

GERSON DOS SANTOS SICCA

O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA E OS CONCEITOS INDETERMINADOS: ELEMENTOS  
PARA A REDEFINIÇÃO DA VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

MESTRADO EM DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
FLORIANÓPOLIS-2000

GERSON DOS SANTOS SICCA

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO  
PÚBLICA E OS CONCEITOS INDETERMINADOS: ELEMENTOS  
PARA A REDEFINIÇÃO DA VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA**

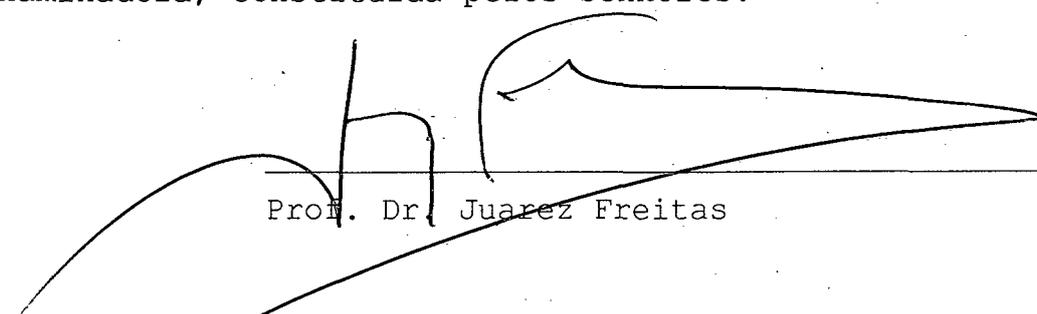
Dissertação apresentada à banca  
examinadora do Curso de Pós-  
Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa  
Catarina, como exigência parcial  
para obtenção do título de Mestre  
em Direito, sob a orientação do  
professor doutor Silvio  
Dobrowolski.

FLORIANÓPOLIS-2000

O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CONCEITOS  
INDETERMINADOS: ELEMENTOS PARA A REDEFINIÇÃO DA VINCULAÇÃO  
ADMINISTRATIVA

GERSON DOS SANTOS SICCA

Dissertação de mestrado defendida e aprovada pela banca  
examinadora, constituída pelos senhores:



---

Prof. Dr. Juarez Freitas

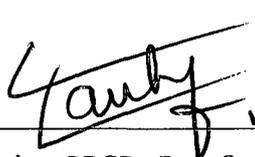
---

Profa. Dra. Germana de Oliveira Moraes



---

Orientador: Prof. Dr. Silvio Dobrowoski



---

Coordenador do CPGD: Prof. Dr. Christian Guy Caubet

Florianópolis, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

Meu pai, Sicca, minha mãe, Izolda, e  
minha avó, Marina, a vocês agradeço  
por tudo o que sou e tudo que faço.  
Quem está comigo durante toda minha  
vida merece todo o carinho do  
mundo...

Meu irmão Wagner, o maior e melhor  
amigo, em ti sempre penso e por tua  
causa sei que nunca estarei  
sozinho...

Minha namorada, amiga e companheira,  
Priscylla, teu amor, tua  
sensibilidade e compreensão, me  
ajudam a superar as dificuldades, e  
por isso te amo cada vez mais...

A vocês dedico, do fundo do coração,  
este simples trabalho, como registro  
do meu sincero amor e respeito.

Gerson

## Agradecimentos

Para que este estudo chegasse a termo foi imprescindível a participação de meu orientador, Prof. Dr. Silvio Dobrowolski, mostrando-se sempre receptivo nos momentos em que necessitei de seu auxílio e paciente na leitura das idéias esboçadas neste trabalho. Não bastasse isso, sua contribuição foi determinante ao proporcionar-me o acesso a obras clássicas da teoria constitucional, durante o andamento de sua disciplina no curso de mestrado. Por sua formação acadêmica, por sua experiência, e, sobretudo, por suas qualidades pessoais, demonstro minha sincera gratidão.

Aproveito a oportunidade para agradecer as pessoas que contribuíram, de diversas formas, para a realização desta dissertação. Em primeiro lugar, ao Prof. Dr. Edmundo Lima de Arruda Júnior, grande entusiasta do estudo crítico do Direito desenvolvido neste curso de pós-graduação.

Ao Promotor de Justiça Marcelo Liscio Pedrotti, a quem devo os primeiros contatos com a dogmática jurídica. Agradeço-lhe pelas oportunidades concedidas e pela paciência com que, não raras vezes, teve de suportar os questionamentos de um simples estudante de Direito.

Ao Prof. Msc. Itiberê de Oliveira Rodrigues, por seu exemplo como pesquisador e docente, responsável pela gênese do projeto desenvolvido neste trabalho.

Aos colegas e companheiros que acompanham meu esforço desde o princípio do curso de graduação, não só nos bancos da faculdade, mas também, e principalmente, na fervorosa, educativa, e apaixonante atuação política desenvolvidas nas salas de aula e nas ruas. A vocês um enorme abraço.

Aos amigos Gustavo Pedrollo, Rogério Duarte, Cláudio Ladeira, Adriano de Bortoli, Geyson Gonçalves, e Cláudia Bohn, entre tantos outros, pessoas de enorme importância nestes tempos na ilha de Santa Catarina.

Agradeço ainda às secretárias do CPGD/UFSC, pela atenção e a amizade cultivada nestes três anos, à CAPES, responsável pelo apoio financeiro que viabilizou esta pesquisa, e à Universidade Federal de Santa Catarina, instituição que comprova a necessidade de preservação do ensino público brasileiro.

Por fim, minha gratidão a meus familiares, meus pais, minha avó, meus tios, tias e primos, pessoas que sempre estiveram ao meu lado, e hoje ainda me acompanham, lá das belas terras gaúchas. Um abraço enorme!

À Priscylla, por tudo que és. Um beijão.

Florianópolis, setembro de 2000.

Nenhum homem inteligente terá a  
audácia de exprimir pela  
linguagem aquelas coisas que a  
sua razão contemplou

(Platão, Epístola Sétima)

## RESUMO

O presente estudo tem como tema os limites do controle juris da Administração Pública, principalmente a questão dos conceitos indeterminados e sua relação com a discricionariedade. Para tanto, busca-se uma redefinição do conceito de vinculação administrativa, passando esta a ser entendida não mais como a existência de uma programação normativa prévia clara, mas com base na existência de vínculos jurídicos dispostos por meio de regras ou princípios. Nestes termos, a discricionariedade passa a ser entendida como um caso de remissão legal, considerando que esta caracterização adequa-se ao regime de legalidade estabelecido pelo Estado de Direito, em especial ao sistema da Constituição Federal de 1988.

## RESUMEN

El presente estudio tiene como su tema los límites del control jurisdiccional de la Administración, principalmente la cuestión de los conceptos indeterminados y su relación con la discricionariedad. Por esto, se hace una redefinición del concepto de vinculación administrativa, comprendida no más como la existencia de una programación normativa previa clara, pero partiendo de la existencia de vinculaciones jurídicas establecidas por intermedio de reglas o principios. En estos terminos, la discricionariedad va a ser comprendida como un caso de remission legal,

considerando que esta caracterizacion adecuase al regimen de legalidad establecido por el Estado de Derecho, especialmente al sistema de la Constitucion Federal de 1988.

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

AC: Apelação Cível

ART: Artigo

BA: Bahia

CE: Constituição econômica

CF: Constituição Federal

CPC: Código de Processo Civil

Des.: Desembargador

DF: Distrito Federal

DJ: Diário da Justiça

DJESC: Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina

DJU: Diário da Justiça da União

FGV: Fundação Getúlio Vargas

INPC: Índice Nacional de Preços ao Consumidor

JC: Jurisprudência Catarinense- revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

MG: Minas Gerais

PUC/SP: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

RDA: Revista de Direito Administrativo

RE: Recurso Extraordinário

Rel.: Relator

RJ: Rio de Janeiro

RJTJSP: Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo

RO: Recurso Ordinário

RS: Rio Grande do Sul

RSTJ: Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

RT: Revista dos Tribunais

S.A.: Sociedade Anônima

SP: São Paulo

STF: Supremo Tribunal Federal

TAR: Tribunale Amministrativo Regionale

TASP: Tribunal de Alçada Civil de São Paulo

TJRS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

TJSC: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

TR: Taxa Referencial

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	1
.....	
1.1. A utilização de conceitos indeterminados nas normas definidoras de condutas da Administração Pública. O sentido da polêmica em torno da possibilidade do controle.....	1
2. Explicação prévia sobre a orientação teórica adotada. Definição dos elementos a serem trabalhados.....	13
<b>CAPÍTULO I: O PROBLEMA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRAS</b> .....	25
1.1. A tese do controle total: a jurisprudência e doutrina germânicas.....	25
1.1.1. A doutrina da multivalência.....	26
1.1.2. A doutrina da univocidade.....	29
1.1.3. A doutrina da margem de livre apreciação de BACHOF.....	31
1.1.3.1. Os conceitos normativos e discricionários segundo Karl English.....	36
1.2. A doutrina italiana.....	39
1.3. O controle dos conceitos indeterminados na França.....	47
1.3.1. <i>O recours por excès de pouvoir</i> .....	52
1.3.2. O "erro manifesto de apreciação".....	54
1.3.3. Considerações sobre o controle no Conselho de Estado Francês.....	56
1.4. A doutrina argentina.....	57
1.5. O controle no direito português.....	66
1.5.1. A admissão dos conceitos discricionários e a utilização pelos Tribunais Administrativos da "discricionariedade técnica".....	72
1.6. O controle dos conceitos indeterminados na Espanha.....	73
1.6.1. A Luta contra as imunidades do Poder: a influência de García de Enterría na jurisprudência e doutrina espanholas.....	74
1.6.2. Os defensores da limitação do controle dos conceitos indeterminados: a relação entre o princípio democrático e a discricionariedade.....	80

1.6.3. Posição atual do debate no Direito Espanhol.....	87
---	----

**CAPÍTULO II: OS CONCEITOS INDETERMINADOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS** 90

2.1.0 controle da Administração no Direito brasileiro e a inafastabilidade da apreciação jurisdicional.....	90
2.1.1.Os limites do controle e o conceito de mérito administrativo.....	95
2.2. O debate em torno dos conceitos indeterminados e seu controle.....	102
2.2.1. A discricionariedade como insuficiência de programação normativa: o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello.....	104
2.2.2. Discricionariedade e conceitos indeterminados na doutrina brasileira: a influência de Celso Antônio Bandeira de Mello.....	114
2.2.3. A distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade no direito brasileiro.....	127
2.2.4. Eros Roberto Grau e a distinção entre juízos de legalidade e oportunidade.....	133
2.2.5. A distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade e a existência de conceitos discricionários.....	138
2.3. A jurisprudência brasileira e os parâmetros adotados pelos Tribunais diante dos conceitos indeterminados.....	142
2.3.1. Decisões relativas ao poder de polícia.....	145
2.3.2. O controle do poder disciplinar.....	151
2.3.3. O controle dos decretos expropriatórios.....	159
2.3.4. a expulsão de estrangeiros e os atos políticos.....	168

**CAPÍTULO III- INTERPRETAÇÃO DO DIREITO, CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E IMPRECISÃO DA LINGUAGEM**..... 173

3.1. A indeterminação conceitual: suas implicações na definição da atividade administrativa.....	173
3.2. Postulados teóricos básicos para a admissão do controle dos chamados "conceitos indeterminados" em um Estado de Direito: da necessidade de maximização do controle como meio de efetivação da ordem constitucional vigente.....	190
3.2.1.0 postulado democrático e o controle da Administração Pública.....	200

3.2.2. A distinção entre os juízos de oportunidade e de legalidade: a exigência do controle como tarefa primordial do Judiciário no Estado de Direito.....	204
3.3.0 princípio da legalidade e o sentido da vinculação do legislador.....	211
3.3.1. Considerações sobre o sentido da vinculação à lei.....	211
3.3.2. A vinculação administrativa na doutrina administrativa: a influência de Kelsen e a necessidade de ampliação do conceito.....	217
3.3.3. A técnica dos conceitos indeterminados e o sentido da vinculação do legislador.....	223
3.4. Postulados vinculantes do administrador e parâmetros de controle.....	235
3.4.1. Os princípios gerais do direito.....	239
3.5. Os limites no controle dos conceitos indeterminados.....	247
<b>Considerações finais.....</b>	<b>255</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>272</b>

## 1. INTRODUÇÃO

### 1.1. A utilização de conceitos indeterminados nas normas definidoras de condutas da Administração Pública. O sentido da polêmica em torno da possibilidade do controle.

A temática deste trabalho envolve uma das questões mais tormentosas do Direito Administrativo. O postulado da legalidade, fundamento básico do sistema de garantia da racionalidade do agir estatal e da segurança jurídica necessária para a proteção dos direitos dos cidadãos, sofreu forte abalo em sua força vigorante no momento em que se reconheceu a problemática operacionalidade da vinculação positiva em casos onde esta apresentasse em seus comandos normativos conceitos de pouca densidade significativa. Nestas situações, constatou-se a impossibilidade de uma subsunção mecânica, estritamente lógica, na aplicação das normas jurídicas, pondo-se em causa, desta maneira, a eficácia do esquema proposto pelo Estado Liberal.

A busca de soluções adequadas para o controle jurisdicional dos conceitos indeterminados é uma tarefa dificultosa, especialmente por dois motivos. Por um lado, tendo em conta a diversidade de enfoques metodológicos utilizados pelos autores, levando a grandes divergências e diversas conclusões sobre a questão dos conceitos indeterminados. Por outro lado, pela tradição encontrada na jurisprudência e doutrina brasileiras de desconsiderar a densidade vinculante de normas portadoras de tais conceitos, ante a pouca influência exercida

sobre nosso Direito Administrativo pela dogmática alemã, notadamente a maior fonte de estudos sobre a sindicabilidade dos conceitos indeterminados.

Vários estudos procuram encontrar respostas na própria estrutura dos conceitos, procurando identificar quais são passíveis de interpretação, e, ao contrário, os que acabam por atribuir ao administrador uma margem de liberdade para definir o conteúdo do ato administrativo. Entretanto, é de considerável dificuldade a obtenção de um consenso entre os autores sobre a melhor caracterização e classificação das espécies de conceitos, bem como em relação à intensidade do controle sobre a aplicação dos mesmos. Em linhas gerais, o problema dos conceitos indeterminados situa-se na definição dos limites da sindicabilidade e na própria relação daqueles com a discricionariedade administrativa. Neste aspecto, ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA afirma que as seguintes questões são colocadas<sup>1</sup>:

*1- Será o problema dos conceitos indeterminados o mesmo da discricionariedade? Ou seja será que toda a discricionariedade está sempre relacionada com conceitos indeterminados? 2- Em caso negativo, será que o uso de certos conceitos indeterminados atribui discricionariedade? 3- Será que os conceitos indeterminados, em si mesmos, nada têm a ver com a discricionariedade, não se excluindo no entanto a hipótese do legislador se poder servir deles como meio para atribuir a discricionariedade?*

O autor português, a seguir, sintetiza em três grandes orientações as respostas dadas. A primeira, considerada a doutrina mais antiga, entende existir uma relação necessária entre conceitos indeterminados e discricionariedade. Já a segunda orientação, desenvolvida a partir dos anos cinquenta, sustenta

que determinados conceitos, devido ao seu grau de abstração, geravam discricionariedade (na hipótese), o que deveria ser verificado através da interpretação. A terceira corrente, predominante na Alemanha, nega qualquer relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade, denominada de tese da "revisão total", sendo que o problema será sempre de dificuldades hermenêuticas. Esta última tese é adotada por António Francisco De Souza, posição que em linhas gerais, orienta também este trabalho.<sup>2</sup>

A bibliografia administrativista pátria tem conferido pouco espaço para a indagação relativa à sindicabilidade das normas dotadas de expressões vagas, embora haja uma preocupação crescente com a necessidade de incremento do controle da administração pública. A causa dessa escassez de reflexão sobre a técnica dos conceitos indeterminados talvez esteja ligada ao tradicional conceito amplo de discricionariedade<sup>3</sup> utilizado pelos tratadistas brasileiros. Desta forma, a correção judicial da utilização de normas contendo conceitos cujo sentido seja de difícil apreensão acabou sendo dirigido pelas formas tradicionais de controle do ato discricionário, principalmente com a adoção da consagrada teoria do *detournement de pouvoir*, famosa construção da jurisprudência do Conselho de Estado Francês do século XIX.

---

<sup>1</sup> SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados" no *Direito Administrativo*, pp.20-21.

<sup>2</sup> Idem, *Ibidem*.

<sup>3</sup> Deve-se aqui fazer um esclarecimento: por conceito amplo de discricionariedade, se entende todo aquele que inclua entre suas hipóteses de ocorrência do fenômeno os chamados conceitos indeterminados, ou seja, quando a discricionariedade administrativa seja caracterizada como insuficiência da programação normativa. Esta conceituação ampla, que se contrapõe ao conceito restrito de discricionariedade, este refutando a existência de uma liberdade do administrador frente aos conceitos indeterminados, não tem qualquer relação com a idéia de que a Administração teria amplos espaços de atuação insindicáveis. Atualmente, inclusive entre os autores que ampliam o conceito de discricionariedade, há uma forte tendência no sentido de reduzir os espaços de liberdade do administrador, principalmente através da vinculação aos princípios gerais de direito.

Contudo, nos últimos tempos o debate ganhou alguma relevância, embora nem de longe represente a perene polêmica travada em países como Alemanha e Espanha. Isto se explica pela presença de novas "viradas metodológicas" dos estudiosos do Direito Administrativo no Brasil, procurando operar técnicas de ampliação do controle da discricionariedade e redução da liberdade de atuação administrativa. É possível verificar que a discricionariedade tende a ser compreendida pelos autores contemporâneos como um espaço de liberdade delimitado juridicamente, orientado não somente por regras, mas também por princípios.

Dentro desta pretensão de formularem-se parâmetros jurídicos destinados ao aumento do controle da atividade administrativa, evidentemente não seria possível abordar a questão sem tratar dos estudos desenvolvidos na Europa no pós-guerra, e, conseqüentemente, trazer à tona a técnica dos conceitos indeterminados, cuja aplicação em termos extremos pode levar até mesmo à total vinculação da Administração, ante a constatação de que a atividade administrativa está sempre vinculada ao interesse público, conceito indeterminado passível de interpretação e apreciação pelo juiz. Evidentemente, há aqui um excesso, que não desqualifica, todavia, o mérito daquela técnica, por razões que serão expostas ao longo deste estudo.

A primeira dificuldade está na própria caracterização dos conceitos indeterminados, e em que medida é possível definir um critério seguro para distingui-los dos *conceitos determinados*. Este esclarecimento importa em delimitar o objeto do estudo e o parâmetro dogmaticamente útil para discutir a possibilidade de redução ou aumento do controle, o que passa pela correta definição dos elementos efetivamente vinculantes contidos na norma de Direito Administrativo.

Conceitos indeterminados são aqueles que não oferecem, de imediato uma significação precisa, ou, como afirma KARL ENGISH, conceitos cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos<sup>4</sup>. Podem ser caracterizados, ainda, por apresentarem vagueza ou ambigüidade<sup>5</sup>, o que dificulta a tarefa do intérprete na verificação do sentido da norma através dos recursos postos pela hermenêutica. Esta impossibilidade de definição do comando normativo por intermédio da utilização pura e simples dos métodos tradicionais de interpretação evidencia o amplo espaço destinado à concretização, determinada muitas vezes por situações de fato juridicamente relevantes não dispostas expressamente pelo texto.

Os conceitos indeterminados exteriorizam uma nota típica da linguagem do Direito: a impossibilidade de operar-se, invariavelmente, com a relação significante/significado dentro da hermenêutica jurídica. Em diversas ocasiões, o legislador utiliza-se da linguagem com uma função claramente axiológica<sup>6</sup>, e,

<sup>4</sup> ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, p.208.

<sup>5</sup> WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito*, p.39-40. Segundo este autor, a expressão vagueza pode ser utilizada em duas hipóteses. No primeiro caso, quando "(...)os objetos ou situações significados pela linguagem apresentam a propriedade referida pelo critério definitório, mas os apresentam em graus distintos dos que exibem certos casos aceitos pela comunidade como paradigmáticos". O autor dá como exemplo a expressão "mendicância", ensejando perguntas sobre quanto tempo de ociosidade é necessário para caracterizar alguém como mendigo, ou ainda como pode-se caracterizar a habitualidade da prática de pedir esmolas. O segundo caso de vagueza surge quando "(...)se observa que situações ou objetos a que se pretende aplicar uma palavra, não apresentam todas as notas consideradas relevantes nos casos paradigmáticos, ou, ainda, que apresentando todas, uma nota existe, que ao ser considerada nos sugere, ou não, usar o termo." Como exemplo, a situação de emitir um cheque sem fundos caracteriza o crime de estelionato? Ou é necessário que tenha sido apresentado ao Banco, ou, ainda, que não tenha sido pago até a denúncia? Já a ambigüidade surge quando "(...)percebemos a existência de palavras em relação às quais não se sabe que notas considerar relevantes para sua caracterização à margem das valorações de quem as utiliza(...)", como no caso, por exemplo, dos termos "mulher honesta", e "justificável confiança". Sobre os conceitos de vagueza e ambigüidade também Genaro Carrió (*Notas sobre Derecho y Lenguaje*, p.28-35).

<sup>6</sup> PERELMAN, Cháim (*Ética e Direito*, p.676) mostra que a utilização de noções de conteúdo variável acaba aumentando o poder do intérprete. Assim, tais conceitos servem muitas vezes como instrumentos de abertura e até mesmo de

por via de consequência, persuasiva, não estabelecendo relações de fácil percepção entre o comando normativo e os fatos, levando diversos autores a entenderem que, em conceitos carentes de valorações, como interesse público, utilidade pública, moralidade, não restaria outra alternativa senão a conclusão de que na aplicação destes estar-se-ia diante de verdadeira discricionariedade.

Entretanto, a diferença entre conceitos que conferem uma compreensão precisa e conceitos que deixam uma considerável margem de manifestação valorativa ao administrador pode ser estabelecida somente de forma quantitativa, e nunca qualitativa. Em outras palavras, não há um critério seguro para traçar claramente a distinção, ficando esta a cargo do conteúdo dogmático proposto pelos termos lingüísticos (se fornecem elementos seguros para a verificação da hipótese), e as circunstâncias de fato relevantes para a interpretação da norma, embora isto não signifique afirmar a total impossibilidade de estabelecer-se, de antemão, parâmetros de controle relativamente seguros para o operador do direito

A utilização de normas abertas, entendidas como sendo aquelas que apresentam conceitos indeterminados em sua formulação, é fenômeno comum nas Constituições contemporâneas, características do *Welfare State*, e na produção normativa reguladora da atividade estatal. Segundo ANA M. CARMONA CONTRERAS, "(...)através do recurso a conceitos genéricos e indeterminados, a Constituição não faz senão expressar o pluralismo que opera na base do sistema que pretende regular, o

---

*conciliação, como no caso de textos de tratados internacionais, envolvendo diversos Estados com ideologias diversas. Neste caso, a confusão do sentido do texto destina-se a permitir o acordo momentâneo, mas reservando a cada estado interpretá-las à sua maneira. Para o autor, exemplo disso é a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que, para efetivamente tornar-se eficaz, necessita a submissão dos signatários a uma instância judicial que tenha legitimidade para dar uma interpretação autorizada do texto.*

qual leva a rechaçar caracterizações fechadas e definidas de uma vez por todas no mesmo momento constituinte"<sup>7</sup>. Na verdade, a constante presença dos conceitos indeterminados representa a necessidade cada vez maior de estabelecer espaços de concretização facilmente adaptáveis às circunstâncias cambiantes, evitando a "petrificação" de relações jurídicas sujeitas a rápidas modificações e carentes de novas interpretações. O legislador, ao estabelecer normas abertas, possibilita a ampliação do recurso a elementos dispostos fora do enunciado semântico para obter-se o comando normativo.

Este recurso à utilização freqüente de conceitos vagos faz com que a força do texto, do sentido emanado da língua, ceda ante as exigências da realidade e das determinações circunstanciais, possibilitando uma maior maleabilidade da regra jurídica e a conseqüente facilidade de sua adequação ao momento da aplicação. Como pode observar-se, a presença das normas abertas exterioriza a delimitação jurídica do modelo de administração dos estados contemporâneos, caracterizado, em sua estrutura normativa, pela crescente exigência de funções estatais

---

<sup>7</sup> Algunas Reflexiones en torno a la urgente necesidad, p. 258. Trecho Original: "(...)A través del recurso a conceptos genéricos e indeterminados, la Constitución no hace sino expresar el pluralismo que opera en la base del sistema que pretende regular, lo cual lleva a rechazar caracterizaciones cerradas y definidas de una vez por todas en el mismo momento constituyente". Diz ainda a autora: "Las definiciones constitucionales de un orden estable definido a priori, según el modelo de Estado decimonónico, han desaparecido. El dinamismo, la aproximación dialéctica a la realidad subyacente impregnam el contenido de la Norma Suprema. Consecuentemente, sus preceptos se hacen genéricos, mucho más elásticos, remitiéndonos para su concretización a una situación de configuración progresiva y tendencialmente evolutiva, según las circunstancias fáticas en las que los mismos han de operar y que vienen a determinar de forma preeminente su contenido específico". Tradução livre do autor: "As definições constitucionais de uma ordem estável definida a priori, segundo o modelo de Estado decimonônico, desapareceram. O dinamismo, a aproximação dialética à realidade subjacente impregnam o conteúdo da Norma Suprema. Conseqüentemente, seus preceitos se fazem genéricos, muito mais elásticos, remetendo-nos para sua concretização a uma situação de configuração progressiva e tendencialmente evolutiva, segundo as circunstâncias fáticas em relação as quais os mesmos haverão de operar e que vêm a determinar de forma preeminente seu conteúdo específico".

geralmente sujeitas a juízos de alta complexidade. Em relação ao administrador, não há dúvida de que o aumento de funções administrativas, que não mais se resumem às tradicionais atividades administrativas previstas pelo Estado liberal, gera uma incapacidade de previsão, por parte do legislador, de todos elementos determinantes para a aplicação da norma.

As estruturas estatais contemporâneas apresentam outra nota característica que não deve ser desconsiderada no momento em que indaga-se sobre os limites do controle jurisdicional da atividade administrativa. Há reconhecimento, pelos próprios estudos desenvolvidos na dogmática jurídica, da forte intervenção política sobre os critérios eminentemente jurídicos de aplicação das normas de Direito Administrativo. Nota-se que a orientação ideológica dos grupos investidos na titularidade da função administrativa determina, em última análise, a concepção de interesse público prevalente em determinado momento. Desta maneira, a concretização dos chamados conceitos indeterminados estará sujeita às variantes subjetivas manifestadas pelo administrador, sendo essencial delimitar a atividade do administrador, para que a exigência de racionalização definida pela estrutura do Estado de Direito não se torne na prática exercício arbitrário do poder.

A imprecisão da linguagem não é elemento atípico na produção legislativa. O próprio grau de abstração da norma jurídica<sup>8</sup> já permite que, ao aplicar-se a hipótese abstrata ao caso concreto, surjam dúvidas quanto a incidência ou não do *tatbestand*<sup>9</sup>. Ao interpretar, o operador jurídico reduz esta

<sup>8</sup> Afirma Wálter Campaz (*Discrecionalidade*, p.29): "Se a norma, abandonando a abstração e generalidade, chegasse a minúcias, invadiria o campo da concreção e a função administrativa seria meramente executória."

<sup>9</sup> Aqui, cabe a advertência de Genaro Carrió (Op. Cit., p.34) de que todas as palavras são potencialmente vagas. Para este autor, *Sus condiciones de aplicación no están determinadas en todas las direcciones posibles; siempre podemos imaginar casos, supuestos o circunstancias frente a los cuales el uso*

tensão existente entre norma e realidade, fazendo o devido juízo de verificação da ocorrência da hipótese. Entretanto, no caso dos conceitos indeterminados utilizados em normas de Direito Administrativo o problema torna-se particularmente complexo por dois motivos: em primeiro lugar, pela dificuldade da norma fornecer elementos significativos e seguros para a delimitação do âmbito da realidade que pretende regular, e, em segundo lugar, pela particular posição da Administração Pública dentro do Estado, órgão a quem se dirige grande parte da atribuição de executar a normação oriunda do Legislativo .

Diante da primeira indagação, observa-se que, em outros ramos do Direito, como o Direito Penal, o Direito Processual, e o Direito Civil, os Tribunais não têm encontrado maiores problemas a ponto de inviabilizar a aplicação da norma. Contudo, nesta áreas, há um elemento que impede a extensão desta conclusão ao Direito Administrativo: enquanto naquelas a norma é endereçada ao juiz, aplicador originário do Direito, neste ramo do Direito Público a norma é dirigida ao administrador, surgindo o Judiciário apenas no momento em que se configure lesão ou ameaça de lesão a direito, em decorrência da aplicação ou não da norma.

Nesse sentido, pode-se dizer que o administrador possui a tarefa de executar a norma jurídica administrativa, da mesma maneira que o juiz tem o dever de aplicar a norma a ele dirigida. O problema intensifica-se quando procura-se estabelecer os limites do controle, já que os conceitos vagos remetem o operador jurídico, a princípio, a elementos estranhos ao próprio mundo do Direito, ao exigir uma análise de circunstâncias que em

---

no dicta la aplicación ni la no aplicación del termino." Tradução livre do autor: "Suas condições de aplicação não estão determinadas em todas as direções possíveis; sempre podemos imaginar casos, supostos ou circunstâncias frente as quais o uso não dita a aplicação nem a não aplicação do termo".

diversos momentos não estão expressamente dispostas na hipótese normativa.

A discussão em torno dos conceitos indeterminados intensifica-se juntamente com a sua maior utilização nos textos legais. A complexidade das funções do chamado Estado Administrativo, como já mencionado, leva o legislador a positivar na norma jurídica conceitos abertos a uma posterior adequação à realidade sobre a qual ocorrerá a incidência. Nos termos da lição de ALMIRO DO COUTO E SILVA<sup>10</sup>, ao lado da delegação expressa, estatuída intencionalmente por lei, surge a delegação implícita, criada por meio de conceitos abertos e de cláusulas gerais, dando ao administrador liberdade para selecionar os elementos suficientes para a aplicação da norma.

Desta nota característica do Direito Administrativo nos Estados modernos decorre o primeiro problema: pode o administrador, tendo em vista a existência de conceitos indeterminados na norma jurídica, definir qual o sentido mais preciso do termo, e, por conseguinte, estabelecer a própria hipótese normativa, determinando quando realmente é justificada a sua aplicação? Já o segundo problema está nos limites do controle da atividade administrativa decorrente de normas atributivas de competência por meio de conceitos indeterminados, já que a

---

<sup>10</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo*. p.52. O autor elenca uma série de conseqüências geradas pela crescente função estatal, que não se reconduz mais à simples atividade de polícia e proteção da liberdade do cidadão, mas coloca o Poder Executivo em posição privilegiada dentro do meio social, impondo-lhe tarefas e concedendo poderes para a realização daquelas. Segundo Almiro do Couto e Silva, além das "formas veladas de delegação legislativa", o "Estado utiliza, cada vez mais, nos documentos normativos, cláusulas gerais, de conteúdo vago e elástico, e conceitos jurídicos indeterminados". Para o autor "Conquanto, no plano estritamente lógico, não se cogite aí do poder discricionário do agente administrativo, como competência para aplicar a norma, é irrecusável que, em termos práticos, passa ele a gozar de uma área de decisão que torna semelhante os atos de aplicação destes conceitos aos de exercício de poder discricionário. Mas assevera que "Nos casos de dúvida quanto à subsunção de casos em cláusulas gerais ou em conceitos indeterminados, a palavra final só poderá ser dada pelo Judiciário".

dificuldade de apreensão do sentido pode dificultar o sindicabilidade judicial de caráter eminentemente objetivo. A elucidação do problema sobre os limites da sindicabilidade judicial geralmente é realizada a partir da análise das possibilidades de descoberta do sentido dos conceitos indeterminados.

A problemática gerada em torno dos conceitos legais indeterminados não é recente. E tampouco encontra-se próxima de uma solução plenamente satisfatória. Já no século XIX toma fôlego a discussão sobre a admissibilidade do controle da utilização de tais conceitos pelo administrador, o que levou ao surgimento de duas grandes correntes teóricas, denominadas teorias da univocidade e da multiplicidade, respectivamente. No Brasil, a doutrina inclina-se no sentido de admitir que os conceitos indeterminados geram um poder discricionário ao administrador.

Em síntese, o problema dos conceitos indeterminados representa um eterno desafio ao postulado da vinculação positiva à lei e ao estudo das técnicas de sindicabilidade dos atos administrativos, problemas que demandam constante reflexão, fato que lembra a histórica polêmica dos limites do controle de constitucionalidade nos EUA, que já dura quase dois séculos e está muito longe de chegar ao seu final<sup>11</sup>. Trata-se, sem dúvida, de tema que envolve a intervenção do Estado sobre a esfera dos cidadãos e a proteção da legalidade objetiva limitadora da atividade administrativa, o que exige um constante poder de crítica e de reconstrução dogmática por parte da doutrina e

---

<sup>11</sup> Alan F. Westin, ao fazer a introdução da obra de Charles Beard (*a Suprema Corte e a Constituição*, p.40), afirma que o problema relativo aos limites da Suprema Corte, "(...) é uma questão que deve ser discutida, e sempre, sempre discutida, porque envolve os problemas mais fundamentais de uma sociedade livre- as relações entre o governo da maioria e os direitos da minoria; o equilíbrio entre os valores democráticos e aristocráticos; as relações entre lei e política; e a distribuição de poderes dentro do sistema federativo.(...) O dia em que cessarmos de discuti-lo, teremos ignorado a dinâmica de nosso sistema".

jurisprudência, visando a plena garantia dos postulados do Estado de Direito.

Pretende-se neste estudo enunciar os argumentos relevantes levantados pelos autores, no Brasil e em países estrangeiros, relacionados com a indagação sobre o controle dos conceitos indeterminados, e verificar quais os postulados adequados para delimitar-se a atividade de atuação judicial na indagação sobre a legitimidade dos atos administrativos, dentro de nossa atual estrutura de Estado de Direito. Cabe aqui mencionar palavras citadas em anterior trabalho, onde a preocupação tinha por foco principal problemas referentes ao controle de constitucionalidade:

(...) torna-se necessário compreender a tarefa hermenêutica de forma a solucionar a tensão existente entre o princípio da supremacia do legislador na concretização dos valores constitucionais e a necessidade de garantir os direitos do cidadão, fazendo isso de forma de que não se faça o Judiciário tão fraco a ponto de ser mero assistente da vida política e nem tão forte a ponto de violar as atribuições dos demais poderes<sup>12</sup>

O mesmo questionamento pode ser feito em relação aos limites da sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, tendo em vista a idêntica fundamentação do questionamento (a separação dos poderes e o princípio da vinculação do legislador à Constituição e do administrador a esta e à lei) e a notória proximidade dos postulados básicos do Direito Administrativo e do Direito Constitucional.

Para tanto, serão enfocados as principais vertentes teóricas encontradas na Europa e Argentina, relativas à indagação sobre os conceitos indeterminados. Após, a análise será direcionada ao direito brasileiro, sendo que no terceiro capítulo

---

<sup>12</sup> SICCA, Gerson dos Santos. *A Interpretação conforme à Constituição-Verfassungskonforme Auslegung- no Direito Brasileiro*, p.104.

tem-se por objetivo a problematização do tema e a indicação de vários elementos para a reflexão teórica sobre o controle dos conceitos indeterminados em nosso sistema jurídico. Antes de adentrar na panorâmica sobre o tema, entretanto, é importante exteriorizar a orientação metodológica seguida, no intento de elucidar a questão dos conceitos indeterminados.

## **2.1. Explicação prévia sobre a orientação teórica adotada. Definição dos elementos a serem trabalhados.**

A questão dos conceitos indeterminados remete, ao fundo, para o estudo dos limites do poder discricionário e o sentido de princípios sagrados do Estado de Direito, como a chamada *vinculação positiva à lei* e o postulado da *separação dos poderes*. A caracterização da discricionariedade administrativa, sob a ótica dogmático-constitucional, exterioriza uma determinada concepção teórica sobre o significado do Estado de Direito e o conseqüente processo de racionalização dele decorrente. A *Veltanschaung* do publicista, ao indagar-se sobre o controle jurisdicional da Administração, levará a uma resposta em termos de maximização, se prevalente o sistema de garantias, ou minimização, se preponderante o princípio democrático.

