como critério de disciplina da situação concreta. Diversamente se passa na discricionariedade*”²⁰⁴.

Destarte, no entender deste doutrinador, mesmo que o aplicador – diante da redação legal insatisfatória; da textura aberta da linguagem; de conceitos

²⁰³ Obra citada. *Poder...*, p. 45. Negritos no original.

²⁰⁴ Obra citada. *Curso...*, p. 161.

jurídicos indeterminados ou de conceitos de valor - possa inovar ao determinar a solução cabível para o caso concreto, não se pode falar em discricionariedade administrativa²⁰⁵.

Portanto, resta claro que há evidente diferença entre a discricionariedade administrativa e os conceitos indeterminados, enquanto estes conferem ao aplicador apenas a possibilidade de interpretação/integração da norma, aquela possibilita uma margem de liberdade de escolha – segundo critérios de conveniência e oportunidade – entre duas ou mais alternativas juridicamente válidas.

Corroborando este entendimento, vejamos um trecho do voto proferido pelo Ministro CARLOS VELLOSO na ADI nº 04/DF:

“De outro lado, pode ocorrer que uma norma constitucional se refira a instituto de conceito jurídico indeterminado. Isto tornaria inaplicável a norma constitucional? Não. É que a norma dependeria, apenas, de ‘interpretação capaz de precisar e concretizar o sentido de conceitos jurídicos indeterminados’, interpretação que daria à norma ‘sentido operante, atuante’, ensina o professor e Desembargador José Carlos Barbosa Moreira, com sua peculiar acuidade jurídica (José Carlos Barbosa Moreira, Mandado de Injunção). Busco, novamente, a lição de José Carlos Barbosa Moreira a dizer que ‘todo conceito jurídico indeterminado é suscetível de concretização pelo juiz, como é o conceito de boa-fé, como é o sentido de bons costumes, como o é o conceito de ordem pública e tantos outros com os quais estamos habituados a lidar em nossa tarefa cotidiana’ (José Carlos Barbosa Moreira, obra e local citados)”²⁰⁶.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em declarada intenção de rebater os argumentos expostos por GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, levanta outra questão que supostamente confirmaria que os conceitos indeterminados podem gerar discricionariedade: afirma que em diversas situações mais de um entendimento acerca do conceito jurídico indeterminado seria razoavelmente admissível. Ou seja, em diversas circunstâncias, várias intelecções podem conviver²⁰⁷.

Em primeiro lugar, cogente esclarecer que os autores espanhóis, bem como os doutrinadores brasileiros que se posicionam no mesmo sentido, **não**

²⁰⁵ *Idem*, pp.162-167.

²⁰⁶ STF, ADI nº 04/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 147/816-817. *Apud*: DEL CLARO, Maria Ângela Marques. Obra citada. *O direito...*, p. 169. Sem destaques no original.

²⁰⁷ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 22.

defendem que na concreção do conceito jurídico indeterminado só uma única alternativa restaria ao aplicador da norma. Muito pelo contrário, conforme acima exposto, defendem que o papel do administrador quando se depara com conceitos indeterminados é o de integrador/intérprete da norma. Estes professores não afirmam que apenas uma interpretação seria razoável ou válida diante do caso concreto.

Quando EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ falam que tais conceitos só permitem uma “*unidad de solución justa*” em cada caso, não querem dizer que há apenas uma interpretação razoável que confere concreção ao conceito diante do caso concreto. Defendem que, **após ter ocorrido a interpretação**, ou se está diante do conceito indeterminado ou não se está (“*Tertium non datur*”):

“Conviene notar a este respecto, para evitar un malentendido bastante frecuente sobre el que suelen construirse las críticas ulteriores, que esa ‘unidad de solución justa’ a la que nos referimos no significa que haya una sola y única conducta capaz de merecer, entre todas las posibles, la calificación a la que el concepto apunta. **Lo que quiere decir exactamente es que en un caso dado la concreta conducta objeto de enjuiciamiento o es de buena fe o no lo es, lo que remite a una ‘apreciación por juicios disyuntivos’**, en la expresiva fórmula alemana, ya que no puede ser las dos cosas al mismo tiempo, como es evidente”²⁰⁸.

