

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**THAIS STEFANO MALVEZZI**

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:  
DISCRICIONARIEDADE E CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO**

**CURITIBA  
2010**

**THAIS STEFANO MALVEZZI**

**PRINCÍPIO DA LEGALIDADE:  
DISCRICIONARIEDADE E CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO**

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de graduação em Bacharelado em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

**CURITIBA  
2010**

TERMO DE APROVAÇÃO

THAIS STEFANO MALVEZZI

**Princípio da Legalidade: Discricionariedade Administrativa e  
Conceito Jurídico Indeterminado**

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

---

*ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO*

Orientador

---

*ÂNGELA CÁSSIA COSTALDELLO*

Primeiro Membro

---

*ADRIANA RICARDO SCHIER*

Segundo Membro

## RESUMO

O Estado de Direito é criado e regulado por uma Constituição. O exercício do poder político é dividido entre órgãos harmônicos e independentes, o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, aos quais cabem as funções legislativa, judiciária e administrativa, respectivamente. A função administrativa é a concretização da vontade expressa na lei, à qual se subjugua. Nesse sentido, a atividade administrativa – pautada, principalmente, pelo princípio da legalidade – se submete ao controle jurisdicional. A função administrativa se objetiva pelo ato administrativo, composto pela integração de elementos que condicionam a sua validade: competência, objeto, forma, motivo e finalidade. O ato administrativo pode ser vinculado ou discricionário, segundo a margem de liberdade conferida ao administrador. A atuação discricionária permite que o agente aja segundo critérios de conveniência e oportunidade. A discricionariedade, porém, não é plena, pois contém limites (internos e externos) de atuação e se manifesta apenas quanto aos elementos conteúdo e motivo. Desde o seu surgimento, a discricionariedade esteve sujeita a várias teorias criadas no sentido de criar parâmetros jurídicos ao agir discricionário. Dentre elas, a teoria do conceito jurídico indeterminado surgiu, ainda no século XIX, pregando que quando se está diante de um conceito indeterminado, não há discricionariedade e o processo hermenêutico é plenamente sindicável pelo Judiciário. Todavia, haja vista a possibilidade de conferir um sentido inequívoco a tais conceitos, há muito dissenso na doutrina sobre essa teoria e de até onde o Judiciário poderia averiguar a aplicação de tais conceitos.

**Palavras-chave:** Estado de Direito, função administrativa, princípio da legalidade, discricionariedade, controle da ação discricionária, conceito jurídico indeterminado.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	6
<b>1 ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE</b> .....	8
1.1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	8
1.2 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	11
1.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	12
1.3.1 Concepção clássica.....	12
1.3.2 A noção de legalidade no contexto atual.....	14
1.3.2.1 Legalidade e legitimidade.....	15
1.3.2.2 Legalidade como regra de predeterminação da atuação estatal.....	16
1.3.2.3 Posição principiológica e substancialista da legalidade.....	18
1.3.2.4 O sentido da vinculação da Administração à juridicidade.....	19
<b>2 DISCRICIONARIEDADE</b> .....	20
2.1 CONCEITO.....	21
2.1.1 Discricionariedade e mérito do ato administrativo .....	23
2.2 EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	25
2.2.1 A teoria dos elementos do ato administrativo e a superação da dicotomia ato vinculado x ato discricionário.....	25
2.2.1.1 A teoria dos elementos do ato administrativo.....	25
2.2.1.2 A superação da distinção entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário.....	27
2.2.1.3 Aspectos discricionários do ato administrativo .....	30
2.2.2 Teorias de controle a partir de parâmetros implícitos do ato.....	32
2.2.3 Teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.....	34
2.2.4 Teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios gerais do direito e aos princípios constitucionais.....	35
<b>3 CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO</b> .....	38
3.1 UMA RESSALVA QUANTO À EXPRESSÃO “CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO”.....	39
3.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO.....	40
3.2.1 Doutrina da unicidade da interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados.....	41
3.2.2 Doutrina da duplicidade da interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados.....	42
3.3 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS.....	43
3.3.1 A doutrina espanhola e portuguesa a favor da distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa.....	43
3.3.2 A doutrina nacional a favor da distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa.....	47
3.3.3 A doutrina nacional contra a distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa.....	49
3.3.4 A doutrina que propõe um meio termo na distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa.....	52
<b>CONCLUSÃO</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	60

## INTRODUÇÃO

O Estado de Direito – produto da Revolução Francesa – traz a ideia de submeter um Poder a um juízo. Desse modo, o exercício do poder político é dividido entre órgãos independentes e harmônicos, a saber, as funções legislativa, administrativa e judicial que correspondem ao Poder Legislativo, ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário, respectivamente.

Nesse contexto, inicialmente, descreve-se a evolução e emergência dos conceitos de Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático de Direito, evidenciando-se a importância do princípio da legalidade na atuação da Administração Pública.

Dentre as três funções exercidas no Estado de Direito, a função administrativa é de fundamental importância no Direito Administrativo uma vez que é por meio desta que se concretiza a vontade estabelecida na lei e se procede à concretização de políticas públicas.

Portanto, vista a função administrativa como consectário do princípio da legalidade, elucida-se o conceito clássico do princípio da legalidade e sua correlação ao Estado do Direito. Ademais, constata-se a evolução do conceito deste princípio, visto que hodiernamente não é concebido apenas sob o prisma da vinculação negativa da Administração à lei, mas também como legitimidade, ou como uma regra de predeterminação da atuação estatal ou, ainda, à vista de uma posição principiológica e substancialista e da Administração vinculada à juridicidade.

Dentro desse novo quadro concebido pela doutrina nacional quanto ao princípio da legalidade, desnuda-se o conceito de discricionariedade na Administração Pública. Isso, porque, tal fenômeno, em tese imune à revisão jurisdicional, revela a problemática da separação entre Administração e Justiça.

Com vistas a reduzir os abusos e as arbitrariedades levadas a efeito pela Administração Pública sob o manto protetivo da discricionariedade, a doutrina e a jurisprudência buscaram formas de conter o exercício da discricionariedade dentro do seu campo de expressão legítima.

Nesse sentido, relaciona-se os principais parâmetros jurídicos desenvolvidos à atividade discricionária tais como a teoria dos elementos do ato com a

possibilidade de controle dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários, o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes), o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e, por fim, o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

Especificamente com relação à teoria dos conceitos jurídicos indeterminados como forma de controlar a atividade discricionária, contrasta-se a grande discussão existente da doutrina, pois para parte da doutrina a existência de um conceito jurídico indeterminado na lei seria mais uma causa geradora de discricionariedade e, portanto, imune à revisão jurisdicional. Porém, para outra parte da doutrina, a aplicação de referido conceito seria apenas um processo hermenêutico plenamente sindicável perante o Poder Judiciário. Como alternativa às duas posições extremas, há uma posição intermediária que alega que, não obstante o conceito jurídico indeterminado conceda uma margem de livre apreciação para a autoridade administrativa, essa atuação estará sujeita a balizamentos jurídicos controláveis pelo Judiciário.

Para tanto, analisa-se a posição da doutrina nacional, bem como as doutrinas portuguesa e espanhola. Complementarmente, demonstra-se a posição do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

O estudo aprofundado do tema é importante para o delineamento preciso de até onde o Administrador age legitimamente sob o manto da discricionariedade, especialmente no novo contexto do princípio da legalidade. Além disso, é fundamental identificar se, diante de um conceito jurídico indeterminado, estar-se-á diante de uma manifestação discricionária imune à revisão jurisdicional ou diante de um mero processo hermenêutico plenamente sindicável pelo Poder Judiciário.

## 1 ESTADO DE DIREITO E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

### 1.1 DO ESTADO DE DIREITO AO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A ideia de submeter um Poder sistematicamente a um juízo, em que qualquer cidadão pode exigir justificativa do comportamento face ao Direito, é um modelo de Estado criado pela Revolução Francesa – o Estado de Direito.<sup>1</sup>

O Estado de Direito, conforme entendimento de Carlos Ari SUNDFELD, é aquele

criado e regulado por uma Constituição (isto é, por uma norma jurídica superior às demais), onde o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos, que controlem uns aos outros, de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos, possam opô-los ao próprio Estado.<sup>2</sup>

Fundamentado na supremacia da Constituição, na separação dos poderes, na superioridade da lei e na garantia dos direitos individuais, o Estado de Direito define, pelo ordenamento jurídico, os limites de sua atividade e a esfera de liberdade dos indivíduos. Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “a grande novidade do Estado de Direito certamente terá sido subjugar totalmente a ação do Estado a um quadro normativo, o qual se faz, assim, impositivo para todos - Estado e indivíduos”.<sup>3</sup>

O Estado de Direito, portanto, é aquele que se subordina ao Direito, ou seja, se sujeita a um sistema de normas jurídicas que regulamentam a sua ação. Como assegura Afonso Rodrigues QUEIRÓ, “é sabido que o princípio característico e essencial do Estado de Direito é precisamente o de que o Estado se comporta em relação aos particulares na forma do direito, quer dizer, ligado pelas normas

---

1 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. 3. ed. Madrid : Civitas, 1983. p. 13.

2 SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 49.

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 11.

jurídicas”.<sup>4</sup>

Como o Estado de Direito tanto define como deve respeitar os limites de sua atividade, para que a lei seja efetiva, a autoridade incumbida de fazer a lei não pode, ao mesmo tempo, aplicá-la. Por esta razão, prevalece no mundo ocidental a afirmação de que há uma triologia de funções no Estado, quais sejam, a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional. Essa triologia foi configurada por Montesquieu com vistas a impedir a concentração de poderes, preservando a liberdade dos homens contra abusos e tiranias dos governantes<sup>5</sup>, ou talvez, como afirma QUEIRÓ “aquilo que o Estado de Direito é forçosamente, é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rosseau que Montesquieu”.<sup>6 e 7</sup>

As funções legislativa, administrativa e judicial correspondem, cada qual, a um bloco orgânico. A cada um dos órgãos é dado o nome de poder, a saber, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário. Como assevera Seabra FAGUNDES, “legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar a lei de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente), são três fases da atividade estatal, que se completam e que a esgotam em extensão”.<sup>8</sup>

A separação dos poderes é o elemento lógico-essencial do Estado do Direito na medida em que garante que o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e harmônicos. SUNDFELD, nesta linha de ideias, afirma que “as funções de fazer as leis (legislar), aplicá-las (administrar) e resolver os conflitos (julgar) devem pertencer a autoridades distintas e independentes”.<sup>9</sup>

Caio TÁCITO esclarece que as funções se distinguem no sentido formal segundo o órgão que as exercita, ou ainda, no sentido material, de acordo com o seu conteúdo próprio. O autor assevera que

poder-se-á, assim, estabelecer que o ordenamento jurídico abrange, realmente, três planos diferenciados: a formação, a realização e a contestação do direito. A cada uma dessas categorias autônomas se

4 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 41-78, out. 1946. p. 41.

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 29-31.

6 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Op. cit., p. 47.

7 Todavia, Seabra FAGUNDES ressalta que “é de justiça reconhecer-lhe (a Montesquieu) o mérito de ter sido o primeiro sistematizador e o de mais autoridade, dessa distinção de funções e órgãos do Estado”. (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1957. p. 17).

8 Idem.

9 SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 38.

endereça, no sentido material, cada uma das funções distintas do Estado: a legislativa, a administrativa e a jurisdicional.<sup>10</sup>

A correlação das funções sob o ponto de vista material não é absoluta, mas verifica-se um critério de especialização dominante.

Nesse contexto de separação de poderes, conforme destaca ENTERRÍA, o Executivo é assim chamado justamente porque possui a missão de 'executar' a lei, ou seja, particularizando os mandamentos legais nos casos concretos. Para o autor,

a distinção entre os Poderes Legislativo e Executivo dá ao primeiro a preeminência e limita o segundo a atuar no marco prévio traçado pelas decisões daquele, que deixa de ser um poder livre, suposta expressão direta da soberania e com a mesma força criadora que o poder normativo supremo, para ficar definitivamente legalizado, submetido à lei.<sup>11</sup>

Do Estado de Direito, evoluiu-se para o Estado Democrático de Direito definido como “aquele onde o povo, sendo destinatário do poder político, participa, de modo regular e baseado em sua livre convicção, do exercício desse poder”.<sup>12</sup>

O Estado Democrático de Direito é criado e regulado por uma Constituição; seus agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento dos seus deveres; o poder político é exercido, em parte diretamente pelo povo, em parte por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes e os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos, podem opô-los ao próprio Estado. Em síntese, o Estado Democrático de Direito é resultado da soma de constitucionalismo, república, participação popular direta, separação dos poderes, legalidade e direitos individuais e políticos.<sup>13</sup>

Ainda, somando-se a estes elementos o dever do Estado de atuação positiva com a finalidade de gerar desenvolvimento e justiça social configura-se o Estado Social e Democrático de Direito.

O Estado configurado pela Constituição da República de 1988 é o Estado Social e Democrático de Direito cujos valores ficam assegurados nos fundamentos e

---

10 TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 50-51.

11 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomaz-Ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 369.