O estudo sobre a possibilidade de controle dos chamados conceitos indeterminados exige uma clarificação das variantes metodológicas encontradas entre os jusadministrativistas. Como se poderá observar, e acompanhando o raciocínio de MARIANO BACIGALUPO, a polêmica sobre a sindicabilidade dos atos administrativos e seus limites tende a ser equacionada em três orientações diversas: sob o ponto de vista teórico-normativo, sob a ótica jurídico-metodológica, e com argumentos dogmático-constitucionais. Demonstra BACIGALUPO que,

não raras vezes, os autores utilizam-se da mesma orientação para fundamentar respostas divergentes, como no caso de fundamentar-se o maior ou menor controle como decorrência lógica da estrutura imanente do Estado de Direito.

De acordo com o autor espanhol, a primeira linha de argumentação (orientação teórico-normativa) procura identificar o conceito de discricionariedade conforme a sua localização na estrutura lógico-formal da norma jurídica, com o que acaba-se por concluir, em linhas gerais, pela existência de discricionariedade na zona de penumbra conceitual, em que não é possível identificar a resposta adequada. A segunda orientação pretende definir os limites do controle pleno da atuação administrativa, no intento de definir a discricionariedade sob uma ótica jurídico-metodológica, enquanto que o terceiro viés metódico indaga sobre as razões dogmático-constitucionais que demonstram o maior ou menor grau de liberdade ao administrador<sup>13</sup>. Outros autores, ainda, procuram a resposta da questão tomando por pressuposto uma perspectiva jurídico-funcional, analisando a discricionariedade e sua relação com a separação dos poderes<sup>14</sup>, argumentação que, é de se notar, não distancia-se de uma perspectiva dogmático-constitucional.

Tendo em consideração a elucidação dos pressupostos proposta por MARIANO BACIGALUPO, clarifica-se consideravelmente a polêmica sobre a relação entre discricionariedade e conceitos indeterminados. Pode-se constatar que o debate sobre os conceitos indeterminados surge, ainda no século XIX, em um universo preponderantemente teórico-normativo: a possibilidade ou não de obtenção de uma resposta correta na interpretação de conceitos jurídicos. Para alguns, o processo de aplicação do Direito, em casos de significativa incerteza, não possibilitaria ao juiz a

---

<sup>13</sup> BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa*, p.46-7.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p.64.

verificação do complexo processo cognitivo, havendo de reconhecer-se discricionariedade nestes casos, enquanto que, para outros, a crença na possibilidade de obtenção de respostas justas por meio de interpretação levou a concluir pela inexistência de liberdade administrativa no caso de conceitos vagos. Neste século, a preocupação com as possibilidades de delimitação de um controle estritamente objetivo dos atos administrativos determinou a construção de argumentos situados em uma dimensão jurídico-metodológica, com a tradicional afirmação de que os conceitos indeterminados seriam vinculados (e, em decorrência, plenamente controláveis) em suas zonas de certeza, ao passo que na área de penumbra a indefinição somente poderia levar à conclusão pela existência de discricionariedade (devendo-se respeitar a prevalência da apreciação do administrador).

Por outro lado, a dimensão jurídico-metodológica evidencia a preocupação com as possibilidades de delimitação de um controle estritamente objetivo da discricionariedade, a fim de evitar a invasão do mérito da decisão administrativa. Este enfoque embasa a perspectiva que defende a sindicabilidade plena nos casos em que seja possível a verificação objetiva do procedimento, sendo que, ao contrário, quando não existam elementos dignos de ponderação racional (como em situações que envolvam juízos de prognose), estar-se-á diante de uma situação de restrição de controle.

Quanto à perspectiva dogmático-constitucional, esta procura ressaltar os aspectos jurídicos existentes na estrutura normativa estatal que delimitam e fundamentam o controle da administração pública. Significativa, nesta linha de argumentos, é a profícua produção da doutrina espanhola, que pretende encontrar no texto constitucional, em especial a cláusula da tutela judicial efetiva e o princípio democrático, as razões para

o controle e os limites da atividade de correção da atividade administrativa.

O presente trabalho parte da sustentação de que o problema dos conceitos indeterminados envolve uma necessária articulação entre os três enfoques anteriormente mencionados. Primeiramente, a caracterização da discricionariedade não prescinde da reflexão da sua legitimidade em relação aos princípios do Estado de Direito, remetendo necessariamente para o enfoque dogmático-constitucional. Esta perspectiva, contudo, não é capaz de evidenciar, por si só, os parâmetros e as possibilidades de controle da atividade administrativa, exigindo que se indague sobre a indeterminação e seus problemas interpretativos<sup>15</sup>, bem como sobre os critérios que justificam o controle e a forma como operam, análise que envolverá argumentos teórico-normativos. Em relação a estes últimos, é importante lembrar, no Brasil, os estudos de EROS ROBERTO GRAU sobre conceitos indeterminados, fundamentais dentro de uma abordagem semiológica, e a perspectiva pragmática desenvolvida, entre nós, principalmente por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR. Este último apresenta argumentos de especial relevância para a metodologia

---

<sup>15</sup> De acordo com Luis Alberto Warat ( O Direito e sua Linguagem, p.40) o signo pode ser estudado a partir de três óticas: na sua relação com os outros signos, o que se denomina sintaxe; semântica, quando se tem conta os objetos que designa; pragmática, tendo por base a relação do signo com aqueles que o utilizam. O estudo do significado dos termos e a possibilidade de definição do sentido é objeto da hermenêutica jurídica. A nosso ver, embora não seja possível desconsiderar este ponto de vista, o que interessa no problema dos conceitos indeterminados não é basicamente a possibilidade de obtenção da resposta correta, mas sim a questão de como deve ser estabelecida a relação entre jurisdição e administração, e até que ponto está o órgão administrativo vinculado pelo Direito. Nesse sentido, discordamos da caracterização da discricionariedade como inconsistência da programação normativa, conceito obtido a partir da análise da estrutura das regras jurídicas, e entendemos que o sentido da vinculação legal e a da exigência de racionalização do exercício do poder devem ser buscados a partir dos postulados estabelecidos pelo legislador, e, em última análise, pelo constituinte. A análise prioriza, portanto, o sentido dogmático-constitucional, procurando-se refletir sobre os fundamentos da exigência de um controle efetivo em relação com as possibilidades de realização de uma sindicabilidade de natureza objetiva (enfoque jurídico-metodológico).

jurídica, ao indagar sobre os momentos relevantes da fundamentação racional do discurso jurídico<sup>1617</sup>.

A utilização de uma semiologia pragmática no Direito Administrativo, no intuito de superar a dogmática tradicional e compreender a complexa relação interativa entre as pessoas envolvidas na interpretação/aplicação da norma, permite uma rica compreensão da hermenêutica neste ramo do Direito. Cânones como a "separação dos poderes", "princípio da legalidade", "moralidade administrativa", e "razoabilidade", somente a título de exemplo, podem servir como *topoi* argumentativos, sujeitos à reflexividade e abertos a novas concretizações, mediante regras de legitimação da racionalidade do discurso jurídico. Estes postulados deixariam de ser vistos como fórmulas inalteráveis, princípios legitimados por um critério pautado na idéia de verdade, mas justificados de acordo com os elementos argumentativos fornecidos pelos agentes interagentes do processo comunicacional.

---

<sup>16</sup> Tércio Sampaio Ferraz Jr. pretende tratar o Direito sob o ângulo lingüístico-pragmático, superando a compreensão do discurso jurídico com base exclusivamente em regras sintáticas. Desta forma, busca a compreensão da linguagem normativa tendo em conta a relação entre os participantes da situação comunicativa, uma situação complexa, formada por ações e reações dos participantes, mas limitada sob dois aspectos- interno, estrutura da situação, e externo-mundo circundante. O discurso jurídico, pois, procura ser compreendido a partir de uma visão dialógica, dotado de reflexividade, controlado por regras que qualificam o discurso como racional ou irracional( a partir do acordo ou consenso sobre as regras que permitem a produção dos discursos). Em síntese, o discurso jurídico passa a ser analisado como dotado de alta reflexividade, organizado "(...)como um jogo infinito de estratégias que se organizam a partir de topoi"(Teoria da Norma Jurídica, p.23). De acordo com o autor, os topoi "(...)são fórmulas de procura que orientam a argumentação. Não são dados ou fenômenos, mas construções ou operações estruturantes, perceptíveis no decurso da discussão"(idem, ibidem).

<sup>17</sup> Michel Foucault, *A Verdade e as Formas Jurídicas*, p. 9. O autor afirma(trecho a qual faz referência também Tércio Sampaio Ferraz Jr., op.cit. p.8) que há nas universidades européias "(...)uma tendência a tratar o discurso como um conjunto de fatos lingüísticos ligados entre si por regras sintáticas de construção(...)" Adiante, afirma Foucault: "(...)Teria então chegado o momento de considerar esses fatos de discurso, não mais simplesmente sob seu aspecto lingüístico, mas, de certa forma- e aqui me inspiro nas pesquisas realizadas pelos anglo-americanos- como jogos(games), jogos estratégicos, de ação e reação, de pergunta e de resposta, de dominação e de esquiva, como também de luta. O discurso é esse conjunto regular de fatos lingüísticos em determinado nível, e polêmicos e estratégicos em outro(...)"

Em relação ao Direito Administrativo, constata-se que este foi construído a partir de mitos legitimados por uma aceitação quase que acrítica de postulados tomados como absolutamente verdadeiros, isentos de reformulações e indagações mais profundas sobre a operacionalidade e função do aparato administrativo dentro do sistema social. Contudo, a própria dinâmica do Estado de Direito impede uma formulação estática do Direito Público, exigindo uma contínua reflexão sobre o discurso jurídico. A análise de princípios basilares do Estado de Direito positivados pela Constituição de 1988 e incorporados na história do nosso constitucionalismo permitem, e até exigem, uma releitura dos dogmas referentes ao controle jurisdicional da Administração, com a plena efetivação do modelo de Estado proposto em âmbito constitucional<sup>18</sup>.

É extremamente importante ressaltar que a indeterminação conceitual não determina a perda do conteúdo normativo. A análise semântica dos textos legais em hipótese alguma pode ser desconsiderada, pois os conceitos, sejam determinados ou não, são sempre objetos de interpretação, sendo a hermenêutica instrumento definidor e delimitador dos âmbitos suscetíveis de controle na apreciação de condutas baseadas em normas contendo conceitos de pouca densidade semântica. Nesse sentido, assiste razão a CANOTILHO, quando afirma que o tema das normas abertas exige uma articulação complexa de problemas relacionados à interpretação, discricionariedade e liberdade de conformação, a serem ponderados globalmente<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup>Uma constatação, por si só, já justificaria a análise crítica do controle jurisdicional da Administração Pública, e, no nosso caso específico, do problema dos conceitos indeterminados: a tradição de arbitrariedade quase que ilimitada da Administração. O desnível existente na atualidade, entre promessas sedimentadas em âmbito normativo e total ineficácia destas, permitem a colocação do presente tema como um dos protagonistas dos estudos a serem desenvolvidos dentro do Direito Administrativo.

<sup>19</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p.232

A indagação sobre a relação entre os conceitos indeterminados e a vinculação à lei reclama a definição do sentido da discricionariedade. Esta noção, embora represente na estrutura clássica do Estado de Direito uma verdadeira negação do princípio da legalidade, sempre acompanhou a evolução do Direito Administrativo, ficando clara a inviabilidade prática da exclusão dos chamados atos discricionários. O conceito de discricionariedade, por sua vez, pode ser utilizado genericamente sob dois enfoques claramente determinados. Torna-se necessário esclarecer qual o sentido da aplicação do termo no presente trabalho.

Em um sentido, a idéia de ato discricionário representou na teoria do direito a constatação da inafastável liberdade, ou interferência do aspecto subjetivo do aplicador, presente na aplicação da norma. Assim, houve a superação do mito da aplicação mecânica do comando normativo, refutando-se a idéia de que o juiz é a mera boca que pronuncia as palavras da lei, na célebre frase de MONTESQUIEU. Nesta acepção o conceito de discricionariedade é utilizado tradicionalmente como referência à liberdade do intérprete no momento da verificação do sentido da norma. A discricionariedade evidenciaria, portanto, a interferência das convicções pessoais do aplicador na determinação do conteúdo normativo, sendo impossível, pois, falar-se de uma interpretação totalmente racional do Direito, alheia a fatores extrajurídicos. Na doutrina administrativa, o reflexo desta tese se dá no momento em que a discricionariedade é vista como uma ausência de programação normativa, não sendo capaz de delimitar objetivamente a conduta do administrador e abrindo a possibilidade de interferência da vontade do agente.

Uma segunda concepção não identifica a discricionariedade na constatação teórico-normativa de sua existência, e sim como uma figura reconhecida pela própria ordem

jurídica, no sentido de possibilitar a manifestação pessoal do administrador em certos momentos, condicionada pela expressa autorização legal, conferida nos limites dispostos pela Constituição. Nesta perspectiva, a discricionariedade, além de demonstrar a impossibilidade fática de sua exclusão da ordem jurídica, apresenta-se como sendo absolutamente necessária para garantir a pluralidade do Estado Social e Democrático de Direito, já que este "afirma-se como quadro aberto a uma pluralidade de concretizações"<sup>19</sup>, estas não ocorrendo somente no momento de produção normativa, mas também na própria atividade administrativa, tendo em conta as circunstâncias concretas que se apresentam ao administrador. Essa perspectiva caracteriza a discricionariedade como um caso de remissão legal, onde o administrador só possui liberdade para definir os termos de sua conduta quando a lei expressamente lhe confira esta atribuição.

Entendemos ser a discricionariedade uma figura decorrente da remissão legal, devido ao fato do princípio da legalidade estabelecer um grau de vinculação da atividade administrativa que não permite a abertura à vontade do agente senão por expressa autorização do órgão legitimado para estabelecer os padrões de conduta da administração. A discricionariedade, portanto, é limitada à possibilidade aberta pelo legislador para que o administrador possa fazer atuar, na aplicação da norma, sua

---

<sup>19</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo a uma teoria do Estado de Direito*, p. 228. Diz o autor português, ao delimitar a noção de Estado de Direito material: "(...) que uma tal caracterização não pode, em nosso entender, justificar a pretensão de determinar unilateral, abstracta e definitivamente a ordem de valores que exprima a intencionalidade material do Estado de Direito para, a partir dela, hipostasiar uma dada ordem jurídico-política e retirar legitimidade às suas eventuais transformações. Pelo contrário, reconhecida a dignidade da pessoa humana, o livre desenvolvimento da personalidade e os direitos fundamentais como princípios básicos da convivência social e objectivos da limitação jurídica do Estado- e esse é o único ponto fechado na caracterização material do Estado de Direito-, ficam, por determinar não só as modalidades de garantia institucional daqueles objectivos (variáveis em função de inúmeros factores, desde a complexidade da situação concreta à tradição

opção, nos termos e limites estabelecidos pela legislação e pela Carta Constitucional. O aspecto subjetivo, a vontade do administrador, é o espaço de atuação política exigível dentro da estrutura do Estado Democrático de Direito, a fim de garantir o pluralismo inerente a este modelo estatal, não só no âmbito do Poder Legislativo, mas também na estrutura administrativa.

A discricionariedade não tem como consequência a dificuldade hermenêutica encontrada no halo conceitual, assim caracterizado o espaço do conceito onde a definição de seu sentido é nebulosa: o espaço de liberdade somente pode ocorrer por determinação legislativa, sob pena de violação do princípio da legalidade. O que a indeterminação traz é a necessidade de definição preciso dos critérios jurídico-metodológicos necessários à concretização da norma jurídica.

Nessa perspectiva, o primeiro postulado teórico seguido por este trabalho tem por fundamento o conceito de discricionariedade proposto em nossa doutrina por EROS ROBERTO GRAU, para quem "a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando a norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa atuação"<sup>20</sup>

O segundo postulado teórico a ser trabalhado é o de que a conclusão sobre a possibilidade ou impossibilidade de controle não pode basear-se na obtenção ou não de uma única resposta correta. Esta análise, que foge aos parâmetros dogmáticos, levando à indagação sobre a possibilidade de revelação do sentido dos signos, não responde satisfatoriamente a questão: a indeterminação é aspecto característico de praticamente todas as normas jurídicas, tendo em vista o natural

---

histórica e cultural e à natureza do tipo do sistema jurídico), como (...) o *sentido da concretização política que se proponha realizar aqueles valores*".

<sup>20</sup> GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, p.164.

descompasso entre norma abstrata, congelada no tempo, e circunstâncias fáticas relevantes selecionadas pelo texto, variáveis conforme a época e a situação.

O grau de indeterminação deve ser reconduzido pelo administrador a um parâmetro de certeza jurídica, desígnio básico do Estado de Direito. Para isso, o órgão atuante deve ponderar a vontade legislativa, os direitos a serem protegidos, e as conseqüências do ato. Esta é uma operação racional, passível de reexame em sede de controle jurisdicional<sup>iii</sup>.

Este estudo desenvolve-se a partir da ótica de maximização do controle jurisdicional da Administração e conseqüente redução da discricionariedade, buscando as razões que fundamentam a referida orientação a partir de argumentos de orientação jurídico-metodológica e dogmático-constitucional. Sob a ótica teórico-normativa, sustenta-se a impossibilidade de obtenção de uma resposta satisfatória e conclusiva para o problema dos conceitos indeterminados, por razões a serem expostas ao longo do trabalho.

O aprofundamento das técnicas de controle da Administração pretende a racionalização da utilização do poder estatal, exigindo do administrador justificação jurídica para os seus atos. A eliminação da arbitrariedade reclama a adequação da atividade administrativa aos parâmetros normativos do Estado de Direito e superação de postulados amplamente difundidos em consideráveis setores da doutrina e jurisprudência, como a ampla discricionariedade conferida ao administrador decorrente da intensa restrição do controle jurisdicional dos atos administrativos. Esta concepção, sem dúvida, remonta suas origens a antigas interpretações do princípio da separação dos poderes, excessivamente zelosas com a interferência judicial nos atos administrativos.

Originariamente, a teoria da tripartição dos poderes auxiliou o Parlamento Francês pós-revolução burguesa a justificar, através da Lei nº 16-24, de agosto de 1790, e da Constituição Francesa de 1791, em seu art. 3º, a absoluta impossibilidade do exame judicial dos atos administrativos, consagrando o entendimento de que julgar a Administração implicaria em administrar, não sendo esta a tarefa do órgão jurisdicional.

Esta idéia, segundo JORGE REIS NOVAIS, aparece também no conservadorismo de inspiração monárquica surgido na Alemanha no século XIX, tendo como principal expoente FRIEDRICH JULIUS STAHL, sustentando ser cabível somente ao Estado poder avaliar o emprego legítimo de suas funções, sem necessidade de intervenção dos Tribunais, residindo a limitação jurídica do monarca, como afirma o autor português, na "(...)pré-fixação de um processo de formação das leis e da sua execução regular, no juramento do rei em as cumprir, na fiscalização e na censura do Parlamento e, sobretudo, na força moral da opinião pública"<sup>21</sup>. Nota-se, pois, que a impossibilidade do controle jurisdicional era uma reação conservadora tendente à redução do potencial racionalizador do Estado de Direito, ficando a atividade administrativa legitimada pelo simples fato de encontrar-se legitimada por regras prévias de formação.

Contudo, o postulado da separação dos poderes, formulado em níveis ideais, nunca impediu a possibilidade de intervenção de um poder sobre os demais, como observa KELSEN, ao afirmar que a "(...)revisão judicial de legislação é uma transgressão evidente do princípio da separação dos poderes"<sup>22</sup>. A

---

<sup>21</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Op.Cit.*, p.114.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p..263. Este autor cita decisão no caso *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168,190 s.(1880), onde *Supreme Court* americana esclarece o sentido da separação dos poderes nos EUA: "Que todos os poderes confiados ao governo, estadual ou nacional, estão divididos

mencionada transgressão, no entanto, ao invés de caracterizar um rompimento do sistema de proteção de direitos, faz parte do sistema de equilíbrio entre os poderes estatais, não sendo possível atualmente sustentar a ilegitimidade do Poder Judiciário para a tarefa de controle da atividade administrativa. Além disso, nos regimes de unicidade de jurisdição o juiz assume papel fundamental no modelo de garantia dos direitos fundamentais, o que se reforça pela universalização da cláusula da inafastabilidade da apreciação judicial.

A seguir, verificar-se-á como a questão dos conceitos indeterminados é tratada na doutrina estrangeira, bem como as formas adotadas para o controle judicial de sua aplicação. Para tanto, procurou-se enfocar os estudos desenvolvidos na França e Itália, devido à influência no direito brasileiro das fontes advindas destes países, além da Alemanha, Espanha, e Argentina, os dois primeiros pela importância conferida ao tema, e o último país para evidenciar o reflexo da doutrina espanhola na América Latina .

---

*em três grandes departamentos, o executivo, o legislativo, e o judiciário. Que das funções apropriadas a cada um desses ramos do governo será investido um corpo separado de funcionários públicos, e que a perfeição do sistema exige que as linhas que separam e dividem esses departamentos devam ser ampla e claramente definidas. Também é essencial para o funcionário bem-sucedido desse sistema que às pessoas às quais foi confiado o poder em cada um desses ramos não seja permitida a intromissão nos poderes confiados aos outros, mas que cada um deva, por meio da lei de sua criação, limitar-se ao exercício dos poderes apropriados ao seu próprio departamento e a nenhum outro".*

## CAPÍTULO I: O PROBLEMA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS NA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA ESTRANGEIRAS

### 1.1.A tese do controle total: a jurisprudência e doutrina germânicas

No período pós-guerra a doutrina germânica optou, majoritariamente, por uma caracterização reducionista da discricionariedade, definida como uma margem volitiva destinada à Administração no âmbito das conseqüências jurídicas, para que esta defina o momento oportuno da realização do ato (discricionariedade de atuação), e qual o conteúdo da conseqüência jurídica (discricionariedade de eleição). Em outras palavras, estar-se-ia diante da discricionariedade administrativa quando a lei concedesse ao administrador a liberdade para escolher *quando e como* atuar<sup>23</sup>. A discricionariedade, vista por este prisma, ficaria restringida ao âmbito de atuação da vontade do administrador à esfera das conseqüências jurídicas, não sendo admissível discricionariedade na hipótese legal, pois tal orientação violaria o princípio da legalidade<sup>24</sup>.

A experiência autoritária vivida pela Alemanha causou fortes impactos na doutrina jusadministrativista<sup>25</sup>, que procurou

---

<sup>23</sup> BACIGALUPO, Mariano. Op.Cit., p..29-30. Segundo este autor, esta concepção, que ele caracteriza como reducionista da discricionariedade administrativa, ganhou espaço na doutrina alemã há cerca de quatro décadas, a partir dos trabalhos de H. REUSS.

<sup>24</sup> A doutrina germânica utiliza-se, no período pós-guerra, da análise da estrutura da norma jurídica para definir a discricionariedade. Nesse sentido, distingue entre hipótese e conseqüência, sendo que naquela não pode existir atuação volitiva da Administração, pois isto equivaleria a admitir que o administrador pode criar hipóteses de atuação, violando assim o princípio da legalidade, imperativo que determina a atuação *secundum legem*, e não *praeter legem* ou *contra legem*, na consagrada lição de Michel Stassinopoulos.

<sup>25</sup> Cf. BÜLLINGER, Martin, prólogo a obra de Mariano Bacigalupo, *La Discrecionalidad Administrativa*, p. 10.

a partir da década de cinquenta, restringir os espaços de atuação livre da Administração e ampliar os limites da sindicabilidade judicial. É neste país que o debate em torno dos conceitos indeterminados assume dimensões extremamente relevantes e encontra suas formulações mais consistentes. Sem dúvida, o enquadramento da operação de concretização destes conceitos no plano da vinculação representou a possibilidade de definir-se critérios efetivamente mais rígidos para a atividade administrativa, reduzindo-se consideravelmente o âmbito de liberdade administrativa.

Vastos são os estudos sobre os conceitos indeterminados na Alemanha, sendo possível afirmar que este país detém as análises mais profícuas desenvolvidas sobre o assunto. Neste ponto, serão abordadas as principais orientações sobre o tema da doutrina germânica, e os eixos principais das teses sobre a questão. A análise abordará as três grandes vertentes encontradas em relação à polêmica na doutrina germânica, nomeadamente as teses que sustentam a multivalência dos conceitos indeterminados, a doutrina da univocidade, que procura se contrapor à primeira orientação, e a doutrina da margem de apreciação, que representa uma importante vertente sobre o tema, com considerável reflexo na jurisprudência alemã, como assinalam diversos autores.

### ***1.1.1. A doutrina da multivalência***

Enquadram-se nesta orientação aquelas teses que tendem a reconhecer uma identificação entre discricionariedade e conceitos indeterminados. A origem desta doutrina está na obra de BERNATZIK, surgida em fins do século XIX, e adotada então pelo Supremo Tribunal Administrativo Austríaco. BERNATZIK partia da

idéia de que a interpretação do Direito consistiria em puro silogismo, operação incapaz de assegurar critérios seguros para a definição do sentido dos conceitos indeterminados, devido à extrema complexidade do juízo referente à sua aplicação. Não restaria, portanto, outra alternativa senão reconhecer que a vagueza dos conceitos geraria discricionariedade<sup>26</sup>.

A tese da multivalência também foi sustentada por ERNST FORSTHOFF, para quem a Administração deteria uma grande autonomia, comparável à autonomia normativa. Ainda de acordo com o administrativista alemão, os conceitos empíricos não conferiam um poder discricionário à administração, ao passo que os conceitos de valor pressuporiam uma escolha do aplicador, devendo-se considerar tais conceitos como discricionários<sup>27</sup>.

Por outro lado, WALTER JELLINEK procurou traçar uma distinção entre conceitos determinados e indeterminados. Enquanto naqueles somente seria possível uma única decisão segura, nestes a nota característica é a pluridimensionalidade. No entanto, nem sempre esta última característica é desejada pelo legislador, caso em que, se a vontade normativa não manifesta a intenção de estabelecer um espaço discricionário, haverá unicidade do conceito, residindo a verificação sobre o caráter discricionário ou não de um conceito na vontade do legislador<sup>28</sup>. Conforme observa AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, para JELLINEK o poder discricionário não se distingue da fixação de um conceito indeterminado, principalmente de um conceito de valor, embora

---

<sup>26</sup> SOUZA, António Francisco de. *Os "Conceitos Legais Indeterminados" no Direito Administrativo Alemão*, p.278.

<sup>27</sup> SOUZA, António Francisco de. *"Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo*, p.42.

<sup>28</sup> *Idem*, *Os "Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo Alemão*, p.282.

estes possam vir a receber uma delimitação consistente através de uma "concepção da sociedade"<sup>29</sup>.

A doutrina da multivalência, embora originariamente predominante e tradicionalmente divulgada nos países do subsistema francês<sup>30</sup>, perdeu considerável espaço para a doutrina da univocidade, em especial nas formulações teóricas construídas após a segunda guerra. Entretanto, nos últimos anos revigoraram-se os postulados teóricos que procuram valorizar a atuação discricionária e a necessária autolimitação do controle jurisdicional, ante a impossibilidade da definição de critérios seguros para a compreensão do sentido dos conceitos indeterminados. Nesta linha, MARIANO BACIGALUPO menciona o trabalho de H.J. KOCH, considerado por ele um administrativista de orientação lógico-analítica, para quem, segundo o autor espanhol, "(...)a atribuição da última palavra em relação à decisão aplicativa que deva ser adotada na zona de incerteza de um conceito normativo indeterminado excede de um controle de legalidade"<sup>31</sup>.

Outro autor que pretende aproximar as figuras dos conceitos indeterminados e da discricionariedade é WALTER SCHMIDT que, segundo SÉRVULO CORREIA, desenvolveu um dos estudos mais interessantes sobre o sentido da margem de apreciação. Segundo o pensamento de WALTER SCHMIDT, o problema da definição dos limites do controle não pode ser buscado no modelo da separação dos poderes, e sim na análise da estrutura das normas e da sua

---

<sup>29</sup> Cf. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *Reflexões sobre a "Teoria do Desvio de Poder"* em *Direito Administrativo* p.32

<sup>30</sup> SOUZA, António Francisco de. *"Conceitos Indeterminados"...*, p.41.

<sup>31</sup> BACIGALUPO, Mariano. *Op.Cit*, p.50. Trecho Original: "(...)la atribución de la última palabra respecto de la decisión aplicativa que haya de adoptarse en la zona de incertidumbre de un concepto normativo indeterminado excede de un control de legalidad".

"(...)capacidade de direcção do conteúdo das decisões"<sup>32</sup>. Para SCHMIDT, a subsunção de conceitos indeterminados remete sempre a um juízo de prognose, enquanto que na discricionariedade o que há é a opção entre interesses concorrentes, sendo que a existência ou não de uma margem de decisão da administração dependerá da capacidade de direcção da norma jurídica<sup>33</sup>. De acordo com ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUZA, SCHMIDT entende pela desnecessidade do reconhecimento da figura da margem de apreciação, ante a possibilidade de existência da discricionariedade na hipótese legal<sup>34</sup>.

### 1.1.2. A doutrina da univocidade

A tese da univocidade tem sua origem em TEZNER, com a pretensão de contraditar o pensamento de BERNATZIK, ao defender que a escolha realizada em normas contendo conceitos vagos ou indeterminados não pode chegar senão a uma única resposta correta, sendo o interesse público uma categoria jurídica passível de verificação de solução no caso concreto a partir do critério objetivo do "melhor possível", resultado a que chega o administrador com base em um procedimento dedutivo semelhante

---

<sup>32</sup> SCHMIDT, Walter. *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, p.37-47, apud CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987. p.132.

<sup>33</sup> Ibid., p.132. Afirma Sérvulo Correia, evidenciando o pensamento de Schmidt: "(...)A norma legal enuncia elementos cuja verificação permite ou impõe a tomada de decisão(...) e outros elementos que formam pelo menos parte do conteúdo da decisão(...). A "margem de livre decisão" pode suscitar-se em qualquer destes planos do procedimento decisório. Primeiramente, na (pré-) decisão, poderá depender dela a conclusão sobre se, em face do sentido da norma jurídica, a Administração deverá agir. No caso de tal questão merecer resposta afirmativa, poderá a livre decisão incidir sobre a enunciação do próprio conteúdo da decisão. Trata-se afinal de um processo causal(enunciação de causas e dos consequentes efeitos) em que se não verifica um absoluto determinismo graças ao papel da livre decisão administrativa traduzida na prognose ou na valoração comparativa de interesses para efeitos de satisfação exclusiva ou preferencial de um deles".

àquele utilizado para a interpretação das normas jurídicas em geral<sup>35</sup>.

A doutrina da univocidade é o marco inicial das orientações que tendem a entender os conceitos indeterminados como conceitos jurídicos, sujeitos à interpretação e passíveis de sindicabilidade total, tese que recebeu grande número de adeptos na doutrina germânica. Na mesma corrente encontra-se RUPP, ao sustentar que a admissibilidade de uma margem de apreciação significa recolocar os conceitos indeterminados no âmbito da discricionariedade, o que compromete a segurança dos particulares<sup>36</sup>, e WEISBART, para quem a inadmissibilidade de um controle pleno acarreta a redução das garantias e da segurança jurídica<sup>37</sup>. Em linhas gerais, nas palavras de SÉRVULO CORREIA<sup>38</sup>, os entendimentos predominantes na Alemanha seguem os seguintes princípios:

A concepção ainda dominante da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados assenta em quatro traços fundamentais: a divisão da norma entre previsão ou hipótese (Tatbestand) e estatuição ou efeitos jurídicos (Rechtsfolge); a inclusão dos conceitos jurídicos indeterminados (unbestimmte rechtsbegriffe) no "Tatbestand", o entendimento da discricionariedade "Ermessen" como uma decisão confinada à parte da estatuição; por último, o recurso - como subterfúgio - à figura do "Beurteilungsspielraum", que mais não é, realmente, do que uma discricionariedade quanto à previsão (Tatbestandsermessen) recusada nominalmente mas efectivamente aceite, ainda que a título excepcional. Segundo tal modo de pensamento, os conceitos jurídicos indeterminados correspondem a uma incerteza da previsão da norma e a discricionariedade a uma incerteza da estatuição

---

<sup>34</sup> SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados"... Op.Cit.p.56.

<sup>35</sup> Verbete "Discrezionalità", in Nuovissimo Digesto Italiano, p.1100.

<sup>36</sup> SOUZA, António Francisco de. "Conceitos Indeterminados"...Op. Cit.p.54.

<sup>37</sup> Ibid., p.54

<sup>38</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. Op. Cit., p.133

Embora a tese da univocidade tenha sido aplaudida por grande parte da doutrina germânica, servindo como pressuposto teórico fundamental para a chamada técnica dos conceitos indeterminados, na prática a jurisprudência reconhece uma certa margem de apreciação conferida à Administração em certas decisões administrativas cujo controle careça de critérios objetivos, fato que gera grandes debates sobre a natureza jurídica e a legitimidade desta *margem de manobra* conferida ao órgão aplicador. Desta maneira, surge a terceira corrente, que pretende fundamentar teoricamente a existência de uma margem de apreciação conferida ao administrador na aplicação de certos conceitos.

### **1.1.3. A doutrina da margem de livre apreciação de BACHOF**

A teoria da margem de livre apreciação foi criada por OTTO BACHOF na década de 50, ao sustentar a existência de uma zona conceitual na qual a Administração poderia valorar os pressupostos de atuação. De acordo com BACHOF, conforme leciona SÉRVULO CORREIA<sup>39</sup>, não existe uma fronteira nítida entre conceitos determinados e indeterminados, sendo possível inclusive que a evolução jurisprudencial acabe por estabelecer parâmetros de determinação de um conceito anteriormente considerado de difícil subsunção, e, pois, dotado de margem de livre apreciação.

Para BACHOF, a margem de livre apreciação destina-se a delimitar os limites da sindicabilidade judicial e estabelecer o espaço reservado à Administração para avaliar os pressupostos de aplicação do conceito. Afirma SÉRVULO CORREIA, exprimindo o pensamento do autor alemão, que "(...) ao legislador que incumbe escolher os casos em que assim sucederá, o que faz de um modo geral quando usa conceitos de valor (...) mas também quando

emprega conceitos de experiência(...) aplicáveis a situações de facto complexas ou que envolvam uma quantidade de imponderáveis"<sup>40</sup>.

De acordo com BACHOF, segundo ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUZA, a margem de apreciação não pode ser a nota característica de todo conceito indeterminado, devendo ser vista como algo excepcional. Para o autor português, ao analisar as lições de OTTO BACHOF, a "(...)margem de apreciação" resulta não da incerteza do conceito, mas da natureza material da relação administrativa, associada ao particular posicionamento da Administração perante o caso concreto (donde resulta a 'prerrogativa de decisão')"<sup>41</sup>. A doutrina na margem de apreciação pretende conciliar a necessidade de garantir um controle efetivo da Administração Pública e, ao mesmo tempo, garantir a esta um certo espaço de manobra, sem o qual não seria possível realizar uma verificação objetiva do atuar administrativo.

A doutrina da margem de livre apreciação tem recebido as mais diversas fundamentações teóricas, o que evidencia a problematicidade existente na tentativa de sustentar dogmaticamente a existência de um espaço de liberdade destinado à Administração diverso da discricionariedade. Observando a doutrina alemã contemporânea, FRITZ OSSENBÜHL<sup>42</sup> enuncia cinco pontos de vista metodológicos diversos procurando justificar a existência da margem de apreciação.

Para o autor alemão, a primeira corrente justifica a existência da margem de apreciação a partir de uma ótica teórico-normativa. Nessa orientação encontra-se DIETRICH JESCH, entendendo que todo conceito jurídico apresenta um halo onde é difícil

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, p.122.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 122.

<sup>41</sup> *Op. Cit.*, p.49.

precisar o seu sentido. Posteriormente, surgem autores como HANS JOAQUIM KOCH, KARL HEINZ WEBER, HEINZ PETER RILL, que discordam da orientação de JESCH pelo fato de entenderem que na zona de incerteza do conceito não é difícil a cognição, mas sim impossível que se descubra o sentido do conceito<sup>43</sup>.