Ou seja, Informam que a indeterminação destes conceitos não pode ser confundida com indeterminação na aplicação destes conceitos, pois diante do caso concreto permitem apenas uma “*unidad de solución justa*”, a qual será vislumbrada pelo administrador após exercer atividade cognitiva²⁰⁹.

Segundo eles, a distinção entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade deriva do fato de que esta faz surgir uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas frente ao direito (indiferentes jurídicos), pois a decisão se funda em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos), não incluídos na lei e remetidos ao juízo do administrador. Em oposição, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei em que se cuida de subsumir em uma categoria legal determinadas situações reais, restando uma única solução justa.

²⁰⁸ Obra citada. *Curso...*, p. 466. Sem destaques no original.

²⁰⁹ Obra citada. *Curso...*, p. 465.

Justamente por isso, concluem que nos conceitos indeterminados há atuação vinculada, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade, processo no qual não resta margem real de liberdade de escolha por parte do aplicador, como ocorre no exercício de um poder discricionário²¹⁰.

Portanto, neste ponto, constata-se que CELSO ANTÔNIO parte de uma premissa equivocada para a defesa de que os conceitos jurídicos indeterminados geram discricionariedade. Isto porque, não é a simples interpretação/integração da norma – que de fato não é única – que pode conduzir ao exercício de competência discricionária, mas a possibilidade de escolha na aplicação da norma de pelo menos duas alternativas juridicamente válidas.

Assim, até podemos nos deparar com situações em que na norma que prevê expressamente certa margem de discricionariedade ao aplicador esteja também presente algum conceito indeterminado. Todavia, não será ele o responsável pela existência de discricionariedade. Vejamos dois exemplos que confirmam esta afirmação:

O primeiro exemplo é a competência atribuída ao Presidente da República para a escolha e nomeação de Ministro do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (arts. 84, XIV²¹¹, e 101²¹² da CF). Ao se deparar com a possibilidade de escolha do novo Ministro o Presidente se encontra na seguinte situação: pode escolher qualquer cidadão com mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, que possua **notável saber jurídico e reputação ilibada**.

Assim, está diante de um requisito objetivo (idade) e de dois conceitos jurídicos indeterminados (notável saber jurídico de reputação ilibada). Entretanto, a competência discricionária “surgirá” somente depois que o

²¹⁰ *Idem*, p. 467.

²¹¹ “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...)XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei”.

²¹² “Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal”.

Presidente der concretude aos conceitos indeterminados. Depois de interpretar/integrar a norma, com a delimitação do que entende por notável saber jurídico e reputação ilibada, pode escolher – dentre os que possuem mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade - **qualquer cidadão**. Ou seja, sobra certa margem de competência discricionária ao Presidente para que escolha uma entre pelo menos duas alternativas juridicamente válidas (indiferente jurídico).

E foi justamente isto o que ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA quis afirmar na sua magistral frase: “*A discricionariedade começa onde termina a interpretação*”²¹³. Somente se restar uma certa margem de escolha entre indiferentes jurídicos após a interpretação/integração da norma é que se poderá falar em discricionariedade.

O segundo exemplo é a competência atribuída também ao Presidente da República para a edição de Medidas Provisórias (art 62, *caput*, da CF²¹⁴). Nesta situação, o cenário encontrado pelo Presidente é diferente. Para que possa adotar uma postura específica (edição de Medida Provisória), ele deve apenas verificar se a situação em tela se enquadra na norma (relevância e urgência). Isto é, ao se deparar com uma situação concreta deverá verificar se há **relevância** e **urgência** que autorizam a edição de Medida Provisória.

Destarte, o Presidente deve avaliar (interpretar/integrar) se o caso concreto se enquadra na norma. Portanto, nesta situação não resta qualquer margem de discricionariedade ao aplicador, porque ou se está diante de situação que autorize a edição de medida provisória ou não se está. Há uma “*unidade de solução justa*”.