12 SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 49

13 Ibidem, p. 53-54.

nos objetivos fundamentais estabelecidos pelos artigos 1º e 3º da Constituição da República de 1988 e, ainda, pela separação dos poderes prevista no artigo 2º – “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

## 1.2 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Dentre as funções exercidas no Estado de Direito, a função administrativa assume importância perante o Direito Administrativo. Esta função é definida por Caio TÁCITO como “a forma de atividade do Estado que visa a criar, modificar ou extinguir situações jurídicas individuais ou a concorrer para a sua formação, bem como realizar atos materiais”.<sup>14</sup> Dessa forma, pode-se afirmar que a função administrativa traduz-se pelos fatos e atos administrativos pelos quais se processam os serviços públicos e as relações entre o Estado e seus administrados.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO conceitua a função administrativa como

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.<sup>15</sup>

Para Seabra FAGUNDES, constitui objeto da função administrativa a concretização da vontade expressa na lei. Esta concretização ocorre por um trabalho de individualização, que torna a lei praticamente efetiva, acomodando as situações abstratamente consideradas às situações concretas individuais.<sup>16</sup>

A função administrativa do Estado deve ser exercida dentro dos limites da lei, aplicando-se à realização concreta das normas legislativas. Nesse sentido, o autor defende que “sendo a função administrativa, que constitui o objeto das atividades da Pública Administração, essencialmente realizadora do direito, não se pode compreender seja exercida sem que haja texto legal autorizando-a ou além

<sup>14</sup> TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 53.

<sup>15</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 36.

<sup>16</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle...**, p. 20.

dos limites dêste”.<sup>17</sup>

A atividade administrativa está, dessa maneira, submetida ao controle jurisdicional que, por sua vez, limita-se ao controle da legalidade. A autoridade que ultrapassar os limites estabelecidos pela lei estará praticando um ato viciado. Nesse caso, o controle de legalidade atuará para restabelecer o equilíbrio jurídico, declarando a nulidade do ato praticado.

### 1.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

#### 1.3.1 Concepção clássica

Como prescreve Romeu Felipe BACELLAR FILHO, a legalidade possui uma importância inegável e significativa na Administração Pública, porquanto identifica o Estado de Direito e estabelece os limites da função administrativa. Nesse sentido assevera que “por este princípio se determina que a Administração Pública não só quede submissa à lei, mas também só possa atuar em consonância com as suas prescrições”.<sup>18</sup>

BANDEIRA DE MELLO, do mesmo modo, assegura que o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, pois lhe confere identidade própria. Para o autor, o princípio da legalidade é a “consagração da ideia de que a Administração Pública só poder ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”.<sup>19</sup>

Nessa ordem de ideias, afirma Hely Lopes MEIRELLES que “na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.<sup>20</sup>

---

17 Ibidem, p. 113.

18 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 49.

19 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 97.

20 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo:

Para Seabra FAGUNDES, o princípio da legalidade representa a “integral submissão da Administração Pública à lei (...) é uma consequência do sistema de legislação escrita e da própria natureza da função administrativa”. Por esta razão, o princípio da legalidade impõe que todas as atividades da Administração Pública sejam limitadas pela subordinação à ordem jurídica (legalidade).<sup>21</sup>

A relação entre a “Administração e a lei, não é apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção”<sup>22</sup>, ou seja, pressupõe autorização legal como condição de ação. Como ressalta Seabra FAGUNDES administrar é “aplicar a lei, de ofício”.<sup>23</sup>

Conforme ENTERRÍA, o princípio da legalidade é uma consequência lógica do dogma rousseauiano da vontade geral, em virtude da qual não se aceitam mais poderes pessoais. Todo poder é da lei, toda autoridade que se pode exercer é em virtude da própria lei e é apenas em nome da lei que se pode exigir obediência. A lei, portanto, não só outorga, mas também limita a autoridade dos agentes, que, como tais, são apenas servidores da lei.<sup>24 e 25</sup> Nas palavras de DUGUIT pode-se dizer que se trata da conversão do fato bruto do poder político na ideia da competência legal.<sup>26</sup>

ENTERRÍA afirma que, conforme delineação originária do princípio da legalidade, a Administração não pode atuar por autoridade própria, mas amparando-se sempre na autoridade da lei. Esse mecanismo de atuação da Administração qualifica o processo de execução da lei. O problema da Administração consistiria em concretizar o conteúdo desse processo executivo<sup>27</sup>, ou seja, a função da Administração é dar efetividade e concretizar o disposto na lei.

Ressalta-se, todavia, que a técnica de execução da legalidade pela Administração não implica na simples particularização na atuação concreta dos

---

Revista dos Tribunais, 1966. p. 55.

21 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle...**, p. 113.

22 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle...**, p. 13.

23 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle...**, p. 17.

24 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha...**, p. 14-15.

25 Essa concepção da lei teve origem na Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 que prescrevera “**Art. 5º.** A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. (...) **Art. 6º.** A lei é a expressão da vontade geral. (...) **Art. 7º.** Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrarias devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

26 DUGUIT, Manuel. *Droit Constitutionnel*. 4.ed. Paris, 1923. p. 65. *apud* GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo García de. **La lucha...**, p. 14-15.

27 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomaz-Ramon. **Curso...**, p. 371.

comandos abstratos das normas como feito nas sentenças judiciais. O paralelo inicialmente concebido entre ato administrativo e sentença judicial – como defendido por Otto MAYER – foi rechaçado pela ideia de que, enquanto os tribunais têm na execução da lei o objeto exclusivo de sua função, a Administração, pelo contrário, tem a função de realizar fins públicos materiais, só que deve fazê-lo dentro dos limites da lei.<sup>28</sup>

No Brasil, o princípio da legalidade se assenta no sistema constitucional como um todo, enraizando-se especificamente nos artigos 5º, inciso II, 37, caput, e 84, IV. O inciso II do art. 5º preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ademais, o caput do art. 37 estabelece que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”, e, ainda, o art. 84, inciso IV, estabelece que “Compete privativamente ao Presidente da República: sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

Como afirma BANDEIRA DE MELLO, estes dispositivos atribuem ao princípio da legalidade um arranjo inflexível, não deixando espaço para o Executivo esquivar-se da sua função.<sup>29</sup> O art. 37 da CR/1988 faz a expressa proclamação do princípio que rege a Administração Pública.

### 1.3.2 A noção de legalidade no contexto atual

A ideia da legalidade concebida como vinculação positiva à lei entrou em crise no século passado. De fato, a lei não foi capaz de atender às demandas que se propôs a tratar Estado liberal, sendo ainda mais ineficaz no Estado Providência.

Como relembra Gustavo BINENBOJM, o positivismo no pensamento liberal iluminista conduziu a uma quase divinização da lei, pois não havia limites para a atuação do legislador e os juizes e os administradores eram meros repetidores do

---

28 Idem.

29 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 100.

texto legal.<sup>30</sup> Essa visão se enquadra na expressão já mencionada de Seabra FAGUNDES para quem administrar é aplicar a lei de ofício.

É nesse contexto que surgem novas concepções do que deve ser entendido pelo princípio da legalidade. Para alguns autores, é imprescindível que a legalidade seja sempre correlacionada à legitimidade (Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO). Ademais, a legalidade passa a ser entendida como uma regra de predeterminação da atuação estatal (Eros Roberto GRAU) ou, ainda, à vista de uma posição principiológica e substancialista (Juarez FREITAS) e da Administração vinculada à juridicidade (Gustavo BINENBOJM).

### 1.3.2.1 Legalidade e legitimidade

Ao lado do conceito da legalidade, é necessário assentar o conceito de legitimidade. Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “a definição do Estado como Democrático e de Direito (art. 1º da Constituição) pressupõe o reconhecimento de duas distintas ordens de referência ética: a ético-política e a ético-jurídica”.<sup>31</sup> O conceito de legitimidade corresponde à ordem ético-política e o conceito de legalidade, à ordem ético-jurídica.

A dimensão da legitimidade é muito mais ampla que a legalidade, porque é impossível que a lei defina exhaustivamente todas hipóteses de incidência das normas jurídicas. De toda forma, a Administração Pública é duplamente vinculada: “à legalidade, que nada mais é que uma legitimidade positivada, e à legitimidade, naquilo que não foi ou não pôde ser positivado”.<sup>32</sup>

Para MOREIRA NETO, “a captação política dos interesses da sociedade é imediata e define a legitimidade, enquanto a cristalização jurídica desses interesses é mediata e define a legalidade”.<sup>33</sup>

---

30 BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 127.

31 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 2.

32 Ibidem, p. 15.

33 Ibidem, p. 7.

### 1.3.2.2 Legalidade como regra de predeterminação da atuação estatal

Para Eros Roberto GRAU, a imposição de restrições efetivas ao poder ensejada pelo princípio da legalidade e que permitem ao indivíduo defender-se do arbítrio do Estado é um bem humano incondicional.<sup>34</sup>

Todavia, assevera o autor que a legalidade foi, desde a sua instauração, visualizada em termos estritamente formais como corolário da separação dos poderes e como limite à atuação do Estado. Nesse contexto, o princípio da legalidade foi e é insuficiente para prover a garantia das liberdades.<sup>35</sup>

Isso porque – concebida a legalidade como imposição de um limite à atuação estatal – inicialmente resultava que todo ato da Administração deveria estar previamente inscrito como elemento de alguma hipótese normativa. No entanto, o princípio assumiu significado diverso, pois deixou de ser regra de conteúdo para assumir a feição de regra de limite da atividade administrativa. Nesse sentido, afirma GRAU

Por isso o princípio respeita aos procedimentos administrativos não já em si, mas tão somente enquanto a eles seja correlata uma situação subjetiva do particular, sobre a qual tenha incidência um efeito de extinção ou limitação. Por isso, ainda, é que, nos casos em que a atividade administrativa não expressa aquela dialética, o princípio não é aplicado – tal como no caso da atividade de programação do Estado e de outros entes públicos, que não se exprimem em atos autoritários.<sup>36</sup>

Como consequência disso, o princípio da legalidade visto como regra de limite à atuação da Administração, não opera qualquer garantia de fins públicos, uma vez que visa tão-somente à proteção do interesse privado.<sup>37</sup>

A legalidade, por esse aspecto, consagra-se como critério meramente formal, visto que independe de qualquer valoração a respeito do seu conteúdo. Em razão disso, tal política leva à “neutralidade axiológica do direito e à anulação do direito de resistência contra o direito legítimo (...) Importam os meios, à custa dos

---

34 GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 168.

35 *Ibidem*, p. 173.

36 *Ibidem*, p. 174.

37 Nessa linha, GRAU, em análise crítica argumenta que são “inconfundíveis nesta concepção, repito, as marcas profundas do pensamento liberal, que ideologicamente a estruturam” (*Idem*).

fins”.<sup>38</sup>

Em meio à crítica da visão contemporânea do princípio da legalidade, GRAU também destaca como necessária a desmitificação da noção de Estado de Direito. Isso porque o Estado de Direito não pode ser entendido como um sistema fechado e fixo, um valor em si próprio, mas como um conceito temporalmente condicionado e aberto conforme defende José Joaquim Gomes CANOTILHO. Nesse contexto, a noção de Estado de Direito formal deve ser substituída pela de Estado de Direito material a se amparar na concreção do princípio democrático e de uma ordem jurídica legítima. É nesse contexto de Estado de Direito material que se deve operar a desmitificação do princípio da legalidade.<sup>39</sup>

Nesse ponto, retoma-se a necessidade de releitura do princípio da legalidade não como limite da atuação estatal, mas como regra de predeterminação do conteúdo dessa atuação. Esse esforço não é inovação na história do direito e nas feições assumidas pelo princípio da legalidade. Isso, pois, a teoria da vinculação negativa da Administração pela lei (*negative Bindung*) foi pacificamente substituída pela *positive Bindung*. Ou seja, a lei é pressuposto do atuar da Administração, conforme ensinamentos de ENTERRÍA.

Aqui cabe destacar que o princípio da legalidade deve ser referido não a uma norma específica e determinada, mas ao ordenamento jurídico como um todo – ou, ainda, ao que HAURIUO denomina de 'bloco de legalidade' (leis, regulamentos, princípios gerais, costumes).