A segunda corrente defende que a margem de apreciação deve restringir-se a certos tipos de decisão administrativa, como juízos de prognose. Esta aliás, parece ser a orientação adotada pelos tribunais alemães. A terceira orientação encontrada constitui um desenvolvimento da segunda tese, e procura erguer à condição de critério geral as razões que levam a estabelecer quais conceitos indeterminados comportam margem de apreciação, sendo que para tanto parte do pressuposto da necessidade de definir as funções administrativa e judicial dentro do Estado de Direito. Um dos autores que melhor reflete esta orientação é RUDOLF HERZOG, ex-presidente do Tribunal Constitucional Federal Alemão, para quem, de acordo com MARIANO BACIGALUPO, "o controle jurisdicional da Administração somente deve se prolongar até onde se possa esperar da decisão judicial uma qualidade material ao menos igual a da decisão administrativa que se pretenda corrigir"<sup>44</sup>.

Uma quarta orientação concebe a margem de apreciação como decorrência não da análise da estrutura lógico-formal, e sim da vontade do legislador estipulada no comando normativo. A margem de apreciação seria, portanto, uma habilitação conferida pela lei para a livre valoração administrativa<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> OSSENBÜHL, Fritz. *Gedanken zur Kontrollidichte in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung*, p.59, Apud BACIGALUPO, Op. Cit., p. 136.

<sup>43</sup> Ibid., p.139.

<sup>44</sup> BACIGALUPO, Op. Cit., p.142. Trecho original: "(...) el control jurisdiccional de la Administración sólo se debe prolongar hasta donde quepa esperar de la decisión judicial una calidad material al menos igual a la de la decisión administrativa que se pretenda corregir(...)".

<sup>45</sup> Ibid., p.145.

Por fim, a quinta corrente procura dar uma fundamentação tópica para a margem de apreciação. Para FRITZ OSSENBÜHL, são os seguintes os *topoi* argumentativos a serem levados em conta pelo juiz para verificar se a Administração goza de uma margem de apreciação: 1º) a competência técnica da Administração, não devendo os juízes interferirem em áreas em que não estão preparados; 2º) a compensação procedimental das deficitárias programações normativas, sendo que nestes casos "a configuração quase-judicial do procedimento administrativo permitiria antecipar eficazmente a proteção judicial"; 3º) a estrutura funcionalmente adequada do órgão administrativo, o que justificaria a margem de apreciação de órgãos colegiados; 4º) a habilitação normativa da margem de apreciação, partindo da idéia de que em decisões de prognose o legislador está atribuindo uma liberdade de configuração ao órgão administrativo<sup>46</sup>.

Embora uma considerável parcela da doutrina alemã geralmente refute a existência de uma margem de discricionariedade da Administração na complementação dos pressupostos de normas contendo conceitos indeterminados, em alguns casos, selecionados a partir da concreta aplicação das normas que conferem poderes administrativos, a jurisprudência acaba por reconhecer uma margem de apreciação na aplicação da norma jurídica. Conforme SÉRVULO CORREIA, a margem de apreciação é reconhecida nos seguintes casos:

- a) decisões sobre exames escolares(...);
- b) Decisões similares às proferidas sobre exames escolares(...);
- c) Apreciação dos funcionários públicos pelos seus superiores(...);
- d) Deliberações de natureza valorativa proferidas por comissões independentes constituídas por peritos ou por

<sup>46</sup> *Ibid.*, p.148-150. Trecho original: *la configuración cuasi-judicial del procedimiento administrativo permitiría anticipar eficazmente la protección judicial*

representantes de interesses, designadamente de qualificação de escritos como perigosos para a juventude; e) Decisões respeitantes a factores específicos relevantes para o conceito jurídico indeterminado, em especial sobre matéria político administrativa<sup>47</sup>

Este reconhecimento de uma margem de liberdade à Administração nos casos acima mencionados não significa uma liberdade irrestrita, já que a jurisprudência enumera alguns vícios que podem surgir no âmbito da margem de apreciação, como nas hipóteses de violação do marco conceitual externo do conceito indeterminado aplicado, a falta de apreciação pela Administração, e a violação de critérios de valoração geralmente reconhecidos, bem como a motivação arbitrária e a violação a direitos fundamentais ou a princípios constitucionais<sup>48</sup>. A compreensão jurisprudencial alemã entende a margem de apreciação na zona de penumbra do conceito, delimitada por zonas de certeza, controláveis juridicamente, idéia, aliás, tradicional na doutrina germânica relativa aos conceitos indeterminados, graças à construção de PHILIP HECK.

Além do mais, a jurisprudência alemã reconhece a possibilidade de redução a zero da discricionariedade no âmbito da margem de livre apreciação, nos casos em que a situação concreta evidencie uma única solução correta<sup>49</sup>. Esta possibilidade não destoa da orientação originária sobre a margem de apreciação, formulada por BACHOF ainda na década de 50, já

---

<sup>47</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. Op. Cit. p. 126. A letra e refere-se a aplicação de conceitos como *conveniência do serviço, aptidão, e ação pública*. Nestes casos, os tribunais tendem a admitir uma margem de apreciação não em todo conceito, mas em apenas um fator. CORREIA dá como exemplo caso em que o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que o conceito *conveniência de serviço, a princípio, não está dotado de uma margem de apreciação*. No entanto, tendo em vista que a falta de aptidão de um funcionário pode ser razão de uma *conveniência do serviço* para que se implemente sua transferência, e dado que o conceito de aptidão está dotado de uma margem de apreciação, a Administração acaba por beneficiar-se de uma *Beurteilungsspielraum* na verificação da *conveniência do serviço*.

<sup>48</sup> Mariano Bacigalupo. Op. Cit., p.135.

que para o juspublicista alemão não haveria uma distinção rigorosa entre conceitos determinados e indeterminados, sendo possível, inclusive, que a indeterminação cessasse com a evolução dos cânones interpretativos desenvolvidos pela jurisprudência.

De acordo com MARIANO BACIGALUPO, atualmente a doutrina alemã tende a relacionar intensidade do controle jurisdicional com densidade da programação normativa. É o caso de FRITZ OSSENBÜHL, para quem "a indeterminação da legislação significa, de fato, a remissão do poder de decisão ao Executivo, vinculada possivelmente a uma redução da tutela judicial".<sup>50</sup> Nesse sentido, a discricionariedade passa a ser vista como uma ausência de programação plena ou positiva da atividade administrativa<sup>51</sup>.

#### 1.1.3.1. Os conceitos normativos e discricionários segundo Karl English

<sup>49</sup> Ibid., p.135.

<sup>50</sup> OSSENBÜHL, Fritz. Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in J. Isensee e P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, p.329, Apud BACIGALUPO, Mariano. Op.Cit., p.81: Trecho original: "(...) la indeterminación de la legislación significa, de hecho, el desplazamiento del poder decisorio al Ejecutivo, unido posiblemente a una reducción de la tutela judicial".

<sup>51</sup> Ibid., p. 82-3. Assim de acordo com Bacigalupo, "Dado que(...) las normas de conducta, dirigidas a la Administración, son siempre a la vez normas de control, dirigidas al juez contencioso-administrativo, existe, según este punto de vista, una necesaria correlación entre la densidad de la programación normativa de la actuación administrativa y la intensidad de su control judicial" ( tradução livre do autor: Dado que as normas de conduta dirigidas à Administração, são por sua vez sempre normas de controle, dirigidas ao juiz contencioso-administrativo, existe, segundo estes ponto de vista, uma necessária correlação entre a densidade da programação normativa da atuação administrativa e a intensidade de seu controle judicial). Note-se que a questão da amplitude da vinculação positiva da Administração na Alemanha envolve o debate sobre a reserva de lei, ou seja, sobre até que ponto é necessário o comando normativo emanado pelo Parlamento para a atividade administrativa e qual a densidade exigida para que deve apresentar. Neste ponto, não cabe aqui aprofundar a discussão, visto não ser o objeto deste estudo.

Para KARL ENGLISH, embora o princípio da legalidade permaneça inalterado, atualmente as leis são elaboradas de maneira a exigir de juízes e funcionários uma valoração autônoma. Assim, o autor parte da metódica adotada pela própria legislação "ao afrouxar o vínculo que prende à lei os tribunais e as autoridades administrativas". Na esteira do pensamento de ENGLISH, os *modos de expressão legislativa* que concedem ao órgão aplicador do Direito autonomia frente à lei são os conceitos jurídicos indeterminados, os conceitos normativos, os conceitos discricionários, e as cláusulas gerais<sup>52</sup>.

Segundo ENGLISH, o conceito indeterminado (passível de ser encontrado tanto na hipótese quanto na estatuição) é aquele "cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos", sendo que a indeterminação pode resultar da pluralidade de sentidos (caso em que a análise do contexto determina qual o sentido a ser aplicado), ou da imprecisão dos limites do conceito. Aqui, o autor alemão adota a lição de PHILIPP HECK, ao diferenciar nos conceitos indeterminados o núcleo (zona de certeza de significação), e o halo conceitual, onde surgem as incertezas sobre o significado<sup>53</sup>. Entretanto, muitos dos conceitos indeterminados remetem a valores, contrapondo-se aos conceitos descritivos. Estes conceitos, de forte conteúdo axiológico, ENGLISH denomina conceitos normativos, ou "carecidos de preenchimento valorativo"<sup>54</sup>.

Ao lado dos conceitos indeterminados e normativos, ENGLISH apresenta outra categoria, os denominados conceitos discricionários. Para o autor, a indeterminação e a normatividade não caracterizam por si só um conceito como discricionário, sendo incorreta a assimilação entre liberdade de escolha com a

---

<sup>52</sup> ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico, p. 208.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 208-9.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 213.

pluralidade de sentidos, caso em que os conceitos discricionários estariam diretamente vinculados aos conceitos indeterminados, extinguindo-se a distinção entre eles<sup>55</sup>.

O que caracteriza os conceitos discricionários não é a possibilidade de fato de realizar uma escolha, mas a possibilidade jurídica estabelecida pelo legislador, tendo em conta que a decisão somente pode ser tomada com base nas circunstâncias de aplicação da norma jurídica. Com base nestas considerações KARL ENGLISH desenvolve o conceito de discricionariiedade vinculada, elaborado, segundo doutrinador germânico, por SOELL, que permite ao administrador a avaliação das circunstâncias no caso concreto, em busca da solução justa<sup>56</sup>.

Para ENGLISH os chamados conceitos discricionários abrem ao administrador um "espaço de livre apreciação" na acepção utilizada por BACHOF, ao referir-se às decisões proferidas em exames ou decisões sobre a aptidão para o serviço, exigindo sempre uma valoração autônoma sobre o justo. Esta discricionariiedade, todavia, distingue-se da discricionariiedade livre, quando a ordem jurídica permite que o administrador decida segundo suas próprias concepções<sup>57</sup>. KARL ENGLISH, por fim, afirma ainda que os conceitos discricionários podem encontrar-se tanto na hipótese quanto na estatuição, devido à conexão

---

<sup>55</sup> Ibid., p.219.

<sup>56</sup> Afirma English (Op.Cit., p.220): "Aqui podemos lançar mão do conceito evanescente de "discricionariiedade vinculada e dizer que a discricionariiedade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o "único ajustado", em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas, e particularmente legais, que são de tomar em conta, ao mesmo tempo que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as "circunstâncias do caso concreto". A incerteza que em todo caso frequentemente subsiste quanto à decisão "justa" seria então um "mal" que se tem de aceitar. Trata-se aqui de um "espaço residual" (portanto, de um espaço livre-restringido) da "subjectividade na apreciação do justo" que persiste depois de terem sido consideradas e atendidas todas as possíveis rergas e circunstâncias e que não pode ser totalmente eliminado".

<sup>57</sup> Ibid., p.221.

intrínseca existente entre estes dois elementos<sup>58</sup>, sendo tarefa da hermenêutica jurídica verificar onde e até que ponto a discricionariedade existe<sup>59</sup>, buscando-se em cada caso "que intenção inspira aqueles conceitos que se suspeita serem discricionários"<sup>60</sup>, se admitem uma única decisão justa ou se remetem a uma valoração autônoma sobre o "justo".

## 1.2. A doutrina italiana

Não há na Itália um desenvolvimento doutrinário específico sobre a técnica dos conceitos indeterminados, como ocorre na Alemanha, estando o problema da incerteza gerada pelas expressões contidas na norma jurídica enquadrado na figura da discricionariedade técnica<sup>61</sup>. Nesta categoria situam-se as valorações realizadas pela Administração na apreciação dos pressupostos da norma, restando a questão da sindicabilidade do *apprezzamento* realizado pelo órgão.

Predomina no direito peninsular o conceito amplo de discricionariedade administrativa na doutrina e jurisprudência italiana, com crescente tendência a aumentar as possibilidades de controle da Administração, principalmente em relação a vinculação por princípios, principalmente com a aplicação do princípio da razoabilidade, considerado como um *standard* desenvolvido pela jurisprudência para a apreciação do exercício do poder discricionário exercido pela Administração, ou seja, na verificação de uma adequada consideração dos múltiplos interesses

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, p.226.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p.228.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p.224.

<sup>61</sup> DAROCA, Eva Desdentado. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica.*, p.28.

relacionados com a medida discricionária tomada pela Administração<sup>62</sup>.

Para GIUSEPPE LOMBARDO, já nos anos 20 havia na jurisprudência administrativa italiana uma maior intensidade do controle sobre circunstâncias previstas pela lei para o exercício de poderes administrativos, como em casos de requisições, desapropriações por utilidade pública e adoção de medidas urgentes. Nestas hipóteses, segundo o autor, surgem diversas valorações sobre situações concretas segundo um juízo de razoabilidade, embora geralmente argumentem os juízes que as razões da decisão fundem-se na verificação pura e simples dos requisitos previstos pela lei<sup>63</sup>.

LOMBARDO cita decisão que considera um verdadeiro *leading case* do Consiglio di Stato italiano (Cons. Stato, V, 24 febbraio 1934, in Foro it., 1935, III, 147), em que surge a indagação sobre os limites para a tomada de medidas urgentes. O julgado reconhece a limitação do poder quanto à matéria (edificação, policia local, e higiene), quanto às condições para a emanação ( casos contingentes e urgência), e quanto aos

---

<sup>62</sup> LOMBARDO, Giuseppe. Il Principio de Ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa, p.942. O autor cita ainda decisão do Conselho de Estado Italiano (Cons. Stato, V, 3, aprile 1990, n.326, in Foro amm, 1990, 928), onde "(...)la discrezionalità tecnica dell'amministrazione "costituisce un giudizio censurabile nei limiti della ragionevolezza e logicità della scelta operata". (Tradução livre do autor: (...)a discricionariedade técnica da administração constitui um juízo censurável nos limites da razoabilidade e da lógica da escolha realizada).

<sup>63</sup> Ibid., p.952. Assim também encontra-se no *Novissimo Digesto Italiano*, Verbete "Discrezionalità", p.1103: "La difettosa formazione del processo intelletivo può fare incorrere l'atto che ne è espressione nel vizio di violazione della legge (...) non sole quando si rivolga in modo esplicito ad uno scopo diverso da quello stabilito, ma altresì nel caso in cui esso abbia avuto luogo oltrepassando quell'ambito massimo e minimo entro cui è racchiusa ogni specie di concetto elastico, e nel quale si muovono anche i vari limiti positivi(...)". (Tradução livre do autor: a defeituosa formação do processo intelectualivo pode fazer incorrer o ato no vício de violação da lei (...) não somente quando se refira explicitamente a uma finalidade diversa daquela estabelecida, mas também no caso onde isso tenha ocorrido ao ultrapassar o âmbito mínimo e máximo de cada espécie de conceito elástico, e no qual também se movem os vários limites positivos).

fins(segurança pública). No caso mencionado, a medida foi anulada, tendo em vista a inexistência de urgência na sua emanção<sup>64</sup>.

Outro exemplo citado por LOMBARDO<sup>65</sup>, mais recente, de decisão em que se exerce um controle mais profundo sobre os limites do poder discricionário, tem como foco a apreciação de um decreto ministerial que considerou certos terrenos de interesse histórico e artístico. A medida foi considerada ilegítima por não ter havido nenhuma pesquisa sobre os alegados depósitos arqueológicos. Além da incidência à hipótese da figura do *excesso di potere* por defeito de instrução, verifica-se nas razões do julgamento que o poder conferido dever ser exercido "segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, partindo de uma pontual consideração do estado dos lugares e valorando comparativamente o sacrifício imposto ao particular e o interesse público perseguido a fim de obter as escolhas idôneas a sincronizar os interesses opostos"<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup> Ibid., p. 956. Com base nos requisitos para a tomada de medidas urgentes reconhecidos pelo Consiglio di Stato italiano, este "(...)annula un'ordinanza di urgenza del potestà di Palermo che aveva imposto di rimuovere la chiusura di una piazzeta effettuata dai privati proprietari, sostenendo che si trattava di un bene demaniale. Nella lucida motivazione della sentenza il giudice rileva come il provvedimento mancasse di tutte e tre le condizioni previste dalla legge: così quanto alla materia, perchè la tutela del demanio non spettava al potestà, ai fini, perchè non sussisteva alcuna minaccia per la sicurezza, l'incolumità o l'ordine pubblico, ma, soprattutto, quanto alle condizioni per l'emanazione, perchè non c'era alcuna urgenza, visto che lo statto di cose si voleva eliminare esisteva per lo meno da quindici anni".(Tradução livre do autor: "(...) anula um decreto de urgência do poder público de Palermo que tinha imposto a remoção do fechamento de uma pequena praça, sustentando que se tratava de um bem de uso comum. Na lúcida motivação da sentença o juiz ressalta como o procedimento faltava de todas três condições previstas pela lei: assim quanto à matéria, porque a tutela do bem em questão não competia ao órgão, ao fins, porque não subsistia qualquer ameaça para a segurança, a incolumidade ou ordem pública, mas, sobretudo, quanto às condições para a emanção, porque não havia nenhuma urgência, visto que o estado da coisa que se pretendia eliminar existia há pelo menos quinze anos).

<sup>65</sup> Ibid., p. 980. Tar Lazio, 20 settembre 1991, n. 1394, in *I Tar*, I, 3399.

<sup>66</sup> Trecho original: (...)secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, muovendo da una puntuale considerazione dello stato dei luoghi e valutando comparativamente il sacrificio imposto al privato e l'interesse pubblico

Não cabe aqui o estudo da caracterização e da forma como são operados os *standards* utilizados pela jurisprudência italiana para o controle da discricionariedade administrativa. Os exemplos acima mencionados servem, contudo, para demonstrar a tendência de limitar o espaço de livre decisão administrativa, a fim de proteger efetivamente os direitos dos cidadãos. Os conceitos indeterminados, não obstante a liberdade de atuação administrativa na concretização de seus pressupostos, são submetidos a um controle considerável, implicando muitas vezes em uma sindicabilidade sobre a formulação dos pressupostos delimitados ante a aplicação de conceitos vagos.

EVA DESDENTADO DAROCA, em interessante estudo sobre a discricionariedade técnica, ressalta a grande divergência existente em relação a sua caracterização, o que motivou alguns autores a sustentar a inutilidade desta categoria dogmática para a compreensão do controle jurisdicional. Ao analisar a doutrina italiana, DAROCA espanhola estabelece três grandes orientações existentes em relação à sua conceituação, demonstrando a grande problematicidade envolvendo o tema.

Primeiramente, certos doutrinadores entendem a discricionariedade técnica como uma discricionariedade de menor amplitude. Neste ponto enquadra-se CAMMEO. Para este autor, a discricionariedade técnica não pode ser objeto de controle jurisdicional, ante a exigência de valoração contida nas normas imprecisas. Conforme DESDENTADO DAROCA, analisando o pensamento do administrativista italiano "a única diferença entre a discricionariedade técnica e a discricionariedade administrativa reside em que neste último caso não há norma reguladora, enquanto

que no primeiro caso esta existe e, portanto, seus limites estão mais claramente definidos"<sup>67</sup>.

A segunda orientação traça uma distinção entre discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, corrente em que se enquadra PRESUTTI. De acordo com DAROCA, para PRESUTTI a discricionariedade pura se caracteriza pela existência de um momento de apreciação do interesse público. Já a discricionariedade técnica se dá somente nos casos a aplicação da norma imprecisa exige um juízo sobre a intensidade com que certo atributo ocorre de fato, como por exemplo no caso de punição de funcionário público por falta grave, em que a Administração se limita a valorar a intensidade da falta para considerá-la grave<sup>68</sup>.

A discricionariedade técnica confere poder para a Administração valorar os fatos, não sendo possível aos tribunais substituir a apreciação administrativa. Este poder não se confunde com aquele conferido na discricionariedade pura, em que se concede ao órgão a atribuição de apreciar o interesse público concreto. Como afirma EVA DESDENTADO DAROCA em relação às teses de CAMMEO e PRESUTTI, "nestes primeiros autores, o problema da discricionariedade técnica é, portanto, o da existência de margens de apreciação subjetiva na concreção de conceitos indeterminados conforme a diferentes tipos de critérios, sejam de oportunidade, técnicos, de boa administração ou da experiência comum"<sup>69</sup>.

---

<sup>67</sup> DAROCA, Eva Desdentado. *Op.Cit.*, p. 31-2. Trecho original: "(...)la única diferencia entre la discrecionalidad técnica y la discrecionalidad administrativa reside en que en este último caso no hay norma reguladora, mientras que en el primero sí la hay y, por tanto, sus confines están más claramente precisados".

<sup>68</sup> *Ibid.*, p.33.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p.35. Trecho original: "(...)En estos primeros autores, el problema de la discrecionalidad técnica es, por tanto, el de la existencia de márgenes de apreciación subjetiva en la concreción de conceptos indeterminados conforme a diferentes tipos de criterios, sean de oportunidad, técnicos, de buena administración o de la experiencia común"

A terceira corrente associa a discricionarietà técnica à aplicação de conceitos indeterminados que remetem a critérios técnicos, excluindo desta categoria conceitos que devam ser concretados com base na experiência comum. Esta é a compreensão de MASSIMO SEVERO GIANNINI, para quem a discricionarietà administrativa caracteriza-se pela eleição entre alternativas para satisfazer o interesse público, enquanto que a discricionarietà técnica surge na apreciação de um pressuposto definido por conceitos indeterminados que remetem a critérios técnicos. Neste caso, não há verdadeira discricionarietà, por não haver qualquer margem de apreciação conferida à Administração<sup>70</sup>.

Outro autor italiano que distingue entre discricionarietà e aplicação de conceitos de caráter técnico é RENATO ALESSI. Para o administrativista italiano, o interesse público<sup>71</sup>, que legitimará o exercício do poder, pode ser determinado de forma precisa, quando se exija apenas a verificação das circunstâncias de fato (*accertamento*), não havendo

---

<sup>70</sup> Ibid., p.36-7.

<sup>71</sup> *Digno de nota é o pensamento de Alessi no que se refere à caracterização do "interesse público". Segundo o autor, o interesse coletivo primário, formato dal complesso degli interessi individuali prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della colettività, embora seja distinto dos interesses individuais de cada particular, não se confunde com o interesse do aparato administrativo, que representa apenas um dos interesses secundários existentes na sociedade. O interesse da Administração, inclusive, pode encontrar-se em conflito com o interesse público primário, caso em que este deve sempre prevalecer. A formulação de ALESSI mostra-se extremamente interessante no momento em que busca captar a relação conflituosa existente na concepção de "interesse público", buscando retirar da caracterização deste conceito sua formulação idealista e universalista, de um interesse público absolutamente distinto de qualquer interesse particular. Assim, vê o autor no interesse público a preponderância de determinados interesses prevalentes na sociedade, não excluindo, pois, a existência de outros interesses minoritários, ressaltando, desta forma, o caráter pluralista da sociedade e do próprio Estado. Além disso, distingue entre interesse público e interesse da Administração, considerando este mais um interesse secundário, que inclusive pode contrariar aquele primeiro interesse. Neste ponto, dá valiosa contribuição para a compreensão de que não se deve confundir interesse público, consubstanciado pelas normas jurídicas legitimamente formadoras da ordem jurídica, e o interesse daqueles que detêm a máquina administrativa.*

lugar para qualquer valoração, ou de forma *imprecisa*, quando a) consista na indicação de circunstâncias de fato sujeitas a uma mera constatação, mas reste à Administração a atribuição de valorar a oportunidade do ato; b) quando a verificação das circunstâncias de fato esteja ligada a uma valoração, "tratando-se de condições que possam existir em grau maior ou menor"<sup>72</sup>, e.g. nos conceitos de pobreza, estado de necessidade, e boa conduta; c) haja a simples indicação do interesse público a ser atingido, como no caso de interesse estético, econômico, sanitário, etc; d) consista em uma simples referência, ainda que implícita, ao interesse público.

Partindo destas considerações, ALESSI relaciona a determinação precisa do interesse público à atividade vinculada, decorrendo a atividade discricionária da indeterminação conceitual. Para ele, a discricionariedade é um modo de ser do poder jurídico, "que se refere à imprecisão dos limites postos ao poder de atuação conferido de maneira a admitir uma esfera de valoração da oportunidade da atuação em relação ao interesse público"<sup>73</sup>. A imprecisão gerada pela norma jurídica atributiva de poder à Administração gera discricionariedade, sendo esta, o entanto, vista pelo autor como limitada tanto por parâmetros formais quanto substanciais, estes caracterizados pelo mínimo de interesse público exigido.

A conclusão a que chega ALESSI, importante salientar, decorre da distinção entre *accertamento*, ou seja, verificação das circunstâncias de fato, e *apprezzamento*, consistente na apreciação subjetiva da situação, ou, em outros termos, da valoração das

---

<sup>72</sup> ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*, p. 206. Trecho original: "(...)trattandosi di condizioni che possono sussistere in grado maggiore o minore".

<sup>73</sup> Ibid., p. 208. Trecho original: "(...)che si riferisce all'imprecisione dei limiti posti alla potestà di azione conferita in guisa, cioè, di consentire una sfera di apprezzamento dell'opportunità dell'azione in relazione al pubblico interesse".

circunstâncias, esta sempre presente em casos de incerteza quanto ao interesse público a ser atingido. O doutrinador italiano parte da tradicional convicção formulada no âmbito da teoria do direito, inspirada na obra de HANS KELSEN, e dentro do Direito Administrativo, com ADOLF MERKL<sup>74</sup>, sobre a possibilidade de distinção entre juízos de fato e juízos de valor, conceitos estes necessários para a caracterização da vinculação e da discricionariedade, surgindo esta em todos os momentos onde não seja possível a clara determinação da atividade administrativa.

ALESSI, ao fazer referência à chamada discricionariedade técnica, entende que estas duas expressões são inconciliáveis, já que, quando a questão for meramente técnica, não surgirá qualquer liberdade para o agir administrativo, tendo em vista que os critérios técnicos oferecerão dados suficiente para a vinculação. No entanto, considera que em alguns casos a questão técnica encontra-se relacionada a critérios administrativos, caso em que estar-se-á diante de verdadeira discricionariedade<sup>75</sup>.

Atualmente, de acordo com ALDO SANDULLI, a intensidade do controle dos atos administrativos resulta de uma série de fatores, dentre os quais predomina o da qualidade da tutela da posição jurídica subjetiva do administrado. Diante de situações consideradas altamente merecedoras da proteção jurisdicional, os juízes procedem à verificação da proporcionalidade ou adequação, restringindo a liberdade de escolha da Administração<sup>76</sup>. Para SANDULLI, alguns exemplos

---

<sup>74</sup> *Infra*, p. 172 e seguintes.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p.215-215-220. Renato Alessi, em sua obra, procura enunciar as diversas situações em que os critérios técnicos encontram-se relacionados à questão administrativa, pretendendo diferenciar claramente o âmbito de liberdade de atuação administrativa e o âmbito de vinculação, esta gerada inclusive quando seja possível a determinação por critérios técnicos.

<sup>76</sup> SANDULLI, Aldo. *Eccesso di Potere e controllo de proporzionalità. Profili Comparati*, p.363. Afirma o autor: In presenza di situazioni giuridiche altamente meritevole di tutela, il giudice è chiamato a porre limiti più

recentes evidenciam esta tendência, como nos casos relativos à tutela ambiental, ao procedimento de imposição de vínculos de interesse histórico-artístico, e quanto ao dimensionamento de planos relativos a zonas para a construção de habitações populares.<sup>78</sup>

### 1.3. O controle dos conceitos indeterminados na França;

Não há na França um desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial relativo à técnica dos conceitos indeterminados. BACIGALUPO<sup>79</sup> refere que os autores franceses não vêem no poder discricionário uma ameaça aos direitos dos administrados. A jurisprudência do *Conseil d'Etat*, porém, apresenta decisões nas quais o contencioso admite o controle de conceitos indeterminados<sup>80</sup>, embora o julgamento não recorra à consagrada técnica germânica<sup>81</sup>.

Para que se compreenda o modelo francês de controle da Administração, construído a partir de uma determinada concepção de divisão dos poderes e do *excès de pouvoir*, deve-se

---

stretti alle scelte dell'amministrazione e, pertanto, è tenuto ad operare una verifica più incisiva nella corrispondenza tra fatti e norme, verifica, per l'appunto, di proporzionalità o adeguatezza. (Tradução livre do autor: na presença de situações jurídicas altamente merecedoras de tutela, o juiz é chamado a pôr limites mais estreitos às escolhas da administração e, portanto, tem de operar uma verificação mais incisiva na correspondência entre fatos e normas, verificação, precisamente, de proporcionalidade ou adequação).

<sup>78</sup>Ibid., p. 363.

<sup>79</sup> Op. Cit., p.16.

<sup>80</sup> Segundo García de Enterría (*La Lucha contra contra las inmunidades del Poder*, p.33.), a jurisprudência francesa tende a englobar a técnica dos conceitos indeterminados no controle dos fatos determinantes, confundindo a presença destes conceitos com o surgimento de um poder discricionário para a Administração.

<sup>81</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Fidelidade à República ou fidelidade à NATO*, p.185. Menciona este autor que na França as indeterminações conceituais conferem um poder discricionário. Entretanto, cita trabalho de S. Rials, de 1980, que levanta-se contra a confusão entre indeterminação da regra e poder discricionário.

investigar as circunstâncias históricas e ideológicas determinantes, decisivas tanto para a distinção entre jurisdição e administração quanto para a instituição do Conselho de Estado naquele país.

O primeiro aspecto relevante é a formulação do princípio da separação dos poderes adotado originariamente na França. Este postulado, considerado pelos revolucionários do século XVIII como um instrumento destinado ao combate do poder absoluto e à conseqüente proteção dos direitos dos cidadãos, nunca possuiu uma formulação unânime entre os pensadores. Pode-se dizer, inclusive, que a separação radical entre jurisdição e administração é, basicamente, fruto das circunstâncias políticas predominantes na Assembléia Constituinte de 1791, que via com maus olhos os representantes da magistratura à época, fato que, inclusive, é positivado na lei de 16 e 24 de agosto de 1790

Tomando em consideração este princípio, divididas radicalmente as funções estatais, à Administração incumbiu a plena atribuição para a apreciação do interesse público, dando-lhe poderes não só para executar como também para analisar as circunstâncias adequadas para a aplicação da norma de direito administrativo. A discricionariedade, embora inadmissível dentro da estrutura normativa do Estado de Direito, pautado na soberania da lei, passa a tornar-se a regra dentro da função administrativa<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup>FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *De La Arbitrariedad de La Administración*, p.24-28. Este renomado administrativista espanhol, ao traçar este desenvolvimento da função administrativa na França pós-revolucionária, cita o pensamento de Laferrière (*Cours théorique et pratique de Droit Public et Administratif*. 4Ed., Paris, 1954, tome deuxième, págs.733 e ss.. Apud FERNÁNDEZ, Op.Cit.), representando a concepção então dominante na época: "Administrar es asegurar la ejecución de las leyes en el interés general y local o tomar medidas útiles en vista de los intereses colectivos de la agricultura, del comercio y de la industria. Pero, para asegurar esta ejecución, es preciso dar al poder ejecutivo el derecho de apartar los obstáculos o de resolver sobre las reclamaciones; de otra manera la Administración sería imposible o dependiente. Un poder superior reduciría a la nada, por la fuerza de las cosas, la

É compreensível que os revolucionários pretendessem retirar o poder dos juizes, vinculando-os por meio da lei, já que os Parlamentos Judiciais eram vistos na época como um centro do reacionarismo. Os ideais liberais somente poderiam ser concretizados com o rompimento radical de várias instituições advindas da fase pré-moderna, e isto passaria pelo enfraquecimento das estruturas potencialmente conservadoras. Nesta perspectiva é criado um modelo de Poder Judicial destinado à proteção dos direitos individuais, mas incapaz de influir nos ditames da vontade geral, concretizados pelo Parlamento, único órgão legitimado a criar Direito.

A consequência desta orientação, formulada com o suporte do princípio da separação dos poderes foi a autolimitação do controle jurisdicional da Administração Pública, o que permitiu o surgimento de amplos espaços de liberdade ao poder administrativo e uma função praticamente secundária dos órgãos de controle da atividade administrativa<sup>83</sup>. Este aspecto, de algu

---

independencia de la autoridad; además, sin libertad de acción, no habría ya acción administrativa. Administrar es, pues, no solamente hacer ejecutar las leyes y decretos, lo que es misión de la administración activa, sino decidir las dificultades de ejecución y juzgar las reclamaciones que la ejecución provoca, lo que es misión de la administración contenciosa. El poder de administrar, considerado en el más amplio sentido, comporta así lógicamente el poder de juzgar administrativamente, es decir, la jurisdicción o la justicia administrativa". (Tradução livre do autor: Administrar é assegurar a execução das leis no interesse geral e local ou tomar medidas úteis em vista dos interesses coletivos da agricultura, do comércio e da indústria. Mas, para assegurar esta execução, é preciso dar ao poder executivo o direito de retirar os obstáculos ou de resolver sobre as reclamações; de outra maneira a administração seria impossível ou dependente. Um poder superior reduziria a nada, por força das coisas, a independência da autoridade, ademais, sem liberdade de ação, não haveria já ação administrativa. Administrar é, pois, não somente fazer executar as leis e decretos, o que é missão da administração ativa, e sim decidir as dificuldades de execução e julgar as reclamações que a execução provoca, o que é missão da administração contenciosa. O poder de administrar, considerado no mais amplo sentido, comporta assim logicamente o poder de julgar administrativamente, ou seja, a jurisidção ou a justiça administrativa).

<sup>83</sup> A lei de 16 e 24 de agosto de 1790, que estabeleceu a organização judiciária francesa pós-revolucionária, demonstra a concepção de separação dos poderes desenvolvida na França em fins do século XVIII: "Art. 13. Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeurent toujours séparées des fonctions

forma, acaba sendo transportado inclusive para o direito brasileiro, sendo importante a lição de CRISTINA GARCÍA PASCUAL, ao dissertar sobre a posição privilegiada exercida pelo poder Executivo dentro do Estado moderno, afirmando que "a divisão de poderes e suas posteriores interpretações geraram uma concepção da função judicial eminentemente funcional, débil e submetida às pressões do executivo, carente pois da necessária independência para constituir-se no terceiro poder do Estado"<sup>84</sup>.

O segundo aspecto determinante da limitação do controle da Administração foi a descoberta, já nos primórdios do Estado de Direito moderno, da impossibilidade de reduzir toda atividade administrativa à lei, verificando-se que a simples positivação do princípio da legalidade não apresentaria força suficiente para impedir a atuação criativa em determinados momentos. Este fato levou à exclusão da sindicabilidade dos atos administrativos<sup>85</sup>, e, quando da instituição do Conselho de Estado, a discussão sobre os limites da sindicabilidade e a conseqüente autolimitação judicial<sup>86</sup>.

---

*administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions". Tradução livre do autor: "As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juizes não poderão, sob pena de considerar-se crime, perturbar, de qualquer maneira que seja, as operações dos corpos administrativos, nem intimar os administradores em razão de suas funções". Cf. DEBBASCH, Charles, et PINET, Marcel. Les Grands Textes Administratifs". Paris: Sirey, 1970.p.487.*

<sup>84</sup> PASCUAL, Cristina García. *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*.p.125. Trecho original: "(...)la división de poderes y sus posteriores interpretaciones generaron una concepción de la función judicial inminentemente funcional, débil y sometida a las presiones del ejecutivo, carente pues de la necesaria independencia para constituirse en el tercer poder del Estado".