Esta inteligência é partilhada por JUDITH MARTINS-COSTA, que afirma que nas normas em que houve inserção de conceitos indeterminados, uma vez constatado que a situação concreta se enquadra nos conceitos, “*o caso é simplesmente aplicar a norma*”²¹⁵.

WALTER CAMPAZ não se afasta deste posicionamento, pois assevera que “*quando o agente administrativo constata, no mundo fático, a ocorrência de*

²¹³ PEREIRA, André Gonçalves. Erro e ilegalidade no acto administrativo. Lisboa: Ática, 1962. p. 217. *Apud*: CAMPAZ, Walter. Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 34.

²¹⁴ “Art. 62. Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

²¹⁵ Obra citada. *As cláusulas...*, p. 51.

*um evento análogo ao descrito abstratamente no ordenamento, está apenas verificando fatos, valorando-os e verificando a sua qualificação jurídica*²¹⁶.

Assim, resta evidenciado que há nítida diferença entre a atuação discricionária e a atuação amparada em conceitos jurídicos indeterminados.

Na mesma linha, FERNANDO SAINZ MORENO, citado por REGINA HELENA COSTA, diferencia a discricionariedade administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados nos seguintes termos: *“existe discricionariedade quando a autoridade administrativa pode escolher, entre várias decisões, de modo que, na vontade do legislador, qualquer delas é juridicamente admissível e tem o mesmo valor; um conceito jurídico indeterminado, por sua vez, quando só uma decisão é juridicamente admissível”*²¹⁷.

E, muito embora SEABRA FAGUNDES não tenha tratado especificamente sobre a discricionariedade administrativa frente aos conceitos jurídicos indeterminados, dos seus ensinamentos pode-se extrair a inteligência de que quando a lei emprega tais conceitos não há liberdade discricionária de atuação para o administrador, mas sim atuação vinculada. Pois, de acordo com este autor, em tais situações *“a atividade do administrador (esta) adstrita a um motivo único, predeterminado, cuja ocorrência material lhe cabe tão-somente constatar. (...) O administrador apenas torna efetiva a solução pré-assentada”*²¹⁸.

Ademais, outra sorte não merece os autores que diferenciam os conceitos jurídicos indeterminados em conceitos de experiência e de valor, asseverando que apenas quando se estiver frente aos conceitos de valor é que haverá discricionariedade administrativa. A conclusão a que se chegará é a mesma, conforme se passa a demonstrar.

Primeiramente, a própria subdivisão dos conceitos jurídicos indeterminados pode ser questionada, porque, no entender de SAINZ MORENO, não há uma real diferença entre os conceitos de valor e os de experiência e que em inúmeras situações em que se dá a aplicação do conceito será necessário demonstrar a existência de certos elementos como

²¹⁶ Obra citada. *Discricionariedade...*, p. 35.

²¹⁷ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa*. Madrid: Editora Civitas, 1976. p. 234. *Apud*: COSTA, Regina Helena. Obra citada. *Conceitos...*, p. 132.

²¹⁸ Obra citada. *O controle...*, p. 127.

também valorá-los, razão pela qual não haveria justificativa para tal desmembramento²¹⁹.

Entretanto, mesmo prevalecendo a diferenciação entre conceitos de experiência e de valor, ainda assim as afirmações acima apresentadas são válidas. A aplicação dos conceitos indeterminados – sejam de valor ou de experiência – representam um juízo de legalidade, no qual, nas palavras de FLÁVIO HENRIQUE UNES PEREIRA, “há qualificação jurídica dos fatos, e não um mero juízo de conveniência e oportunidade que resultaria no reconhecimento de discricionariedade administrativa”²²⁰.

Deste modo, quer se esteja diante de conceitos de valor ou de experiência, há apenas uma “*unidade de solução justa*”. Ou se está diante do conceitos ou não se está.