Como afirma Eros GRAU, “nesse quadro, o direito administrativo deixa de ser entendido como garantia dos particulares – que evoluem, de súditos a sujeitos de direito – e passa a ser a substância de toda atividade administrativa”.<sup>40</sup>

Todavia, o declínio da legalidade em sua concepção original, uma vez que o poder dominante não poderia mais usar a noção de legalidade satisfatoriamente a seu serviço, levou à criação de duas válvulas de escape: a discricionariedade e as ordens de necessidade (regulamentos).<sup>41</sup>

Ainda, o direito – como instrumento de implementação de políticas públicas – já não regula exclusivamente situações estruturais, pois passa a ordenar situações

---

38 Ibidem, p. 175.

39 Ibidem, p. 178-179.

40 Ibidem, p. 180.

41 Ibidem, p. 181.

conjunturais. Desse modo, parece a concepção de lei como norma abstrata e geral garantidora da calculabilidade e da previsibilidade, visto que o direito torna-se contingente e variável. Os campos de atuação do Executivo e do Legislativa interpenetram-se.<sup>42</sup>

Como denota GRAU, “a essa feição, assim assumida pela legalidade, e à dejuridificação de determinadas atuações estatais é paralela a emergência de uma nova modalidade de discricionariedade administrativa, voltada à 'otimização flexível das funções do Estado' (Bullinger 1987/21-22 e de Sousa (1987/280-283)”.<sup>43</sup>

### 1.3.2.3 Posição principiológica e substancialista da legalidade

Quanto ao princípio da legalidade e do acatamento da Administração Pública do Direito, Juarez FREITAS assinala previamente que “se evoluiu de um legalismo primitivo para uma posição, por assim dizer, principiológica e substancialista (superado o interpretativismo imoderado)”.<sup>44</sup>

Portanto, o legalismo estrito – que preconizava a servidão do intérprete à lei ou, ainda, à *voluntas legislatoris* – foi superado por uma visão em que a interpretação e a aplicação das normas administrativas devem lidar com o Direito entendido como uma totalidade sistemática aberta. Juarez FREITAS defende que “pensar o Direito Administrativo exclusivamente como mero conjunto de regras legais seria subestimar, de forma danosa, a complexidade do fenômeno jurídico-administrativo”.<sup>45</sup>

Assim, a subordinação da Administração Pública não se dá apenas à lei, mas à legalidade desde que “encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável”.<sup>46</sup> Isso porque a legalidade não é absoluta e requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a finalidade da Constituição não prospera no quadro atual.

---

42 Ibidem, p. 185.

43 Ibidem, p. 189.

44 FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 43.

45 Idem.

46 Ibidem, p. 43-44.

### 1.3.2.4 O sentido da vinculação da Administração à juridicidade

Uma das razões apontadas para a crise da legalidade por Gustavo BINENBOJM é a de que a lei deixou de ser a principal e mais importante forma de manifestação da vontade geral do povo. Frente ao fracasso da lei, os ideais de garantia de liberdade e de justiça foram depositados no constitucionalismo.

Nesse contexto, a Constituição como um sistema de princípios ganha destaque como norma jurídica e irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. E, em vista da superioridade formal e da ascendência axiológica da Constituição, a lei foi substituída pela Constituição como a principal fonte do direito administrativo.<sup>47</sup> Abre-se caminho para uma legalidade sem lei.<sup>48</sup>

Nesse quadro, o administrador público se torna um aplicador direto da Constituição e não apenas da lei como inicialmente concebido. Desse modo, diante de uma atuação discricionária, o administrador deverá optar pela alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (art. 37, caput), o que acaba por esvaziar significativamente o espaço da conveniência e da oportunidade administrativa.<sup>49</sup>

Nesse sentido, afirma BINENBOJM que “a atuação administrativa só será válida, legítima e justificável quando condizente, muito além da simples legalidade, com o sistema de princípios e regras delineado na Constituição, de maneira geral, e com os direitos fundamentais, em particular”.<sup>50</sup>

A vinculação da administração circunscrita ao ordenamento jurídico como um todo (bloco de legalidade) para BINENBOJM se encontra melhor enunciado ao que MERKL chamou de princípio da juridicidade administrativa.<sup>51</sup> Para tanto, toda atuação da Administração passa a ser delineada a partir dos princípios constitucionais e essa filtragem constitucional ocorre pela superação do dogma da onipotência da lei administrativa e pela sua substituição por referências diretas a princípio, explícitos ou implícitos, consagrados no ordenamento constitucional.<sup>52</sup>

47 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 129-130.

48 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2002. p. 834. *apud* Ibidem, p. 130.

49 Ibidem, p. 131.

50 Ibidem, p. 132.

51 MERKL, Adolf. **Teoría General de Derecho Administrativo**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1935. p. 132 e ss. *apud* BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 141.

52 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 142.143.

## 2 DISCRICIONARIEDADE

A ideia de exigir judicialmente da Administração de modo direto o respeito à Lei – o que se transformaria em norma fundamental do Estado de Direito – já esbarrou, desde sua origem revolucionária, no dogma da separação entre a Administração e a Justiça. Portanto, no mesmo momento em que surge todo o ideário de legalidade, liberdade e garantia jurídica, encontrou-se esse obstáculo não previsto – a separação em a Administração e a Justiça.<sup>53</sup>

Em vista dessa separação, conforme relata ENTERRÍA, criaram-se três grandes círculos de atuação imunes à fiscalização judicial, quais sejam, os atos discricionários de um lado e os atos políticos e normativos de outro.<sup>54</sup>

De qualquer forma, não se pode negar que o Estado de Direito, ao mesmo tempo em que trouxe garantias aos particulares que se tornaram titulares de direitos subjetivos, reduziu o poder discricionário da Administração. Como conclui QUEIRÓ, “direito subjetivo e poder discricionário são conceitos antitéticos”, pois onde há um direito que restringe o comportamento da administração cessa seu poder discricionário.<sup>55</sup>

É importante ressaltar que, no Estado de Direito, o poder discricionário – que atingia grau máximo no Estado de Polícia – não deixa de existir, embora esteja mais restrito. Até mesmo há quem negue que no Estado de Direito exista qualquer liberdade para a administração e que não há, portanto, poder discricionário.<sup>56</sup> Porém, prevalece o entendimento de QUEIRÓ para quem “a afirmação da discricionariedade como consubstancial do Estado de Direito, como seu elemento absolutamente necessário, não limitado a zonas isoladas, mas largo e generalizado a tãda a ordem jurídica como ordem dinâmica, isto é, como ordem que se realiza”.<sup>57</sup>

O Estado do Direito Público moderno é o Estado de Direito. Por isso, sua atividade se realiza dentro de normas jurídicas, sendo o princípio da submissão à lei o fundamento do Estado. Como já visto, é o poder legislativo quem formula a

---

53 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha...**, p. 18.

54 *Ibidem*, p. 22.

55 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Op. cit.*, p. 41-42.

56 Nesse sentido, Duguit (DUGUIT, Leon. *Traité de droit constitutionnel*, II. 2. ed. Paris: [s.n.], 1923. p. 878 e ss.) *apud* *Ibidem*, p. 44.

57 *Idem*.

diretivas da atividade da Administração ao indicar as condições de fato em que a Administração deve agir. É natural, porém, que existam limites naturais e lógicos quanto à possibilidade de regular toda a vida administrativa. Caberá ao agente, frente à norma e à situação de fato concluir se deve agir e se deve praticar um ato ou outro, ou seja, o agente desenvolverá uma atividade interpretativa. Decorrido o processo interpretativo, poderá restar ainda ao órgão um campo de liberdade.<sup>58</sup>

No sentido da impossibilidade de se prever legislativamente todas as situações possíveis, BACELLAR FILHO assevera que

partindo do pressuposto, de todo racional, de que o legislador não haverá de ser tão criativo, imaginativo, a ponto de poder prever todas as vicissitudes ou circunstâncias enfrentadas na atividade administrativa, suprindo com mandamentos absolutamente adequadas as mais diversas perplexidades, é que se reconhece, em dadas situações, a necessidade de um agir discricionário.<sup>59</sup>

A atuação da administração pública sempre deve estar em conformidade com a lei e com a Constituição. Impõe-se não apenas uma relação de compatibilidade, mas uma relação de verdadeira submissão.<sup>60</sup>

## 2.1 CONCEITO

Pela complexidade e divergência sobre o tema da discricionariedade, cumpre analisar as diferentes definições e posições dos principais autores que abordaram o tema.

José CRETELLA JÚNIOR define o poder discricionário “como a manifestação concreta e unilateral da vontade do Estado que, fundamentada em regra objetiva de direito que a legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, desvinculada de qualquer norma que lhe imponha previamente oportunidade e conveniência da conduta, sendo, por isso mesmo, imune à revisão jurisdicional”.<sup>61</sup>

---

58 Ibidem, p. 51-56.

59 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 62.

60 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade – fundamentos – natureza e limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 33, p. 85-98, jan./mar. 1975. p. 86.

61 CRETELLA JUNIOR, José. Ato administrativo – A tridimensão da discricionariedade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 119, p. 33-39, jan./mar. 1975. p. 34.

É um poder que permite que o agente se oriente livremente com base no binômio conveniência-oportunidade, percorrendo também livremente o terreno demarcado pela legalidade, o agente seleciona o modo mais adequado de agir tendendo apenas ao elemento fim, ou seja, seleciona, dentre as várias possibilidades, aquela que melhor traduza a vontade da Administração orientada para o interesse público. O administrador – “juiz absoluto da ‘oportunidade’ e da ‘conveniência’”<sup>62</sup> – age condicionado pelo princípio da legalidade e orientado pelo interesse público.

Desta forma, o poder discricionário faculta ao agente certa faixa de desvinculação, permitindo-lhe a formulação de juízos valorativos que se consubstanciam na edição no ato administrativo discricionário. Nessa linha, esclarece o autor que “escravo da lei e da finalidade, proprietário, porém, da discricionariedade, o administrador é independente no campo do interesse público, quando consulta, dentro do jurídico, tudo aquilo que se possa resumir num juízo de valor, área privativa do exercício do poder discricionário”.<sup>63</sup>

A discricionariedade é definida por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO como “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

Em resumo a discricionariedade não é um poder atribuído em abstrato, mas um modo de disciplinar juridicamente a atividade administrativa – é a liberdade circunscrita pela lei. E a lei pode deixar margem de liberdade quanto ao momento da prática, à forma, ao motivo, à finalidade e ao conteúdo.<sup>64</sup>

Para o autor

na discricionariedade, efetivamente, o que ocorre é uma antecipada liberação do administrador, estatuída pela norma, para localizar na realidade empírica, segundo juízo subjetivo próprio, pessoal, qual o comportamento mais adequado para satisfazer uma certa finalidade que, entretanto, permanece em determinado nível ou grau de indeterminação; indeterminação essa que é preenchida, precisamente, por esta tarefa não interpretativa, mas volitiva, do agente administrativo.<sup>65</sup>

---

62 Ibidem, p. 35.

63 CRETELLA JUNIOR, José. Op. cit., p. 36.

64 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 414.

65 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade – fundamentos...**, p. 88.

Conclui o autor que a discricionariedade é consequência de uma forma de regulação legislativa, não procedendo, portanto, de ausência de norma legal. Como consequência, considera que não se pode qualificar a discricionariedade como projeção de um poder, uma vez que é uma competência conferida pela lei.<sup>66</sup>

Por fim, é importante destacar que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade que se configura no comportamento administrativo que não tenha previsão legal ou que seja contrário à lei existente.<sup>67</sup> Como defende MEIRELLES, “o poder discricionário da Administração não vai ao ponto de encobrir arbitrariedade, capricho, má-fé, ou imoralidade administrativa”.<sup>68</sup> Seabra FAGUNDES, nesse sentido, complementa que “onde há lei escrita, não pode haver arbítrio”.<sup>69</sup>

Figura importante analisar o conceito de mérito no Direito Administrativo. A delimitação do conceito de mérito é de grande importância uma vez que permite, pela separação de um elemento integrante de certos atos administrativos (os discricionários) e isento de controle jurisdicional, delimitar a abrangência do controle sobre a Administração Pública.

### 2.1.1 Discricionariedade e mérito do ato administrativo

Para Seabra FAGUNDES, o mérito do ato administrativo constitui um aspecto da função administrativa, de tal forma relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, que o juiz não pode penetrar neste conhecimento. Caso o faça, exorbita o campo de apreciação da legalidade e da legitimidade e invade o campo da gestão política – própria do poder executivo.

FAGUNDES destaca que “ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle,

---

66 Ibidem, p. 89.

67 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., p. 61. e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle...**, p. 13.

68 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 80.

69 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle...**, p. 113.

quanto à extensão".<sup>70</sup>

Conclui-se, portanto, que o mérito configura o sentido político do ato administrativo e compreende aspectos referentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, entre outros, de cada procedimento administrativo. Esses aspectos normalmente se resumem no binômio oportunidade-conveniência.

Partindo do pressuposto de que o mérito constitui liberdade de opção pelo administrador, infere-se que o mérito é pertinente apenas aos atos discricionários. Isso porque quando a Administração exerce competência vinculada, o conteúdo político do mérito já está esgotado, ou seja, a medida a ser tomada já foi objeto de análise e solução pelo legislador. Ao administrador cabe, apenas, efetivar a solução prevista.

O mérito, porém, não constitui elemento autônomo no conjunto de elementos que compõem o ato. É apenas um aspecto, ou seja, um modo de ser do ato que se localiza nos elementos motivo e o objeto (conteúdo discricionário do ato).<sup>71</sup>

Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO ressalta que, dentro de um regime de garantias jurídicas asseguradas, não se pode admitir que o mérito não deve ser avaliado, uma vez que o mérito representa valores ponderados na juridicidade e não privativos da administração, de modo que os efeitos do ato atinjam finalidade pública. Dessa forma, o ato deve ser oportuno, conveniente e eficaz para afastar a intervenção de controle.<sup>72</sup>

Para BANDEIRA DE MELLO, o mérito é

o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.<sup>73</sup>

Cumpra observar, portanto, que, apesar de não poder se negar a afirmação de que ao Judiciário é vedado controlar o mérito, não é aceitável usar o mérito como

---

70 Ibidem, p. 167.

71 FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 1-16, jan./mar. 1951.

72 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 10.