<sup>85</sup> Leis de 22 de Dezembro de 1789, 8 de janeiro de 1790, 8 de janeiro de 1790, 16 e 24 de agosto de 1790.

<sup>86</sup> Afonso Rodrigues Queiró(Op.Cit., p.15) comenta a tendência francesa à insindicabilidade judicial. O legislador francês, segundo este autor, quando da instituição da chamada jurisdição administrativa sempre recusou-se a definir quais matérias seriam consideradas contenciosas, tarefa a ser realizada pela própria jurisdição administrativa.

Este esforço histórico demonstra a notável importância da instituição, no século XIX, da figura do *detournement de pouvoir*, afirmando a possibilidade de revisão dos atos administrativos considerados defeituosos e rompendo com a tradição de isenção de controle da administração.

Atualmente, é reservado ao contencioso administrativo um papel extremamente relevante dentro da estrutura constitucional francesa. De acordo com SÉRVULO CORREIA<sup>87</sup>, a Constituição de 1958 instituiu um regime onde o Parlamento perdeu sua posição privilegiada dentro do sistema de produção normativa, passando o Governo a se beneficiar de uma reserva legislativa. Concomitantemente a esta mudança no sistema de produção de normas no Direito Francês, ao juiz administrativo foi reconhecida a possibilidade de "divisar princípios gerais de direito com valor quase idêntico ao da lei formal, para levar a uma patente objectivação ou "materialização" da legalidade". O destaque da função de julgamento dos atos administrativos tem por objetivo a garantia do equilíbrio entre os poderes, evitando a hipertrofia do governo em detrimento dos demais órgãos estatais, e possibilitando um eficiente sistema de proteção dos direitos dos cidadãos através da jurisdição contencioso-administrativa.

Nos dias de hoje não é possível caracterizar-se o contencioso administrativo francês entendendo-o sob a ótica dos postulados formulados nos primórdios do Estado liberal, justificadores da quase que absoluta restrição ao controle da Administração, já que o juiz administrativo apresenta-se como uma

---

<sup>87</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op.Cit.*, p.56. Segue o autor: "Se, num país como a Alemanha Federal, o problema subjacente à questão da legalidade é ainda sobretudo o da relação entre Parlamento e Administração, na França, o eixo dialéctico fundamental liga a Administração à jurisdição administrativa para o efeito de garantir o respeito do "bloco da legalidade", isto é, de todas as normas jurídicas aplicáveis: a função garantística da legalidade inspira-se sobretudo no carácter vinculativo das regras jurídicas para a própria Administração assegurado pelo funcionamento de tribunais com poderes anulatórios dos actos administrativos que as desrespeitem".

espécie de "legislador auxiliar", a quem se permite elencar taxativamente pressupostos para o exercício dos poderes discricionários<sup>88</sup>. A jurisprudência francesa busca cada vez mais a verificação do conteúdo do ato aos seus pressupostos, inclusive naqueles considerados discricionários<sup>89</sup>.

O controle da atividade administrativa pela jurisdição contencioso-administrativa é consideravelmente contundente, ainda que sempre presente a preocupação com a restrição da sindicabilidade. Para que se possa compreender o funcionamento deste sistema de controle é essencial situar a posição do juiz administrativo dentro da estrutura estatal francesa, que dá àquele poderes destinados a equilibrar a perda de parcela da hegemonia sustentada historicamente pelo Parlamento. Isto faz com que a jurisdição administrativa possa mostrar-se tendencialmente ousada, com o objetivo de garantir o "bloco da legalidade".

#### 1.3.1. *O recours por excès de pouvoir;*

O controle dos atos administrativos ocorre na França principalmente a partir do recurso por "excès de pouvoir", não havendo referência expressa à figura da técnica dos conceitos indeterminados. No entanto, não faltam situações cuja utilização de tais conceitos é submetida à sindicabilidade pelo *Conseil d'Etat*. Como ensina ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUZA<sup>90</sup>, o recurso por

---

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 76.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 75-6. *Interessante as considerações do autor, a fim de explicar a formação do conceito de discricionariedade na França: "O peso de sua formação jurisprudencial explica que o conceito de discricionariedade seja ainda hoje majoritariamente olhado em França sob um ângulo mais institucional e processual do que substantivo. Tende-se assim, naquele país, a pensar automaticamente que a discricionariedade finda onde começa o controlo jurisdicional, e vice-versa".*

<sup>90</sup> SOUZA, António Francisco de. "Conceitos...". Op. Cit.p.166.

excesso de poder é admitido quando presentes os seguintes requisitos:

1) Um acto administrativo unilateral e executório; 2) não se trate de acto de governo; 3) se verifique um interesse em agir, quer se trate de pessoas físicas ou de pessoas morais; 4) se verifique um "caso de abertura" do recurso por excesso de poder. Os "casos de abertura" do "recurso por excesso de poder" podem ser: a) incompetência; b) vício de forma e de procedimento; c) Violação de lei. Neste caso, o controlo jurisdicional pode ter três intensidades: d1) Controlo mínimo da qualificação jurídica dos factos (praticamente restrito ao "erro manifesto"; d2) controlo normal da qualificação jurídica dos factos; d3) controlo máximo quando o poder discricionário da Administração ameaça o exercício de liberdades públicas ou põe em causa o direito de propriedade

Para ALDO SANDULLI<sup>91</sup>, o controle através do excès de pouvoir pode ser caracterizado como sendo de natureza mista, baseado sobre a individuação de figuras sintomáticas, e, por outro lado, com referência a diversos níveis de sindicabilidade. Quanto ao primeiro aspecto, são caracterizadas como ilegalidade em relação aos motivos do ato- *erreur de droit, erreur de qualification juridique des faits, erreur de fait*- e da ilegalidade relativa à finalidade do ato, o consagrado *detournement de pouvoir*. Afirma ainda o autor italiano que do início dos anos sessenta até a metade dos anos setenta surgem o *erreur manifeste d'appréciation* e o *bilan coût-avantages*<sup>92</sup>.

Além disso, costuma-se distinguir a atuação do juiz administrativo tomando-se por base a intensidade do controle. De acordo com SANDULLI, "a discriminante entre controle mínimo e

---

<sup>91</sup>SANDULLI, Aldo. *Op.Cit.*, p.347.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p.348.

controle normal é dada pela existência, neste último, da relação de exata correspondência entre decisões e fatos"<sup>93</sup>.

### 1.3.2. O "erro manifesto de apreciação";

A técnica do "erro manifesto de apreciação" surge no *Conseil d'Etat* no *Arrêt Lagrange*, de 15 de fevereiro de 1961<sup>94</sup>, representando significativo avanço no controle da Administração no sistema francês. O "erro manifesto de apreciação", segundo SÉRVULO CORREIA, enquadra-se como um dos aspectos do controle mínimo, caracterizado não pela verificação da existência material dos fatos, mas sim pela qualificação destes, ou seja, "(...)uma avaliação dos pressupostos concretos (juízo de valor sobre as circunstâncias concretas do caso) para o efeito de concluir se eles justificam uma actuação da Administração(...)"<sup>95</sup>, embora este controle limite-se aos "contornos"<sup>96</sup>. Esta atividade de qualificação dos fatos, contudo, não se confunde com a adequação da decisão aos fatos, o que representaria um nível mais intenso de sindicabilidade. Com o exemplo mencionado pelo autor português observa-se claramente a distinção, tendo em consideração o caso de aplicação de uma sanção disciplinar: se os fatos alegados efetivamente foram praticados pelo funcionário, deve-se examinar se caracterizam uma falta disciplinar e se justificam uma sanção. Este seria o controle da qualificação dos fatos. A sindicabilidade da adequação de uma decisão aos fatos, após a verificação da existência da falta disciplinar, consistiria em

---

<sup>93</sup> *Idem, Ibidem. Trecho original: "La discriminante tra controllo minimo e controllo normale è data dalla sussistenza, in quest'ultimo, del rapporto di esatta corrispondenza tra decisione e fatti".*

<sup>94</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Op.Cit.*, p.30.

<sup>95</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>96</sup> SOUZA, António Francisco de. *Op.Cit.*, p.166.

verificar se a sanção imposta foi a mais adequada<sup>97</sup>. Exemplos de utilização da técnica do "erro manifesto de apreciação" encontram-se nas hipóteses de "expulsão de estrangeiros", "demolição de um prédio", "notoriedade de um médico", e relação entre a gravidade de uma falta e a respectiva sanção aplicada ao funcionário público<sup>98</sup>.

O controle da qualificação dos fatos<sup>99</sup>, cabe ressaltar, é desenvolvido em caso de "erro manifesto", isto é, quando o ato impugnado apresenta avaliação técnica grosseiramente errônea ou em caso de grave violação da lógica e do bom senso<sup>100</sup>.

Os limites mínimos do controle podem ser ultrapassados em determinados casos, atingindo o denominado controle normal, como fez o Conselho de Estado Francês no caso *Gomel*. Neste julgado, o controle ocorreu sobre a própria qualificação jurídica dos fatos, ao indagar se a praça Beauvau poderia ser considerada como de "perspectiva monumental". O Conselho considerou que a qualificação jurídica dos fatos deve ser controlada toda vez que constitua condição de legalidade da ação administrativa, em situações em que os direitos dos administrados sejam desrespeitados por uma qualificação jurídica dos fatos arbitrária ou fantasiosa<sup>101</sup>.

A passagem para o controle máximo, por sua vez, ocorre quando há ameaça a liberdades públicas ou ao direito de propriedade: aqui o controle incide detalhadamente sobre a valoração feita pela administração em relação aos fatos e

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 73-4.

<sup>98</sup> SOUZA, António Francisco de. *Conceitos...* Op. Cit., p.169.

<sup>99</sup> A doutrina francesa distingue entre controle dos motivos de direito e dos motivos de fato das decisões. Cf. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, p.42.

<sup>100</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. Op.Cit., p. 74.

<sup>101</sup> SOUZA, António Francisco de. Op. Cit., p.172.

circunstâncias que motivaram a decisão<sup>102</sup>. A diferença, pois, entre o controle normal e o controle máximo existe apenas quanto à intensidade do controle, já que neste último está o juiz autorizado a ampliar sua valoração com o propósito de defesa dos sensíveis direitos dos cidadãos que foram atingidos pela decisão administrativa. No controle máximo desenvolve-se ainda o juízo de custos/vantagens, com a pretensão de verificar proporcionalidade da decisão tomada<sup>103</sup>.

### 1.3.3. Considerações sobre o controle no Conselho de Estado Francês

A análise do controle da Administração na França passa obrigatoriamente pela jurisprudência do Conselho de Estado. A jurisdição administrativa é responsável pela construção dos parâmetros da atividade judicial em sede de controle<sup>104</sup>, ante a rara existência daqueles na legislação. A insuficiência de normas que estabelecem uma materialidade fortemente vinculante, tendente a garantir a suficiência do postulado da vinculação positiva à lei, decorre, como observa Afonso Queiró<sup>105</sup>, da consciência do

---

<sup>102</sup> Ibid., p. 174.

<sup>103</sup> Nesse sentido, afirma Fernando Alves Correia (As Garantias do particular na expropriação por utilidade pública, p.367) que os tribunais franceses vêm ampliando o controle do conceito de "utilidade pública" nas desapropriações. No Arrêt Ville Nouvelle-Lille Est, do Conselho de Estado, de 28 de maio de 1971, entendeu o contencioso que a legitimidade de um ato com base no conceito de utilidade pública só se dá se os atentados à propriedade privada, o custo financeiro, e os eventuais inconvenientes de ordem social "não forem excessivos em relação ao interesse que ela representa.

<sup>104</sup> Comenta Hauriou, citado por Afonso Rodrigues Queiró (op.cit., p.32), que a atividade de controle do Conseil d'Etat se dá "conforme as necessidades do equilíbrio entre os direitos da Administração e os direitos dos administrados, a moralidade, a oportunidade de certas decisões administrativas". Esta observação tem em conta o famoso arrêt Gomel, de 04/04/1914, onde o Conseil controlou a concretização do conceito "perspectiva monumental" (perspectives monumentales et des sites).

<sup>105</sup> Ibidem. Queiró cita as frases do deputado francês Odilon Barrot, proferidas na Câmara dos deputados em 27 de fevereiro de 1845. Segundo este deputado, a

legislador sobre a inviabilidade de controlar-se totalmente a atividade executiva por meio da lei, pois as próprias circunstâncias fáticas impediriam, além da dificuldade de definir-se de antemão quais matérias seriam controláveis pelos tribunais administrativos. Definir a matéria contenciosa tornar-se-ia então tarefa da jurisprudência, questão a ser resolvida casuisticamente<sup>106</sup>. O controle jurisdicional dos atos administrativos na França sempre foi decorrência da *praxis* jurisprudencial, sendo que os critérios adotados para a sindicabilidade não decorrem, naquele país, diretamente da lei. Para compreender a dimensão da influência do *Conseil d'Etat* nas questões relativas ao controle da Administração, basta lembrar que a famosíssima doutrina do *detournement de pouvoir*, sem dúvida um marco significativo, ao estabelecer novos contornos à separação entre Jurisdição e Administração, surgida em 1864 naquela Corte, é obra de exclusiva autoria do raciocínio dos julgadores. Contudo, somente a título de ilustração, cabe mencionar o debate existente atualmente na França, ao indagar-se sobre os limites do *recours pour excès de pouvoir* e da função da jurisdição administrativa<sup>107</sup>, trazendo à tona indagações sobre os limites da sindicabilidade dos atos administrativos naquele país.

#### 1.4. A doutrina argentina;

---

*distinção entre matéria contenciosas e gratuitas, isto é, sindicáveis e insindicáveis, seria "o mais vasto problema que talvez tenha se apresentado não só ao legislador, mas aos publicistas", "um problema que se não resolve senão a cada questão, pelo senso íntimo do juiz, pela natureza, que infinitamente se modifica, das contestações e dos litígios administrativos".*

<sup>106</sup> Segundo Tomás Ramón Fernández (Op.cit., p.31), na França é o próprio juiz quem demarca a fronteira entre legalidade e oportunidade, e, conseqüentemente, da intensidade do controle.

<sup>107</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La crisis del Contencioso Administrativo Francés: el fim de un paradigma*, p.18. Este tema não se enquadra nos propósitos deste trabalho, motivo pelo qual indicamos a leitura do texto anteriormente mencionado.

No Direito argentino a discussão sobre o efeitos gerados pelas expressões vagas, imprecisas, não é recente. Há uma orientação tradicional na doutrina deste país no sentido de aceitar a idéia de que os conceitos indeterminados geram liberdade ao administrador para definir o conteúdo do ato, como pretende MIGUEL MARIENHOFF, para quem a discricionariedade poderia ser caracterizada como a "(...)eleição de um comportamento no marco de uma realização de valores". Afirma ainda que a vinculação é a exceção, devendo resultar de texto expresse<sup>108</sup>.

MARIENHOFF<sup>109</sup>, no entanto, não admite a chamada "discricionariedade técnica", quando afirma que o juízo técnico é pressuposto de fato para a emissão do ato, tomando por base os seguintes argumentos: a) as regras técnicas advêm de análises científicas; b) é admissível atingir um procedimento único; c) para uma análise técnica o elemento "interesse público" não tem qualquer relevância<sup>110</sup>.

Já RAFAEL BIELSA trata o problema sob o pressuposto de que o recurso contencioso-administrativo é admissível apenas quando haja violação a um interesse particular, gerando assim um direito subjetivo para o seu titular<sup>111</sup>. Para o autor mencionado, o reconhecimento de direitos aos particulares pela ordem jurídica

---

<sup>108</sup> MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, p.414. Trecho original: "(...)elección de un comportamiento en el marco de una realización de valores".

<sup>109</sup> Ibidem, p.431.

<sup>110</sup> Outro autor importante na doutrina argentina que também não aceita a chamada discricionariedade técnica é Manuel Maria Diez ( *Manual de Derecho Administrativo*, p.32), embora reconheça que em casos onde haja controvérsia quanto aos resultados a Administração encontra uma margem de liberdade mais ampla. Este autor parece adotar a tese de que a indeterminação conceitual gera a discricionariedade. Para ele, a discricionariedade surge quando os limites jurídicos estabelecidos pela lei são insuficientes para fixar a conformidade da atividade administrativa com o interesse público a ser satisfeito, exigindo a integração por normas não jurídicas, em especial técnicas e políticas.

<sup>111</sup> BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, p. 149.

pressupõe a obrigação gerada à Administração de respeitá-los<sup>112</sup>: não estando a atividade administrativa vinculada por normas jurídicas determinadas, tem o agente liberdade para definir a forma, o modo e a oportunidade do ato. BIELSA distingue entre jurisdição contenciosa e graciosa, aquela surgindo quando há direito subjetivo do particular<sup>113</sup>, isto é, quando há violação de obrigação conferida à Administração. A distinção estabelecida entre as jurisdições, com base no conceito de direito subjetivo, leva necessariamente a uma restrição do controle jurisdicional, imitando o controle da discricionariedade ao chamado desvio de finalidade (violação do fim estabelecido em lei)<sup>114</sup>.

Para abordar a questão dos conceitos indeterminados, BIELSA diferencia interesse legítimo de interesse simples. Para este doutrinador, o interesse legítimo surge para o particular quando este tem uma pretensão diferencial derivada da lei. Nesse sentido, a utilização do recurso administrativo, embora com a pretensão de restaurar o direito objetivo, visa dar ao particular

---

<sup>112</sup> Ibidem, p.150.

<sup>113</sup> A distinção entre Direito e interesse origina-se do Direito Francês, e já no século passado pode-se observá-la, como se nota na obra de Visconde De Uruguai (*Ensaio sobre o Direito Administrativo*, p.73-4), citando Chaveau Adolphe: "o caráter dominante e distintivo do contencioso administrativo, resume-se nesta proposição- o interesse especial que emana do interesse geral, discutido, em contato com um direito privado. E adiante: Interesse especial que emana do interesse geral, diz Chaveau, porque o interesse de todos forma o direito mais positivo e o mais imperioso, que é o direito social. O interesse geral portanto não pode entrar em discussão perante a autoridade administrativa, como um direito privado. Ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo puro compete regular esse interesse geral, que gira em uma esfera inacessível às reclamações individuais." Visconde de Uruguai, ainda no séc. XIX, estabelece uma caracterização extremamente semelhante a de Bielsa, ao dizer que é "contencioso ou dá lugar ao contencioso o ato administrativo fundado em um interesse especial, que emana do interesse geral, discutido, em contato com um direito privado, contanto que aquele ato administrativo não emane de um poder discricionário especialmente conferido por lei(...)".

<sup>114</sup> Ibidem, p.154. Bielsa não vê o poder discricionário como uma esfera de atuação sem limites: para este autor, a atividade administrativa discricionária deve ser entendida como uma função normal, destinada ao cumprimento da lei. Além disso, admite, inspirado na jurisprudência do Conselho de Estado Francês, a possibilidade de um controle intrínseco da discricionariedade, baseado na análise das circunstâncias de fato. O jurista

um benefício que na realidade é subjetivo. O interesse legítimo possui, como afirma o autor, um *substratum* subjetivo<sup>115</sup>.

Diverso do interesse legítimo é o chamado interesse simples, no qual, segundo BIELSA, se enquadram os conceitos indeterminados. Estes, por sua falta de precisão, não são capazes de gerar um direito subjetivo para o particular, sendo possível a referência apenas a um interesse<sup>116</sup>. O interesse legítimo, nesse sentido, poderia ser protegido pelo recurso contencioso-administrativo, enquanto que o interesse simples somente pelo recurso por excesso de poder<sup>117</sup>.

Ultimamente, alguns autores, influenciados pela doutrina e jurisprudência espanholas, tendem a aceitar a técnica dos conceitos indeterminados. É o caso de JUAN CARLOS CASSAGNE e GUIDO SANTIAGO TAWIL.

CASSAGNE defende que a discricionariedade pode referir-se tanto à realização do ato quanto aos seus elementos. A esfera de liberdade de apreciação encontraria limitação na noção de *interesse público*, conceito indeterminado, passível de obtenção de uma única solução correta, e, portanto, submetido ao controle jurisdicional<sup>118</sup>. Não obstante, o autor argentino não preconiza um controle absoluto da Administração, pela existência de uma vinculação, em último grau, da atividade administrativa: para BACIGALUPO, CASSAGNE considera as margens de valoração criadas pelos conceitos indeterminados como uma espécie de "discricionariedade atípica"<sup>119</sup>.

---

argentino aceita ainda a chamada discricionariedade técnica, ou de pura administración, visto que esta não se vincularia a nenhuma norma legal.

<sup>115</sup> Ibidem.p.156. Bielsa, em sua terminologia, não se utiliza da tradicional distinção entre direito e interesse, derivada do Direito Processual, mas antepõe interesse legítimo (que, em última análise, é o direito subjetivo gerado ao particular pela violação do direito objetivo) a interesse simples.

<sup>116</sup> Ibidem.p.156.

<sup>117</sup> Idem, Ibidem,p.157.

<sup>118</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, p.138-9.

<sup>119</sup> Op.Cit., p. 32. Bacigalupo alinha o pensamento de Cassagne ao de García de Enterría, já que para este há nos conceitos de valor uma presunção de

Em síntese, CASSAGNE<sup>120</sup> filia-se basicamente ao pensamento desenvolvido por GARCÍA DE ENTERRÍA na Espanha, ao caracterizar como decorrente da noção de vinculação positiva à lei a necessidade de redução dos espaços de discricionariedade, e, conseqüentemente, refutando a chamada *discricionariedade técnica*<sup>121</sup>. Em última análise, o controle dos atos administrativos é amplo, no intento de indicar a resposta unívoca relacionada ao conceito indeterminado *interesse público*<sup>122</sup>. A dificuldade surgirá nos conceitos valorativos, em que acabará surgindo certa margem de discricionariedade, ainda que restrita.

GUIDO SANTIAGO TAWIL afirma que o emprego abusivo de conceitos indeterminados "(...)introduz um elemento de complexidade adicional na tarefa de interpretação e aplicação do direito", o que permite a subsistência da ameaça de arbitrariedade<sup>123</sup>. O administrativista argentino, tomando a expressão de GARCÍA TREVIJANO-FOS, entende serem os conceitos indeterminados "conceitos indiretamente determinados", pois referem-se a somente um suposto da realidade, a ser precisado no momento de sua aplicação. Reconhece, entretanto, que a complexidade da interpretação normativa gerou distintas soluções nos diversos ordenamentos jurídicos: nos Estados Unidos, foi

---

*objetividade em favor da Administração muito semelhante ao poder discricionário.*

<sup>120</sup> Cassagne entende a *discricionariedade* como uma espécie de remissão legal que habilita a administração a escolher uma alternativa entre várias opções igualmente justas. Desta forma, a *discricionariedade* não decorre de lacunas na ordem jurídica, mas sim de uma atribuição conferida por lei. Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, p.77-8.

<sup>121</sup> Op. Cit., p.141.

<sup>122</sup> A tese da vinculação genérica ao interesse público não consegue dar uma resposta satisfatória a uma necessária intensificação do controle. Conforme será exposto adiante, esta espécie de vinculação não determina parâmetros específicos para a avaliação da atuação administrativa, caindo, por fim, na idéia de *desvio de finalidade*, controle subjetivo de difícil ponderação judicial.

<sup>123</sup> SANTIAGO TAWIL, Guido. *Administración y Justicia*, p.412. Trecho original: "(...)introduce un elemento de complejidad adicional en la tarea de interpretación y aplicación del derecho(...)".

outorgada uma considerável margem de apreciação ao administrador; na França, embora a tendência a ampliar o controle sobre os fatos, geralmente se associam os conceitos indeterminados a idéia da existência de uma margem de liberdade conferida à Administração; já na Espanha e Alemanha ganha especial relevância o desenvolvimento da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados<sup>124</sup>.

O professor de Direito Administrativo da Universidade de Buenos Aires, defende a plena sindicabilidade da aplicação dos conceitos indeterminados, adotando para tanto a tese da única solução justa<sup>125</sup> propagada na Espanha por EDUARDO GARCÍA DE

---

<sup>124</sup> Ibid., p.421.

<sup>125</sup> Ibid., p.418. Seguindo sua linha de raciocínio, Tawil cita decisão da 5ª Sala do Tribunal Supremo Espanhol, de 28 de abril de 1964, como segue: "*(...)mientras que el concepto jurídico indeterminado...es configurado por la ley como un supuesto concreto de tal forma que solo se da una única solución justa en la aplicación del concepto a la circunstancia de hecho, como ocurre en el caso de actuación del jurado de expropiación que, como organismo encargado de aplicar el concepto indeterminado de "justo precio" a unos bienes expropiados, no es libre de decidir, a través de un proceso volitivo de discrecionalidad, entre varios posibles justos precios, sino que realizando un proceso de juicio o estimación, há de atenerse necesariamente, sin libertad de decisión, a las circunstancias reales que há de calificar y al sentido jurídico preciso que la ley há asignado al concepto de "justo precio", para determinar, a través de su valoración, no cualquier posible, sino el precio que real y efectivamente sea el verdadero y justo, y por ello, dicha función, al no admitir más que una solución adecuada y conforme a la norma, constiuye un proceso de subsunción de la categoría de justo precio en el supuesto concreto que se contemple, es decir, se trata de un supuesto normal de aplicación del derecho, sometido sin traba alguna, por eso, precisamente, a la función jurisdiccional, encargada de velar por la recta aplicación de la ley al mundo de los hechos(...)*".(tradução livre do autor: enquanto que o conceito jurídico indeterminado...é configurado pela lei como um suposto concreto de tal forma que somente se dá uma única solução justa na aplicação do conceito à circunstância de fato, como ocorre no caso de atuação do jurado de expropriação que, como organismo encarregado de aplicar o conceito indeterminado de "justo preço" a certos bens expropriados, não é livre para decidir, através de um processo volitivo de discricionariedade, entre vários possíveis justos preços, e sim que realizando um processo de juízo ou estimativa, deverá ater-se necessariamente, sem liberdade de decisão, às circunstâncias reais que haverá de qualificar e ao sentido jurídico preciso que a lei estabeleceu ao conceito de "justo preço", para determinar, através de sua valoração, não qualquer possível, mas o preço que real e efetivamente seja o verdadeiro e justo, e por isso, dita função, ao não admitir mais que uma solução adequada e conforme a norma, constitui um processo de subsunção da categoria de justo preço no suposto concreto que se contemple, isto é, se trata de um suposto normal de aplicación do direito, submetido sem óbice

ENTERRÍA, ao realizar a distinção entre a ordem do intelectual ou cognitivo, seara em que se encontram os conceitos indeterminados, e o terreno do volitivo, onde se encontra a discricionariedade<sup>126</sup>.

TAWIL trata ainda dos chamados casos-limite, questões nas quais a indeterminação atinge níveis elevados, dificultando a apreciação jurisdicional. O reconhecimento destes casos, contudo, não serve para descaracterizar a técnica dos conceitos indeterminados, pois as dificuldades que se apresentam ao juiz são de ordem fática, e não jurídica, e as incertezas quanto aos fatos devem ser resolvidas pelo juiz com todos os meios que lhe são postos à disposição para descobrir a realidade<sup>127</sup>.

Em síntese, GUIDO SANTIAGO TAWIL adota claramente a técnica dos conceitos indeterminados em sua formulação consagrada na doutrina espanhola, partindo da distinção entre interpretação de conceitos jurídicos e ato de vontade, este último característico dos atos discricionários. Não resta ao administrador discricionariedade de juízo, no sentido de liberdade para definir a interpretação dos conceitos indeterminados: o que existe, quando conferido por lei, é uma liberdade de escolha para definir entre soluções consideradas igualmente justas. Considera ainda que, se a interpretação dos conceitos é uma questão jurídica, plenamente submetida aos Tribunais, as dificuldades que possam surgir decorrem de incertezas quanto aos fatos relevantes para a aplicação do conceito, passível de ser resolvida pelo juiz através dos meios adequados para tanto.

Pensamento relevante na doutrina argentina, pelos postulados teóricos que adota, é o de JUAN FRANCISCO LINARES. Para ele, tradicionalmente a discricionariedade é vista dentro de

---

algum, por isso, precisamente, à função jurisdicional, encarregada de velar pela reta aplicação da lei ao mundo dos fatos

<sup>126</sup> Ibid., p.415.

<sup>127</sup> Ibid., p.425.

uma orientação positivista intelectualista, esquecendo-se que o arbítrio sempre surge na interpretação do Direito. Desta forma, a discricionariedade passa a ser concebida como um momento que foge à aplicação rigorosamente lógica das normas<sup>128</sup>. Segundo o autor, a doutrina tradicional apega-se ao postulado racionalista da exclusividade da criação do direito pelo legislador, restando ao administrador a tarefa de apenas executar o comando legislativo<sup>129</sup>.

Para o administrativista argentino, sempre há um momento valorativo na interpretação do direito, sendo incompreensível a relação meio-fim nas relações humanas sem considerar o aspecto da liberdade. Assim, as condutas humanas são injustificáveis a partir de categorias causais-explicativas: "(...)a justificação finalista ou é axiológica ou não é justificação da conduta e ademais resulta sempre insuficiente e parcial(...) é justificação axiológica porque até a mera determinação de um fim é uma eleição promovida por um juízo de valor sobre esse fim"<sup>130</sup>.

LINARES considera a necessária existência de um momento de arbítrio na função interpretativa do administrador, da mesma maneira que ocorre com juizes e legisladores. Adota neste ponto as lições de MERKL, ao afirmar que o arbítrio é "(...)uma necessidade fundada jurídico-teoricamente na essência da execução como concretização de uma norma abstrata"<sup>131</sup>. No entanto, esta

<sup>128</sup> LINARES, Juan Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p. 17.

<sup>129</sup> Ibid., p. 279.

<sup>130</sup> Ibid., p. 72 Trecho original: "(...)La justificación finalista o es axiológica o no es justificación de la conducta y además resulta siempre insuficiente y parcial. Diz ainda o autor que "Es justificación axiológica porque ya la mera determinación de un fin es una elección promovida por un juicio de valor sobre esse fin" Tradução livre do autor: "(...) é justificação axiológica porque até a mera determinação de um fim é uma eleição promovida por um juízo de valor sobre esse fim.

<sup>131</sup> Ibid., p.17. trecho original: "(...)una necesidad fundada jurídico-teóricamente en la esencia de la ejecución como concretización de una norma abstracta".

afirmação não é capaz de explicar plenamente o fenômeno do arbítrio administrativo. Para JUAN FRANCISCO LINARES, é necessário traçar uma distinção entre arbítrio ordinário e arbítrio extraordinário.

O arbítrio ordinário surge quando a norma estabelece suficientemente as condições de sua aplicação. Neste momento, a valoração existente será praticamente a mesma de um juiz que aplica a lei, consubstanciando-se naquele momento ineliminável de subjetividade.

Já o arbítrio extraordinário surge com as chamadas fórmulas elásticas, os denominados por conceitos indeterminados. Estas fórmulas estabelecem uma maior liberdade ao administrador, aproximando-se do que tradicionalmente é chamado de discricionariedade administrativa<sup>132</sup>.

---

<sup>132</sup> Ibid., p.28-9. Cabe aqui reproduzir as palavras do autor, ao referir-se ao arbítrio extraordinário. Note-se que o autor busca em Carlos Cossio os fundamentos de sua tese sobre o poder discricionário administrativo: "Cabe preguntar aquí qué papel juegan, en todo esto, las fórmulas elásticas dadoras de arbítrio extraordinario. Ellas son referencias conceptuales a "contenidos dogmáticos" muy singulares, que contribuyen a describir la conducta normada. A ciertos objetos culturales caracterizados porque su existencia no es perceptible sino por el espíritu de quien la pone o vive como "vivencia" personal. Nos referimos a los objetos cultural-egológicos de la sub-especie valoraciones. En el ejemplo tenemos esse objeto mentado por el vocablo "utilidad publica". Observamos, así, que los objetos del reino de la cultura pueden subdividirse en "mundanales" y "egológicos". Los primeiros tienen un substracto real-natural(...) Los otros tienen por substrato real conducta humana"(tradução livre do autor: cabe perguntar aqui que papel jogam, em tudo isso, as fórmulas elásticas que conferem arbítrio extraordinário. Essas são referências conceituais a "conteúdos dogmáticos" muito singulares, que contribuem para descrever a conduta normada. A certos objetos culturais caracterizados porque sua existência não é perceptível senão pelo espírito de quem a estabelece ou vive como "vivencia" pessoal. Referimos-nos aos objetos cultural-egológicos da subespécie valorações. No exemplo temos esse objeto pensado pelo vocábulo "utilidade pública". Observamos, assim, que os objetos do reino da cultura podem subdividir-se em "mundanos" e "egológicos". Os primeiros tem um substrato real-natural(...) os outros tem por substrato real a conduta humana). O primeiro pode ser caracterizado como conceitos empíricos, como "noite", "cavalo domado". Os segundos podem ser exemplificados pelos conceitos "utilidade pública" "urgência", etc. Observa-se que, ao traçar esta distinção, o autor estabelece uma distinção conhecida dentro do estudo dos conceitos indeterminados, como se vê no direito português em Afonso Rodrigues Queiró, que diferencia entre conceitos empíricos e conceitos normativos (valorativos).

### 1.5. O controle no direito português;

Majoritariamente, a doutrina portuguesa reconhece uma certa margem de apreciação da Administração na aplicação dos conceitos indeterminados. De acordo com ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUZA, existem duas correntes definidas em relação ao tema. Para o autor:

Uma que submete a generalidade dos conceitos indeterminados ao controlo total da Administração, mas acaba por reconhecer que certos conceitos, significam o reconhecimento a favor da entidade administrativa que os aplica de uma liberdade discricionária ("conceitos discricionários") e outra que em geral nega os "conceitos discricionários" dizendo que a interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados configura uma situação de vinculação mas em que não pode haver controlo judicial amplo, resultando dessa ausência necessária de controlo uma "discricionarieidade imprópria"<sup>133</sup>

Aliando-se à primeira tese, GOMES CANOTILHO<sup>134</sup> sustenta que a "(...)concretização de conceitos indeterminados é uma tarefa de interpretação no sentido de se apurar a solução correta prevista nas normas jurídico-legais"<sup>135</sup>, devendo-se reconhecer, no entanto, um espaço de livre apreciação da Administração<sup>136</sup> nas hipóteses em que a concretização dos

<sup>133</sup> SOUZA, António Francisco de. "Conceitos...", Op.Cit. p.87.

<sup>134</sup> O autor distingue entre conceitos polissêmicos e conceitos relativamente indeterminados. Os primeiros são aqueles utilizados com diversos sentidos, como é o caso do conceito de lei na Constituição Portuguesa. Nestes, a tarefa do intérprete é descobrir o sentido em que a expressão é utilizada. Quanto aos segundos, "(...)o problema que eles levantam é o da definição das características objetivas e dos sinais distintivos que dizem respeito ao seu objeto". Para Canotilho e Vital Moreira é "(...)metodicamente insustentável a idéia de que estes conceitos são conceitos vazios, sem qualquer conteúdo(...). Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição, p.56.

<sup>135</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Fidelidade..., Op.Cit., p.203.

<sup>136</sup> Ibid., p. 189. Canotilho sustenta que a autoridade administrativa, em se tratando de conceitos indeterminados, tem uma certa margem discricionária para

conceitos exija a avaliação de uma incerta situação futura, como em juízos de prognose, sendo que aqui, "no preenchimento de conceitos indeterminados de prognose não há discricionariedade, mas uma prerrogativa de avaliação conducente a uma maior liberdade na redução das incertezas de facto na sua aplicação"<sup>137</sup>. Para o renomado constitucionalista português, o controle é total quanto à identificação semântica dos enunciados lingüísticos, enquanto que em relação às indeterminações fáticas o controle deve ser normal, semelhante àquele exercido nos casos de atribuição do poder discricionário<sup>138</sup>.

Para CANOTILHO, não admite o conceito de discricionariedade técnica como uma forma de discricionariedade, na acepção rigorosa da palavra, como uma escolha realizada pelo administrador. O que ocorre aqui, segundo o autor, é que "(...)sob a designação de discricionariedade técnica esconde-se uma espécie de delimitação intuitiva de capacidades pessoais(...) que a doutrina germânica apelida de "elementos imponderáveis"<sup>139</sup>. Esta espécie de juízos de valoração, entretanto, não pode ser confundida com um autêntico poder discricionário.