Por fim, outro ponto que segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO aproximaria a discricionariedade dos conceitos indeterminados seria a limitada margem de sindicabilidade judicial que adviria da atuação exercida com fundamento tanto em atos volitivos quanto em atos intelectivos.

Contudo, tal como afirmado por ALMIRO DO COUTO E SILVA, a grande diferença que há entre a discricionariedade e os conceitos indeterminados – no ponto referente ao controle jurisdicional – é que o pressuposto do qual deve partir o Poder Judiciário é diverso dependendo de qual se esteja falando. Caso se esteja tratando de atuação discricionária, o pressuposto deve ser o de que o controle judicial deve ser mais moderado e restrito, por outro lado, se o Poder Judiciário estiver frente aos conceitos indeterminados deve partir da premissa de que, em regra, o controle é absoluto e sem restrições²²¹.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, a diferenciação entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa é de fundamental importância para evitar afirmações como esta feita pelo professor CELSO ANTÔNIO:

²¹⁹ SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa*. Madrid: Editora Civitas, 1976. pp. 204-205. *Apud*: COSTA, Regina Helena. *Obra citada. Conceitos...*, p. 134.

²²⁰ PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho-setembro, 2008. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 03 de abril de 2009.

²²¹ *Obra citada. Poder...*, pp. 59-60.

“Las consecuencias de ese contraste son capitales. Siendo la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados un caso de aplicación e interpretación de la Ley que ha creado el concepto, el juez puede fiscalizar tal aplicación, valorando si la solución a que con ella se ha llegado es la única solución justa que la Ley permite. Esta valoración parte de una situación de hecho determinada, la que la prueba le ofrece, pero su estimación jurídica la hace desde el concepto legal y es, por tanto, una aplicación de la Ley”²²².

REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA defende tese semelhante ao ensinar que – tendo em vista que na concreção dos conceitos jurídicos indeterminados há simples operação interpretativa – “*é possível ao magistrado ingressar na intimidade dos conceitos, para examinar a sua legalidade*”²²³.

Ademais, este é o entendimento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“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. (...) **A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida 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.** (...)”²²⁴.

Diante de todo o exposto, entendemos que os conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade administrativa, haja vista que quando o administrador se depara com tais conceitos a sua atuação é a de simples intérprete/integrador da norma, cabendo a ele apenas verificar se o conceito indeterminado se dá ou não se dá (“*unidade de solução justa*”). Por outro lado, a discricionariedade administrativa apenas resulta de expressa previsão legal, na qual cabe ao administrador escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, uma dentre pelo menos duas soluções juridicamente válidas.

²²² Obra citada. *Curso...*, p. 467.

²²³ Obra citada. *Ato...*, p. 98.

²²⁴ STF, 1ª Turma, RMS nº 24.699, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 01/07/2005, unânime. Participaram do julgamento os Ministros EROS ROBERTO GRAU; CARLOS AYRES BRITTO; CEZAR PELUSO e MARCO AURÉLIO.

CONCLUSÕES

Da análise dos posicionamentos divergentes acerca da existência ou inexistência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados e do conflito daí resultante pode-se concluir, em síntese, que:

Há um inegável ponto de convergência entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade, qual seja, o importante papel conferido ao aplicador da norma, a quem não se impõe padrões rígidos de atuação. E assim o é, pois há clara impossibilidade do Direito, em diversas situações, antever os inúmeros fatos com os quais o administrador pode se deparar e disciplinar detalhadamente a atuação da administração. Todavia, esta similaridade não tem o condão de confundir tais institutos;

Tal como afirmado pelos doutrinadores que entendem que a discricionariedade pode surgir dos conceitos indeterminados, é inegável que na concreção de tais conceitos haverá mais de uma interpretação razoavelmente aceitável. Esta afirmação é incontestável. Contudo, este processo cognitivo não possibilita ao administrador a possibilidade de escolher, mas tão-somente identificar, em consonância com o sistema jurídico, o conteúdo do conceito (interpretação);