73 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle...**, p. 38.

um escudo à apreciação judicial nos casos em que envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas.

## 2.2 EVOLUÇÃO DAS FORMAS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

É possível identificar – desde o século XIX – um longo percurso traçado no sentido de criar parâmetros jurídicos à atividade jurídica discricionária. Como constata Gustavo BINENBOJM, sucederam-se como etapas do “itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa” a teoria dos elementos do ato com a possibilidade de controle dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários, o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes), o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e, por fim, o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.<sup>74</sup>

### 2.2.1 A teoria dos elementos do ato administrativo e a superação da dicotomia ato vinculado x ato discricionário

#### 2.2.1.1 A teoria dos elementos do ato administrativo

O ato administrativo é formado pela integração de certos requisitos que condicionam sua validade e eficácia. O ato administrativo perfeito é aquele que preenche todos os requisitos com perfeição, ou seja, cumpre observar a *anatomia* do ato administrativo para verificar qual sua *patologia*. Tais requisitos também são denominados de elementos ou pressupostos.

---

74 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 199.

São requisitos do ato administrativo, como consagrado no direito brasileiro a partir da Lei n. 4.717, de 29/06/1965, a competência, a forma, o objeto, o motivo e a finalidade.<sup>75 e 76</sup> Apenas com relação à competência, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO menciona ser preferível a referência ao sujeito e não apenas à competência, uma vez que o sujeito além de competente, deve ser capaz.<sup>77</sup>

Os três primeiros elementos correspondem aos requisitos comuns à validade do negócio jurídico previstos pelo Código Civil, a saber, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104). A eles se acrescentam outras condições de legalidade – motivo e finalidade – que atingem a formação do ato administrativo.

O primeiro elemento do ato administrativo é o *sujeito* ou *competência*. O ato deve ser praticado por agente capaz, ou seja, que detenha competência legal para a expedição do ato. “Sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato”.<sup>78</sup> No direito administrativo, além da capacidade prevista pelo direito civil, o sujeito deve ter competência.

O segundo requisito do ato administrativo é o *objeto*. O objeto pode ser definido como o “efeito jurídico imediato que o ato produz”. O objeto deve ser lícito, possível, certo e moral.<sup>79</sup>

Conforme Hely Lopes MEIRELLES, “o ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Dessa forma, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato”.<sup>80</sup>

A *forma* – terceiro requisito do ato – consiste no “revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência”. É a maneira pela qual o ato se exterioriza.<sup>81</sup>

O quarto requisito do ato é o *motivo*. Motivo “é o pressuposto de fato que

---

75 Nesse sentido, MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 155-156 e TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 58-59.

76 Para Juarez FREITAS, são requisitos de validade do ato administrativo a competência (irrenunciável, exceto nas hipóteses de avocação e de delegação), a finalidade pública (em harmonia com a totalidade dos princípios, inclusive com o que veda a inoperância), a forma prescrita em lei (sem sucumbir a formalismos absurdos), a motivação congruente (indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos) e objeto determinável, possível e lícito (FREITAS, Juarez. **O Controle...**, p. 210).

77 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 187.

78 *Ibidem*, p. 188.

79 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito...**, p. 191.

80 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 159.

81 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 377.

autoriza ou exige a prática do ato”. Pode ser previsto ou não em lei e condiciona a validade do ato. É a realidade objetiva, externa e que serve de suporte ao agente que expede o ato. Para analisar a validade do ato sob o aspecto do motivo deve-se confirmar a materialidade do ato, ou seja, verificar se realmente ocorreu o motivo pelo qual o ato foi praticado e a correspondência do motivo existente com o motivo previsto na lei.<sup>82</sup>

Por fim, o quinto elemento é a *finalidade*. A finalidade “é o bem jurídico objetivado pelo ato”. Consiste no resultado que a lei previu, considerando que cada ato possui a finalidade em razão da qual a lei o concebeu.<sup>83</sup>

MEIRELLES enuncia o elemento finalidade como o objetivo de interesse público a atingir, uma vez que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, devendo seus atos pretender sempre um fim público. Não cabe ao administrador eleger a finalidade, uma vez que a finalidade está indicada implícita ou explicitamente na legislação. O administrador fica, portanto, vinculado à vontade legal.<sup>84</sup>

A finalidade poderá ser, conforme o caso, mais ou menos genérica, mas não se pode admitir em hipótese alguma a inexistência de um fim específico que “transforme a competência em um cheque em branco, sem destinação própria”.<sup>85</sup>

#### 2.2.1.2 A superação da distinção entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário

O ato administrativo é objeto de diversas classificações pela doutrina, conforme o critério em função do qual é agrupado. Dentre elas, segundo o critério do grau de liberdade da Administração em sua prática, os atos administrativos classificam-se em atos vinculados e atos discricionários.

Atos vinculados são aqueles praticados pela Administração sob a determinação de uma disposição legal que predetermina objetiva e completamente o

---

82 Ibidem, p. 379-381.

83 Ibidem, p. 387-388.

84 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 157.

85 TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 81.

comportamento a ser adotado em situação descrita. O administrador não dispõe de liberdade alguma e sua vontade é irrelevante.<sup>86</sup>

Quanto aos atos vinculados, Seabra FAGUNDES complementa que “a Administração Pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos e, com base nêles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e com o objetivo determinando, viola a lei”.<sup>87</sup>

Por outro lado, os atos discricionários – conforme entendimento de FAGUNDES – são aqueles em que “a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender”.<sup>88</sup>

BANDEIRA DE MELLO define os atos discricionários como aqueles em que o administrador, em razão da maneira como a matéria foi regulada pela lei, deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, sendo inevitável uma apreciação subjetiva para cumprimento da finalidade legal. Há, portanto, certa esfera de liberdade que deverá ser preenchida de acordo com o juízo pessoal e subjetivo do agente a fim de satisfazer a finalidade da lei no caso concreto.<sup>89</sup>

O autor defende que os atos discricionários são melhor denominados por atos praticados no exercício de competência discricionária, pois discricionário não é o ato, mas a “apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais”.<sup>90</sup> Discricionária é, portanto, a competência do agente, o ato é apenas o produto de seu exercício. Nesse sentido, não há ato propriamente discricionário, mas discricionariade por ocasião da prática.

Juarez FREITAS, em consonância com este entendimento, assevera que “o desafio fecundo e rico consiste em, topicamente, tornar visível a vinculação como não-determinista, mas determinável pelo sistema na totalidade dos princípios, e, simultaneamente, a discricionariade como não inteiramente descontínua e sem

---

86 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 358.

87 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle...**, p. 94.

88 Idem.

89 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 359 e 926.

90 Ibidem, p. 947-948.

limites”.<sup>91</sup>

Quanto à intensidade da subordinação à legalidade estrita, FREITAS classifica os atos administrativos em atos administrativos vinculados propriamente ditos e atos administrativos discricionários. Aqueles estão sujeitos de modo mais intenso aos requisitos previamente estabelecidos, mas com residual liberdade de determinação do conteúdo das dispositivos normativas. Os discricionários, por sua vez, são “aqueles que o agente público deve (não se trata de mera faculdade) praticar, mediante juízos de conveniência ou de oportunidade, na busca da melhor alternativa<sup>92</sup> (não 'a' única)”. Para o autor, o administrador não é obrigado a escolher a única opção correta, mas deve apresentar uma motivação aceitável para sua escolha.<sup>93</sup>

Nessa ordem de ideias, cabe destacar a a lição de Romeu BACELLAR FILHO sobre a tarefa do administrador público no exercício da competência discricionária

A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a Administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranquilo e previsível, pois submisso ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilamento da composição. Haverá de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias vertentes –, em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. **Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada.** Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção. (o grifo é nosso)<sup>94</sup>

TÁCITO, seguindo o mesmo entendimento dos autores precedentes, afirma que não existe rigorosamente nenhum ato totalmente discricionário ou vinculado, mas, gradações de predominância entre um ou outro. A vinculação e a discricionária se manifestam no tocante a cada um dos elementos essenciais do ato.<sup>95</sup>

91 FREITAS, Juarez. **O Controle...**, p. 223.

92 Juarez FREITAS relaciona diversos argumentos para sustentar a ideia de que há sempre uma melhor escolha administrativa e não uma única resposta correta no exercício da competência discricionária que não serão analisadas pormenorizadamente por fugir ao escopo deste trabalho (FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental a boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 40-42).

93 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 34-35.

94 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4 ed. 2008. p. 61

95 TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 65.

### 2.2.1.3 Aspectos discricionários do ato administrativo

Vistos os elementos do ato administrativo e uma vez superada a distinção pura e simples entre atos discricionários e vinculados, conclui-se que a discricionariedade do ato administrativo pode ser analisada sob o ângulo de cada um dos seus elementos. Esta análise do ato, torna o fenômeno da competência discricionária mais compreensível didaticamente e elucida os limites do controle da legalidade.

Quanto à *competência*, Hely Lopes MEIRELLES assegura que “nenhum ato – discricionário ou vinculado – pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo”.<sup>96</sup> Seguindo esse entendimento, BANDEIRA DE MELLO defende que a competência é sempre vinculada, pois descreve de forma objetiva quem dispõe de poder para a prática do ato.<sup>97</sup>

A *forma* é outra condição vinculada do ato, uma vez que a autoridade está obrigada a obedecer aos requisitos formais estabelecidos pelo legislador para a expedição do ato administrativo. A não-observância da forma vicia o ato, afetando sua legalidade.<sup>98</sup> Segundo MEIRELLES, “todo ato administrativo é, em princípio, formal”.<sup>99</sup> Contudo, como ressalta BANDEIRA DE MELLO, a forma pode, eventualmente, não ser obrigatória nos casos em que não há prescrição legal quanto à forma determinada para um ato. Todavia, não pode haver ato sem forma.<sup>100</sup>

Quanto ao *motivo*, para MEIRELLES, pode ser vinculado quando expresso pela lei ou discricionário quando deixado ao critério do administrador. Neste caso, o motivo será discricionário quando à sua existência e valoração.<sup>101</sup>

Prevalece, porém, o entendimento de Caio TÁCITO, para quem o motivo do ato administrativo, ainda que no exercício da competência discricionária, não é apenas condição de oportunidade ou conveniência. O autor assevera que “é mister não confundir a ponderação dos motivos – que é sintoma típico da discricionariedade administrativa – com a sua existência material ou a sua

---

96 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 156.

97 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade – fundamentos...**, p. 91.

98 TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 67.

99 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 158.

100 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...**, p. 377.

101 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 159.

correlação com a lei – que são aspectos de estrita legalidade.” À constatação da existência dos motivos para a produção do ato administrativo, segue-se a apreciação do valor desses motivos a fim de que a autoridade se oriente quanto sua atuação. É exatamente na sucessão dessas duas etapas que se insere o elemento discricionário, ou seja, é a ponderação (valoração) dos motivos como causas impulsionadoras do ato administrativo que pertence ao prisma discricionário.<sup>102</sup> Conclui-se, portanto, que a existência material do motivo constitui elemento vinculado e a ponderação (valoração) do motivo, elemento discricionário.

Assim como a competência, a forma e a existência material dos motivos, a *finalidade* também é elemento vinculado. Para MEIRELLES, a finalidade é elemento vinculado de todo ato administrativo uma vez que o ordenamento jurídico não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica.<sup>103</sup>

No mesmo entendimento, TÁCITO alega que a finalidade se sobrepõe à liberdade da administração na escolha do objeto, sendo um elemento de vinculação permanente da conduta administrativa. O agente, quando define o objeto do ato, deve não só analisar os antecedentes do ato (fatores objetivos), mas também o alcance dos fins públicos que justificam sua interferência. “Ele age com relação aos motivos para realizar os fins legais”, ficando provado, dessa maneira, que a finalidade representa uma limitação à atuação discricionária.<sup>104</sup>

O *objeto* também não constitui elemento vinculado no exercício da competência discricionária. Após a apreensão e análise dos antecedentes do ato, manifesta-se a autoridade por meio da concretização do objeto. Sobre o tema, TÁCITO assegura que “é, sobretudo, nesse setor que opera, com maior amplitude, o poder discricionário. É este, por excelência, o seu terreno próprio”, e, complementa que “O núcleo do poder discricionário, a sua parte mais importante e habitual, é a livre determinação do objeto do ato”.<sup>105</sup>

MEIRELLES, nesse sentido, ressalta que o objeto deve ficar na dependência da escolha do Poder Público e não pode ser substituído por pronunciamento do Judiciário.<sup>106</sup>

Seabra FAGUNDES, com razão, assegura que “enquanto ao praticar ato

---

102 TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 60-67.

103 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 157.