Por fim, CANOTILHO elabora um quadro comparando o raciocínio jurídico a ser seguido em casos onde haja poder discricionário e na aplicação de conceitos indeterminados de prognose<sup>140</sup>:

PODER DISCRICIONÁRIO	CONCEITOS INDETERMINADOS DE PROGNÓSE
1. Verificam-se os pressupostos legalmente	1. Não obstante as eventuais incertezas dos

complementar os pressupostos da decisão, não lhe sendo possível fixar estes mesmos pressupostos.

<sup>137</sup> Ibid., p.196.

<sup>138</sup> Ibid., p.204-5.

<sup>139</sup> Ibid., p.192.

<sup>140</sup> Ibid., p. 202-3.

tipicizados para o exercício de um poder discricionário?	enunciados lingüísticos, a administração procedeu a uma correcta interpretação da disciplina legal?
2. O fim prosseguido pela administração é o fim legal para a prossecução do qual lhe foi concedido o poder discricionário?	2. A administração tomou a decisão justa prevista na lei ao aplicar os conceitos indeterminados?
3. Na tarefa de complementação dos pressupostos, administração observou o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade) e o princípio da igualdade? Respeitou os direitos fundamentais dos cidadãos, legalmente protegidos?	3. Ao utilizar as "regras da experiência" para resolver as "incertezas de facto" <i>ínsitas</i> em conceitos indeterminados de prognose a administração observou o princípio material da proibição de excesso (proporcionalidade, necessidade, adequação?) e os direitos fundamentais dos cidadãos?
4. O efeito ou resultado jurídico escolhido pela administração é um efeito legalmente permitido?	

Pensamento interessante no direito português é o de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, que demonstra variações em seu pensamento, e evidencia sensíveis diferenças nas conclusões a que chega no que se refere à questão dos conceitos indeterminados. Em trabalho publicado no ano de 1965, sustenta que o poder discricionário não pode ser confundido com os conceitos indeterminados. De acordo com este administrativista, a intervenção de elementos subjetivos na interpretação não deve ser confundida com a concessão de um poder de escolha. Os conceitos indeterminados "(...) são, simplesmente, o produto da impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica, em que o

legislador freqüentemente se encontra, de enunciar, com toda a nitidez, com todo o rigor, quer as circunstâncias ou pressupostos-de-facto em que os órgãos da Administração hão de exercer sua competência, no futuro, quer as finalidades a realizar pelos órgãos da Administração"<sup>141</sup>.

Estas considerações, entretanto, divergem do pensamento exposto pelo autor em trabalho datado de 1942. Neste estudo pode-se verificar que QUEIRÓ defende a existência de conceitos de significação definível e conceitos de significação exata indeterminada, também chamados de plurissignificativos<sup>142</sup>. No primeiro caso encontram-se os conceitos das ciências empírico-matemáticas, que pressupõem o princípio causalista, não deixando à Administração nenhuma margem de discricionariedade. No segundo caso estão caracterizados os chamados conceitos práticos, exigindo uma valoração do administrador e não sendo passíveis de interpretação<sup>143</sup>. Entende ainda o doutrinador português que os círculos legais de atividades da Administração são definidos e delimitados por conceitos. Sendo estes conceitos teóricos, a competência será absolutamente determinada, enquanto que em casos de conceitos práticos a competência é definida de forma negativa<sup>144</sup>.

Nos últimos anos, como observa ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUZA<sup>145</sup>, QUEIRÓ tem admitido a existência de conceitos discricionários, em relação aos quais a Administração tem a possibilidade de valorar livremente sobre o comportamento a ser realizado. Neste momento, o autor altera sua orientação

---

<sup>141</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas, p.84.

<sup>142</sup> Idem. Reflexões sobre a Teoria do "Desvio de Poder" em Direito Administrativo, p.23. De acordo com o autor, razões extra-jurídicas determinam a maior ou menor precisão dos conceitos. Assim, é a necessidade social de harmonizar a segurança com a justiça que regula ou deve regular o grau de precisão das normas jurídicas

<sup>143</sup> Ibid., p. 27.

<sup>144</sup> Ibid., p. 79.

manifestada em 1965, passando a admitir a existência de discricionariedade em certos conceitos indeterminados.

Outro autor português de grande relevância para o tema é SÉRVULO CORREIA. Para ele, a norma que define os pressupostos do ato administrativo pode conter duas espécies de abertura: pela utilização de conceitos indeterminados e abertura tendente a permitir ao órgão que estabeleça outros pressupostos que não aqueles previstos em lei. Os verdadeiros conceitos indeterminados são aqueles que envolvem juízos de prognose, não sendo considerados como tal aqueles cujo sentido pode ser captado mediante juízos lógico-discursivos<sup>146</sup>.

Conforme SÉRVULO CORREIA, a utilização de conceitos indeterminados concede ao órgão administrativo uma margem de livre apreciação<sup>147</sup>. Contudo, via de regra, a abertura na regra contendo aqueles conceitos geralmente é menor que naquelas normas em que se concede ao administrador poder para complementar os pressupostos de fato. Neste ponto, o mestre português diferencia entre esta última espécie de regras e aquelas contendo conceitos indeterminados. Nesta não é conferida uma tarefa de complementação dos pressupostos, mas sim a formulação de um juízo de prognose, tomando por pressuposto um juízo cognoscitivo<sup>148</sup>. Em algumas vezes, no entanto o conceito indeterminado é utilizado como para estabelecer um campo discricionário à atividade administrativa<sup>149</sup>, quando seja necessária a apreciação de interesses concorrentes.

O reconhecimento do controle pleno é defendido por ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUZA. Para este autor, a interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados é sempre uma atividade

---

<sup>145</sup> SOUZA, António Francisco de. "Conceitos...", *Ob. Cit.* p.95

<sup>146</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p.322.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 323.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 333.

vinculada à lei, em situações onde há apenas uma solução justa<sup>150</sup>, não se admitindo a chamada discricionariedade técnica ou a margem de liberdade da Administração<sup>151</sup>.

Não obstante, embora ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUZA defenda um controle pleno, entende que isto não significa o exercício deste controle em sua totalidade<sup>152</sup>. De acordo com o professor lusitano, a lei influencia três aspectos da jurisprudência administrativa: determina o que é controlável, os padrões e processos de controle, e os efeitos da proteção jurídica<sup>153</sup>. Conseqüentemente, estes aspectos devem ser buscados com a interpretação da norma, cujos limites serão definidos somente no caso concreto<sup>154</sup>.

SOUZA refuta as teses que procuram justificar um espaço de apreciação da administração, e pretende remeter a questão dos conceitos indeterminados ao plano da sua interpretação e aplicação. Admite, por outro lado, que a interpretação encontra limites, caso em que o controle não deverá exercido na sua plenitude. O autor, nesta linha de raciocínio, entende não estarem sujeitas ao controle integral as decisões altamente pessoais, como na apreciação dos servidores por seus superiores, as chamadas valorações vinculativas, como as avaliações de filmes ou revistas, feitas por comissões especializadas, as decisões de caráter prognóstico<sup>155</sup>, e as decisões de planificação<sup>156</sup>.

---

<sup>149</sup> Ibid., p.322.

<sup>150</sup> SOUZA, António Francisco de. "Conceitos"..., Op.Cit.p.205.

<sup>151</sup> Ibid., p.207.

<sup>152</sup> Ibid., p.211.

<sup>153</sup> Ibid., p.224.

<sup>154</sup> Ibid., p.210.

<sup>155</sup> SOUZA António Francisco de. "Conceitos..." Op.Cit, p.215. O autor cita exemplo dado por BACHOF, envolvendo decisão de caráter prognóstico. É o caso de decisão de autoridade administrativa que negou licença para a instalação de um posto de gasolina com base no "perigo para o trânsito" em razão da sua localização. Nestes casos, deve-se reconhecer a prerrogativa de última decisão para a Administração.

<sup>156</sup> Ibid., p. 215.

1.5.1. A admissão dos conceitos discricionários e a utilização pelos Tribunais Administrativos da "discricionarietà técnica"

A tese da *discricionarietà imprópria* tem como principal representante DIOGO FREITAS DO AMARAL, quando sustenta que esta figura surge onde há liberdade probatória, *discricionarietà técnica* e justiça administrativa. A primeira figura surge quando a lei permite que a Administração interprete e avalie as provas obtidas de acordo com sua própria convicção, restando para o órgão uma margem de apreciação. Já na *discricionarietà técnica* a lei não remete para critérios técnicos, mas é a administração que pode optar pela utilização destes critérios. A terceira forma de *discricionarietà imprópria* se dá quando a administração deve proferir decisões baseadas em critérios de justiça administrativa, como no caso de valoração de funcionários públicos e graduação de penas disciplinares<sup>157</sup>. Nestes casos, portanto, o autor português não admite a impugnação da decisão por parte do Tribunal.

Outro autor que defende a relação entre *discricionarietà* e conceitos indeterminados é FERNANDO ALVES CORREIA. Para ele, em conceitos de natureza não-descritiva surge uma liberdade da escolha dos motivos de fato que motivarão a decisão administrativa, o que impossibilita o controle judicial da solução adotada pelo órgão aplicador da norma<sup>158</sup>.

Digno de nota, relacionando a *discricionarietà* com o problema da interpretação, é o pensamento de MARCELO CAETANO, que entende não existirem atos discricionários, e sim elementos onde haja liberdade conferida ao administrador. A

<sup>157</sup> *Ibid, Op.Cit., p.95-6.*

<sup>158</sup> CORREIA, Fernando Alves. *Op. Cit. p.364.*

discricionariiedade surgirá no limite da interpretação que leve em conta o sentido literal e a finalidade da norma<sup>159</sup>, argumento que assemelha-se ao de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO no direito brasileiro, como se analisará adiante.

Para ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA, a jurisprudência portuguesa aceita geralmente a idéia de que a aplicação dos conceitos indeterminados pela autoridade administrativa não pode ser controlada judicialmente, tendo em vista que nestes casos há a atribuição de uma discricionariiedade técnica.<sup>160</sup> Além disso, em certas situações o Supremo Tribunal Administrativo reconhece que os conceitos indeterminados não atribuem discricionariiedade técnica, mas verdadeira discricionariiedade administrativa<sup>161</sup>. Há, contudo, uma tendência recente no Supremo Tribunal Administrativo português no sentido de aceitar o controle dos chamados "conceitos indiretamente indeterminados", aqueles determináveis pela utilização de conhecimentos relativos às ciências exatas.

#### 1.6. O controle dos conceitos indeterminados na Espanha

O debate no Direito Espanhol desenvolve-se basicamente a partir de argumentos dogmático-constitucionais, em especial no que se refere ao significado do princípio democrático para a Administração Pública.

De um lado encontram-se autores como TOMÁS-RAMÓN FERNANDEZ e EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, quando sustentam um maior controle dos atos administrativos, única conclusão que se poderia chegar ao analisar a estrutura de legalidade e proteção de direitos instituída pelo Estado moderno. Por outro lado, muitos

<sup>159</sup> CAETANO, Marcelo. Manual de Direito Administrativo, p.489-491

<sup>160</sup> SOUZA, António Francisco de. Op Cit.p.180.

<sup>161</sup> Ibid., p. 184

autores concluem que o princípio democrático exige a ampliação da margem de liberdade estabelecida ao administrador e uma correlata restrição do âmbito de controle judicial da atividade administrativa.

Atualmente, cresce a influência de novas orientações surgidas na doutrina germânica, que procuram resolver o problema dos conceitos indeterminados com o privilégio a justificativas de ordem teórico-normativa. É o caso de MARIANO BACIGALUPO, para quem a melhor forma de garantir-se um controle que não exceda a legalidade é proceder à análise da estrutura das normas jurídicas aplicáveis, a fim de constatar a existência ou não de discricionariedade.

#### *1.6.1. A Luta contra as imunidades do Poder: a influência de García de Enterría na jurisprudência e doutrina espanholas*

Certamente, nenhum outro país assimilou tanto a lição germânica quanto a Espanha. A doutrina espanhola vem mostrando, nas últimas décadas, uma forte tendência a tentativa de lapidar mecanismos de aperfeiçoamento do controle da Administração Pública. Esta tendência pode ter como marco inicial o pensamento de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, exteriorizado em palestra proferida na Universidade de Barcelona em 1962, sob o título *La Lucha contra las inmunidades del Poder*.

ENTERRÍA adota como pressuposto teórico em sua obra a necessidade de maximização do controle jurisdicional como forma de reduzir a possibilidade de utilização arbitrária do poder administrativo. Sustenta que os conceitos indeterminados, sejam de experiência ou de valor, referem-se sempre a supostos concretos, e remetem para uma única solução justa, o que submete

a aplicação de tais conceitos à plena sindicabilidade judicial<sup>162</sup>. Os conceitos indeterminados seriam casos de aplicação da lei, sendo objeto de uma estimativa jurídica de acordo com o sentido previsto pela norma, não existindo similaridade entre incerteza e poder discricionário<sup>163</sup>.

Para o doutrinador espanhol, a cláusula da tutela judicial efetiva, positivada na Constituição espanhola no art. 24, parágrafo primeiro<sup>164</sup>, exige a sindicabilidade plena da discricionariedade, contanto que sejam observados os limites que impedem a substituição da decisão política do administrador pelo provimento jurisdicional. Aqui reside, segundo ENTERRÍA, a grande responsabilidade da ciência jurídica, no intento de fixarem-se os limites estritamente jurídicos do controle. Para ele, a técnica dos conceitos indeterminados gerou resultados positivos na Espanha, embora existam casos isolados de abuso, como em decisões de uma sala do contencioso da Audiência Territorial de Valencia, em que se aprovava sistematicamente candidatos ao cargo de professor reprovados por Comissões de Seleção<sup>165</sup>.

Recentemente, o notável administrativista procurou debater a questão do controle jurisdicional sob a ótica do princípio democrático, um dos pilares do Estado de Direito. Conforme ENTERRÍA, o sistema de contencioso administrativo não foi montado para substituir as decisões da Administração, mas para preservar o princípio da legalidade e a

---

<sup>162</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, e RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*, p.385.

<sup>163</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*, p.37.

<sup>164</sup> "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión" (tradução livre do autor: todas as pessoas têm direito a obter a tutela efetiva dos juízes e tribunais no exercício de seus direitos e interesses legítimos sem que em nenhum caso se produzir falta de defesa).

<sup>165</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Los Ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en derecho español*, p.16.

proteção dos direitos dos cidadãos. Não obstante, a questão que surge é se a eletividade dos titulares do poder administrativo tem alguma importância para a definição dos limites do controle jurisdicional<sup>166</sup>.

GARCÍA DE ENTERRÍA responde à questão da influência do princípio democrático sobre o controle jurisdicional da Administração Pública, quando defende que aquele não pode servir para fundamentar a insindicabilidade dos atos Administrativos. Com base em KELSEN, o autor espanhol fundamenta a necessidade de aperfeiçoamento das instâncias de controle para a garantia da democracia<sup>167</sup>. Afirma ainda que "(...) a Justiça Administrativa, e seu progressivo desenvolvimento e refinamento, é assim democracia em ato, ao contrário do que se possa ter pensado. Por isso essa justiça, como já sabemos, é um fruto da democracia mesma, que encontra nela um dos seus mais adequados componentes"<sup>168</sup>.

ENTERRÍA procura responder nesta obra ao argumento de que a legitimação democrática da Administração conceder-lhe-ia maior liberdade para agir. Conclui definindo que a vinculação positiva à Lei, e o conseqüente controle dos atos administrativos, é decorrência da própria estrutura das democracias contemporâneas, destinadas à proteção da legalidade e dos direitos dos cidadãos. Para tanto, a Administração, "(...) como os demais poderes públicos, está submetida plenamente à Constituição e ao resto do ordenamento jurídico"<sup>169</sup>.

<sup>166</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y Control de la Administración*, p.34-5.

<sup>167</sup> Ibid., p.61-2.

<sup>168</sup> Ibid., p.72. Trecho original: "La Justicia Administrativa, y su progresivo desarrollo y afinamiento, es así democracia en acto, todo lo contrario de lo que en algun momento haya podido pensarse. Por ello esa justicia, como ya sabemos, es un fruto de la democracia misma, que encuentra en ella uno de sus más adecuados componentes".

<sup>169</sup> Ibid., p.129. Trecho original: "(...) como los demás poderes públicos, está sometida plenamente a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"

Esta compreensão da função do princípio democrático e o sentido da submissão da Administração à Lei e ao Direito fundamenta-se em um ordenamento jurídico concebido como ordenação orientada por "valores superiores abertos", que regem toda aplicação e interpretação do Direito. Nas palavras do jurista, "a Constituição configurou a democracia, não como uma simples regra mecânica, cega aos valores materiais e estritamente neutra ante eles, mas como uma peça inserta em um quadro de valores materiais que, enquanto constitucionalizados, impõem-se a seu funcionamento"<sup>170</sup>. Observa-se no pensamento de GARCÍA DE ENTERRÍA a influência do pensamento germânico desenvolvido no pós-guerra, que enuncia uma fundamentação material para o Estado de Direito e intenta a superação do estrito positivismo e de uma concepção totalitária da democracia, passando-se conferir dimensão ampla à cláusula da submissão dos poderes públicos à Lei e ao Direito, principalmente a partir do pleno desenvolvimento e eficácia dos princípios gerais de Direito<sup>171</sup>.

Entretanto, nota-se que, embora haja uma aceitação ampla da técnica dos conceitos indeterminados, desenvolvida na Alemanha, o enfoque conferido à justificação teórica desta postura ocorre com a preponderância de parâmetros diversos daqueles enfocados prioritariamente no raciocínio germânico, fundando-se as razões do controle principalmente em argumentos dogmático-constitucionais<sup>172</sup>, desenvolvidos em grande parte sob os

---

<sup>170</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola*, p.11.

<sup>171</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*, p.102 e ss.

<sup>172</sup> Não há qualquer dúvida de que os argumentos dogmático-constitucionais apresentam-se nas preferências metodológicas dos autores espanhóis, no que se refere ao debate sobre a controle da Administração. Assim, a título de exemplo, observa-se obras como a de Eduardo García De Enterría (*Democracia, Jueces, y Contról de la Administración*, passim), que na obra citada busca a justificação de um controle efetivo com base no princípio democrático (que historicamente serviu para justificar a ausência de controle), principalmente a partir das idéias de Kelsen. Também verifica-se esta orientação em Tomás-Ramón Fernández (*De la arbitrariedad de La Administración*, passim), e Marcos M.

ventos inspiradores advindos da promulgação da Constituição espanhola de 1978, considerada como o suporte dogmático consistente para a superação do modelo autoritário e a positivação de uma estrutura concebida como um Estado Social e Democrático, regido pelo Império da Lei e do Direito. Os autores espanhóis, seguidores das teses formuladas por GARCÍA DE ENTERRÍA, buscam em dogmas constitucionais como a "vinculação positiva à Lei e ao Direito, a interdição de arbitrariedade"<sup>173</sup>, a exigência de racionalidade na atividade estatal, e a proteção efetiva dos Direitos Fundamentais", as razões para um controle mais efetivo da Administração Pública.

Os Tribunais da Espanha vêm atuando no sentido de estabelecerem-se cânones de controle suficientes e adequados para a efetiva proteção dos direitos fundamentais, o que acarreta a

---

Fernando Pablo (La motivación del acto administrativo, p.39), onde este busca em fundamentos constitucionais a justificação para o dever de motivação: el examen de un punto tan asentado en la tradición y sus dogmas como la motivación del acto, en el que se há apreciado una más de las manifestaciones de la "Administración de soberanía", obliga a partir, necesariamente, de esta perspectiva de refundación sobre bases constitucionales, a fin de establecer el clima de una "Administración de servicio", máxime si se contempla, como en nuestro caso, un contexto preconstitucional de signo autoritario. (tradução livre do autor: o exame de um ponto tão assentado na tradição e seus dogmas como a motivação do ato, em que se tem apreciado mais uma das manifestações da "Administração de soberania", obriga a partir, necessariamente, desta perspectiva de refundação sobre bases constitucionais, a fim de estabelecer o clima de uma "Administração de serviço", ainda mais se contempla-se, como em nosso caso, um contexto preconstitucional de signo autoritário).

<sup>173</sup> Este princípio opera tanto no sentido de adequação de meios a fins, como na exigência de não discriminação e fundamento justificado do ato analisado. Neste sentido, Marcos Fernando Pablo (Op. Cit., p.136), cita as seguintes decisões do Tribunal Constitucional Espanhol: STC 66/1985 afirma que la desproporción entre medios y fines sólo puede dar lugar a un enjuiciamiento por este Tribunal cuando implique un sacrificio excesivo e innecesario de derechos que la Constitución garantiza. Também a STC 108/1986: el análisis se há de centrar en si tal precepto establece una discriminación, pues la discriminación entraña siempre arbitrariedad, o bien, aun no estableciéndola, carece de toda explicación, sin que sea pertinente un análisis a fondo de sus eventuales consecuencias (tradução livre do autor: a desproporção entre meios e fins somente pode dar lugar a um julgamento por este Tribunal quando implique um sacrifício excessivo e desnecessário de direitos que a Constituição garante(...) a análise deverá centrar-se em se tal precepto estabelece uma discriminação, pois a discriminação entranha sempre arbitrariedade, ou bem, ainda que não a estabelecendo, carece de toda explicação, sem que seja pertinente uma análise a fundo de suas eventuais conseqüências) .

utilização da técnica denominada de *redução a zero da discricionariedade*, que exige a justificação objetiva de toda atividade estatal, principalmente no que se refere aos atos discricionários. Seguindo esta orientação, a sentença do Tribunal Supremo Espanhol de 07 de fevereiro de 1987 enquadra as hipóteses de conceitos indeterminados dentro do âmbito da discricionariedade, com o objetivo de limitá-la ao máximo e esclarecer que a escolha da Administração deve fundar-se em justificáveis. Diz a decisão mencionada:

A fundamentação adequada da decisão concretamente adotada constitui um segundo nível de diferenciação entre o discricionário e o arbitrário, entendido este último como o que não aparece (por inexistência da motivação ou por motivação insuficiente) ou não está devidamente fundada (no material incorporado ao expediente ao largo da instrução do procedimento [...], a norma habilitante do poder discricionário inclui sempre implicitamente, e isso tanto quando utiliza o que se chama um conceito jurídico indeterminado como parâmetro de decisão, como quando francamente reconhece à Administração a liberdade para decidir<sup>174</sup>

A tendência da jurisprudência espanhola ainda é de compreender a existência de discricionariedade sempre que a Administração Pública possa ponderar os interesses em questão, sendo inafastável a apreciação do administrador e totalmente inviável o simples procedimento de subsunção. No entanto, nestas hipóteses, a atividade administrativa encontra-se sob a exigência da comprovação dos motivos e da racionalidade objetiva da

---

<sup>174</sup> FERNANDO PABLO, Marcos M. Op.Cit.p.142. Trecho original: "La Fundamentación adecuada de la decisión concretamente adoptada constituye un segundo nivel de diferenciación entre lo discrecional y lo arbitrario, entendido esto último como lo que no aparece (por inexistencia de la motivación o por motivación insuficiente) o no está debidamente fundada (en el material incorporado al expediente a lo largo de la instrucción del procedimiento) [...], la norma habilitante del poder discrecional incluye siempre implícitamente, y ello tanto cuando utiliza lo que se llama un concepto jurídico indeterminado como parámetro de decisión, como cuando francamente reconoce a la Administración la libertad para decidir"

decisão, o que permite aos tribunais realizar um intenso controle de fundo sobre os atos administrativos.

*1.6.2. Os defensores da limitação do controle dos conceitos indeterminados: a relação entre o princípio democrático e a discricionariedade*

Embora as teses de GARCÍA DE ENTERRÍA tenham recebido ampla aceitação da doutrina espanhola e inclusive do Tribunal Supremo daquele país, verifica-se nos últimos tempos a oposição de alguns autores à orientação defensora da maximização do controle da Administração, com o surgimento de posturas tendentes a revitalizar o papel da discricionariedade e a redimensionar a função administrativa no Estado democrático contemporâneo.

Um dos administrativistas espanhóis que busca estabelecer novas bases para a compreensão da Administração Pública é MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN. Tomando por marco inicial o suposto de que o direito à tutela judicial efetiva exige um controle estritamente jurídico da discricionariedade, estaria a sindicabilidade limitada ao tradicional desvio de poder, à verificação da existência dos fatos determinantes, ao erro de direito e ao controle através dos princípios gerais de direito<sup>175</sup>.

SANCHEZ MORÓN refuta o conceito reducionista de discricionariedade. Para ele, esta se caracteriza pela impossibilidade do legislador regular com detalhe todas as situações de aplicação da lei, o que concedendo liberdade para a função administrativa<sup>176</sup>. Para SÁNCHEZ MORÓN, esta liberdade, e a

---

<sup>175</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, p.194-5.

<sup>176</sup> *Ibid.*, p. 13.

própria concepção do Direito Administrativo, deve partir da idéia de que a Administração Pública é "(...) aquela instituição pública que se singulariza (e se legitima) por sua função de serviço (com objetividade) dos interesses gerais"<sup>177</sup>. O Direito Administrativo não poderia ser visto como um "direito de confrontação" entre liberdade e autoridade, e sim a partir do binômio função (da Administração) - interesse (do cidadão usuário dos serviços públicos)<sup>178</sup>, devendo-se equilibrar a necessidade do respeito dos direitos do cidadão com a necessidade de um boa Administração<sup>179</sup>.

MORÓN entende pela necessidade de maior espaço para atuação para o Administrador, a fim de garantir os deveres de boa Administração, sendo esta a função da discricionariedade no Estado de Direito. A ampla liberdade conferida ao administrador encontra fundamento na sua legitimação democrática, sendo a discricionariedade uma necessidade institucional (funcional), garante do funcionamento eficiente da máquina administrativa<sup>180</sup>. O professor espanhol questiona o sentido da vinculação positiva à lei, sustentando que a doutrina atual vem abandonando este postulado e admitindo a vinculação meramente negativa da Administração, vendo a norma apenas como limite à atividade administrativa, onde a constatação da inexistência de uma resposta acabada conferida pela lei permite que o administrador encontre nesta apenas as orientações gerais. Isto decorre do fato de que a Administração Pública não tem como função apenas executar as leis, mas também satisfazer o interesse público com submissão à lei e ao Direito<sup>181</sup>.

---

<sup>177</sup> Ibid., p.99 Trecho original: "(...)es (...) aquella institución pública que se singulariza (y se legitima) por su función de servicio (com objetividad) de los intereses generales"

<sup>178</sup> Ibid., p.100.

<sup>179</sup> Ibid., p. 103.

<sup>180</sup> Ibid., p. 114.

<sup>181</sup> Ibid., p. 110.

Esta visão ampliativa do conceito de discricionariedade, justificada pela necessidade de garantir uma maior agilidade da Administração na satisfação do interesse público, como se vê, reduz as possibilidades de um controle dotado de maior intensidade da atividade administrativa, e coloca os conceitos indeterminados na esfera de liberdade de conformação do administrador. A orientação adotada por SÁNCHEZ MORÓN revitaliza inclusive a chamada discricionariedade técnica, que, segundo ele, muitas vezes surge por meio de conceitos indeterminados (como mérito, capacidade, justo preço, oferta mais vantajosa), permitindo um controle das garantias organizativas e procedimentais previstas em lei, sendo essencial, contudo, respeitar o resultado da decisão técnica tomada pela Administração<sup>182</sup>.

SÁNCHEZ MORÓN adota orientação metodológica semelhante àquela seguida por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, divergindo profundamente, por óbvio, nas respostas adotadas. Os mestres citados, não obstante a clara confrontação existente entre suas teses sobre os limites da sindicabilidade dos atos administrativos, admitem em relação a estes a incidência de um controle estritamente jurídico, vindo a divergir sobre o significado deste controle, e tanto o primeiro

---

<sup>182</sup> *Ibid.*, p. 130. Afirma Morón em relação à discricionariedade técnica: *En muchos casos esta actividad está delimitada o guiada por conceptos jurídicos indeterminados (mérito y capacidad, justo precio, oferta más ventajosa). Pero, como se há razonado, la concreción de estos conceptos es con enorme frecuencia incierta e opinable. Por eso, salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formarse en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces* (tradução livre do autor: Em muitos casos esta atividade está delimitada ou guiada por conceitos jurídicos indeterminados (mérito e capacidade, justo preço, oferta mais vantajosa). No entanto, como se disse, a concreção destes conceitos é com enorme frequência incerta e opinável. Por isso, salvo crassos erros de apreciação, não seria conforme ao direito substituir a opinião dos técnicos da Administração por aquela que o juiz possa formar no processo ouvindo a outros técnicos

quanto os últimos autores citados invocam a estrutura do Estado Democrático de Direito para fundamentar suas teses, notadamente antagônicas. Interessante observar que tanto GARCÍA DE ENTERRÍA quanto SÁNCHEZ MORÓN mencionam o princípio democrático em suas obras, o primeiro, ao afirmar que deste decorre a necessidade de um controle efetivo da Administração, ao passo que para o segundo a legitimação democrática do Executivo lhe dá uma maior margem de atuação discricionária.

Esta diversidade de respostas, a partir de argumentos dogmático-constitucionais, põe em questão a sustentabilidade e a viabilidade deste enfoque, largamente adotado na Espanha. Consciente destes problemas, MARIANO BACIGALUPO, principalmente sob a influência do pensamento de MARTIN BULLINGER, desenvolvido na Alemanha, fundamenta a discricionarietà na insuficiência da programação normativa, devido a impossibilidade de distinguir-se conceitos indeterminados e discricionarietà com base em argumentos dogmático-constitucionais, como o postulado do Estado de Direito, a interdição de arbitrariedade, o princípio democrático, e a vinculação positiva à lei. Para MARIANO BACUGALUPO, a discricionarietà e a zona de incerteza dos conceitos indeterminados não se diferenciam qualitativamente, sendo que "(...)é a teoria que concebe a discricionarietà administrativa como habilitação à Administração para completar ou integrar em sede aplicativa o suposto de fato imperfeito de uma norma jurídico-administrativa a que(...) aparece como mais consistente, tanto desde um ponto de vista lógico-normativo como dogmático-constitucional"<sup>183</sup>.

---

distintos. Do contrário, se estaria reemetendo a discricionarietà técnica da Administração aos juizes.

<sup>183</sup> BACIGALUPO, Mariano. *Op.Cit.*, p.191. Trecho original: "(...)es la teoría que concibe la discrecionalidad administrativa como habilitación a la Administración para completar o integrar en sede aplicativa el supuesto de hecho imperfecto de una norma jurídico-administrativa la que, (...) aparece

Sintetizando seu pensamento, MARIANO BACIGALUPO afirma que:

(...)os conceitos indeterminados( em sua zona de incerteza) e a discricionariedade não se diferenciam qualitativamente...

-nem desde um ponto de vista teórico-normativo ou, o que é o mesmo, de sua respectiva localização dentro da estrutura lógico-formal da norma jurídico-administrativa(em ambos casos nos movemos, como se assinalou repetidamente, no âmbito do suposto de fato normativo;

-nem desde um ponto de vista jurídico-metodológico(isto é, o da teoria do conhecimento e pensamento jurídicos), pois consistem tanto a aplicação de conceitos indeterminados em sua zona de incerteza como o exercício da discricionariedade em operações de integração normativa de natureza volitiva e não cognitiva

-nem, enfim, desde o ponto de vista do grau de vinculação ou programação normativa que proporcionam(...)<sup>184</sup>

LUCIANO PAREJO ALFONSO é outro autor que contraria as perspectivas que vêem no controle jurisdicional da atividade administrativa uma tendência histórica à redução do poder ao Direito, operada a partir da antinomia autoridade/liberdade, clássica do Estado liberal. De acordo com o seu pensamento, a explicação dos fundamentos do controle da Administração é encontrada na estrutura constitucional espanhola configurada pela Carta de 1978. No momento em que o Estado deixa de ser autoritário, a análise não pode pautar-se em uma tentativa de

---

como más consistente, tanto desde un punto de vista lógico-normativo como dogmático-constitucional".

<sup>184</sup> Idem, p. 204. Trecho original: "(...) los conceptos indeterminados(en su zona de incertidumbre) y la discrecionalidad no se diferenciam cualitativamente...-ni desde un punto de vista teórico-normativo o, lo que es lo mismo, de su respectiva localización dentro de la estructura lógico-formal de la norma jurídico-administrativa(em ambos casos nos movemos, como se ha señalado repetidamente, en el ámbito del supuesto de hecho normativo;- ni desde un punto de vista jurídico-metodológico(esto es, el de la teoría del conocimiento y razonamiento jurídicos), pues consisten tanto la aplicación de conceptos indeterminados en su zona de incertidumbre como el ejercicio de la discrecionalidad en operaciones de integración normativa de naturaleza volitiva y no cognitiva;-ni en fin, desde el punto de vista del grado de vinculación o programación normativa que proporcionan(...)".

redução do arbítrio, mas tendo em consideração os modos de realização do direito estabelecidos pelo novo regime constitucional<sup>185</sup>.

Conforme o doutrinador espanhol, a maior complexidade das funções do Estado gera principalmente a perda da posição hegemônica da lei dentro da estrutura de produção normativa e o enfraquecimento da reserva de lei, ou seja, da posição privilegiada ocupada pelo Parlamento. Diante destas evidências é que surgem mecanismos tendentes a manter a vinculação ao Direito, como a eficácia direta da ordem constitucional, a valorização dos princípios gerais de Direito e o aperfeiçoamento da tutela judicial efetiva<sup>186</sup>.

Os argumentos de PAREJO ALFONSO, ao situar a Administração não mais como detentora de esfera de poder potencialmente lesiva aos direitos dos cidadãos, e sim como órgão estatal destinado à satisfação das necessidades sociais, e a argumentação, em um enfoque sociológico, do aumento da complexidade das funções exercidas pelo Estado, leva à conclusão de que a programação normativa de pouca densidade significativa caracterizada pelos conceitos indeterminados e por cláusulas gerais somente pode significar que nestas esferas resta uma considerável esfera de discricionariedade administrativa, com o objetivo de determinar, diante do caso concreto, os elementos relevantes para a aplicação da norma jurídica<sup>187</sup>.

O controle judicial somente encontraria suporte quando houvesse regras jurídicas-objetivas que permitissem a verificação de sua observância ou inobservância<sup>188</sup>. Para PAREJO ALFONSO, o caminho mais correto e de acordo com o moderno Estado

---

<sup>185</sup> PAREJO ALFONSO, Luciano. *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, p.43.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p.69.

<sup>187</sup> *Ibid.*, p.73 e ss.

<sup>188</sup> *Ibid.*, p. 73.

de Direito está na recuperação da discricionariedade, presente esta figura toda vez que a programação normativa permita a criação da regra jurídica aplicável pela própria Administração<sup>189</sup>.

PAREJO ALFONSO parte de argumentos radicalmente diversos daqueles levantados por GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. No entanto, da mesma forma que observado em SÁNCHEZ MORÓN, há uma certa semelhança nos postulados teóricos adotados para justificar posicionamentos notadamente contraditórios: tanto o primeiro quanto os últimos autores partem de argumentos dogmático-constitucionais para embasar suas teses, ao buscarem nas próprias raízes normativas da Constituição os fundamentos para a maximização ou minimização do controle.

Contudo, não se pode deixar de considerar a maior fragilidade dos argumentos de PAREJO ALFONSO. Embora invoque o texto constitucional da Carta Espanhola de 1978, funda seus argumentos muito mais em considerações sociológicas, não explicando realmente qual a pretensão legislativa encontrada na obra do legislador constituinte. Na verdade, PAREJO ALFONSO prende-se ainda à concepção tradicional tendente à estabelecer relação entre certeza semântica e vinculação, por um lado, e incerteza quanto à programação normativa e circunstâncias de fato<sup>190</sup> e discricionariedade, por outro. Por estas razões, o autor espanhol discorda frontalmente certa orientação jurisprudencial do Tribunal Supremo Espanhol que exige a demonstração, por parte da Administração, da racionalidade da decisão tomada.