Na atuação discricionária o administrador se vale de *juízos de oportunidade e conveniência* e nos conceitos indeterminados há apenas *juízo de legalidade* (mera aplicação da lei);

A atuação discricionária somente pode derivar de expressa previsão legal;

Quando o administrador se deparar com conceitos indeterminados deverá apenas interpretá-los. Já quando a lei lhe atribuir competência discricionária deverá escolher, segundo critérios de conveniência e oportunidade, uma dentre pelo menos duas alternativas juridicamente válidas (indiferentes jurídicos);

Os conceitos jurídicos indeterminados só permitem uma “*unidade de solução justa*”. Após ter ocorrido a interpretação/concreção, ou se está diante do conceito indeterminado ou não se está (“*Tertium non datur*”). Após constatar

se a situação concreta se enquadra no conceito indeterminado cabe ao administrador simplesmente aplicar a norma;

Quer se esteja diante de conceitos de valor ou de experiência, há apenas uma “*unidade de solução justa*”. Ou se está diante do conceito ou não se está;

Com relação ao controle judicial, caso se esteja diante de atuação discricionária, o pressuposto deve ser o de que o controle deve ser mais moderado e restrito. Por outro lado, se o Poder Judiciário se deparar com conceitos indeterminados deve partir da premissa que, em regra, o controle é absoluto e sem restrições;

Nos conceitos jurídicos indeterminados há atuação vinculada;

Em suma, podemos concluir que os conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionabilidade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed, 8ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, Celso Antônio. *Legalidade – Discricionariedade – Seus Limites e Controle*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 86, p. 42-59, abril-junho de 1988.

_____, Celso Antônio. *“Relatividade” da competência discricionária*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, nº 212, p. 49-56, abril-junho de 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAMPAZ, Walter. *Discricionariedade*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nºs 47-48, p. 28-37, Ano IX.

COSTA, Regina Helena. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 95, p. 128, julho-setembro de 1990.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, nº 179, p. 51-67, janeiro-junho de 1990.

_____, Almiro do. *Princípios da legalidade da administração pública e segurança jurídica no estado de direito contemporâneo*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 84, p. 46-63, outubro-dezembro de 1987.

DALLARI, Adilson Abreu. *Controle do desvio de poder*. In: *O abuso de poder do Estado na atualidade*. Coordenadores: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de; LIMA, Liana Maria Taborda. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

DEL CLARO, Maria Ângela Marques. *O Direito Administrativo e a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados*. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, nº 40, p. 163-176, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. TJRN, Apelação Cível n.º 1422, Rel. Des. Seabra Fagundes. *Apud: Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV, n.º 14, p. 52-82, outubro-dezembro de 1948.

_____, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4ª ed. Editora: Malheiros, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Vol. I. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2005.

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

_____, Eros Roberto. *Notas sobre os conceitos jurídicos*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 74, p. 217-221, abril-junho de 1985.

_____, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____, Eros Roberto. *Poder discricionário*. **Revista de Direito Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 93, p. 41-46, janeiro-março de 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

LEAL, Vitor Nunes. *Comentários ao Acórdão proferido por Seabra Fagundes na Apelação Civil n.º 1422*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, n.º 14, p. 52-82, outubro-dezembro de 1948.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. **Revista dos Tribunais**, volume 680, p. 47-58, junho de 1992.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo – princípios constitucionais e a lei 9.784/1999*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho-setembro, 2008. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 03 de abril de 2009.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, volume VI e VII, pp. 41-78; pp. 52-80, outubro de 1946.

_____, Afonso Rodrigues. *Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: FGV, nº 97, p. 01-08, julho-setembro de 1969.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 82.

SUNFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4ª ed., 10ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

TÁCITO, Caio. *O princípio da legalidade: ponto e contraponto*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, vol. 242, p. 125-132, out./dez., 2005.

_____, Caio. *Vinculação e discricionariedade administrativa*. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, vol. 242, p. 119-124, out./dez., 2005.

TOURINHO, Rita. *A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados*. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, julho-setembro, 2008. Disponível na internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 03 de abril de 2009.