104 TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 67.

105 Idem.

106 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 160.

administrativo a autoridade está presa à lei em todos os seus elementos (competência, motivo, objeto, finalidade e forma), no praticar discricionário é livre (dentre as opções que a própria lei prevê) quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo)".<sup>107</sup>

Nesta mesma linha, TÁCITO define o poder discricionário como "a faculdade concedida à administração de apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra de direito positivo". Este poder se submete a limites externos (horizontais), quais sejam, a competência a forma e a existência material dos motivos e a limites internos (verticais) que dizem respeito à observância do fim legal.<sup>108</sup>

## 2.2.2 Teorias de controle a partir de parâmetros implícitos do ato

Conforme assevera ENTERRÍA, após a constatação de que a discricionariedade se manifesta apenas em determinados elementos do ato administrativo, o segundo grande passo da redução do campo de isenção do ato discricionário foi a constatação de que o fim da atividade discricionária é um elemento sempre vinculado. Ou seja, as autoridades administrativas contam com competências discricionárias, todavia tais poderes não podem ser exercidos para atingir qualquer finalidade, senão aquela precisamente definida pela lei e, em qualquer caso, pela finalidade pública, de utilidade e interesse geral.

É nesse contexto que surge a teoria de desvio de poder, ou seja, todo ato discricionário cuja realização tenha se desviado de sua finalidade legal, incorrerá no vício de desvio de poder que poderá ser fiscalizado pelos Tribunais.<sup>109</sup>

A recepção da teoria do desvio de poder no direito brasileiro foi confirmada pela jurisprudência, em 1948, em um acórdão pioneiro do então Desembargador Seabra Fagundes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte e pela doutrina, em 1951, em tese de habilitação à livre docência na Faculdade de Direito

---

107 FAGUNDES, Miguel Seabra. Apelação cível n.º 1.422 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 52-82, out./dez. 1948. p. 58.

108 TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 68.

109 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha...**, p. 27.

da Universidade do Rio de Janeiro elaborada por Caio Tácito. A doutrina, porém, não é unânime na recepção da teoria do desvio de poder.

A teoria do desvio de poder afirmou-se definitivamente na lei sobre ação popular (Lei n. 4.117, de 29/06/1965), cujo artigo 2º inscreve o desvio de finalidade entre os casos de nulidade do ato administrativo.

A utilização da teoria do desvio de poder não implica em intromissão do Judiciário em critérios políticos. Pelo contrário, o desvio de poder “previne ou intercepta o divórcio entre a lei e o fenômeno social, preservando a conexão que associa a regra de direito e o seu endereço original”.<sup>110</sup>

Em consonância com o pensamento de TÁCITO, Seabra FAGUNDES assegura que a Administração Pública não pode se desviar dos resultados definidos pela lei ao qual está condicionada. Desse modo, os atos devem atingir a finalidade que a lei teve em vista quando autorizou a prática sob pena de nulidade. Para o autor, quando há desvio de poder, ocorreu “uma burla da intenção legal” ou, ainda, pode-se afirmar que “a autoridade agiu contrariando o espírito da lei”.<sup>111</sup>

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO define o desvio de poder como

a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição. Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. A agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei.<sup>112</sup>

É importante distinguir a figura do desvio de poder e a do excesso de poder. No desvio, o que há é uma troca de finalidade, ou seja, há o alcance de outra finalidade que não aquela prevista em lei. No excesso, por outro lado, a finalidade é respeitada, porém, o querer administrativo ultrapassa o previsto. Conforme salienta FRANCO SOBRINHO, “no desvio de finalidade pode haver excesso, ao passo que no excesso não há desvio de finalidade. Desvio nada mais é que alterar o destino das coisas ou dos fatos. Excesso aquilo que ultrapassa o limite legal”.<sup>113</sup>

Há, ainda, outras formas de controle mais substancial do ato discricionário, dentre as quais figura o controle dos motivos determinantes. Isso pois toda atividade discricionária se apoia em uma realidade de fato que fundamenta a aplicação da

110 TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 70.

111 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle...**, p. 90.

112 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de poder. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989. p. 27.

113 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Op. cit., p. 211-212.

norma. Esse fato é uma realidade e a realidade é sempre uma, ou seja, não pode ser e não ser ao mesmo tempo ou ser de uma maneira e de outra. Portanto, a valoração política da realidade poderá ser objeto da faculdade discricionária. Todavia, a realidade em si não é objeto dessa faculdade. Dessa forma, o Judiciário pode, perfeitamente, verificar se os fatos que determinaram o exercício discricionário de fato existiram e motivaram o ato.<sup>114</sup>

Nesse sentido, afirma Caio TÁCITO, “se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito, como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo”.<sup>115</sup>

### 2.2.3 Teoria dos conceitos jurídicos indeterminados

Uma das grandes contribuições da doutrina alemã foi a diferenciação entre a discricionariedade e o conceito jurídico indeterminado. Segundo ENTERRÍA “un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta”.<sup>116</sup>

Os conceitos jurídicos são indeterminados, visto que a medida concreta para a aplicação em um caso particular não é determinada com exatidão pela própria lei. Todavia, o que distingue o conceito jurídico indeterminado face ao que é próprio do agir discricionário é justamente a pluralidade de soluções justas possíveis como consequência da discricionariedade. Nesse caso, qualquer das soluções adotadas seria igualmente justa e é precisamente por isso que existe liberdade de decisão. Na aplicação do conceito jurídico indeterminado na lei, por outro lado, a solução concreta deve ser buscada segundo critério de valor ou de experiência de acordo com a natureza do conceito na lei.

É por isso que, para grande parte da doutrina, o processo de aplicação do

---

114 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha...**, p. 31-32.

115 TÁCITO, Caio. Op. cit., p. 60.

116 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha...**, p. 34-35.

conceito jurídico indeterminado nunca é um processo de discricionariedade ou de liberdade, mas um processo que se atém de um lado às circunstâncias reais que o qualificam e, de outro, ao sentido que a lei atribuiu de forma que a solução seja apenas uma. É, portanto, um processo de aplicação e interpretação da lei, de subsunção de um suposto fato e não um processo de liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, próprio das faculdades discricionárias.<sup>117</sup>

A consequência imediata dessa distinção é que, segundo grande parte da doutrina, onde houver um conceito jurídico indeterminado, caberá perfeitamente a fiscalização judicial da sua aplicação e, como consequência, a redução do campo de isenção da discricionariedade.

#### 2.2.4 Teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios gerais do direito e aos princípios constitucionais

Outra técnica de controle da atividade discricionária é o controle por meio dos princípios gerais do Direito. Como assevera ENTERRÍA, os princípios gerais de Direito são “una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen em *abstractum* mismo Del Ordenamiento y la experiencia reiterada de la vida jurídica”.<sup>118</sup>

Pode afirmar, portanto, que a Administração está submetida não só à lei, mas também aos princípios gerais de Direito. Isso porque a lei que atribui a faculdade discricionária à Administração, não derogou a totalidade da ordem jurídica e, portanto, os princípios gerais de Direito ainda vinculam a Administração. Para o autor, “o controle da discricionariedade por meio dos princípios gerais de Direito faz com que o juiz atenha-se a sua mais estreita função de defensor da ordem jurídica”.<sup>119</sup>

Para Juarez FREITAS, a discricionariedade administrativa só é legítima quando exercida em conformidade não só com as regras, mas principalmente com os princípios e objetivos fundamentais da Constituição. Caso tais preceitos não

---

117 Ibidem, p. 37-38.

118 Ibidem, p. 43.

119 Ibidem, p. 43-44.

sejam atendidos, haverá em maior ou menor grau um ato arbitrário por ação ou omissão.<sup>120</sup>

E complementa o autor que a discricionariedade legítima deve consagrar e concretizar

o direito fundamental à administração pública 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. A tal direito corresponde o dever de a administração observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.<sup>121</sup>

Conexo ao conceito de direito fundamental à boa administração pública, FREITAS define a discricionariedade administrativa como

a competência administrativa (e não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes e conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.<sup>122</sup>

Nesse contexto da discricionariedade administrativa correlata ao direito fundamental à boa administração pública, Juarez FREITAS aponta como os dois principais vícios da atividade discricionária o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação) e o vício da discricionariedade insuficiente (arbitrariedade por omissão).

Haverá arbitrariedade por ação nos casos que desrespeitem os limites impostos à competência discricionária, ou seja, quando o agente público elege uma solução sem amparo em regra válida ou, ainda, quando houver desvio da atuação administrativa (desvio abusivo das finalidades constitucionais ou legais). A arbitrariedade por omissão, por outro lado, ocorre quando o agente público deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância.<sup>123</sup>

Ademais, relacionado a competência discricionária e os princípios da eficiência (dever de fazer do modo certo), da eficácia (dever de fazer aquilo que deve ser feito) e da economicidade (dever de otimizar a ação estatal), o administrador ao realizar uma escolha administrativa é obrigado a ter como meta a

---

120 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade**..., p. 16.

121 Ibidem, p. 22.

122 Ibidem, p. 24.

123 Ibidem, p. 27.

melhor atuação.<sup>124</sup>

Nesse mesmo sentido, Ingo SARLET assevera que

os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades (...). O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos jurídicos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.<sup>125</sup>

Ao fim dessa redução da discricionariedade, o que resta é aquilo que se manifesta como uma apreciação de valores singulares (a oportunidade é só um deles) sobre a qual há uma liberdade de eleição. Isto não é sindicável judicialmente, visto que os juizes só podem utilizar critério objetivos gerais e não apreciações subjetivas e contingentes da justiça dos casos concretos. É nessa liberdade última de eleição em vista do caso singular e concreto é onde se situa a responsabilidade do poder político, a qual o juiz nunca pode substituir.<sup>126</sup>

---

124 FREITAS, Juarez. **Discricionariedade...**, p. 31.

125 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 365-366.

126 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha...**, p. 48.

### 3 CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

Uma vez analisadas as questões referentes ao Estado de Direito e o correlato princípio da legalidade e à atividade discricionária da Administração Pública, passa-se a aprofundar o tema do conceito jurídico indeterminado. Isso, pois, doutrinariamente há uma grande discussão se o conceito jurídico indeterminado seria mais uma causa geradora de discricionariedade ou se, pelo contrário, a aplicação de referido conceito seria apenas um processo hermenêutico plenamente sindicável perante o Poder Judiciário. Há, ainda, uma posição intermediária que entende que não obstante o conceito jurídico indeterminado conceda uma margem de livre apreciação para a autoridade administrativa, essa atuação estará sujeita a balizamentos jurídicos controláveis pelo Judiciário.

Com efeito, as normas jurídicas podem trazer conceitos objetivos que não geram dúvidas quanto à extensão de seu alcance, ou seja, conceitos cujo conteúdo é objetivamente decifrável com base na experiência comum ou em conhecimentos científicos. Por outro lado, há conceitos – os conceitos jurídicos indeterminados – que demandam do intérprete uma valoração, o que gera controvérsia sobre a associação de tais conceitos ao fenômeno da discricionariedade.

Os conceitos jurídicos indeterminados tais como “interesse público”, “ordem pública”, “segurança pública” existem em todos os ramos do direito. Todavia, é no direito administrativo que tais conceitos surgem com maior frequência. Isso ocorre em função da natureza das funções da administração, qual seja, de satisfação das necessidades sociais. Nesse sentido, como assevera António Francisco de SOUSA, “os conceitos jurídicos indeterminados se apresentam ao legislador como um instrumento privilegiado para a atribuição de certo tipo de competências às autoridades administrativas para que estas possam reagir a tempo e de modo adequado aos imponderáveis da vida administrativa”.<sup>127</sup>

---

127 SOUSA, António Francisco. Os “conceitos legais indeterminados” no direito administrativo alemão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986. p. 276.

### 3.1 UMA RESSALVA QUANTO À EXPRESSÃO “CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO”

Antes de aprofundar o tema, é importante ressaltar que alguns autores não concordam com a expressão “conceito jurídico indeterminado”. Segue esse entendimento Eros Roberto GRAU.

Quanto ao tema, este autor primeiramente esclarece que o conceito em sentido estrito compreende a *simplex apprehensio essentiae rei*. O conceito é formulado a partir da aparência singular ou individual do objeto e, por isso mesmo, é sempre abstrato. A cada conceito corresponde um termo – signo linguístico do conceito. Portanto, o conceito é um signo que representa um objeto.<sup>128</sup>

Desse modo, o conceito é produto da reflexão entendida como suma de ideias. O conceito, todavia, pode ser impreciso ou ambíguo. No caso dos conceitos jurídicos, a questão é ainda mais complicada uma vez que tais conceitos não têm como objeto uma coisa, mas significações. Os conceitos jurídicos, portanto, não são essencialistas, visto que um conceito essencialista é signo de uma coisa, enquanto o conceito jurídico é o segundo signo de um primeiro signo – a significação da coisa. Em outras palavras, ao contrário de um conceito essencialista que está no lugar da coisa, o conceito jurídico não está no lugar da coisa (coisa, estado ou situação), mas da significação atribuível (ou não atribuível) à coisa.

Por essa razão, o objeto do conceito jurídico não existe ‘em si’, pois dele não há representação concreta. Apenas e tão-somente na medida em que o objeto do conceito – ou seja, a sua significação – possa ser reconhecido de maneira uniforme por um grupo social é que cumprirá a sua função de permitir aplicação de normas jurídicas com um mínimo de segurança e certeza.<sup>129</sup>

Os conceitos jurídicos têm por finalidade ensejar a aplicação de normas jurídicas. Como se prestar a assegurar a realização de certeza e segurança jurídicas, devem existir ‘para nós’ e não apenas ‘para mim’. Nesse sentido, afirma o autor que

---

128 GRAU, Eros Roberto. Nota sobre..., os conceitos jurídicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 74, p. 217-221, abr./jun. 1985. p. 217.