Em última análise, concluindo-se as orientações encontradas na doutrina espanhola, cabe mencionar que a melhor fundamentação encontrada para a caracterização da discricionariedade tendo em conta fundamentos teórico-normativos é a de MARIANO BACIGALUPO, que entende não haver distinção

---

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 117.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p. 38.

qualitativa entre conceitos indeterminados e discricção administrativa, já que o grau de vinculação está ligado à densidade da programação normativa<sup>191</sup>. Sendo a intensidade do controle jurisdicional definida tomando por parâmetro a densidade da norma, entende que a substituição das decisões somente será possível quando estiver previamente estabelecida uma única solução conforme ao Direito, enquanto que nos casos em que esta não exista a sindicabilidade será limitada ao seu aspecto negativo<sup>192</sup>

### *1.6.3. Posição atual do debate no Direito Espanhol;*

Durante um largo lapso de tempo a orientação teórica preconizada por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA prevaleceu quase que de forma unânime, sendo inclusive adotada, em linhas gerais, pelo Tribunal Supremo. Por este motivo, não havia maiores discussões sobre a pertinência teórica da chamada técnica dos conceitos indeterminados<sup>193</sup>.

Provavelmente, as lições de ENTERRÍA tenham sido facilmente aceitas devido a uma tendência crescente nos meios acadêmicos espanhóis de justificar rigorosamente a limitação do poder estatal, exacerbadamente exercido pelo governo fascista de Franco. A técnica dos conceitos indeterminados mostrava grande utilidade em um Estado que repudiava o pluralismo e funcionava na lógica soberano/súdito, restando ao Poder Judiciário ainda a possibilidade de restringir este postulado antidemocrático, desde que utilizasse eficientemente os mecanismos jurídicos destinados à sindicabilidade dos atos administrativos. Sem dúvida,

<sup>191</sup> BACIGALUPO, Mariano. *Op.Cit.*p.204.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 208-9.

<sup>193</sup> RAMÓN-FERNÁNDEZ, Tomas. *Op.Cit.*, p.15. Este autor começa a apresentação de sua obra falando do ressurgimento da discussão sobre os limites da

caracterizava-se o controle da Administração Pública como uma forma de resistência da racionalidade sobre a vontade do governante.

Com a democratização ocorrida a partir do final dos anos setenta e início dos anos oitenta, surgem novas situações que permitem o renascimento do debate. A solidificação do Estado democrático e a necessidade de promoção de reformas econômicas (*e.g.*, a necessidade de adequação à Comunidade Européia), certamente contribuíram para que os princípios da maximização do controle jurisdicional da atividade administrativa e da vinculação à Lei e ao Direito fossem questionados.

Diante das novas circunstâncias, algumas correntes propugnaram pela necessidade de preservar os espaços de atuação da Administração, sendo a discricionariedade um fenômeno inafastável no Estado contemporâneo. A técnica dos conceitos indeterminados passou então a ser concebida como uma construção dogmática inadmissível dentro de uma estrutura constitucional pluralista e democrática.

O debate realizado na Espanha toma dimensões muito mais profundas do que as divergências encontradas na doutrina brasileira. Adiante, ao tratar-se da questão dos conceitos indeterminados no Brasil, observar-se-á que as discordâncias ocorrem principalmente em relação ao enfoque adotado do que propriamente na definição dos limites do controle da Administração. Na Espanha, a discussão envolve duas teses notadamente antagônicas: de um lado os defensores do controle efetivo da Administração, transcendendo-se os meros limites formais e procedimentais, e, de outro lado, quem defenda a necessidade de um maior espaço de discricionariedade, como corolário lógico das exigências do Estado de Direito

---

*discricionariedade, debate praticamente inexistente desde a famosa Conferência proferida por Enterría em 1962.*

contemporâneo e da necessidade de garantir-se uma boa Administração.

## CAPÍTULO II: OS CONCEITOS INDETERMINADOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO E A DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRAS

### 2.1.0 controle da Administração no Direito brasileiro e a inafastabilidade da apreciação jurisdicional

A doutrina jusadministrativista brasileira encontra fortes raízes na tradição francesa<sup>1</sup>, embora o sistema de autocontrole da Administração exercido pelo contencioso administrativo tenha sido abandonado já nos primórdios da República para dar lugar ao sistema anglo-saxão de controle dos atos administrativos, pautado no heterocontrole (função fiscalizadora exercida pelo Judiciário) e na cláusula da inafastabilidade da apreciação jurisdicional<sup>23</sup>.

<sup>1</sup> Ver sobre o tema OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Jurisdição e Administração*, passim.

<sup>2</sup> A inafastabilidade da apreciação jurisdicional, coroada pela Constituição no art. 5º, XXXV (A Lei não excluirá da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça a Direito), é postulado decorrente do tradicional *due process of law*, garantindo a plena proteção dos direitos fundamentais pelo Judiciário e exige, para a restrição daqueles, a observância de um processo justo, que justifique a conduta da Administração perante o órgão judicante, garante da supremacia constitucional e da instituição de um procedimento público e participativo, no qual o Estado deve justificar racionalmente suas condutas e o cidadão tem a oportunidade de manifestar seu inconformismo com a intervenção em sua esfera de Direitos.

<sup>3</sup> Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, p.186) leciona no sentido da possibilidade de revisão ampla dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, com fundamento no art. 5º, incisos XXXV, LXIX, LXX, e LXXIII, da CF, cristalizando assim o tradicional sistema de heterocontrole, ou de jurisdição única, nas palavras do autor citado (op.cit., 577). Mais adiante sustenta o renomado autor brasileiro: "Certo é que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso de faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus *interna corporis*. Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito à apreciação

O sistema de heterocontrole foi instituído no Brasil com a Constituição de 1891, que consagrou o regime de unicidade de jurisdição e afastou a idéia, vigente no Império e inspirada no modelo francês, da necessidade do contencioso administrativo, órgão vinculado à Administração com funções de julgamento e auxílio da atividade executiva.

Conforme a lição de VITOR NUNES LEAL, é "(...)da índole do nosso regime a posição de superioridade que o Judiciário assume em face dos outros poderes, sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de lei ou um princípio constitucional"<sup>4</sup>. A unidade de jurisdição é ponto tradicional no Direito Brasileiro, sendo que o Poder Judiciário somente poderá controlar os atos administrativos em sua substância jurídica, conforme orientação da então recente legislação republicana, especificamente a Lei nº 221, de 1894, que estabelecia<sup>5</sup>, em seu art. 13, §9º, letras a e b, *in verbis*:

Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade. A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder

Ao levarem em conta a orientação acima adotada pela então recente legislação republicana, a doutrina e jurisprudência brasileiras passaram a refutar qualquer avaliação tendencialmente

---

judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade."

<sup>4</sup> LEAL, Vitor Nunes. "Os Atos Administrativos perante o Judiciário", in Problemas de Direito Público e outros problemas. Brasília: Série Arquivos do Ministério da Justiça, 1997.V.I.p.261.

<sup>5</sup> Ibid., p.267.

incisiva quanto aos elementos considerados discricionários do ato administrativo, o que implicaria em violação do princípio da separação dos poderes. A autolimitação seria mais intensa principalmente no que se refere aos motivos e ao objeto do ato, áreas nas quais não haveria uma certa preponderância da resposta dada pelo administrador. Nessa linha, relevante são as palavras de VITOR NUNES LEAL<sup>6</sup>, demonstrando a linha de pensamento dos jusadministrativistas brasileiros:

Enquanto, nos Estados Unidos, a tradição colonial do *common law*, levada pelos ingleses, e que conferia ao juiz um papel de co-criador do direito positivo, contribuía para dilatar a competência do judiciário após a independência, entre nós, a tradição imperial do direito escrito e da quase imunidade da administração pública em face do Judiciário operava em sentido inverso, levando o poder judiciário republicano a restringir sua interferência no campo da atividade administrativa. Certamente, trata-se, aqui, de fatos e não de princípios, mas em tôda parte a tradição se incorpora, consciente ou

---

<sup>6</sup> LEAL, Vitor Nunes. Op. Cit.p.291. O trabalho de Vitor Nunes Leal mostra claramente a origem de nossa tradição de autolimitação judiciária, inclusive ao mencionar as palavras de Seabra Fagundes, extremamente importantes para a revelação das fontes dogmáticas utilizadas no Controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil: "O Poder Judiciário no Brasil jamais se arrogou o contrôle da razoabilidade e conveniência dos atos, quer da Legislatura, quer da Administração, sendo êsse um traço a considerar no confronto entre a *judicial review* dos americanos e a nossa *apreciação jurisdicional*...Fixando os três elementos, *necessidade pública, razoabilidade e não arbitrariedade* da ação legislativa(e da administrativa, que dela decorre), o Judiciário(americano) controla a fundo as atividades dos outros poderes, interferindo, quase ilimitadamente, com a sua conveniência e oportunidade...Aqui jamais se entendeu assim, ainda nas épocas que se possam considerar de apogeu do contrôle jurisdicional da constitucionalidade das leis...O poder de polícia como base de restrições da liberdade e da propriedade individuais no interesse da moral, da saúde, da segurança, do conforto e do bem-estar coletivos, jamais foi denegado pelo Judiciário ao legislador e ao administrador brasileiros, sob pretextos especiosos de maior ou menor latitude conceitual. Nossa justiça sempre se cingiu a encará-lo em face dos conflitos diretos com direitos individuais explicitamente definidos. Sendo essa a tradição judiciária no Brasil, tradição que nada indica venha a ser desertada, pois que já se integrou em a natureza do poder judicante nacional, constituindo mesmo um dos cânones mais sòlidamente firmados pela continuada jurisprudência de todos os tribunais do país, não há como menosprezá-los pela invocação de abusos imaginados à contemplação de fenômenos políticos alienígenas". Cf FAGUNDES, Seabra. "Da Proteção do Individuo contra o Ato Administrativo Ilegal ou injusto" . *Revista do Serv. Público(separata)* Rio de Janeiro, p. 20, 21 e 23, nov. do a o de 1948. Apud FAGUNDES, Seabra. Op. Cit.p.290-1.

inconscientemente, aos demais fatores determinantes dos princípios jurídicos, e o Brasil não constitui exceção

A influência francesa sobre o estudo do Direito Administrativo Brasileiro mostra-se evidente em sede de controle da Administração Pública, em que tanto a doutrina, a jurisprudência, e até mesmo a legislação, apegaram-se principalmente à técnica do desvio de poder, consagrada nos moldes esculpidos pelo *Conseil d'État* francês. Todavia, ao contrário da experiência deste contencioso, fundamental para o desenvolvimento do direito administrativo na França, há forte tendência em nosso país a delegar ao Judiciário papel coadjuvante em relação ao controle da Administração Pública, salvo algumas manifestações doutrinárias que propugnam pela revitalização do conceito de vinculação dos atos administrativos.

Na França, a posição privilegiada assumida pela jurisdição contencioso-administrativa, dentro da configuração de atribuições do Estado, decorre da perda de poder do Parlamento em favor dos órgãos de governo<sup>7</sup>. Na Espanha e Alemanha<sup>8</sup>, o incremento dos métodos de controle dos atos administrativos decorre da compreensão da dimensão política do modelo de Estado de Direito proposto pelas Cartas Constitucionais e a necessária dignificação dos direitos fundamentais, ressaltando-se ainda, no caso espanhol, a consagrada interpretação da cláusula da tutela judicial efetiva<sup>9</sup>. No Brasil, a Constituição de 1988, com a nova configuração proposta para o Estado brasileiro, ainda não foi explorada totalmente em suas aberturas metodológicas, para que se possibilite a ampliação da sindicabilidade dos atos

---

<sup>7</sup> Cf. *supra*, p.40.

<sup>8</sup> Art. 20,3, da *Lei Fundamental da Alemanha*. Bonn: Departamento de Imprensa e Informação do governo federal, 1986: "O poder legislativo está vinculado à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito"

<sup>9</sup> Cf. *Supra*, p. 58.

administrativos e a geração de um necessário avanço em relação a postulados teóricos insuficientes para a proteção da legalidade e dos direitos dos cidadãos frente à estrutura estatal, cada vez mais complexa e burocratizada.

A redefinição do sentido da vinculação administrativa, que importa na redução do espaço de liberdade conferido ao administrador, é fruto da tendencial postura dos Estados Democráticos contemporâneos de ressaltar a tarefa do juiz na defesa da legalidade e dos direitos fundamentais. À crescente evolução das funções administrativas, com a crescente importância das funções promocionais, liga-se o aspecto da considerável margem de apreciação posta à disposição do administrador na aplicação da norma jurídica, o que demanda, conseqüentemente, um eficaz sistema de verificação dos atos realizados dentro desta alargada competência conferida à Administração.

A afirmação do alargamento das atribuições do Estado, pela Constituição Federal de 1988, não veio acompanhada de qualquer reconhecimento expresso de alguma reserva de administração, inatingível da apreciação judicial. Ao contrário, a ampliação do sistema de garantias faz com que a Carta em vigor mantenha a vertente teórica que fundamenta o sistema de controle dos atos administrativos desde a instituição do regime republicano, positivando no art. 5º, XXXV a garantia básica de acesso à instância judicial no caso de lesão ou ameaça a Direito. Por este prisma, conclui-se que ao Poder Judiciário continua sendo conferida a tarefa de guardião dos princípios e regras jurídicas, pelo que qualquer restrição *a priori* desta atribuição não reflete a correta caracterização da ordem constitucional brasileira.

No Brasil, e ao observar-se o desenvolvimento da jurisdição administrativa nos países europeus, pode-se concluir que a cláusula da inafastabilidade da apreciação jurisdicional

não foi compreendida em toda sua plenitude, com o intento de efetivar plenamente os direitos dos cidadãos. É essencial esclarecer o papel do Poder Judiciário e sua relação com princípio em análise, bem como a importância da sua instituição na Carta Constitucional de 1988, portadora de uma gama extremamente considerável de atribuições ao Poder Executivo, decorrência do próprio sistema presidencialista. Incumbe ao Judiciário, dentro do Estado de Direito Democrático construído pela Constituição de 1988, a função de garantir o exercício equilibrado dos demais poderes, e, reconhecendo-se a gigantesca esfera de competências conferidas à Administração, ponderar a utilização das atribuições conferidas ao poder administrativo e definir o limite entre exercício regular do poder e arbitrariedade.

### **2.1.1. Os limites do controle e o conceito de mérito administrativo;**

Há na jurisprudência pátria clara orientação no sentido de evitar a valoração sobre a decisão administrativa tomada fora dos âmbitos de estrita vinculação estabelecida pelo enunciado legal, salvo em alguns casos em que se dá significativa importância ao direito fundamental atingido.

Predomina no Brasil a distinção entre legalidade e mérito, inspirada na doutrina italiana<sup>10</sup>, sendo a segunda figura utilizada para designar a área de liberdade de apreciação conferida ao administrador, destinada por razões técnicas, políticas, ou por impossibilidade de definição *a priori* do sentido da norma, o que geraria uma incerteza a ser solucionada somente a partir da vontade do agente público, traduzindo-se o

mérito em um espaço de sindicabilidade restrita, basicamente na forma do desvio de poder. Para compreender-se a orientação predominante sobre a caracterização da discricionariedade, nada melhor que analisar o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES, doutrinador responsável por uma das obras que mais influencia os operadores do Direito no Brasil, e de SEABRA FAGUNDES, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal e autor de consagrado estudo sobre o controle jurisdicional da Administração Pública.

Para o primeiro, "*Poder Discricionário* é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo"<sup>11</sup>. Para HELY LOPES MEIRELLES, dificilmente encontrar-se-á um ato totalmente vinculado quanto a todos seus requisitos, sendo que, para caracterizá-lo como vinculado ou discricionário, é necessário indagar sobre a predominância de elementos que criem uma obrigação para o administrador ou, pelo contrário, deixem ao administrador a determinação do conteúdo de sua atuação.<sup>12</sup> Entretanto, não é possível vislumbrar um ato totalmente discricionário, já que toda a atividade administrativa é limitada quanto ao fim. Conforme seus ensinamentos, "(...) indispensável é que o Direito, nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato"<sup>13</sup>, já que discricionários "(...) só podem ser os meios e modos de administrar; nunca os fins a atingir(...)"<sup>14</sup>. Em "(...) tema de fins(...)" como ensina HELY LOPES MEIRELLES, "(...)"

---

<sup>10</sup> Cf. *supra*, p.30.

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, p.103.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p.149.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 150.

não existe jamais, para a Administração Pública, um poder discricionário"<sup>15</sup>.

Já SEABRA FAGUNDES é um dos maiores nomes da doutrina administrativista, dotado de sólida formação teórica, aliada à experiência judiciaste, que lhe permitiu consagrar no Brasil a figura do desvio de poder em verdadeiro *leading case* proferido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Para o jurista pátrio, não pode o Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, compreendido como o sentido político do ato. Afirma o renomado jurista<sup>16</sup>:

"Pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato-que poderá inspirar-se em diferentes razões de sorte a ter lugar num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo-constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários.

Onde se trate de competência vinculada, sendo a atividade do administrador adstrita a um motivo único, predeterminado, cuja ocorrência material lhe cabe tão-somente constatar, e devendo ter o procedimento administrativo por objeto de uma certa e determinada medida, expressamente prevista pela lei, não há cogitar do mérito como um dos fatores integrantes do ato administrativo. Este se apresenta simplificado pela ausência de tal fator"

Com base nas afirmações feitas por SEABRA FAGUNDES, pode-se notar a influência da doutrina italiana em seu pensamento, ao traçar a distinção entre *accertamento*, a verificação de natureza objetiva realizada na interpretação da norma, e *apprezzamento*, caracterizada como a valoração feita pelo administrador. Esta última operação é definida como o âmbito do mérito administrativo, por implicar em considerações de ordem

---

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p146.

extrajurídica, diversa da legalidade, em que o agente não manifesta sua vontade na definição do ato a ser realizado. Além disso, parece aceitar a figura da discricionariedade técnica. Para ele, "(...)Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional"<sup>17</sup>.

O pensamento de SEABRA FAGUNDES inspirou quase toda doutrina e jurisprudência brasileiras, que há décadas relacionam o conceito de discricionariedade com o chamado mérito administrativo, insindicável pelos Tribunais, salvo pela estreita via do desvio de poder. A distinção baseia-se na tradicional definição do conceito de vinculação a partir da suposta certeza no sentido expressado pela lei, que permitiria o simples *accertamento*<sup>18</sup>.

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR também expressa de maneira cristalina a orientação tradicional da doutrina brasileira, ao definir a discricionariedade como um livre poder de apreciação limitado, diversos dos atos arbitrários, em que não existem quaisquer limitações<sup>19</sup>. Distingue entre legalidade e mérito, este último caracterizado por implicar em um juízo de valor realizado

---

<sup>17</sup> Ibid.p.147.

<sup>18</sup> Assim, discordamos de Eros Roberto Grau( *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, p.141), embora nossa concordância quanto ao conceito de discricionariedade formulado em sua obra, quando este afirma que a lição de Seabra Fagundes é no sentido de definir a discricionariedade a partir da necessária existência de remissão legal, não devendo-se enquadrar no âmbito da liberdade administrativa a aplicação de conceitos indeterminados. O fato deste último doutrinador ter afirmado que a lei "deixa" à autoridade administrativa um espaço de livre apreciação não significa que esta remissão seja expressa, já que o "deixar" também pode ser entendido como inexistência de programação normativa suficientemente vinculante da atividade administrativa. Pensamos que a leitura da obra do notável Ministro Seabra leva à conclusão contrária, ou seja, de que os conceitos indeterminados geram discricionariedade, tendo em conta a necessária valoração(*apprezzamento*) a ser feita pelo administrador. Isto parece confirmar-se principalmente pelo fato do autor reconhecer a existência da discricionariedade técnica, como expusemos antes, figura criada no direito italiano principalmente para abarcar o problema da existência de fórmulas vagas aplicadas pelos órgãos administrativos.

pelo agente administrativo. Os conceitos indeterminados, dotados de uma zona de indeterminação onde não há condições de descoberta de seu significado, estariam condicionados a juízos de valor, não sendo admissível considerá-los como critérios de vinculação administrativa<sup>20</sup>. As valorações, portanto, fazem parte do chamado mérito administrativo, sujeitas, por via de consequência, quase que exclusivamente ao controle por meio do desvio de poder.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência entendem que o ato, mesmo sendo discricionário, é composto de elementos necessariamente vinculados, incluindo-se nesta parcela a finalidade do ato, que deverá sempre ser o interesse público. Desta orientação não destoa, por exemplo, CAIO TÁCITO, ao afirmar que enquanto "(...)no ato jurídico privado as razões que inspiram o autor, como o endereço de sua vontade, são em princípio de sua livre escolha, o ato jurídico público, e especialmente o ato administrativo, está vinculado a um fim público específico, ainda que a norma de competência a ele não se refira explicitamente"<sup>21</sup>. Em outra oportunidade, afirmou também o autor mencionado que qualquer "(...)ato administrativo está vinculado a um fim público, ainda que a norma de competência a ela não se refira"<sup>22</sup>.

A orientação predominante no direito brasileiro, no sentido da necessária vinculação do elemento finalidade, fundamenta a aplicação da teoria do desvio de poder e possibilita que o juiz ingresse no chamado mérito do ato. É por este motivo, pois, que se encontra em julgado do Superior Tribunal de Justiça a seguinte afirmação: "Para proclamar o desvio de finalidade, quando o fim não se encontra explicitado na 'regra de competência', o Poder Judiciário vê-se na contingência de

---

<sup>19</sup> CRETILLA JR., José.. *Tratado de Direito Administrativo*, p.100.

<sup>20</sup> CRETILLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo*. p.199-200.

<sup>21</sup> TÁCITO, Caio. *Vinculação e Discricionariedade Administrativa*, p.127.

<sup>22</sup> *Id.*, *O Desvio de Poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*, p.2.

examinar os limites do poder discricionário." E mais adiante: "Por isto, no atual Direito Administrativo brasileiro, a limitação relativa ao exame dos atos produzidos pela faculdade discricionária deve ser entendida em termos, com alguma reserva"<sup>23</sup>. Desta maneira, com base na análise do pensamento dos autores anteriormente mencionados, a distinção entre constatação objetiva do comando da norma e valoração, de acordo com a doutrina majoritária no Brasil, não pode chegar ao ponto de admitir a discricionariedade quanto ao fim do ato, não havendo liberdade sem limites para o administrador, estando qualquer ato administrativo sujeito ao controle pelo desvio de poder .

A vinculação da finalidade é um pressuposto essencial para a fundamentação teórico-dogmática da figura do desvio de poder, e representa a construção de um parâmetro consideravelmente objetivo capaz de justificar a sindicabilidade de atos administrativos realizados de acordo com normas atributivas de competência que estabelecem tênues critérios de determinabilidade da conduta do órgão. Esta tentativa de objetivar a atividade do juiz no controle por meio da vinculação à finalidade, entretanto, não é compatível com a distinção entre legalidade e mérito nos termos em que tradicionalmente é desenvolvida, pelo fato de que a finalidade- e não somente a finalidade genérica, mas até mesmo a finalidade específica-<sup>24</sup> não raras vezes vem estabelecida por meio de conceitos vagos, o que exigiria a valoração por parte do administrador e, conseqüentemente, a abertura de um espaço de liberdade para a administração. Sendo assim, a figura da necessária vinculação do elemento finalidade, geralmente disposto por meio de fórmulas

---

<sup>23</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº8970. Relator Min. Gomes de Barros, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 188, abr./jun.1992.pp.183

<sup>24</sup> A finalidade genérica do ato será sempre o interesse público, enquanto que a finalidade específica é aquela definida especialmente para aquele ato.

vagas, seguindo a linha de raciocínio jurídico tradicional, é uma ficção criada para permitir a intromissão ou verificação pelo Poder Judiciário no chamado "mérito" administrativo, mantendo, no entanto, as vestes de um controle de "legalidade". No desvio de poder o controle implica em indagação sobre as valorações feitas pelo agente público, embora a apreciação em si mesma já tenha por base a autolimitação da atividade judicial, o que permite a intervenção judicial nos casos em que a apreciação do administrador distancie-se dos parâmetros aceitáveis para a sua conduta.

Não há como negar que, relacionada a discricionariedade com mérito, em que se permite uma valoração por parte do administrador, e limitado o âmbito de vinculação ao momento da mera verificação de pressupostos de maneira eminentemente objetiva, a conclusão somente pode ser no sentido de que o desvio de finalidade significa verdadeiro controle de mérito, caracterizando uma considerável interferência pelo Poder Judiciário no âmbito da Administração Pública. Talvez isto explique a dificuldade encontrada em muitos casos pelos Tribunais para operacionalizar um controle mais intenso da atividade administrativa, fazendo com que, em linhas gerais, os Tribunais brasileiros exerçam um controle mínimo sobre os atos administrativos realizados com base em competência decorrente de normas que contêm conceitos indeterminados. Evitam um controle máximo, caracterizado pela valoração dos fatos relevantes e pela definição do sentido de normas que contenham conceitos com baixo nível de vinculação da atividade da administração. Esta valoração relaciona-se, para grande parte da doutrina e jurisprudência, à *conveniência e oportunidade*, sindicável somente nos limites do *detournement de pouvoir* e, como mais recentemente vem se admitindo, com a aplicação da teoria dos motivos determinantes,

controlando a existência dos fatos e a pertinência destes com a hipótese legal.

## 2.2. O debate em torno dos conceitos indeterminados e seu controle

A indagação sobre a aplicação, pelo administrador, de normas dotadas dos conceitos indeterminados, é relativamente recente na doutrina brasileira, já que a caracterização da discricionariedade como o espaço deixado à Administração para estabelecer valorações no momento da aplicação de normas jurídicas e a consagração da técnica do desvio de poder, ocorrida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, relegaram a segundo plano a busca de novas técnicas de controle da Administração Pública. Não obstante, novas orientações teóricas colocaram em evidência a polêmica sobre a relação entre conceitos vagos e discricionariedade em nosso país.

De um lado, EROS ROBERTO GRAU defende o caráter vinculado da atividade de concretização dos conceitos indeterminados, afastando-se, desta maneira, do pensamento tradicionalmente majoritário no Brasil. Para tanto, estabelece uma distinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade e adota um conceito reducionista de discricionariedade, surgindo esta somente quando haja expressa remissão legal. Ao seguir esta linha, diverge de autores que associam incerteza semântica à liberdade conferida ao administrador para selecionar os pressupostos de atuação, como é o caso de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem a vinculação do administrador decorre da interpretação clara da vontade da lei, sendo que a imprecisão dos conceitos indeterminados, em sua zona de incerteza, geraria o mesmo efeito da discricionariedade.

Além disso, a doutrina pátria tem realizado diversas reflexões sobre o tema do controle jurisdicional da atividade administrativa, que fizeram surgir importantes estudos asseverando a necessária vinculação da Administração aos princípios jurídicos, como observa-se na obra de autores como JUAREZ FREITAS e GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, esta influenciada principalmente pelo pensamento de SÉRVULO CORREIA.

Tomando por base estas considerações, o tema no direito brasileiro será tratado a partir das três grandes vertentes teóricas predominantes na atualidade. A primeira relaciona vinculação com objetividade das expressões contidas em normas jurídicas, enquanto a segunda corrente nega a relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade. Por fim, a terceira orientação, que diferencia indeterminação conceitual e discricionariedade, mas admite a aproximação das duas figuras no caso dos chamados conceitos de prognose. Para tanto, serão analisadas as obras do autores que melhor refletem cada orientação acima exposta, devendo-se ressaltar um aspecto: todas as três teses procuram maximizar o controle da Administração Pública, ao intentarem estabelecer fortes vínculos quanto à legalidade e à finalidade do ato administrativo. As divergências situam-se na formulação teórica e no conceito de discricionariedade adotados. A seguir, serão expostos os pontos básicos das correntes teóricas que relacionam discricionariedade administrativa e incerteza na aplicação dos conceitos indeterminados; após, as orientações que colocam a aplicação destes conceitos no âmbito da vinculação, e, por fim, a tese que restringe a discricionariedade decorrente de conceitos indeterminados aos chamados conceitos de prognose.

### 2.2.1. A discricionariedade como insuficiência de programação normativa: o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é seguramente quem melhor sustenta esta corrente, sendo que há mais de duas décadas enfrenta o problema com pressupostos claramente definidos. Para o consagrado administrativista pátrio, é necessário definir a relação entre o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional e a margem de atuação discricionária concedida ao administrador<sup>25</sup>. Nessa linha de raciocínio, enquadra claramente o debate sobre a discricionariedade nos limites da ordem constitucional brasileira, garante da tutela judicial efetiva dos direitos dos particulares. Definir os espaços de liberdade do órgão administrativo significa delimitar o âmbito de atuação do Poder Judiciário na defesa dos direitos individuais.

Como ensina o professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, o problema da caracterização da discricionariedade encontra-se conjugado com a idéia de interpretação, começando a liberdade do administrador no momento em que a hermenêutica não consegue mais definir de forma segura o sentido da norma jurídica. Todo conceito, por mais vago que se apresente, possui um campo de definição,<sup>26</sup> no qual é possível estabelecer com objetividade seu sentido. Partindo deste pressuposto, por exemplo, o conceito de urgência pode ser apreciado pelo Poder Judiciário, nos limites estabelecidos por critérios objetivos de apreciação<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, p.19.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle Judicial dos Limites da Discricionariedade Administrativa*, p.35.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p.38-9.

Esta verificação objetiva, entretanto, encontra limites, pois em diversas situações haverá dúvida sobre a aplicação ou não do conceito indeterminado. Nesta zona de incertezas reside a discricionariedade, decorrência da "(...) fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma"<sup>28</sup>. Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO:

Discricionariedade(...) é a margem de liberdade que resulta da lei, em proveito e a cargo do administrador para que integre, com sua própria vontade, o conteúdo da lei, conferindo-lhe precisão, no caso concreto, à vista das realidades empíricas em função das quais e sobre as quais deve prover, para dar cumprimento à norma legal<sup>29</sup>

Em outro trabalho, afirma que

Os segundos, comportamentos discricionários, acodem quando a norma jurídica habilitante, ao invés de configurar de antemão a conduta necessária perante situações predefinidas com rigor e precisão absolutas, comete ao agente administrativo o **encargo** de identificar, **perante o caso concreto**, qual a medida mais adequada para atender a finalidade legal. Nesta hipótese, a autoridade administrativa fica investida de **certa** margem de "liberdade" para decidir, pois terá de sopesar as circunstâncias presentes, avaliar o caso concreto e resolver sobre a providência apta para atender com perfeição o objetivo legal, a fim de que ela seja a mais conveniente e oportuna, tendo em conta a finalidade da norma de competência<sup>30</sup>.

O autor parte da idéia de que a discricionariedade decorre basicamente da insuficiência da programação normativa. Ao fazer esta afirmação, remete a questão, inexoravelmente, para a problematização dos conceitos indeterminados:

É certo, entretanto, que as próprias opções fundadas em conveniência e oportunidade se entrelaçam de tal modo com

<sup>28</sup> Id., *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p. 31.

<sup>29</sup> Id., *Discricionariedade-Fundamentos- Natureza e limites*, p.89

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Legalidade-Discricionariedade- seus limites e controle*, p.44.

a questão dos conceitos indeterminados residentes no pressuposto legal que não podem ser dela desprendidas, na medida em que para resolver-se se um dado ato é suscetível de qualificar-se, de direito, como conveniente e oportuno tenha de resolver-se previamente sobre a aplicabilidade ou não do conceito impreciso mencionado pela lei em sua hipótese ou em sua finalidade<sup>31</sup>.

A discricionariedade é definida a partir de um postulado teórico-normativo, fundado nas possibilidades interpretativas e na própria estrutura da regra jurídica. A insuficiência da hipótese legal, ou seja, a possibilidade aberta à complementação da norma pelo administrador a fim de que encontre a solução ótima<sup>32</sup> é a nota característica da discricionariedade. Para CELSO ANTÔNIO, esta pode surgir tanto na hipótese legal quanto na estatuição, e até mesmo na finalidade, afirmação que o distancia da doutrina majoritária, que não aceita discricção quanto ao fim. Conforme o autor, o espaço de discricionariedade conferido ao administrador decorre da interpretação da norma: através desta é possível definir até que ponto o órgão está vinculado pela norma jurídica e, conseqüentemente, quais os limites de sua liberdade. Por este motivo entende que

(...) a discricionariedade começa onde cessa a interpretação. Enquanto houver interpretação está-se desvendando uma vontade, um pensamento estranho, isto é, está-se descobrindo algo que preexiste, reconstituindo um pensamento alheio. A atividade interpretativa de alguém é operação que se propõe a absorver, a desentranhar, uma vontade anterior, uma significação já existente, uma realidade previamente dada<sup>33</sup>

Compreendendo-se a discricionariedade como insuficiência de programação normativa, a delimitação dos

<sup>31</sup> Id., *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p.28.

<sup>32</sup> Ibid., p.42.

<sup>33</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade-Fundamentos- Natureza e limites*, p.88.

limites da vinculação deve ser levada para o âmbito da interpretação. Não é de se admitir, pois, que a simples existência de conceitos indeterminados na norma implique em concessão de poder discricionário, já que, para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, seguindo a esteira do consagrado pensamento de PHILIP HECK, aqueles possuem uma zona de certeza positiva, sendo certa a aplicação da palavra para o objeto em análise, e uma zona de certeza negativa, onde não resta dúvida quanto a inaplicabilidade do termo<sup>34</sup>. Nestas zonas estar-se-á diante de vinculação legal, encontrando-se a discricionariedade na zona de penumbra do conceito, no espaço em que inviável a definição segura da expressão.

CELSO ANTÔNIO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO pretende fundamentar um controle amplo da atividade administrativa, ao admitir a possibilidade de redução a zero da discricionariedade diante do caso concreto. Para ele, a área de liberdade para a atuação é conferida ao administrador com o objetivo de encontrar a melhor solução no caso concreto que atenda a finalidade da norma, havendo uma relação lógica entre o ato realizado e o fim a ser atendido<sup>35</sup>, já que a discricionariedade no plano da norma não significa a sua admissibilidade *in concreto*. Nesta perspectiva, pode ocorrer que diante da circunstância na qual discuta-se a aplicação da norma surja uma única solução justa, não sendo razoável a utilização de outra medida.

O mérito, portanto, deve ser entendido como a parcela de liberdade existente *in abstracto* na lei e que venha a remanescer diante da situação concreta. Neste ponto, a "(...)discricionariedade na regra de direito é apenas uma suposição, pois só *irrompe* ante o caso concreto, só se revela e se dimensiona à vista dele e que, de conseguinte, o juiz

---

<sup>34</sup> Id., *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p.29.

<sup>35</sup> Id., *Poder Discricionário*, p.105.

necessita investigar os fatos precisamente para aferir se existia, 'in casu', consonância entre aquilo que a lei tinha em conta e em mira e aquilo que o ato efetuou"<sup>36</sup>. Por via de consequência, o Judiciário pode apreciar amplamente as circunstâncias de fato que envolvem a questão, a fim de verificar o âmbito de liberdade administrativa. Nas palavras do publicista:<sup>37</sup>

O campo de liberdade existente no mandamento ou na norma de Direito em abstrato, é muito maior do que o campo de liberdade existente perante a situação concreta, já que a norma se fez ampla ou com certa liberdade, precisamente para que fosse adensada ante o caso concreto e ao lume de sua finalidade. Em despeito da lei haver permitido, em tese, que a Administração optasse por uma ou outra conduta, no caso concreto deixaria de ser atendida a finalidade da norma se fosse negado o que a parte requereu.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO pretende desenvolver um conceito metodologicamente útil de discricionariedade, quando sustenta que esta expressão somente adquire relevância para o Direito no momento em que designa as situações atributivas de uma parcela de liberdade para o administrador, seja pela remissão legal ou pela utilização de conceitos indeterminados nas regras jurídicas. Para ele a "(...)ressonância jurídica de ambos (conceitos indeterminados e opções de mérito legalmente previstas) é perfeitamente igual na esfera do Direito"<sup>38</sup>. As duas figuras apresentam-se como aberturas à apreciação das circunstâncias de fato pelo administrador, no intuito de se adotar a solução correta.

Explicitado o seu pensamento, cabem algumas considerações sobre os seus postulados. Como nota-se em sua obra,

<sup>36</sup> Id., *Relatividade da Competência Discricionária*, p.55.

<sup>37</sup> Id., *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p.39-40.

<sup>38</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p.25.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO desenvolve uma sustentação teórica extremamente consistente sobre a caracterização da discricionariedade, que representa, sem a menor sombra de dúvida, um notável avanço na redefinição dos postulados do controle judicial da atividade administrativa e da vinculação do administrador à lei. No entanto, alguns aspectos suscitados pelo jusadministrativista merecem uma análise mais acurada, sendo que o primeiro o primeiro ponto passível de críticas refere-se ao conceito de interpretação desenvolvido pelo autor, entendida como a atividade destinada a desvendar o conteúdo da lei de forma objetiva, sem a interferência do intérprete na definição obtida.

Esta visão da atividade hermenêutica, todavia, desconhece que a verificação do sentido da norma não prescinde da participação dos sujeitos interagentes, incluindo-se aí todas as pessoas envolvidas no processo, pelo que é impossível pensar em uma mecânica atividade de revelação do sentido da norma. Neste aspecto, são importantes as reflexões relativas à pragmática, que evidenciam um fecundo caminho para o estudo dos métodos que levam à concretização do direito a partir da problematização do papel dos sujeitos na interpretação e aplicação da norma, ainda que, é claro, não se possa negar a força do texto e de sua capacidade normativa, dotado de um sentido a ser considerado na aplicação adequada da norma.

Embora reconheça-se a importância dos intérpretes na definição do sentido da norma, cabe salientar não ser possível chegar ao extremo proposto, por exemplo, por autores pragmatistas como RICHARD RORTY, ao afirmar que "(...) a noção de que há algo sobre o que um determinado texto *realmente* é, algo que a aplicação rigorosa de um método irá revelar, é tão errada quanto a idéia aristotélica de que há algo que uma substância é *realmente*, intrinsecamente, em contraposição ao que ela é apenas

aparentemente, acidentalmente ou relacionalmente"<sup>39</sup>. O texto deve ser considerado como ponto de partida e de chegada<sup>40</sup>, dotado de um sentido normativamente vinculante, normatividade esta que é adquirida com a significativa colaboração do intérprete, detentor de um papel decisivo na determinação dos pressupostos metodológicos a serem utilizados na tarefa hermenêutica e na delimitação das circunstâncias de fato relevantes para o procedimento de atribuição de sentido à norma jurídica.

Neste espectro, a crença na total objetividade apresenta duas fragilidades: a) a desconsideração dos inúmeros fatores que podem influenciar nesta decisão considerada como sendo tomada dentro do plano estritamente vinculado; b) o entendimento de que é possível a obtenção de uma única resposta correta utilizando os critérios apresentados pela hermenêutica. No tocante a este último ponto, nota-se que, ao associar o plano da vinculação à rigorosa objetividade da interpretação, o autor acaba por associar-se à tradicional compreensão, que relaciona atividade vinculada à certeza semântica. Aliás, foi o apego a esta relação considerada necessária que fez surgir na doutrina germânica a tese da univocidade, que procurou garantir a ampliação do espaço de sindicabilidade judicial dos atos administrativos, e remeteu os conceitos indeterminados para o plano da possibilidade de obtenção de uma resposta correta a ser estabelecida pela interpretação da regra. A discussão, pois, passou a ser travada em grande parte sobre a possibilidade dos métodos interpretativos desvendarem o sentido de conceitos considerados vagos.

Esta tese, no entanto, não estabelece um critério seguro para a caracterização dogmática da vinculação da atividade

---

<sup>39</sup> RORTY, Richard. *A trajetória do Pragmatista*, in ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*, p. 121.

<sup>40</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia de La Ciencia del Derecho*, p.318.

administrativa, ante a impossibilidade de definição dos espaços de univocidade até mesmo quando a regra seja razoavelmente clara. Além do mais, entender a discricionariedade como decorrência de uma limitação hermenêutica restringe sobremaneira a possibilidade de controle judicial e a conseqüente proteção dos direitos dos cidadãos.

Outra observação a ser feita em relação ao pensamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO decorre dos elementos adotados pelo autor para garantir a maximização do controle da atividade administrativa, ao procurar conciliá-los com seu conceito de discricionariedade pautado na insuficiência da programação legal. Conforme BANDEIRA DE MELLO<sup>41</sup>:

Quando o legislador acredita que, de toda sorte, pode predeterminar completamente o comportamento administrativo, sem riscos ou com menosprezáveis riscos para o perfeito atendimento dos fins que tem em mira, regula a conduta administrativa mediante lei impositiva de total vinculação ou com altíssimo teor de vinculação. Pelo contrário, quando considera que a **melhor providência**, a única que efetivamente almeja- única apta a exprimir com exemplar fidelidade o escopo legal- reclama uma análise valorativa das situações concretas confere discricção. E o faz exatamente por entender que o administrador, acercado dos fatos e confrontado com suas feições peculiares, poderá superiormente identificar e adotar a conduta **devida**, isto é, aquela- e tão-somente aquela- que atenderá com precisão capilar a finalidade que a lei almeja satisfazer. Em uma palavra: quando existir discricção, a autoridade administrativa estará **obrigada** a eleger a providência que seja plenamente adequada ao cumprimento da finalidade da lei e não qualquer das providências abstratamente comportadas pela regra aplicanda

Quando o autor faz esta afirmação ele considera que a) a discricionariedade é vinculada à finalidade legal; b) a utilização da parcela de discricionariedade conferida ao administrador surge para que este aplique a norma no sentido

devido. A partir destas constatações é possível estabelecer uma reflexão crítica sobre o seu pensamento.

Em relação ao primeiro aspecto, interessante salientar que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO aceita a possibilidade de discricção quanto à finalidade da norma, conclusão que demonstra total coerência com seus postulados teóricos, e reafirma a corriqueira rigorosidade de seu raciocínio, tendo em conta que, se a discricionariedade decorre da insuficiente programação normativa e os fins a serem atingidos pelo cumprimento da regra de direito não raras vezes são enunciados mediante conceitos indeterminados, evidentemente não se pode concluir outra coisa senão a possibilidade de discricionariedade na finalidade. Afinal, quando a lei define como finalidade a moralidade pública, o sossego, a saúde pública, a segurança, o interesse social, a utilidade pública, o fim não está enunciado por meio de um conceito indeterminado? Nada mais correto que, partindo dos pressupostos adotados por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, concluir pela discricção na finalidade nessas situações.

A conclusão a que chega CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, contudo, traz outro questionamento: sendo o fim discricionário, o controle proposto pelo autor acabará sendo fortemente restringido, tendo em vista a dificuldade para objetivar a finalidade legal. Pode ser que, ainda acompanhando o seu raciocínio, a finalidade, discricionária na hipótese abstrata, manifeste-se objetiva *in concreto*, o que possibilitaria a sindicabilidade plena. Todavia, não se deve esquecer que a indeterminação e a conseqüente discricionariedade significam que a delimitação dos elementos concretos a serem ponderados, ao não se encontrarem claramente dispostos na norma jurídica, abrem a

---

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Legalidade- Discricionariedade- seus limites e controle*, p.44-5.

possibilidade para uma maior liberdade de delimitação fática, ou seja, a Administração passa a ter considerável possibilidade de seleção dos pressupostos considerados relevantes para a aplicação da norma. E, no momento em que a Administração tem este espaço destinado à seleção dos elementos relevantes, o controle judicial limita-se à apreciação dos elementos selecionados, restando limitada não só a verificação dos elementos trazidos como também a valoração realizada na decisão administrativa.

Quanto ao segundo aspecto, o de que a discricionariedade é estabelecida para que o órgão administrativo possa, ante o caso concreto, dar a solução justa exigida pela norma, faz com que aquela passe a ser vista, em todos os casos, inclusive quando haja remissão legal atributiva de liberdade para decidir, como uma margem de apreciação, entendimento que acaba por desfigurar a necessária existência de um espaço de conformação política dentro do Estado de Direito. Todos os casos de liberdade administrativa passam a ser compreendidos como de aplicação da justa decisão que melhor atenda à finalidade legal, o que pode parecer em perfeita sintonia com o postulado da vinculação positiva à lei, mas que, pelo contrário, estabelece uma situação irreal e impede a distinção entre situações nas quais há verdadeira aplicação das normas jurídicas, que impõem ao órgão a observância de rigoroso raciocínio jurídico-normativo, plenamente justificado tanto na seleção dos fatos quanto na sua valoração, e casos em que a lei expressamente remete a decisão para o administrador. São momentos diversos e que precisam ser diferenciados, sob pena de ser impossível delimitar a intensidade e os mecanismos de controle aplicáveis em cada âmbito de atuação.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em linhas gerais, reconhece a discricionariedade como uma margem de apreciação, de caráter basicamente cognitivo, na qual o administrador analisa os pressupostos ante o caso concreto e busca a melhor solução. A

concepção do administrativista pátrio, entretanto, quando coloca a discricionariedade no plano eminentemente cognitivo, fere a própria neutralidade e possibilidade de conformação política do Estado de Direito, realizada por intermédio dos espaços destinados às opções dos órgãos administrativos. Afinal, a própria ordem jurídica estabelece espaços de conformação destinados à delimitação de pressupostos realizada com base na vontade do agente público, a quem é conferido o poder de estabelecer, autonomamente, as condições de sua atuação.

Não reconhecer esta necessária distinção entre plano da legalidade e plano das valorações pode, inclusive, possibilitar uma insatisfatória utilização dos meios de controle, além, de gerar, em diversas situações, a invasão da esfera de oportunidade em nome de uma redução a zero da discricionariedade, ou de um juízo cognitivo sobre a melhor resposta no caso concreto. Como exposto adiante, a maximização do controle deve preservar o espaço de conformação destinado ao administrador, pautando-se a vinculação na exigência de racionalidade, e não necessariamente na unidade de solução justa.

### ***2.2.2. Discricionariedade e conceitos indeterminados na doutrina brasileira: a influência de Celso Antônio Bandeira de Mello***

A obra de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em relação ao problema dos conceitos indeterminados e da localização da discricionariedade, influenciaram sobremaneira a doutrina brasileira, o que possibilitou o desenvolvimento de estudos sobre o incremento do controle jurisdicional dos conceitos carentes de densidade significativa e trouxe à baila discussões extremamente profícuas, como, e.g., o atual debate relativo à verificação judicial dos pressupostos de relevância e urgência das medidas

provisórias<sup>42</sup>. Em linhas gerais, a produção acadêmica surgida sobre o tema acrescenta muito pouco para além daquilo que já propugna mestre paulista há mais de vinte anos.

Um dos autores que segue em grande parte a orientação de CELSO ANTÔNIO é ONALDO FRANCO JANNOTTI. Para ele, a impossibilidade de intelecção do sentido do conceito caracteriza a existência de uma margem de atuação discricionária em favor da Administração, pelo que é possível afirmar que "(...)a aplicação de conceitos indeterminados pela Administração configura o exercício de ação discricionária"<sup>43</sup>. JANNOTTI ainda tece críticas à posição de GARCÍA DE ENTERRÍA, ao afirmar que este não consegue comprovar logicamente a possibilidade de obtenção de uma única solução justa para os conceitos indeterminados, pelo que suas conclusões, em verdade, evidenciam uma visão política do problema dos limites do controle jurisdicional<sup>44</sup>. Quanto à localização da discricionariedade na norma jurídica afirma que:

A discricionariedade pode decorrer da utilização de conceitos indeterminados na hipótese, na finalidade e no mandamento da norma. Decorrerá da hipótese ou do mandamento, mesmo se utilizados conceitos unissignificativos, quando houver possibilidade de escolha entre pressupostos ou entre conteúdos nitidamente delimitados. Derivará também da hipótese quando a lei omitir a indicação do pressuposto<sup>45</sup>

---

<sup>42</sup> Neste ponto, a título de ilustração, observe-se o excelente estudo do juspublicista e professor da Universidade Federal do Paraná, Clèmerson Merlin Clève. Para o doutrinador, o Judiciário brasileiro deveria utilizar-se da técnica dos conceitos indeterminados ou dos mecanismos de controle da discricionariedade, a fim de verificar a existência dos pressupostos autorizadores da edição de Medidas Provisórias. Cf. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*, pp.183-4. Ainda a título de exemplo, note-se que Hugo De Brito Machado indaga sobre a verificação dos pressupostos de relevância e urgência nas Medidas Provisórias em matéria tributária, abrindo a possibilidade de controle dos pressupostos nesta matéria, embora o autor não aprofunde a questão. Cf. *Curso de Direito Tributário*, p.55-6.

<sup>43</sup> JANNOTTI, Onaldo Franco. *Conceitos Indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade*, p.49.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p.48.

Da mesma forma, WEIDA ZANCANER, professora da PUC/SP, mostra em suas lições a influência de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. De acordo com a administrativista, deve-se aceitar a distinção entre conceitos teóricos e conceitos práticos proposta por AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, sendo os primeiros referentes a uma realidade passível de verificação objetiva, ao passo que últimos vislumbram aspectos de intensa subjetividade, infensos à exata determinação<sup>46</sup>. Para a autora, embora a enunciação dos pressupostos de fato seja realizada por conceitos indeterminados, a liberdade de atuação discricionária nestes casos será menor do que na hipótese em que a norma dá ao administrador a liberdade de definir o suposto de fato para a sua atuação, e isto pelo fato do conceito indeterminado exigir a finalização de seu processo interpretativo para que se verifique a margem livre do órgão aplicador da norma.<sup>47</sup> Por fim, admite a discricionariedade quanto à finalidade, quando enunciada mediante conceitos vagos<sup>48</sup>.

Na mesma linha encontra-se REGINA HELENA COSTA, ao sustentar a existência da discricionariedade na esfera em que a interpretação não consegue mais verificar o sentido objetivo da norma. Além disso, a autora adere à distinção feita por QUEIRÓ entre conceitos teóricos e conceitos práticos<sup>49</sup>. Também DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI adota a tese de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, quando defende que nem sempre os conceitos não unívocos conduzem à discricionariedade diante do caso concreto, questão

---

<sup>45</sup> Ibid., p.52.

<sup>46</sup> ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*, p.48.

<sup>47</sup> Ibid., p.49.

<sup>48</sup> Ibid., p.51.

<sup>49</sup> COSTA, Regina Helena. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*, p.136-7.

que somente poderá ser resolvida na verificação da ocorrência da hipótese<sup>50</sup>.

A influência de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO<sup>51</sup> encontra ressonância no elaborado trabalho de LUCIANO FERREIRA LEITE. Para o magistrado paulista, a apreciação dos fatos é uma atividade eminentemente vinculada, tornada discricionária no momento em que a norma contém conceitos indeterminados que exigem uma apreciação subjetiva do administrador. No entanto, nem todos os conceitos concedem margem de valoração ao órgão administrativo, que somente surgirá quando não for "teoricamente determinável"<sup>52</sup> a sua significação. Em síntese, para o autor o controle judicial da Administração Pública desenvolve-se nos seguintes termos:

Há, portanto, controle de legalidade tanto no exame dos pressupostos legais como no exame dos pressupostos de fato e na qualificação destes pelos agentes. No primeiro caso- exame dos pressupostos abstratamente descritos na norma- o controle traduzirá atividade vinculada se os pressupostos advierem da realidade empírica; ou atividade

<sup>50</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*, p.112.

<sup>51</sup> Na mesma linha do professor da PUC/SP também encontra-se Marcelo Harger, defendendo a existência de discricionariedade no "halo" conceitual. Cf. *A Discricionariedade e os Conceitos Indeterminados*, p.33. Também Odete Medauar defende a existência de discricionariedade nos casos onde mais de uma solução seja possível. Assim, afirma a autora: "Havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundamentadas na noção, o poder discricionário se exerce". A mesma regra utiliza-se, segundo a autora, para a concretização de conceitos que envolvam conhecimentos técnicos. Havendo divergências, restará à Administração o exercício do poder discricionário. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, p.126 e 129. A orientação teórica expressada nesta parte do trabalho também conta com a adesão de Régis Fernandes De Oliveira, para quem é a interpretação, operação que somente pode levar a uma única resposta correta, que definirá o espaço de discricionariedade. Além disso, o autor entende não existir discricionariedade técnica, pelo fato de que nestes casos há possibilidade de uma resposta objetiva. Cf. *Ato Administrativo*, p.86-92. Na mesma linha de Celso Antônio Bandeira de Mello também MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos Jurídicos Indeterminados* p.109-110

<sup>52</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*, p.57.

decorrente de faculdades discricionárias se os pressupostos forem extraídos do mundo dos valores ou de conceitos imprecisos. No segundo caso- exame dos pressupostos de fato, o controle advirá de vinculação, na medida em que os fatos se fundam na realidade empírica. No terceiro caso, em que o agente escolhe os fatos que servirão de pressuposto para a emanação do ato, tratar-se-á de controle segundo faculdades discricionárias<sup>53</sup>

A tese de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, sobre a possibilidade de surgimento de discricionariiedade na finalidade da norma, inspirou a obra de diversos estudiosos, como se verifica, principalmente, nos pesquisadores com passagem pela Pontificia Universidade Católica de São Paulo. Esta orientação, embora tenha recebido a adesão de importantes nomes do Direito Administrativo, apresenta resistências na jurisprudência brasileira, que adota o pensamento tradicional no sentido de vinculação necessária do fim estabelecido na norma. Contudo, a problematização em torno da finalidade do ato possibilitou o desenvolvimento de argumentações cuidadosas sobre a questão, como é o caso dos estudos de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.

Para a conhecida docente da Universidade de São Paulo, a finalidade do ato, embora vinculada, pode ser vislumbrada em dois sentidos. Em sentido amplo, corresponde necessariamente ao interesse público, enquanto que em sentido restrito "(...) corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo"<sup>54</sup>. De acordo com a autora, no primeiro caso a finalidade é sempre discricionária, pelo fato de estar representada pelo conceito vago de interesse público, enquanto que no segundo sentido o fim será sempre vinculado, já que sempre

---

<sup>53</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Op.Cit.*, 59.

<sup>54</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p.178.

prevê um fim para o ato administrativo a ser realizado em seu cumprimento<sup>55</sup>.

Segundo MARIA SYLVIA DI PIETRO, a constatação da existência de discricionariedade decorrente de conceitos indeterminados depende da interpretação destes, ou seja, somente a análise da lei permitirá que se identifique estar-se diante de vinculação ou de um espaço de liberdade conferido ao administrador<sup>56</sup>. Para a professora paulista, não há a chamada discricionariedade técnica, pois o Judiciário pode apreciar decisão que tenha por fundamento conclusões emitidas por órgão técnico, o que não ocorrerá, entretanto, se a decisão administrativa, embora relacionada a critérios advindos da técnica, contiver um grau de liberdade do administrador, como nos casos de tombamento. Não obstante, existirão hipóteses nas quais a ciência não conseguirá dar uma resposta unívoca, o que implicaria uma margem de valoração conferida ao administrador<sup>57</sup>.

Ainda seguindo o pensamento da autora, para ela não se pode falar em discricionariedade no caso de conceitos de experiência, ao passo que nos conceitos de valor surge uma certa liberdade do administrador, que começa onde cessa a interpretação<sup>58</sup>, transparecendo a proximidade de suas idéias com a de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao caracterizar a discricionariedade com ausência de programação normativa.

Na linha de CELSO ANTÔNIO, concluindo a análise de sua influência na dogmática administrativa brasileira, encontra-se a obra de LÚCIA VALLE FIGUEIREDO. Entende a magistrada que a distinção entre vinculação e discricionariedade não pode ser feita no plano da estática da norma, na sua hipótese abstrata, e sim somente em sua dinâmica. Para ela, "(...)a

---

<sup>55</sup> Ibid., p.178.

<sup>56</sup> Idem. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, p.92.

<sup>57</sup> Ibid., p.93.

<sup>58</sup> Ibid., p.93.

discricionariiedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios "standards" ou ideologias- portanto, dentro de critério da razoabilidade geral- dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma"<sup>59</sup>. Sendo assim, todo conceito deve ser objeto de interpretação, a fim de se verificar os âmbitos em que pode surgir a liberdade administrativa: a plurissignificatividae não caracteriza um impeditivo para a atividade hermenêutica do juiz.

A moderna doutrina administrativista brasileira intenta a superação da tradicional distinção entre legalidade e mérito, e entende a discricionariiedade como um poder jurídico a ser exercido dentro de certos parâmetros, principalmente de caráter principiológico, em especial os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A liberdade do administrador tende a ser compreendida como uma ponderação a ser realizada em vista dos princípios gerais de direito e dos direitos legítimos dos cidadãos, como faz JUAREZ FREITAS, quando desenvolve o conceito de discricionariiedade vinculada, utilizando-se para tanto da compreensão sistemática da função administrativa dentro de uma ordem jurídica informada por princípios dotados de conteúdo axiológico normativamente vinculante.

Para o mestre gaúcho, a vinculação deve ser entendida não mais a partir da tendência exegética de compreender os sistemas jurídicos como um prontuário dotado de soluções para todos os problemas que venham a surgir, cabendo ao aplicador o papel de mero autômato, aplicador de normas prévias e exteriores à sua vontade. Verifica-se que o temor de que o agente público atuasse fora dos parâmetros da estrita legalidade, entendida como

---

<sup>59</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, p.119 e127.

a rígida aplicação da lei, fez com se procurasse anular, ou então deixar fora do alcance do Direito, toda e qualquer liberdade do administrador<sup>60</sup>. Esta visão, entretanto, não se adapta a uma compreensão sistemática do direito, já que uma dimensão principiológica tende a afastar as hipóteses em que se admitiria um livre espaço de conformação política ao administrador. Toda a atividade estatal encontra-se vinculada aos princípios que regem as relações jurídico-administrativas, não se admitindo qualquer ato desprovido de fundamentação racional e objetiva frente a lei e ao Direito. Afirma o autor<sup>61</sup>:

(...)imperativo esclarecer, vez por todas, que a discricionariedade está vinculada aos princípios conformadores do sistema jurídico, mui especialmente ao princípio da proporcionalidade. Neste diapasão, o controlador deve ser alertado para evitar dois fenômenos simétricos e igualmente nocivos: de um lado, uma noção de vinculatividade dissociada da subordinação a outros nortes principiológicos além do princípio da estrita legalidade e, de outro, uma noção de discricionariedade tendente a, arbitrariamente, dar as costas à vinculação ao Direito, desestruturando aquela unidade interior sem a qual o sistema periclita ou não subsiste

Sua linha de pensamento segue, portanto, dois pressupostos básicos: o de que a vinculação não se dá somente à letra da lei, já que o administrador deve observar a "totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas"<sup>62</sup>, e, em segundo lugar, a redefinição da discricionariedade, ao situar a liberdade da Administração dentro de parâmetros jurídicos e refutando, ou pelo menos, reduzindo ao máximo o entendimento de que o administrador dispõe de espaços onde o Direito não alcança. A liberdade, nestes termos, somente pode decorrer da vontade do sistema ou de sua indeterminação.

<sup>60</sup> FREITAS, Juarez., *Estudos de Direito Administrativo*, p. 128.

<sup>61</sup> Id., *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, p.42.

<sup>62</sup> Id., *Estudos...*, p.129.

Para JUAREZ FREITAS, a diferença está em que "(...)o administrador, nos atos discricionários vinculados, emite juízos decisórios de valor, no encalço do máximo de concretização dos valores projetados pelo sistema jurídico, antepondo uma preferência, sem contraposição com a finalidade principiológica do Direito. De sua vez, o administrador, nos atos vinculados propriamente ditos(embora impossível a vinculação inteira e maciça), só emite o mínimo de juízo estritamente necessário à subordinação principiológica e ao controle interno da sistematicidade do ato"<sup>63</sup>.

No entendimento de JUAREZ FREITAS, o sistema jurídico, conceituado como uma "(...)rede axiológica e hierarquizada de princípios"<sup>64</sup> apresenta espaços abertos à valoração dos órgãos estatais com o objetivo de que estes realizem, ou, em outras palavras, concretizem a finalidade prevista para o ato. Decorrência disso é o dever de motivação deste<sup>65</sup>, ante a necessidade de vincular a decisão tomada aos princípios informadores do sistema<sup>66</sup>, e a impossibilidade do Judiciário substituir as decisões valorativas tomadas pela Administração, sendo o controle judicial definido basicamente à verificação da finalidade<sup>67</sup>. Portanto, a discricionariedade surge como ato vinculado ao ordenamento jurídico em sua totalidade,

---

<sup>63</sup> Ibid., Op.Cit., p. 144.

<sup>64</sup> Id., *O Controle dos Atos Administrativos*, Op.Cit., p.49

<sup>65</sup> Ibid., p. 77. Esclarece Juarez Freitas: "as decisões administrativas serão motivadas, por certo não apenas a dos Tribunais, e, melhor do que isso, fundamentadas, isto é, haverão de ter como suporte razões objetivas e consistentes (numa leitura conjugada, especialmente, dos incisos IX e X do art. 93 da CF e de várias Constituições estaduais de modo expresse). A fundamentação, para além da teoria dos motivos determinantes, há de estar subjacente a todos os atos, tirantes os de mero expediente e os autodecifráveis por sua singeleza. Em outras palavras, indispensável ver que **fundamentar, mais do que motivar, é oferecer fundamentos jurídicos, objetivamente controláveis** (grifo nosso), ainda mais agora, diante da expressa exigência contida no art. 50 da Lei n. 9.784/99". A lei mencionada, cabe salientar, é a lei que regula os procedimentos administrativos na esfera federal.

<sup>66</sup> Id., *Estudos...*, p.135.

reservada ao administrador a possibilidade de decidir no caso concreto o melhor atendimento da finalidade legal quando o sistema estabeleça uma abertura para tanto.

JUAREZ FREITAS entende que um controle adequado implica em assegurar a observância dos diversos princípios<sup>68</sup>, como os da proporcionalidade, universalização do interesse público, impessoalidade, e boa-fé, entre tantos outros consagrados pela ordem jurídica<sup>69</sup>. Esta compreensão sistemática da vinculação e discricionariedade administrativa não representa, em absoluto, a defesa de uma sindicabilidade irrestrita e arbitrária sobre a atividade administrativa<sup>70</sup>, pois "(...)o controle (prévio, simultâneo ou posterior) dos atos administrativos somente experimenta significado e razão quando se presta a assegurar que a Administração Pública atue em plena observância dos ditames da lei e, sobretudo, do Direito, na sua inteireza"<sup>71</sup>.

O publicista gaúcho sustenta, coerentemente, que a distinção entre discricionariedade e vinculação encontra-se na maior ou menor vinculação ao princípio da legalidade, e não na liberdade conferida ao agente administrativo<sup>72</sup>. Este sempre estará sujeito a um grau de vinculação oferecido pelo próprio sistema jurídico, pelo que não haverá ato estritamente político. Além disso, a visão principiológica do Direito serve de importante ferramenta para o hermenêuta<sup>73</sup>, ainda mais diante da freqüente utilização, pelo legislador, da técnica da polissemia, com o intuito de fazer da lei um mecanismo de negociação ou até mesmo como meio de reduzir a potencial efetividade do comando

---

<sup>67</sup> Ibid., p.136.

<sup>68</sup> Id., O Controle dos Atos Administrativos..., p.19.

<sup>69</sup> Ibid., p.51.

<sup>70</sup> Ibid., p.20.

<sup>71</sup> Ibid., p. 27.

<sup>72</sup> Ibid., p.46.

<sup>73</sup> Ibid., p.48.

normativo<sup>74</sup>. Nestas circunstâncias, ressalta-se a importância da função do Poder Judiciário, a quem é atribuída a legitimidade para, de forma democrática e soberana, controlar os atos da administração<sup>75</sup>.

O pensamento de JUAREZ FREITAS, assim como o de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, apresenta uma formulação teórica extremamente fecunda para a análise dos limites da discricionariedade administrativa, o que proporciona a instrumentalização de novos mecanismos de controle já considerados de notável eficácia em outros países. O autor, entretanto, mantém a tese de que a interpretação e aplicação do direito possuem momentos de autonomia, de participação e valorização conforme a vontade do órgão, situação caracterizada como uma abertura do sistema jurídico para que se tomem as melhores decisões no caso concreto conforme a finalidade legal.

A consistência dos argumentos de JUAREZ FREITAS exige do estudioso da sindicabilidade dos atos administrativos uma análise cuidadosa. Primeiramente, está correto o jusadministrativa citado quando afirma a necessidade de superação da crença na univocidade e na tendência decorrente da escola exegética de "expulsar" toda e qualquer liberdade do agente público para fora do Direito, bem como no que se refere a necessidade de redefinir-se o conceito de vinculação, ampliando-a para abarcar também a incidência dos princípios informadores do Direito Administrativo no que se pode chamar de, utilizando o termo consagrado por vários autores europeus, "bloco da legalidade".

---

<sup>74</sup> Ibid., p. 104-5. Em outra passagem, Juarez Freitas alerta para os perigos da inflação legislativa e da utilização indiscriminada das medidas provisórias. Segundo ele, "(...) a racionalização e a decorrente redução do número de leis é tarefa indispensável para o fortalecimento do princípio da legalidade(...)". op. Cit., p. 64.

<sup>75</sup> Ibid., p.21

Todavia, embora a discricionariedade não se apresente como arbitrariedade, entendimento já sustentado de há muito pela doutrina e jurisprudência pátria, a sua definição no sentido de que o espaço aberto a valorações é uma liberdade conferida ao administrador para tomar a melhor decisão no caso concreto acaba por ignorar os verdadeiros momentos de autonomia do agente público. Se o espaço lhe é conferido para tomar a decisão que melhor atenda a finalidade legal ou a melhor observância dos princípios informadores, não se está diante de uma verdadeira liberdade, e sim de estrita vinculação, e o agente deve demonstrar, por meio da motivação do ato, o raciocínio jurídico que o levou a entender que a solução adotada é a melhor diante do caso concreto. Por via de consequência, se o ato tende a encontrar a solução correta, sua revisão plena pelo Poder Judiciário deverá ser plenamente admitida, tendo em conta a legitimidade deste poder para a garantia dos direitos fundamentais.

Sendo assim, o momento chamado de "discricionariedade vinculada" apresenta-se como verdadeira vinculação, o que abre a possibilidade para a ampliação da sindicabilidade judicial, em que o juiz pode verificar se as circunstâncias de fato selecionadas pelo administrador realmente foram as corretas e se a valoração, ou, utilizando expressão mais adequada, a concretização realizada foi aquela considerada mais adequada. Pelo contrário, se a valoração é considerada discricionária, limita-se o controle ao desvio de finalidade, pois a sindicabilidade não poderá chegar ao ponto de indagar dos pressupostos objetivos e da sua conseqüente ponderação, devendo-se restringir a indagação ao atendimento do fim legal. Sendo assim, e se o fim geralmente abre espaço para valorações, evidentemente o controle limitar-se-á a situações nas quais manifestamente fique evidenciada a utilização do poder

administrativo para fins espúrios, controle, aliás, consideravelmente limitado.

É necessária a ampliação dos parâmetros de estrita vinculação para que se permita um intenso controle objetivo. A constatação de que o sistema abre portas para as valorações a serem realizadas pelo administrador, por meio de remissões ou de sua intrínseca indeterminação, acaba por manter os amplos espaços de liberdade dos órgãos estatais e limitar as possibilidades de sindicabilidade. Além do mais, não esclarece que a ordem jurídica pode, e deve, abrir espaço de livre atuação administrativa onde o mote implicará em verdadeira valoração(, subjetiva, de sindicabilidade limitada e reconhecida a preponderância da decisão administrativa), espaço em que não é possível concluir pela existência de uma finalidade intensamente vinculante da atividade estatal, como se houvesse uma vontade geral de cunho rousseaniano que norteasse todas as práticas administrativas. Em determinadas situações, quando a lei estabeleça o espaço de discricionariedade, o controle somente pode efetivar-se no seu aspecto negativo, para que se preservem as decisões da Administração, o que não deve ocorrer quando haja indeterminação dos preceitos legais, caso em que na verdade exige-se um rigoroso raciocínio jurídico, ou em outras palavras, uma correta aplicação da lei e não manifestação de vontade.

Em síntese, os doutrinadores brasileiros vêm buscando aprofundar a análise sobre os mecanismos destinados ao aperfeiçoamento do controle da Administração, mantendo, contudo, a visão ampliada da discricionariedade de modo a abranger também os conceitos indeterminados. Não obstante, é majoritário o entendimento de que não existe ato totalmente discricionário, pois a decisão administrativa está sujeita ao controle da razoabilidade. Exemplo dessas novas tendências inspiradas em estudos desenvolvidos principalmente em continente europeu é o

significativo trabalho de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, para quem discricionariedade "(...) é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessária para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução, necessária para atender a um interesse público específico"<sup>76</sup>, servindo para o agente público valorar corretamente o motivo nos limites da lei e para escolher adequadamente o objeto<sup>77</sup>. Para MOREIRA NETO, a discricionariedade tem a característica de uma opção política, limitada pelos princípios da legalidade e da boa administração<sup>78</sup>. O autor procura ainda definir os parâmetros de controle da atividade administrativa com base nos princípios da realidade e da razoabilidade, a fim de aumentar a esfera de sindicabilidade e reduzir as esferas de isenção do poder.

### **2.2.3. A distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade no direito brasileiro**

Os autores que defendem a tese da vinculação dos atos realizados com base em normas dotadas de conceitos indeterminados são certamente a grande minoria em nosso país. Prevalece amplamente o entendimento de que tais conceitos geram discricionariedade, estejam eles situados na hipótese legal ou na estatuição.

Existem orientações que buscam distanciar-se da doutrina dominante, como é o caso de WALTER CAMPAZ. De acordo com seu pensamento, a caracterização da discricionariedade deve

---

<sup>76</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e Discricionariedade, p.22.

<sup>77</sup> Ibid., p.35.

<sup>78</sup> Ibid., p.28.

ser buscada na estrutura da norma jurídica<sup>79</sup>. Partindo da idéia que aquela somente pode situar-se no comando normativo, ou seja, no plano das conseqüências jurídicas, aceita a tese tradicional na doutrina germânica de que a discricionariedade nunca pode surgir na hipótese da norma, tendo em conta que esta é sempre objeto de interpretação. Contudo, o autor sustenta a existência da discricionariedade técnica, caso em que o administrador terá espaço de liberdade para decidir sobre os procedimentos técnicos a serem adotados, desde que não contrariem regras claras e uniformes<sup>80</sup>.

Uma das posições mais interessantes encontrada na doutrina brasileira é a de EGLE VILLEN, cuja fundamentação evidencia uma interpretação extremamente interessante formulada em um diálogo com o pensamento de HANS KELSEN. Merece atenção a análise dos argumentos apresentados pela autora para distinguir atividade interpretativa e discricionariedade, entendendo que "(...)a defesa da univocidade da norma jurídica, obtida através de operação absolutamente racional, não corresponde exatamente à realidade"<sup>81</sup>. Para ela, a crença na ausência de interferência da vontade do intérprete surge devido à tentativa de garantia de uma suposta estabilidade jurídica, fundada na idéia de que a vinculação administrativa decorreria da existência da aplicação eminentemente lógica da norma<sup>82</sup>.

EGLE VILLEN parte do pensamento de KELSEN e de JUAN FRANCISCO LINARES, mencionado quando tratado o tema dos conceitos indeterminados na doutrina argentina, e defende que toda a interpretação tem um componente de heteronomia e outro de autonomia, caracterizado este pela inafastável vontade do agente

---

<sup>79</sup> CAMPAZ, Walter. Discricionariedade, p.35

<sup>80</sup> *Ibid.*, p.36.

<sup>81</sup> VILLEN, Eglen. Interpretação e Discricionariedade, p. 147.

<sup>82</sup> *Ibid.*, p. 149.

incumbido de interpretar a norma. Em seu trabalho leciona no seguinte sentido:<sup>83</sup>

A discricionariedade consiste num âmbito de autonomia reservado pelo legislador à Administração Pública. A atuação volitiva do administrador se traduz, portanto, no exercício de uma competência legal, o que a destaca sobremaneira da apreciação subjetiva decorrente da mera indeterminação normativa. No primeiro caso podemos afirmar que a vontade do agente é **necessária**, é solicitada, enquanto que no segundo ela é **inevitável**, encontrando justificação na generalidade, abstração, imprecisão terminológica, que não se resolvem, como vimos, através de uma mera operação absolutamente objetiva

Em toda interpretação intervém a apreciação subjetiva do intérprete, sendo incorreto afirmar que a vinculação existe na verificação objetiva da lei, enquanto a vontade não influir na definição do sentido. A subjetividade, portanto, não pode ser a nota distintiva entre vinculação e discricionariedade. Nesse sentido, para ELEN VILLEN<sup>84</sup>:

Diz-se Vinculada a atividade administrativa quando desenvolve a simples aplicação da norma jurídica, não assumindo maior relevância a participação volitiva do agente, eis que o conteúdo de sua decisão já está contido na norma jurídica. Cabe-lhe, tão somente a escolha de um dos significados da norma. Já na Discricionariedade é o próprio legislador que empresta relevo à vontade da Administração, reservando-lhe um espaço na norma jurídica, remetendo-lhe a sua integração

E mais adiante diz que<sup>85</sup>

Já quanto à atuação volitiva na interpretação, não está o Judiciário vinculado, eis que se trata de escolha entre vários significados da norma, decorrente de sua mera indeterminação. Não atribuindo o legislador relevância à vontade, não se tratando de integração da norma jurídica,

---

<sup>83</sup> Ibid., p.150.