129 Ibidem, p. 218-219.

os conceitos jurídicos são usados não para definir essências, mas sim para permitir e viabilizar a aplicação de normas jurídicas. Esse, o seu destino e a sua vocação: constituem um ponto terminal de regras, um termo relacionador de princípios e regras. Daí porque penso possamos afirmar que os conceitos jurídicos são signos de predicados axiológicos.<sup>130</sup>

Isso, pois, tais conceitos prestam-se a atribuir um 'acidente axiológico' à coisa, estado ou situação. Uma vez atribuída à coisa, estado ou situação determinada significação (conceito jurídico), quanto a ela aplicar-se-ão (ou não) determinada(s) normas jurídicas.

Desse modo, o conceito jurídico representa uma “essência universal de significação amoldável a individualidades ou a essências universais, conhecíveis pela mente e exprimíveis em outros signos, seus, enquanto realidades, que não o signo do conceito jurídico”.<sup>131</sup>

Por essa razão, GRAU conclui que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos). Dessa forma, para esse autor mais correto seria referir-se à termo jurídico indeterminado e não a conceitos indeterminados.<sup>132</sup>

Além de defender que a distinção entre a indeterminação é do termo e não do conceito, GRAU também argumenta que a questão da indeterminação se resolve na historicidade das noções<sup>133</sup>, ou seja, uma ideia temporal e histórica, homogênea ao desenvolvimento das coisas e, portanto, passível de interpretação.

### 3.2 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TEORIA DO CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

A doutrina dos conceitos legais indeterminados surgiu na Áustria – no século XIX – com a finalidade de resolver se a interpretação de tais conceitos era ou não suscetível de ser controlada pelos tribunais administrativos.

BERNATZIK, em oposição à doutrina tradicional, defendia que a livre

<sup>130</sup> Ibidem, p. 219.

<sup>131</sup> Idem.

<sup>132</sup> Idem.

<sup>133</sup> Especifica GRAU que a “noção jurídica deve ser definida como ideia que se desenvolve a si mesma por contradições e superações sucessivas e que é, pois, homogênea ao desenvolvimento das coisas (Sartre)” (Idem).

discricionariedade e a aplicação do direito não se excluíam mutuamente. Ele constatou que alguns conceitos indeterminados só poderiam ser aplicados depois de um complicado processo interpretativo em cadeia, designado como “discricionariedade técnica”. A tese principal defendida por esta teoria é que, como a aplicação de conceitos legais indeterminados envolve um complexo processo em cadeia, não há critérios seguros de interpretação e controle. Por essa razão o autor concluiu que os conceitos legais indeterminados trazem em si discricionariedade. A teoria de BERNATZIK passou a ser adotada pelo tribunal administrativo austríaco.

Em reação à teoria de BERNATZIK, surgiu TEZNER que alegava que a teoria dos “conceitos discricionários” era “inimiga do Estado de Direito” e “cientificamente infundada”. Para o autor, quando da aplicação dos “conceitos discricionários” não deve escapar do controle jurisdicional qualquer discricionariedade técnica.<sup>134</sup>

Desse conflito surgiu duas grandes correntes: a teoria da duplicidade, baseada em BERNATZIK, que defende que na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas; e, a teoria da unicidade, com fundamento em TEZNER, que defende existir apenas uma solução correta.<sup>135</sup>

### 3.2.1 Doutrina da unicidade da interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados

Para os adeptos da doutrina da unicidade, a interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados importa em uma única solução adequada. Para BÜHLER, por exemplo, na aplicação de um conceito legal indeterminado não existe para o administrador qualquer espaço residual e o critério geral para a interpretação e aplicação de tais conceitos seria a “opinião comum”.

SCHEUNER – também adepto da doutrina da unicidade e influenciado pela teoria pura do direito – parte da ideia de que a administração é executora da lei apenas. Dessa forma, a livre discricionariedade não pode significar liberdade

<sup>134</sup> SOUSA, António Francisco. Os “conceitos legais indeterminados”..., p. 278.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 279.

perante a lei, mas “incerteza do conteúdo da lei”. Para o autor, há uma fronteira permeável entre vinculação legal e liberdade discricionária e, quanto melhor a interpretação, tanto menor será a zona residual da livre discricionariedade. Nesse sentido, “os tribunais devem ir tão longe no seu controle quanto as diretivas legais a seus olhos o permitam”.<sup>136</sup>

Para SCHEUNER, os limites da discricionariedade, portanto, são encontrados por meio da pesquisa do caso concreto. Quando a interpretação deixa de orientar a conduta da administração, esta torna-se livre e só aí haveria um “conceito discricionário” livre do controle jurisdicional.

### 3.2.2 Doutrina da duplicidade da interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados

LEMAYER, por outro lado, sustentou que todo conceito legal indeterminado atribui discricionariedade na sua interpretação e aplicação e, nesse caso, deve ser pesquisada a vontade do legislador para poder saber se este atribuiu ou não a livre discricionariedade não suscetível de controle jurisdicional à autoridade administrativa.

Para LAUN, por sua vez, a aplicação dos conceitos legais indeterminados implica uma atividade complexa, mas que não constitui fundamento para o exercício de uma discricionariedade livre, técnica ou jurisdicional, mas de uma 'discricionariedade vinculada'. “A palavra 'discricionariedade' deve significar que a apreciação individual feita pelo órgão atuante é feita num espaço livre que lhe é reconhecido; a palavra 'vinculada' significa que existe uma vinculação à vontade da Lei.<sup>137</sup> Assim como LEMAYER, LAUN defende que apenas a vontade do legislador é decisiva para saber se o conceito indeterminado é um conceito discricionário.

JELLINEK toma como ponto de partida a oposição entre liberdade discricionária e vinculação da administração. Para o autor, todo conceito legal indeterminado é pluridimensional, mas nem toda pluridimensionalidade de um conceito indeterminado foi querida pela lei. E, nesse ponto, apenas a

---

<sup>136</sup> Idem.

<sup>137</sup> Ibidem, p. 281.

pluridimensionalidade querida pela legislador implica em livre discricionariedade.

A doutrina de JELLINEK constitui uma importante contribuição para esclarecer a doutrina da duplicidade, qual seja, de que se o conceito jurídico é discricionário ou não, é uma questão que só a vontade da lei pode resolver. E, como a averiguação da vontade da lei constitui uma questão de interpretação, o procedimento é sindicável pelo controle jurisdicional.

FORSTHOFF também sustentou a teoria da duplicidade ao colocar em oposição os 'conceitos de valor' e os 'conceitos empíricos'. Enquanto a fixação do conteúdo destes requer uma mera operação lógica, a concretização daqueles exige uma escolha. Para o autor “os conceitos de valor constituem, no direito administrativo – independentemente de a vontade da lei apontar ou não para a pluridimensionalidade –, conceitos discricionários”.<sup>138</sup> Isso porque a concretização de um valor acarreta em uma conduta de eleição e, por isso mesmo, o conceito de valor é um conceito discricionário.

Para SOUSA, a doutrina da duplicidade se aproximou da doutrina da unicidade e os conceitos legais indeterminados passaram, na maior parte das vezes, a ser considerados conceitos jurídicos indeterminados.<sup>139</sup>

Como visto, aliado aos conceitos jurídicos indeterminados surge a questão de saber se tais conceitos atribuem à autoridade administrativa uma margem de discricionariedade e, desse modo, se estão ou não sujeitos ao controle judicial.

### 3.3 POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

#### 3.3.1 A doutrina espanhola e portuguesa a favor da distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa

Na doutrina espanhola, ENTERRÍA foi quem primeiro abordou o problema dos conceitos jurídicos indeterminados.<sup>140</sup> Para o autor, a confusão das duas técnicas

---

138 Ibidem, p. 283.

139 Ibidem, p. 284.

140 O tema foi abordado pela primeira vez na Espanha na obra *La lucha contra las inmunidades del*

(discricionariedade e conceito jurídico indeterminado) colocou um enorme peso no Direito Administrativo e foi mérito da doutrina alemã contemporânea ter levado esta distinção até as últimas consequências.

É com base nesse pressuposto que GARCIA DE ENTERRÍA enfrenta a questão dos conceitos jurídicos indeterminados e afirma categoricamente que a Administração não tem poder discricionário quando está perante um conceito indeterminado. Para o autor “un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas, ha sido confundir la presencia de conceptos de esa naturaleza en las normas que ha de aplicar la Administración con la existencia de poderes discrecionales en manos de ésta”.<sup>141</sup>

Os conceitos jurídicos são indeterminados, visto que a medida concreta para a aplicação em um caso particular não é determinado com exatidão pela própria lei. Para o autor, o que distingue os conceitos jurídicos indeterminados é sua aplicação concreta não pode ser mais que uma – ou se dá ou não o conceito, ou há boa-fé ou não há.<sup>142</sup>

O que distingue o conceito jurídico indeterminado face ao que é próprio do agir discricionário é justamente a pluralidade de soluções justas possíveis como consequência da discricionariedade. Nesse caso, qualquer das soluções adotadas seria igualmente justa e é precisamente por isso que existe liberdade de decisão. Na aplicação do conceito jurídico indeterminado na lei, por outro lado, a solução concreta deve ser buscada segundo critério de valor ou de experiência de acordo com a natureza do conceito na lei.

É por essas razões que o processo de aplicação do conceito jurídico indeterminado nunca é um processo de discricionariedade ou de liberdade, mas um processo que se atém de um lado às circunstâncias reais que o qualificam e, de outro, ao sentido que a lei atribuiu de forma que a solução seja apenas uma. É, portanto, um processo de aplicação e interpretação da lei, de subsunção de um suposto fato e não um processo de liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, próprio das faculdades discricionárias.<sup>143</sup> A consequência imediata dessa distinção é que onde houver um conceito jurídico indeterminado, caberá

---

poder en el derecho administrativo: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos de Eduardo Garcia de ENTERRÍA.

141 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha...**, p. 34-35.

142 Ibidem, p. 35.

143 Ibidem, p. 37-38.

perfeitamente a fiscalização judicial da sua aplicação.

ENTERRÍA reconhece que em alguns casos a aplicação do conceito pode não ser tão simples. Como especifica o autor, na estrutura do conceito indeterminado é identificável um núcleo fixo, ou seja, uma zona de certeza configurada por dados prévios e seguros, uma zona intermediária ou de incerteza que é imprecisa e uma zona de certeza negativa, também certa quanto à exclusão do conceito. A dificuldade se situa justamente na zona de imprecisão ou do chamado “halo conceitual”. Porém, mesmo nesse caso, o autor não admite a possibilidade de isenção judicial.<sup>144</sup>

O autor espanhol Fernando SAINZ MORENO, seguindo o mesmo entendimento, defende a distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa. Para tanto, o autor se baseia em três fundamentos. Em primeiro lugar, afirma que a discricionariedade só existe quando o critério de decisão deixa de ser jurídico para ser político. Também sustenta que a expressão 'interesse público' é também um verdadeiro conceito jurídico. Por fim, defende que o controle judicial não pode ser visto como uma intromissão dos Tribunais nos poderes da Administração, visto que compete aos juízes interpretar e aplicar o Direito.<sup>145</sup>

Todavia, é importante ressaltar que ao contrário de ENTERRÍA, SAINZ MORENO – na esteira de parte da doutrina alemã recente – admite uma zona de livre apreciação concedida à Administração na aplicação de determinados conceitos jurídicos indeterminados.

Outro autor espanhol, Miguel SÁNCHEZ MORÓN, defende que, apesar da afirmação enfática de que a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados permitem um controle judicial total, a jurisprudência espanhola tem admitido que a dita unicidade da solução justa é compatível com o respeito de uma margem de apreciação em favor da Administração para a concreção do conceito em cada caso. Portanto, uma vez admitida a existência de uma margem de apreciação, reconhece-se que a Administração poderá levar a cabo aplicações distintas do conceito indeterminado, mas que sejam igualmente lícitas.<sup>146</sup>

144 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomaz-Ramon. **Curso...**, p. 396-397.

145 SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976. *apud* SOUSA, António Francisco. “Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994. p. 84-86.

146 SANCHEZ MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid:

Para este autor, em caso de dúvida quanto à aplicação do conceito indeterminado, a escolha da Administração deve reputar-se lícita, pois caso contrário o juiz poderia substituir os critérios valorativos da Administração pelos seus próprios critérios e o ordenamento jurídico não conferiu poder discricionário aos órgãos judiciais.<sup>147</sup>

O autor português, António Francisco de SOUSA, seguindo o mesmo entendimento dos autores espanhóis acima referidos, também refuta a ideia de que o conceito jurídico indeterminado confira uma margem discricionária à Administração. Para tanto, SOUSA criou uma estrutura jurídica da decisão administrativa que aplica conceitos legais indeterminados.

Nesse sentido, explica que toda aplicação concreta de conceitos indeterminados se processa em duas fases, a primeira – da interpretação – e a segunda – da subsunção do caso concreto ao conceito. A subsunção, por sua vez, se divide em três subfases, quais sejam, identificação dos pressupostos de fato e de direito da decisão, ponderação ou valoração dos pressupostos e subsunção em sentido estrito (decisão).<sup>148</sup>

Portanto, quando aplica um conceito indeterminado, o primeiro passo da autoridade administrativa é o de determinar pela via interpretativa e com a maior precisão possível o sentido do conceito. Essa etapa, segundo o autor, é apenas uma atividade de reconhecimento de sentido em que não há qualquer liberdade para o intérprete.<sup>149</sup>

Na sequência, o administrador deve identificar os pressupostos de fato e de direito, ou seja, deve selecionar os elementos importantes que subsidiarão a sua decisão. Argumenta o autor que “em suma, por 'elementos dignos de ser ponderados' devemos entender todos aqueles que, de forma directa ou indirecta, deverão influenciar a decisão imposta por lei no seu conjunto”. Com base nesse argumento SOUSA defende que a questão de saber se um elemento é ou não digno de ser ponderado é uma questão de direito e, como tal, suscetível ao controle

---

Tecnos, 1995. p. 116-117.

147 Ibidem, p. 120.

148 SOUSA, António Francisco. “**Conceitos indeterminados**” no **Direito Administrativo...**, p. 189-190.

149 Ibidem, p. 192-193. Ressalta-se, todavia, que o referido autor não enfrenta a questão da hermenêutica jurídica em sua obra sob o argumento de que as abundantes monografias existentes sobre a questão dispensa a necessidade de aprofundar o tema.

judicial.<sup>150</sup>

Em seguida, deve ser feita a ponderação ou a valoração dos pressupostos elegidos na fase anterior. Para SOUSA, até mesmo nessa fase não há lugar para a valoração livre, uma vez que do ponto de vista do Direito, é possível e aconselhável objetivar tanto quanto possível os elementos subjetivos. Apesar de uma operação complexa é possível e irá facilitar o controle judicial.<sup>151</sup>

Por fim, realizadas as etapas anteriores, a decisão em sentido estrito (última fase do procedimento) apresenta-se como mera soma aritmética. Também nesse caso a operação é vinculada e recai sob o controle dos tribunais.<sup>152</sup>

### 3.3.2 A doutrina nacional a favor da distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa

Parte da doutrina nacional defende categoricamente a distinção plena entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa. A ressonância da doutrina que distingue o conceito jurídico indeterminado da discricionariedade administrativa encontra evidência em Eros Roberto GRAU. Essa posição tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal na esteira dos argumentos trazidos por este autor.

Para este autor, “a inadequada compreensão de uma ordem de conceitos tidos como *indeterminados* justifica uma *discricionariedade* predatória da legalidade, que, incompreensivelmente, precisamente os que se pretendem seus defensores maiores (dela, legalidade) acalentam”.<sup>153</sup>

Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, GRAU destaca que a indeterminação não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos). Dessa forma, para esse autor mais correto seria referir-se à termo jurídico indeterminado e não a conceitos indeterminados.<sup>154</sup>

Portanto, quando está se examinando um conceito cujo termo é

---

150 Ibidem, p. 194.

151 Idem.

152 Ibidem, p. 196.

153 GRAU, Eros Roberto. **O direito...**, p. 181.

154 GRAU, Eros Roberto. **Nota sobre...**, p. 219.

indeterminado, deve-se superar essa indeterminação pelo preenchimento do conceito e esse processo – segundo posição de GRAU utilizando os mesmos argumentos trazidos por ENTERRÍA – é distinto da escolha discricionária, porque a aplicação de um conceito indeterminado conduzirá sempre a uma única solução justa possível.<sup>155</sup>

Desse modo, assevera GRAU que

A consequência mais relevante que se extrai dessa distinção respeita precisamente ao papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário diante de ambas as hipóteses. Se não lhe cabe, por um lado, a apreciação da decisão discricionária, por outro lhe cumpre, inquestionavelmente, manifestar-se sobre a aplicação, pela Administração, dos conceitos indeterminados. (...) No exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de juízos de oportunidade, na eleição entre indiferentes jurídicos; na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados (vale dizer, das noções) o sujeito cuida da emissão de juízos de legalidade.<sup>156</sup>

Seguindo esse entendimento, a discricionariedade jamais será consequência da utilização de conceitos indeterminado. Em outras palavras, a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente única e exclusivamente quando a norma jurídica válida atribuir a ela essa forma de atuação.<sup>157</sup>

O STF – balizado por esses argumentos – tem adotado esse entendimento conforme Acórdão 24.699-9/DF:

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

1. Servidor do DNER foi demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando a 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.

(Supremo Tribunal Federal, RMS n. 24.699-9/TO1751/PR, 1 Turma, Min. Eros Grau, j. 30/11/1994)

Para Luís Roberto BARROSO, do mesmo modo, os chamados conceitos jurídicos indeterminados são manifestação de uma

<sup>155</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito...**, p. 203.

<sup>156</sup> Ibidem, p. 204.

<sup>157</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito...**, p. 222.

técnica legislativa que se utiliza de expressões de textura aberta, dotadas de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social ou calamidade pública, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação.<sup>158</sup>

BARROSO esclarece que os conceitos jurídicos indeterminados por vezes são referidos como cláusulas gerais. Para o autor, a expressão cláusula geral designa o gênero, do qual são espécies os conceitos jurídicos indeterminados e os princípios. Enquanto o conceito jurídico indeterminado é formado por um signo semântico cujo sentido concreto será definido diante do problema específico pelo intérprete, o princípio um conteúdo axiológico.<sup>159</sup>

### 3.3.3 A doutrina nacional contra a distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa

Em contradição com grande parte da doutrina, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO defende que a discricionariedade pode decorrer da finalidade da norma. Isso porque a finalidade da norma aponta para valores e as palavras da norma, ao trazerem em si um conceito de valor, se reportam a conceitos plurissignificativos e não unissignificativos.

Conceitos plurissignificativos são definidos pelo autor como “conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados”. Segurança pública, moralidade pública e interesse público configuram exemplos de conceitos plurissignificativos uma vez que “as realidades para as quais apontam são suscetíveis de existir em graus e medidas variáveis,<sup>160</sup> ensancham opiniões

---

158 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309-310.

159 Idem.

160 Expressão de Renato Alessi, Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano, A. Giuffrè Ed., 1960, 3. ed., p. 201-202.

divergentes sobre o fato de haverem ou não chegado a se configurar”.<sup>161</sup>

Por defender a existência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, BANDEIRA DE MELLO – em deliberada afronta ao posicionamento de EROS GRAU – assevera que

Anote-se de passagem, que a imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam com absoluta precisão algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos. Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar.<sup>162</sup>

Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO considera excessiva a afirmação de que todo conceito indeterminado, diante de um caso concreto, adquira densidade suficiente para afastar qualquer dúvida sobre a aplicação deste conceito. Para o autor, os conceitos imprecisos ensejarão em certos casos certeza objetiva de que no caso concreto foram bem ou mal aplicados. Todavia, isso não se aplica a todos os casos, pois em outras tantas situações, ainda diante do caso concreto, poderá haver soluções igualmente aceitáveis e conflitantes. Em suma, conclui o autor “eis porque não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”.<sup>163</sup>

Caso haja litígio sobre a aplicação de um conceito impreciso, BANDEIRA DE MELLO argumenta que sem dúvida o Judiciário deve conferir se a Administração, ao aplicar a regra, “se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu”.<sup>164</sup> Todavia, uma vez verificado que a Administração adotou uma solução cabível (não contrária ao Direito), o Judiciário não poderá substituir a escolha administrativa pelo seu próprio juízo.

Por esta razão esclarece o autor

Seria equivocado supor que não se propõe questão de discricionariedade ante o tema dos conceitos vagos, *sub color* de que apreender-lhes o sentido é operação mental puramente *interpretativa* da lei, logo, ato da alçada do Judiciário, por ser mera *intelecção* da lei, algo, pois, absolutamente distinto do ato de *volição* (único que traduziria discricionariedade) consistente em

161 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle...**, p. 19.

162 Ibidem, p. 20-21.

163 Ibidem, p. 22-23.

164 Ibidem, p. 24.

fazer uma *opção administrativa de mérito, segundo critério de conveniência e oportunidade*, por um dentre dois ou mais comportamentos igualmente ensejados pela norma aplicanda.<sup>165</sup>

Desse modo, o fato de um ato de inteligência (interpretação) e um ato de volição (discricionariedade) serem realidades logicamente distintas, isso não implica, necessariamente, ressonâncias diversas em face do Direito. Na medida em que tanto os conceitos indeterminados tanto como as opções de mérito legalmente definidas conferem liberdade administrativa, a ressonância jurídica de ambos os institutos é igual na esfera do Direito, pouco importando se se trata de uma liberdade intelectual ou de uma liberdade volitiva.<sup>166</sup>

De qualquer forma, BANDEIRA DE MELLO adverte que – ainda que os conceitos sejam vagos imprecisos e, portanto, confirmam liberdade ao Administrador – há um conteúdo determinável, uma densidade mínima que deve ser observada.<sup>167</sup> Portanto, poderá o Judiciário verificar que o administrador, ao aplicar a lei, transbordou ou não o “campo significativo possível”<sup>168</sup> do conceito impreciso.

Para Andreas J. KRELL, do mesmo modo, é mais coerente ver o uso do conceito jurídico indeterminado, ao lado da discricionariedade, como mais uma manifestação comum da técnica de abertura das normas jurídicas que carecem de complementação. Esclarece o autor que “na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles”.<sup>169</sup>

A questão que KRELL coloca é em até que ponto a rígida distinção entre conceito jurídico indeterminado e discricionariedade – cada vez com menos seguidores na Alemanha – pode levar a avanços o Brasil.

Gustavo BINENBOJM, seguindo o mesmo entendimento, critica a distinção pura e simples de discricionariedade e conceito jurídico indeterminado. Para o autor, “não se pode deixar de consignar que a importação de teorias estrangeiras, por vezes entronizadas com sentido e espírito diversos ou mesmo inversos àqueles que tinham em seu contexto original, em alguns casos chegam aqui simplesmente já

---

165 Idem.

166 Ibidem, p. 25.

167 Ibidem, p. 28-29.

168 Ibidem, p. 31.

169 KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004. p. 34.

ultrapassadas em seu solo de origem”.<sup>170</sup>

Isso porque já em 1970 a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados já encontrava forte reação contrária na Alemanha e aqui no Brasil não se falou nada a respeito. Essa reação ocorreu porque a plena sindicabilidade dos conceitos indeterminados levou a uma excessiva judicialização da atividade administrativa. Como argumenta BINENBOJM,

Na prática o controle excessivo levava a uma dualidade de procedimentos (administrativos e judiciais) que, além, de contrária à noção de eficiência e especialização funcional, comprometia, igualmente, a integridade do sistema de separação de poderes do Estado. Daí não tardaram a surgir teorias híbridas, situadas a meio caminho entre a discricionariedade e a vinculação plena.<sup>171</sup>

### 3.3.4 A doutrina que propõe um meio termo na distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa

Após a Segunda Guerra Mundial, a teoria da univocidade teve seu momento de maior destaque. Todavia, esse entendimento começou a ser posto em causa da Alemanha e paulatinamente voltou-se a reinserir os conceitos indeterminados do campo da discricionariedade.<sup>172</sup>

Um dos principais autores alemães a buscar uma terceira via para os conceitos jurídicos indeterminados foi Otto BACHOF com a teoria da livre apreciação. Para este autor, no processo de interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, se reconhece a favor da Administração certa margem de liberdade (uma margem de apreciação) que escapa do controle jurisdicional.<sup>173</sup>

Essa teoria foi complementada pela tese de Carl Hermann ULE e J. WOLF. Para ULE a decisão que aplica um conceito jurídico indeterminado deve ser sustentável, ou seja, tomada conforme o direito – teoria da sustentabilidade. A teoria da prerrogativa estimatória de WOLF defende que se o conceito indeterminado requer uma estimativa, deve-se admitir a estimativa da autoridade, pois é esta que

---

170 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 216.

171 Ibidem, p. 216-217.

172 MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 72.

173 Idem.

detém o conhecimento especializado da matéria, exceto se manifestadamente equivocada.<sup>174</sup>

Portanto, o entendimento foi deslocado no sentido que se reconhecer que o conceito indeterminado admite valorações diferentes e, nesses casos, comporta um espaço de livre apreciação por parte os órgãos administrativos especializados, sem se confundir com discricionariedade. Como conclui BINENBOJM, “em busca de uma concordância prática entre os princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do controle judicial, a doutrina caminha no sentido de uma solução intermediária entre discricionariedade total e vinculação plena”.<sup>175</sup>

Seguindo esse entendimento, KRELL afirma que há muito não se admite uma distinção em sentido forte entre os atos cognitivos (intelecção) e atos volitivos (decisão), visto que os dois elementos estão presentes na concretização de um conceito jurídico indeterminado. Portanto, não deve controlar se opção foi correta, mas se o processo foi devidamente motivado e justificado, ou – conforme a teoria de ULE – se o processo tornou-se sustentável.<sup>176</sup>

Sem pretender imunizar a aplicação de conceitos indeterminados do controle judicial, a doutrina defende que há limites. Isso porque, consoante Phillip HECK, tais conceitos ao mesmo tempo que possuem um *núcleo preciso de significado*, exibem também uma zona periférica (*halo*), uma zona de penumbra, na qual haverá uma margem de apreciação na interpretação.<sup>177 e 178</sup>

Esclarece MORAES que

Na literatura jus-administrativa alemã divulgou-se esta ideia, seguida da imagem de que o conceito apresentaria uma zona de certeza positiva (o que é certo que é), dentro da qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra que o designa, e uma zona de certeza negativa (o que é certo que não é), em que inexiste dúvida acerca de sua não utilização. No entanto, há uma zona intermediária, de penumbra, uma zona de dúvidas e incertezas sobre a abrangência de situações sobre aquele signo.<sup>179</sup>

Desse modo, nas zonas de certeza positiva e negativa, o controle judicial da concretização de um conceito indeterminado é pleno. Todavia, no que se refere ao

174 BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 217.

175 Ibidem, p. 218.

176 KRELL, Andreas J. **Discricionariedade administrativa e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 42 *apud* Ibidem, p. 220.

177 MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 64.

178 ENTERRÍA, mesmo nesses casos, reconhece que a aplicação do conceito jurídico indeterminado é plenamente sindicável pelo Poder Judiciário.

179 MORAES, Germana de Oliveira. Op. cit., p. 64.

halo conceitual (zona de penumbra), há uma série de situações duvidosas sobre as quais somente se admite um controle judicial parcial.

Nesses casos, explica BINENBOJM que “assim como ocorre no domínio da discricionariedade, esse parcial controle jurisdicional é balizado pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de direito, que contribuem decisivamente para o desenho da linha demarcatória das zonas de certeza positiva e negativa”.<sup>180</sup>

A jurisprudência nacional tem se inclinado nesse sentido. No RMS 1751/PR, ao analisar a aplicação do conceito de interesse da Justiça, o STJ não adentrou na questão do que seria propriamente interesse da justiça. Mas invalidou determinado ato ao verificar que a aplicação do referido conceito transbordou o que poderia ser interesse da Justiça tendo como parâmetro o princípio da moralidade. Em outras palavras, o STJ não se preocupou em definir o conteúdo do que seria o interesse da justiça, mas se limitou a dizer que em determinada situação fática, o interesse não se configurou, delimitando a zona de certeza negativa do conceito indeterminado por desrespeito ao princípio da moralidade.

**ADMINISTRATIVO. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. REMOÇÃO POR PERMUTA ENTRE ESCRIVÃ DISTRIAL E TITULAR DE OFÍCIO DE CARTÓRIO DE IMÓVEIS, RESPECTIVAMENTE FILHA E PAI. LEI DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO PARANÁ. ATO CONDICIONADO À EXISTÊNCIA DO INTERESSE DA JUSTIÇA.**

- Ainda que a expressão “interesse da Justiça” tenha um sentido bastante abrangente, nela não se compreende o nepotismo, a simulação e a imoralidade.

- In casu, o ato de remoção não condiz com o interesse da Justiça, como exigido na Lei de Organização Judiciária do Estado, nem com o princípio da legalidade, da impessoabilidade e da moralidade, mas com os interesses pessoais dos envolvidos.

- Recurso provido.

(RMS n. 1751/PR, Relator: Min. AMÉRICO LUZ, Segunda Turma, julgado em 27/04/1994, DJ 13/06/1994)

O STF no julgamento do RE 167.137-9/TO, seguindo o mesmo entendimento, admitiu na avaliação da aplicação do conceito jurídico indeterminado 'notório saber' que, na compreensão de tais conceitos, pode-se inferir zonas de certeza positiva e negativa e uma zona de penumbra, o que foi determinante no julgamento da referida ação. Para os julgadores deve haver um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a

---

<sup>180</sup> BINENBOJM, Gustavo. Op. cit., p. 222.

desempenhar.

**TRIBUNAL DE CONTAS. NOMEAÇÃO DE SEUS MEMBROS EM ESTADO RECÉM-CRIADO. NATUREZA DO ATO ADMINISTRATIVO. PARÂMETROS A SEREM OBSERVADOS. AÇÃO POPULAR DESCONSTITUTIVA DO ATO.**

–TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE TOCANTINS. PROVIMENTO DOS CARGOS DE CONSELHEIROS. A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par. 1., da CF.

–NOTÓRIO SABER - Incisos III, art. 235 e III, par. 1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado.

–AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeitá-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa.

–Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação. (RE 167137, Relator: Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 18/10/1994, DJ 25/11/1994)

Esses julgados demonstram que a distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade é realizada com cautela. Os tribunais superiores não adentram, simplesmente, no processo hermenêutico do conceito indeterminado para aferir o seu sentido. Pelo contrário, fazem um controle negativo, pautado essencialmente pelos princípios da Administração Pública, do que não seria uma correta aplicação do conceito. Normalmente, como visto, delimitam as zonas de certeza negativa do conceito, mas não circunscrevem a zona de certeza positiva.

## CONCLUSÃO

O Estado de Direito – fundado na supremacia da Constituição, na separação dos poderes e na superioridade da lei e na garantia dos direitos individuais – define, por meio do ordenamento jurídico, os limites da sua atividade. Desse modo, toda atuação estatal está submetida a um quadro normativo imperativo para todos, Estados e indivíduos.

Como o Estado tanto define como deve respeitar os limites da sua atividade, a separação de poderes emerge como elemento lógico-essencial na medida em que garante que o exercício do poder político seja dividido entre órgãos independentes e autônomos em um sistema de freios e contrapesos. Ao legislativo cabe editar as leis, ao executivo, aplicá-las e ao judiciário, julgar os conflitos.

Nesse contexto, a função da Administração Pública, como implementadora de políticas públicas escapa consideravelmente da mera aplicação de ofício da lei. A Administração, não obstante tenha toda sua atuação subjugada à lei, deve atuar de maneira contingencial e concreta, sempre com vistas a atender o interesse público, mas dentro dos limites legais da lei.

Ademais, a própria noção do princípio da legalidade – consectário meio do Estado de Direito – deve ser revista. Não se trata mais apenas de a Administração Pública agir na conformidade da lei sendo a atividade administrativa mera função sublegal ou infralegal consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Atualmente, o conceito de princípio da legalidade deve ir além da mera vinculação da Administração a lei e se coloca como instrumento de legitimidade, como regra de predeterminação estatal e como meio de vinculação da Administração à juridicidade.

Todavia, a ideia de exigir judicialmente da Administração o respeito à lei já esbarrou desde o início do Estado do Direito no dogma da separação entre a Administração e a Justiça. Em razão dessa separação e da própria impossibilidade de a lei prever sempre as hipóteses de atuação de um órgão com a relevante missão de implementar políticas públicas, desde o início criaram-se três grandes círculos de atuação imunes à atuação jurisdicional, os atos discricionários, os atos políticos e os atos normativos.

No que se refere aos atos discricionários, é reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência a necessidade de uma liberdade de agir do administrador público frente a norma, haja vista a impossibilidade desta prever todas as vicissitudes do dia a dia.

Desse modo, a atuação discricionária, como um modo de agir segundo critérios de oportunidade e conveniência diante de dadas circunstâncias, é uma necessidade da Administração Pública e proibição da revisão jurisdicional do mérito do agir discricionário é uma consequência natural da separação dos poderes. Isso porque o juiz não pode se colocar no lugar do administrador na avaliação da conveniência e da oportunidade de uma dada situação.

A concessão de uma margem de atuação livre da revisão jurisdicional, contudo, leva a excessos. E, desde o século XIX, a doutrina e a jurisprudência vêm desenvolvendo modos de conter a atuação discricionária da Administração dentro do seu campo de expressão legítima.

Buscando conter a atuação discricionária da Administração, sucederam-se como etapas do “itinerário de juridicização da discricionariedade administrativa” a teoria dos elementos do ato e a consequente possibilidade de controle dos elementos vinculados do ato (competência, forma, finalidade e existência dos motivos), o desenvolvimento de teorias de controle a partir de controles implícitos na lei (desvio de poder, excesso de poder e teoria dos motivos determinantes), o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e, por fim, o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

No que se refere à doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, a doutrina surgiu na Áustria no século XIX com a finalidade de resolver se a interpretação de tais conceitos (interesse público, notório saber) é mais uma expressão da atuação discricionária e, conseqüentemente, se estaria sujeita, ou não, à revisão jurisdicional.

Para grande parte da doutrina nacional (Eros Roberto GRAU, Luís Roberto BAROSSO) e internacional (Eduardo Garcia de ENTERRÍA, Fernando SAINZ MORENO, Miguel SANCHEZ MORÓN, Antonio Francisco de SOUSA) analisadas, há uma distinção entre o conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa. Sendo a aplicação de um conceito jurídico indeterminado mero

processo hermenêutico, tais autores defendem a plena sindicabilidade dos atos administrativos aplicadores de tais conceitos.

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, por outro lado, sob o argumento de que não há como afirmar diante de um caso concreto o sentido inequívoco do conceito jurídico indeterminado, repele a possibilidade de que a aplicação de tal conceito seja plenamente aferível pelo Poder Judiciário. Para o autor, o Judiciário pode, sem dúvida, verificar se o administrador, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo da aplicação do conceito indeterminado. Todavia, uma vez constatado que a Administração adotou solução compatível, não seria possível ao Judiciário substituir a escolha administrativa por seu próprio juízo.

Seguindo esse entendimento de BANDEIRA DE MELLO, parte da doutrina brasileira (Andreas J. KRELL, Gustavo BINENBOJM e Germana de Oliveira MORAES), tem proposto um posicionamento intermediário entre a rígida distinção entre conceito jurídico indeterminado e a discricionariedade administrativa e a coincidência dos dois fenômenos.

Na esteira do defendido por BANDEIRA DE MELLO, não se trata de imunizar do controle jurisdicional pura e simplesmente a aplicação do conceito indeterminado. Por outro lado, também não se trata de possibilitar o pleno controle desse processo. Trata-se, pois, de – analisando-se os campos de certeza negativa e de certeza positiva – averiguar se a aplicação do conceito operada pela Administração se deteve no campo de significância permitido e nesse processo a sindicabilidade judicial seria plena. Todavia, no que se refere ao halo conceitual, ou seja, nas zonas de penumbras em que há dúvida da aplicação do conceito, o controle judicial deve ser parcial.

Há jurisprudência nacional nesse segundo sentido, visto que os tribunais superiores analisam com cautela a aplicação do conceito jurídico indeterminado. Como visto nas decisões analisadas, os julgadores não adentram, simplesmente, no processo hermenêutico do conceito e determinam o seu sentido. Pelo contrário, fazem um controle negativo e, pautando-se essencialmente pelos princípios da Administração Pública, definem o que não seria a correta aplicação do conceito, delimitando a zona de certeza negativa, mas sem circunscrever a zona de certeza positiva.

É fundamental, nessa discussão, reconhecer que o cerne da questão está

na delimitação da separação dos poderes, principalmente na definição da relação que se estabelece entre o Executivo e o Judiciário. Na linha do que defende Marcelo NEVES, “não se trata apenas de uma fórmula para 'domesticar' ou 'domar' o Leviatã. Antes o problema consiste em estabelecer, apesar das tensões e conflitos, uma relação construtiva entre Têmis e Leviatã, de tal maneira que o direito não se mantenha como mera abstração e o poder político não se torne impotente por sua hipertrofia ou falta de referencia legitimadora”.<sup>181</sup>

A análise do tema, portanto, permeia toda discussão da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos. É imperioso delimitar as fronteiras do exercício legítimo da competência discricionária pelo Executivo, bem como definir os limites da atuação do Judiciário para que não haja, de um lado, ofensa à separação de poderes, e, de outro, o exercício desmesurado e arbitrário de um desses poderes.

---

181 NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

## REFERÊNCIAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Desvio de poder. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade – fundamentos – natureza e limites. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 33, p. 85-98, jan./mar. 1975.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. Ato administrativo – A tridimensão da discricionariedade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 119, p. 33-39, jan./mar. 1975.  
DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Apelação cível n.º 1.422 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 14, p. 52-82, out./dez. 1948.

\_\_\_\_\_. Conceito de mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 23, p. 1-16, jan./mar. 1951.

\_\_\_\_\_. **O Controle dos Atos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Atos Administrativos**. São Paulo: Saraiva, 1980.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

\_\_\_\_\_. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomaz-Ramon. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**: poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos. 3. ed. Madrid : Civitas, 1983.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre os conceitos jurídicos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 74, p. 217-221, abr./jun. 1985.

\_\_\_\_\_. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6. ed. rev. e amp. São Paulo: Malheiros, 2005.

KRELL, Andreas J. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

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

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 6, p. 41-78, out. 1946.

SANCHEZ MORÓN, Miguel. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Tecnos, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SOUSA, António Francisco. **“Conceitos indeterminados” no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

\_\_\_\_\_. Os “conceitos legais indeterminados” no direito administrativo alemão. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 166, p. 276-291, out./dez. 1986.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do Direito Público**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.