<sup>84</sup> Ibid., p.150.

<sup>85</sup> Ibid., p.151.

o Judiciário, a quem cabe dizer o Direito, por excelência, poderá rejeitar a escolha da Administração, entendendo-a incorreta, tal como ocorre na aplicação da norma jurídica feita pelo particular

Entretanto, a autora aproxima-se do pensamento de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no momento em que afirma a possibilidade de discricção administrativa tanto na hipótese, no mandamento, e até mesmo na finalidade, já que os limites da competência discricionária são definidos mediante a interpretação da norma. De acordo com o seu estudo, parece crer que esta atividade hermenêutica, ao contrário do que pensa CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, não verificará a existência de discricionariiedade no momento em que não é mais possível desvendar a intenção normativa de forma plenamente objetiva, sem qualquer interferência do intérprete, mas sim quando constatar pela existência de uma remissão legal, de manifestação legislativa no sentido de dar especial relevo à vontade da administração.

Suas conclusões são importantes pelo fato de servirem como contraponto a alguns argumentos teórico-normativos apresentados por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. EGLE VILLEN parte praticamente da mesma base teórica-KELSEN- para afirmar que a discricionariiedade não se confunde com o espaço de apreciação subjetiva existente no ato de interpretação. Além do mais, refuta de forma coerente a tese da existência de uma apreciação eminentemente objetiva do texto legal, ao explicitar que em toda a atividade hermenêutica surge sempre a figura do intérprete, como sujeito que inevitavelmente interage com a norma aplicável.

Seus postulados teóricos levantam algumas indagações, como a análise sob as formas da remissão legal, ou, em outras palavras, se deve esta remissão ser expressa ou se pode decorrer

do sentido da lei, o que significa a identificação de um limite seguro a ser traçado entre o arbítrio ordinário e o arbítrio extraordinário, utilizando-se as expressões de JUAN FRANCISCO LINARES<sup>86</sup>. EGLÉN VILLE acaba remetendo para a vontade do legislador, fórmula inclusive já desenvolvida pela doutrina germânica. Por fim, ressalte-se que as considerações de cunho teórico-normativo desenvolvidas pela autora são mescladas com argumentos dogmático-constitucionais, quando sustenta a legitimidade do Poder Judiciário para substituir as decisões manifestadas no aspecto subjetivo da interpretação realizada pelo administrador, diante da atribuição conferida a este poder para "dizer o Direito".

Dentre os autores que transparecem preocupação com a maximização do controle no que se refere à aplicação de conceitos indeterminados parece encontrar-se JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO. Para o constitucionalista mineiro, a "(...) existência de conceitos imprecisos possibilita a modulação da intensidade do controle dos atos estatais, inclusive no que se refere a apreciação da oportunidade"<sup>87</sup>. BARACHO não procura ingressar frontalmente no debate sobre se a fluidez dos conceitos gera ou não discricionariedade, e limita-se a expor as orientações doutrinárias e jurisprudenciais existentes nos países europeus, tomando por base principalmente a obra de ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA.

Um dos administrativistas que consegue vislumbrar com melhor clarividência a questão da discricionariedade e dos conceitos indeterminados é ALMIRO DO COUTO E SILVA. Para o emérito professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a "(...) impossibilidade relativa do controle judicial da aplicação

---

<sup>86</sup> *Supra*, p.66.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados*, p.106.

dos conceitos indeterminados pela Administração Pública não os transforma, entretanto, em fonte do poder discricionário"<sup>88</sup>, devendo o controle destes ser amplo, restringido somente quando constatada a impossibilidade de estabelecer um juízo cognitivo de verificação da decisão tomada. A discricionariedade, pois, diferencia-se dos conceitos indeterminados pelo fato de que enquanto nestes, *a priori*, o controle é total, na discricionariedade previamente já há previsão da liberdade de escolha conferida ao órgão administrativo. Decorrência disto é que o próprio julgador deverá verificar se existe, no caso concreto, limitação ao controle judicial, ocorrendo a restrição nos casos em que a complexidade ou a diversidade de opiniões não permitirem vislumbrar a melhor solução. A discricionariedade, pelo contrário, já tem a previsão de sindicabilidade restrita exposta na lei<sup>89</sup>.

Além disso, leciona ainda ALMIRO DO COUTO E SILVA, "(...) que muitas vezes, na mesma norma jurídica há a conexão de conceito jurídico indeterminado com poder discricionário. Nisso não há nada de singular. O intérprete deverá separar os dois conceitos e tratá-los de acordo com os princípios e regras que lhe são peculiares"<sup>90</sup>. Em linhas gerais, o autor busca inspiração na doutrina germânica, ao situar os conceitos indeterminados dentro do conceito de vinculação, submetendo sua aplicação ao controle judicial amplo e manter a possibilidade de restrição da sindicabilidade diante do caso concreto, ante a impossibilidade de verificação da solução correta, conduta inclusive praticada pelos tribunais alemães especialmente em situações que envolvam juízos de prognose, decisões sobre provas, exames e concursos, e deliberações de órgãos colegiados.

---

<sup>89</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, p.59

<sup>90</sup> Ibid., p.60.

Ibid., p.61.

É de ressaltar-se ainda que o administrativista citado menciona decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (RJTRGS, nº 79/272, e 114/222) em que se observa um controle mais intenso das decisões tomadas pelos órgãos administrativos, como em caso de provas de concurso público, onde entendeu-se que a resposta indicada como certa pela Administração era manifestamente errada, ou ainda, quando na valoração de títulos adotam-se critérios distintos para os candidatos, além de caso em que o Judiciário indagou sobre a existência de "valor histórico e artístico" de um bem, para verificar a legalidade de um tombamento<sup>91</sup>.

#### **2.2.4. Eros Roberto Grau e a distinção entre juízos de legalidade e oportunidade**

A formulação teórica proposta por EROS ROBERTO GRAU é de extrema relevância para a reflexão sobre a polêmica em torno do controle dos conceitos indeterminados no direito brasileiro, já que é um dos poucos administrativistas que refuta frontalmente a possibilidade de que a imprecisão conceitual tenha relação com a discricionariedade. Para tanto, distingue entre juízo de legalidade e juízo de oportunidade, com base em argumentos de ordem semiológica, exteriorizados para esclarecer que os conceitos não podem ser confundidos com os termos que os designam, estes sim passíveis de dúvidas quanto ao seu sentido, a ser buscado mediante interpretação.

Na lição do professor da Universidade de São Paulo, o significado das palavras depende de uma relação linguística, não havendo conexão necessária entre a expressão e a coisa que se pretende designar. Além disso, na linguagem jurídica utiliza-se

---

<sup>91</sup> Ibid., p.65-6.

preferencialmente a linguagem natural, o que a torna potencialmente vaga, marcada por ambigüidade e imprecisão<sup>92</sup>. Para EROS GRAU, os conceitos jurídicos caracterizam-se por não encontrarem referência a coisa, estado ou situação, mas sim por expressarem uma significação atribuível a estas<sup>93</sup>, sendo que os conceitos representam uma idéia universal, expressada por um termo. É neste último que, segundo o autor, reside a imprecisão, já que o conceito, a representação de uma idéia, não é passível de indeterminação, o que só pode ocorrer no termo (expressão lingüística) daquele conceito<sup>94</sup>. Por estas razões, afirma que a "reiteradamente referida 'indeterminação dos conceitos' não é deles, mas sim dos termos que os expressam. Ainda que o termo de um conceito seja indeterminado, o conceito é signo de uma significação determinada. E de *uma apenas significação*"<sup>95</sup>.

Qual o significado desta distinção entre termo e conceito? Segundo o autor, a indeterminação do termo não pode levar à conclusão de que neste momento há discricionariedade, já que cabe ao intérprete elucidar o sentido da expressão e, conseqüentemente, a suma de idéias designada pelo conceito. Em suas palavras, quando "(...)temos sob exame um conceito cujo termo, indeterminado, o legislador não definiu estipulativamente, o aplicador do direito deverá superar essa indeterminação"<sup>96</sup>. Os conceitos são, pois, objeto de interpretação, admitindo apenas uma solução justa, enquanto que a discricionariedade pressupõe "(...)uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos"<sup>97</sup>.

EROS ROBERTO GRAU também reflete sobre o papel do juiz na tarefa de revisão dos atos administrativos, e escreve que

<sup>92</sup> GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*, p.58-9.

<sup>93</sup> *Id.*, *O Direito Posto...*, Op. Cit.p.145.

<sup>94</sup> *Id.*, *Direito, Conceitos...*,Op.Cit., p.64-5.

<sup>95</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto...*, Op.Cit., p.147.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p.148.

"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"<sup>98</sup>.

Para o publicista, discricionariedade limita-se às hipóteses de remissão legal<sup>99</sup>, caso em que, nas situações que envolvam conceitos vagos, o que há é necessidade de interpretação a fim de encontrar a solução justa. Neste ponto, à primeira vista, a tese do autor parece contrariar o seu próprio entendimento, quando ressalta a impossibilidade de encontrar soluções exatas para a aplicação do Direito. Quanto a isto, diz o autor<sup>100</sup>:

Desejo ainda, neste ponto, observar que a afirmação de que os conceitos jurídicos são *signos de significações determinadas* não contradiz aquela outra na qual sustento inexistirem, no âmbito do direito, soluções exatas-uma para cada caso-, porém, sempre para cada caso, um elenco de soluções corretas. Não conflita, a primeira, com a evidência de que a aplicação (que é, concomitantemente, interpretação) do direito não é ciência, mas prudência. As soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de um a ou outra significação (conceito) a determinada coisa, estado ou situação, linear e unidimensionalmente,

---

<sup>98</sup> Ibid., p.149.

<sup>99</sup> Ibidem.

<sup>100</sup> "Daí porque entendo serem extremamente reduzidas as chamadas **margens de discricionariedade**, que apenas se manifestam, única e exclusivamente, quando a lei, **expressamente**, as atribuir à administração. Por isso, também é que não pode nem deve o Poder Judiciário escusar-se ao exame da prática, pela administração, da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, sob o pretexto de que esta, então, estaria a atuar no campo da discricionariedade. Note-se que, se adotada em sua plenitude a tese de que deva ele escusar-se ao exame dessa aplicação, seríamos forçados a concluir, **v.g.**, ser despropositada e incabível a fixação pelo Poder Judiciário, em ações de desapropriação, dos valores de indenização a serem pagos aos desapropriados. Pois, se "justa indenização" é conceito jurídico indeterminado- e é- a adoção da tese teria de nos conduzir, forçosamente, à afirmação de que incumbe exclusivamente à administração, discricionariamente, fixar tais valores." Cf. GRAU, Eros Roberto. *Poder Discricionário*, p.43.

Ibid., p. 150.

porém, desde a ponderação de variáveis múltiplas, o que efetivamente, confere à interpretação/aplicação do direito aquele caráter de prudência. Insisto no seguinte ponto: embora o conceito seja sempre significação determinada, em diversas instâncias de enunciação- ou seja, nos diversos enunciados virtuais de uma mesma sentença- ganha multiplicidade de referências, que explicam e justificam mais de uma solução normativa. Nesse sentido, enquanto referência, o conceito, de conotativo, transmuta-se em denotativo. A redescoberta da conotação conceitual, em cada enunciado normativo, em especial quando veicule conceito indeterminado, será, sem dúvida, expressão de interpretação/aplicação do direito- juízo de legalidade

EROS GRAU refuta a possibilidade de uma única resposta correta para cada caso, e sustenta que a definição do que é considerado justo sempre admite mais de uma solução. Esta constatação, no entanto, não pode levar à conclusão de que na definição do sentido da norma haja discricionariedade, pois a atividade interpretativa encontra-se vinculada pelas regras e princípios jurídicos<sup>101</sup>, o que determina a imperiosa realização de um juízo de legalidade<sup>102</sup>. Tendo em conta as lições do autor, verifica-se que sua linha de argumentação dirige-se à legitimação de uma intensa limitação dos espaços de liberdade do administrador. Evidentemente, a orientação adotada leva à conclusão da inexistência da chamada discricionariedade técnica,

<sup>101</sup> Desta forma, afirma Grau em relação à aplicabilidade dos princípios: "Beneficiados por objetividade e presencialidade normativa que os dispensa de estarem consagrados expressamente em qualquer preceito particular- as expressões são de Canotilho- o seu caráter normativo e sua inserção no direito positivo resultam inquestionáveis". Cf. GRAU, Eros Roberto. *Despesa Pública- Princípio da legalidade- Decisão Judicial*, p.320.

<sup>102</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p.184. Esta atividade interpretativa, para o auto apresenta-se de forma complexa, como pode-se verificar nas suas palavras: "(...)força é observarmos que soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir da atribuição de um ou outro significado a determinada norma, porém desde a ponderação de variáveis múltiplas. Como observei em outra oportunidade, questão de fato e questão de direito se interpenetram". Cf. Eros Roberto Grau, *Autarquia : interpretação de preceito legal que define sua competência*, p.86.

ante a conclusão de que nestes casos há formulação de juízos de legalidade.

Em relação à discricionariedade técnica, interessante manifestação do pensamento do notável publicista gaúcho, hoje radicado em São Paulo, encontra-se em parecer que envolvia a interpretação de norma que autorizava o Secretário da Fazenda do Estado do Espírito Santo a conceder prazo especial para o recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias, tendo como pressuposto básico para a concessão que o "benefício seja fundamental na decisão da empresa em realizar o empreendimento"<sup>103</sup>. Para a qualificação dentro desta categoria necessitar-se-ia de parecer técnico do Banco do Estado, o que poderia configurar a chamada discricionariedade técnica. Conclui, não obstante, pela inexistência de liberdade na definição daquele conceito, restringindo a discricionariedade à decisão de conceder ou não o prazo especial para o recolhimento<sup>104</sup>.

Por fim, EROS ROBERTO GRAU entende que o controle deve ser relativizado em determinadas situações, adotando aqui a lição de ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA, sendo necessária uma restrição da sindicabilidade em decisões altamente pessoais, nas valorações vinculativas, em decisões de caráter prognóstico e nas decisões de planificação administrativa<sup>105</sup>. O pensamento exposto pelo autor, é importante mencionar, apresenta o mérito de traçar a necessária distinção entre juízo de legalidade e juízo de oportunidade, o que permite a intensificação do controle de decisões tradicionalmente enquadradas no mérito administrativo. Resta, contudo, a problemática sobre os limites do controle das decisões formuladas com base em juízo de legalidade e os métodos que permitem esta verificação.

---

<sup>103</sup> GRAU, Eros Roberto. *Discricionariedade técnica e parecer técnico*, p.115.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p.115.

<sup>105</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto...*, Op. Cit., p.162.

### 2.2.5. A distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade e a existência de conceitos discricionários

GERMANA DE OLIVEIRA MORAES, em sua tese de doutorado, defendida na Universidade de Lisboa, reflete sobre o controle jurisdicional da atividade administrativa de concretização de conceitos indeterminados tomando por base os ensinamentos do administrativista português SÉRVULO CORREIA. Para a juíza federal e professora da Universidade Federal do Ceará, atualmente o controle da Administração Pública transcende a verificação da legalidade, limitada a regras jurídicas, e passa-se a enfatizar a necessária observância da juridicidade, delimitada pela importância dos princípios jurídicos que condicionam a atividade administrativa<sup>105</sup>. Além disso, afirma que, no direito brasileiro, são compatíveis os princípios da inafastabilidade da apreciação jurisdicional e da separação dos poderes, sempre que houver lesão ou ameaça a direito<sup>107</sup>.

GERMANA MORAES intenta esclarecer os elementos essenciais da discricionariedade. Para a professora, esta categoria compreende o complemento da previsão aberta da norma, tanto na hipótese quanto na determinação dos efeitos, a margem de livre decisão e a ponderação valorativa dos interesses concorrentes<sup>106</sup>. Nas suas palavras:<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, p.24

<sup>107</sup> Ibid., p.11.

<sup>106</sup> Ibid., p.35.

<sup>108</sup> Ibid., p.39. A discricionariedade pode se apresentar como a) possibilidade para complementar, com base em uma valoração, os pressupostos de fato necessários à realização do ato administrativo; b) decidir se ele praticado e quando; c) escolher o conteúdo entre mais de uma opção admitida pelo direito; d) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta estabelecida previamente. Ibid., p.42.

A abertura da norma tanto pode residir na previsão incompleta dos pressupostos necessários à edição do ato administrativo ("discricionariedade quanto aos pressupostos"), quanto na indeterminação parcial dos efeitos a serem produzidos com a sua edição ("discricionariedade de efeitos"). A primeira hipótese se evidencia em face da utilização pela lei de conceitos indeterminados atributivos de discricionariedade, como, por exemplo, "conveniência para o serviço", ou pe-la(sic) ausência de uma disciplina legislativa, isto é, se a hipótese normativa não descreve abstratamente a conduta a ser tomada pelo administrador. A segunda se identifica pela utilização de fórmulas potestativas, como, por exemplo, "a Administração poderá", e de igual modo pela enunciação dos efeitos por conceitos indeterminados, cujo exemplo clássico é atribuição ao agente de poderes para adotar, diante de certas situações previstas, as "medidas necessárias"

O problema da discricionariedade, embora possa conectar-se com os conceitos indeterminados, com estes não se confunde, já que apenas certos tipos de conceitos concedem ao administrador uma margem de atuação. A definição de que casos surgirá discricionariedade, contudo, dependerá da correta classificação dos conceitos, o que leva a autora a distinguir entre conceitos descritivos e conceitos de valor<sup>110</sup>, além de diferenciar, como espécies de conceitos indeterminados, os conceitos classificatórios e de prognose<sup>111</sup>. Leciona a magistrada cearense, tomando por base as lições de ROGÉRIO EHRARDT SOARES<sup>112</sup>:

Os conceitos classificatórios envolvem apenas juízos objetivos nos processos de interpretação e aplicação e referem-se a situações individualizáveis como constitutivas de uma classe de acontecimentos substancialmente idênticos. Subdividem-se em três grupos: a) conceitos descritivos-empíricos, cujo conteúdo se fixa de modo objetivo a partir da experiência comum e de conhecimentos científicos ou técnicos especializados (v.g., "doença incurável", "produto poluente"); b) conceitos cuja imprecisão se traduz na

<sup>110</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Op.Cit., p.61.

<sup>111</sup> Ibid., p.62.

<sup>112</sup> Ibid., p.62.

remissão para figuras jurídicas de limites elásticos (v.g., "boa-fé") e c) conceitos que se referem a situações definíveis em função de circunstância de tempo e de lugar.

Os conceitos-tipo, como, por exemplo, "interesse público" e "ordem pública", demandam uma valoração subjetiva e, conforme ensina o autor da classificação, "não apontam para uma classe de situações individualizáveis, mas invocam um tipo difuso de situações da vida, um domínio de factos ou valores, em relação ao qual os acontecimentos concretos se projectam apenas como manifestações ou expressões".

Para GERMANA MORAES, os conceitos indeterminados podem ser vinculados ou não vinculados, sendo que estes últimos poderão ser discricionários ou não. Vinculados são os conceitos "(...)cuja aplicação conduz a uma única solução juridicamente possível, seja porque a indeterminação deriva da indeterminação da linguagem, seja porque a indeterminação resulta da contextualidade da linguagem e envolve uma avaliação atual, não-prospectiva das circunstâncias de fato presentes e concomitantes à incidência da norma<sup>113</sup>" Já a atividade administrativa não vinculada é<sup>114</sup>

(...)aquela decorrente da concretização de normas que atribuem à Administração Pública certa margem de liberdade, seja para valorar e preencher os conceitos verdadeiramente indeterminados, mediante um juízo de prognose, seja para agir discricionariamente, mediante a ponderação comparativa de interesses, ora quando se procede à valoração e aditamento dos pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo (*discricionarietà* quanto aos pressupostos); ora quando decide se e quando vai editá-lo (*discricionarietà de decisão*); ora quando escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, compreendido este como o conjunto de princípios e regras (*discricionarietà de escolha optativa*); ou ainda quando colmata o conteúdo do ato administrativo descrito com lacunosidade na lei (*discricionarietà de escolha criativa*)

<sup>113</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Op.Cit., p.64.

<sup>114</sup> Ibid., p.25.

GERMANA DE OLIVEIRA MORAES refuta o conceito de discricionariedade formulado como o sentido político do ato, ressaltando o aspecto da ponderação entre interesses concorrentes e a possibilidade de definição de pressupostos e de quando e como atuar, e distingue entre esferas de atividade vinculada e não vinculada. Dentro desta última encontram-se certas categorias de conceitos indeterminados que admitam mais de uma solução razoável: conceitos discricionários serão somente aqueles que exijam, "(...)além da complementação do tipo aberto(...)" encerrem "(...)um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes(...)"<sup>115</sup>. Além disso, dentro da categoria da atividade não vinculada estão os conceitos de prognose, que não são discricionários, mas comportam uma apreciação de situações futuras.

Estabelecidas as distinções entre as diversas categorias de conceitos e as esferas de atividade vinculada e não vinculada, GERMANA MORAES esclarece que, nos casos em que os conceitos remetam a uma situação atual não se pode falar em discricionariedade, estando a sua aplicação sujeita á plena sindicabilidade judicial<sup>116</sup>. Todavia, no caso de conceitos que se encontrem na esfera da atividade não vinculada, a sindicabilidade limitar-se-á ao aspecto negativo, geralmente não ocorrendo a substituição da decisão tomada por aquela que se entenda correta, mas apenas havendo a exclusão das condutas que violem os princípios jurídicos<sup>117</sup>. No entanto, a substituição da decisão será possível quando a indeterminação advir da linguagem<sup>118</sup>.

O pensamento de GERMANA MORAES representa importante avanço no estudo dos conceitos indeterminados no direito brasileiro, pois, pela primeira vez em nosso país, analisa de

---

<sup>115</sup> Ibid., p.64.

<sup>116</sup> MORAES, *Germana de Oliveira*. Op.Cit.,p. 70.

<sup>117</sup> Ibid., p.107.

<sup>118</sup> Ibid., p.160.

forma mais detalhada o problema da classificação das diversas espécies de conceitos e a conseqüente intensidade da sindicabilidade judicial, concluindo que a diferença entre atividade vinculada e não vinculada está nos limites e nas conseqüências do controle, e não na possibilidade ou não de revisão judicial. Além do mais, refuta a tendência a relacionar aplicação do conceitos indeterminados e discricionariedade, o que ocorrerá somente nos casos em que a aplicação da norma exija uma ponderação entre interesses concorrentes.

### 2.3. A jurisprudência brasileira e os parâmetros adotados pelos Tribunais diante dos conceitos indeterminados

A aplicação de normas jurídicas pelo órgão administrativo que contenham conceitos indeterminados é vista pelos tribunais predominantemente como exercício de um poder discricionário, sujeita aos limites impostos para este tipo de atribuição e aos mecanismos de controle desenvolvidos pela jurisprudência. Nesse sentido encontra-se decisão do extinto Tribunal Federal de Recursos, embora tenha evitado ingressar na sindicabilidade do ato, já que a discussão versava sobre a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para a concessão de liminar em ação cautelar, expressamente enquadrando o ato do censor proibindo a exibição de filmes pornográficos como ato discricionário<sup>113</sup>.

---

<sup>113</sup> TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. Agravo de Instrumento n° 47367-RJ. Rel. Min Carlos M. Velloso. 6ª Turma, julgado em 25.06.86, in Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV n° 166, out./dez. 1986.pp.96-100. Diz a ementa: "-Censura. Filmes pornográficos. Ato administrativo discricionário: inexistência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* a autorizar o deferimento da medida cautelar de liberação de filmes pornográficos. Ato administrativo discricionário: conceito. O ato do censor é ato discricionário. A censura, quanto a diversões e espetáculos públicos, está autorizada na Constituição(CF, art. 8º, VIII, d, art. 153, §8º).

Outro exemplo de delimitação de controle dos conceitos indeterminados a partir da visão de que estes geram discricionariedade pode ser encontrado em caso relativo à análise da expressão "valor artístico" em matéria de tombamento, em que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina evitou a apreciação dos critérios técnicos utilizados<sup>120</sup>:

Tombamento compulsório - Cancelamento - Prédio de valor histórico, arquitetônico e cultural da cidade - Órgãos técnicos discordes com o destombamento - Poder, porém, discricionário do Chefe do Poder Executivo - Lei 1.202, de 4/4/74 e Decreto 270/86 - Apelo desprovido.

Possível à Administração Pública revogar ou anular seus próprios atos; o destombamento de prédio considerado embora de valor histórico e cultural por órgãos técnicos se insere no poder discricionário do Chefe do Poder Executivo, a quem a lei confere autonomia para decidir originariamente sobre o assunto.

O cancelamento da inscrição do bem tombado, sendo ato discricionário, não comporta o exame pelo judiciário sobre sua justiça, ou conveniência.

Prevalece, pois, a tese de que a discricionariedade pode resultar da interpretação da lei, não sendo necessária a expressa remissão. Esta é a orientação do Supremo Tribunal Federal, ao afirmar que "A competência discricionária deve resultar de lei, mas pode ser inferida de sua interpretação sistemática"<sup>121</sup>.

O debate sobre a interpretação de conceitos indeterminados foi levantado em decisão extremamente relevante do Supremo Tribunal Federal, envolvendo a discussão sobre a auto-aplicabilidade do art. 192, §3º, da Constituição Federal, regra que limita a taxa de juros reais a doze por cento ao ano. Em seu

<sup>120</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível nº 38926. Comarca da Capital. Rel. Des. Alcides de Aguiar. 4ª Câmara Civil, julgado em 11.06.1993.

<sup>121</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 20.975. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. Julgado em 29.8.89, in

voto, o Ministro Carlos Velloso adota a lição de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, quando sustenta que "todo conceito jurídico indeterminado é suscetível de concretização pelo juiz", bem como a idéia expressada por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO no sentido de que a vagueza das palavras não é suficiente para retirar a imediata aplicabilidade da Constituição. Cita ainda EROS ROBERTO GRAU, sendo que o reconhecido membro de nossa Corte Suprema defendeu que o conceito de juro real é passível de concretização, pelo que não se pode negar auto-aplicabilidade da norma em questão<sup>122</sup>. Em seu voto, o Min. Carlos M. Velloso projeta na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal importantes estudos doutrinários sobre a técnica dos conceitos indeterminados, e abre caminho para o desenvolvimento dos mecanismos de sindicabilidade da sua concretização. Embora minoritária, a orientação exposta demonstra a necessidade de garantia da força normativa da Constituição frente a normas dotadas de conceitos abertos, muitas vezes carentes de uma associação direta no mundo da realidade. Isto, no entanto, não deve servir como argumento para desmoronar o edifício constitucional, alegando-se impossibilidade de interpretação, conclusão que pode ser colhida como advertência a partir das considerações realizadas no voto analisado. Eis, pois, a principal "porta de entrada" da técnica dos conceitos indeterminados na jurisprudência brasileira, contribuindo para justificar a importância do estudo da relação existente entre princípio da legalidade e concretização de noções vagas.

Devido ao vasto campo de normas jurídicas contendo conceitos indeterminados, limitaremos a análise jurisprudencial a algumas espécies de casos encontrados em diversas decisões do

---

Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: FGV n° 178, out./dez 1989, p.45-9.

<sup>122</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.4-7-DF. Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 7.3.91, in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n.12, jul./set.1995.p.313.

Poder Judiciário brasileiro, selecionadas por evidenciarem os critérios utilizados para o controle da atividade administrativa no direito brasileiro.

### *2.3.1. Decisões relativas ao poder de polícia*

O poder de polícia é definido por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO como "(...)a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ("non facere") a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo"<sup>123</sup>. Esta atividade, segundo o administrativista citado, tanto pode manifestar-se através de atos vinculados como por meio de atos discricionários.

Há na jurisprudência a tendência a controlar as decisões proferidas no exercício do poder de polícia com apoio princípio do devido processo legal, ainda que sob uma dimensão eminentemente processual. Nessa linha, julgou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>124</sup>, ao considerar ilegal a negativa de autoridade policial de concessão de alvará de funcionamento de lanchonete, fundada na alegação de que o local seria destinado à prostituição, tendo em conta que os atos atentatórios à moral não foram comprovados em regular processo administrativo, sendo fundada meramente em abaixo-assinado da vizinhança. Neste caso, os postulados adotados na decisão abrem espaço para um controle

<sup>123</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p.513.

<sup>124</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível em Mandado de Segurança n°3739, 4ª Câmara Civil, Joaçaba, Rel. Des. Anselmo Cerello, 25.03.93.

mais profundo da atividade administrativa: parte-se da idéia de que o instrumento destinado à garantia do funcionamento de estabelecimentos é o chamado "Alvará de Licenciamento", de caráter vinculado e "(...)portanto submetido a situações legais para a sua concessão e atuação"<sup>125</sup>. Por via de consequência, se o ato é vinculado, a existência de atos atentatórios à moral apresenta-se condicionada pela necessidade de comprovação para que se negue a concessão da licença. Nesta linha de raciocínio, cabível seria o controle jurisdicional da ocorrência do conceito atos atentatórios à moral, não sendo necessária a limitação do controle somente à inexistência do processo administrativo que permitisse a participação dos interessados.

Em outra decisão, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina também anula decisão administrativa que nega alvará de funcionamento a uma casa noturna, tomando por base abaixo-assinado dos moradores<sup>126</sup>. A decisão é invalidada por fundamentação insuficiente, sem a observância do princípio do devido processo legal, considerando-se a necessidade de conciliar o exercício do poder de polícia com os direitos fundamentais dos cidadãos. Importante ressaltar que a fundamentação da decisão tem em conta basicamente a necessidade de justificativa formulada a

---

<sup>125</sup> Ibidem.

<sup>126</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA *Apelação Cível em Mandado de Segurança* n° 97.000279-3, 3ª Câmara Civil, Canoinhas, Rel. Des. Eder Graf, 25.03.97. No mesmo sentido o julgamento da *Apelação Cível em Mandado de Segurança* n° 4.728, 4ª Câmara Civil do TJSC, Chapecó, Rel. Des. Francisco Borges, 22.04.94, Publ. no DJESC n° 8.983 - Pág 06 - 09.05.94: "Mandado de segurança. Estabelecimento comercial licenciado. Fechamento por autoridade policial, sem o devido processo legal.

Ao recolher tributos e investir capital no ramo escolhido para exercer suas atividades, conquistando a licença do Poder Público para instalar-se com o seu negócio, o cidadão contribuinte passa a ser titular de direitos que a lei resguarda, não sendo lícito, portanto, subtrair-lhe, sem justificados fundamentos, o usufruto desses direitos.

A interdição de estabelecimento comercial, devidamente autorizado a funcionar, só se legitimará se, em processo adequado, for dado ao infrator amplo direito de defesa e garantido o contraditório, consoante lhe é assegurado pelo art. 50., LV, da Constituição Federal." Seguindo idêntica orientação a decisão da

partir de um processo que garanta o contraditório e a ampla defesa aos interessados no caso de intervenções ablativas, ou seja, que interfiram na esfera dos particulares. No entanto, não estabelece se as motivações de atos obtidos em processo formalmente regular podem ser valoradas pelo Poder Judiciário. Desta forma, o devido processo legal parece continuar sendo aplicado a partir de um ponto de vista eminentemente processual.

O princípio do devido processo legal, em sentido processual, vem sendo utilizado de forma satisfatória no que se refere ao controle do exercício do poder de polícia. Em outro julgado do Tribunal de Justiça catarinense, é anulado ato administrativo de Prefeitura Municipal que determina retirada em 24 horas de construção onde funciona a título precário um camelódromo, por entender que o procedimento, ao não garantir a participação do interessado, viola o direito ao contraditório e à ampla defesa do administrado<sup>127</sup>.

Este caso apresenta uma nota peculiar: a exigência da necessidade de garantia do *due process* em sentido processual decorre de uma distinção entre atos da Administração envolvendo a concretização de conceitos indeterminados. A decisão busca fundamento, entre outras, em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo na qual se afirma que "(...) só é inquestionavelmente legítimo aquele poder de demolir, quando se trata de obras que ameacem ruínas, ou representem, de outro modo, perigo iminente para a coletividade, sem que os responsáveis adotem medidas adequadas; não porém, quando se cuide de construções, ou acessões, levantadas em desacordo com normas administrativas, ou outras regras legais, casos em que há de recorrer à ação de

---

Apelação Cível em Mandado de Segurança n° 4.241, 3ª Câmara Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Chapecó, Des. Amaral e Silva, 11.05.93.

<sup>127</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível em Mandado de Segurança n° 96.006329-3, 4ª Câmara Civil, Balneário Camboriú, Rel. Des. Francisco Borges, 12.09.96.

segurança jurídica"<sup>128</sup>, e, em outra decisão citada, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sustenta-se que a "(...)municipalidade pode proceder a demolição de obra por mão própria, não se justificando, porém, a violência administrativa, se a necessidade em que se funda o ato não envolver perigo imediato à coletividade"<sup>129</sup>.

O que fundamenta a exigência do devido processo legal em sentido processual é o fato da determinação de demolição ter por fundamento não o iminente perigo à coletividade, mas sim a irregularidade da construção, apreciação que envolve, evidentemente, a concretização de um conceito de limites imprecisos. Contudo, nesta situação, o Judiciário não necessitou valorar a expressão *iminente perigo à coletividade*, pelo fato da própria Administração reconhecer não ser este o fundamento da notificação atacada pelo Mandado de Segurança. O problema surge, evidentemente, no momento em que o particular recorre ao Poder Judiciário para discutir o próprio fundamento da ordem, caso em o juiz se deparará com a indagação sobre a possibilidade ou não de valoração.

Em certas circunstâncias os Tribunais procuram restringir o poder de polícia da Administração através da utilização dos princípios de Direito Administrativo. Significativa é a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina citada a seguir<sup>130</sup>:

---

<sup>128</sup> RJTJSP, vol. 122, jan/fev/1990, p. 105/106.

<sup>129</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível em Mandado de Segurança, n° 3003, Comarca da Capital, Rel. Des. José Bonifácio, JC 67/79.

<sup>130</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível em Mandado de segurança n° 5.317, 1ª Câmara Civil, Balneário Camboriú, Rel. Des. Carlos Prudencio, 27.08.96. No mesmo sentido: "MANDADO DE SEGURANÇA. AMEAÇA DE DEMOLIÇÃO DE CAMELÓDROMO. FUNCIONAMENTO A TÍTULO PRECÁRIO. AUSÊNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

O poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. E, segundo o mestre Hely Lopes Meirelles, Discricionariedade e arbitrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos pela lei; arbitrio é ação contrária ou excedente

MANDADO DE SEGURANÇA INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DISCRICIONARIEDADE DESTA QUE NÃO É ABSOLUTA, DEVENDO AGIR NOS LIMITES DA LEI SEGURANÇA CONCEDIDA RECURSO DESPROVIDO.

É certo que a Administração Pública dispõe do poder de polícia, o qual atribui à mesma a faculdade de disciplinar e restringir, em favor do interesse público ou do próprio Estado, direitos e liberdades individuais. Entretanto, essa discricionariedade deve estar de acordo com a lei, bem como ser proporcional à infração cometida, não sendo admissível, como no caso, interdição de estabelecimento por agentes da saúde que deram prazo imediato para cumprimento das condições exigidas.

Neste julgado, invalida-se decisão administrativa que interdita estabelecimento comercial alegando descumprimento das normas de saúde pública. Embora reconheça que o poder da Administração é amplo em relação a limitações de higiene e segurança, o julgador valora as circunstâncias de fato envolvidas, ao considerar que "(...)as irregularidades encontradas não são de molde a ensejar a aplicação da mais dura das penas, a interdição"<sup>131</sup>, e que "Cabia aos agentes da vigilância sanitária oferecer prazo razoável para que fossem sanadas as irregularidades"<sup>132</sup>. Por fim, entende "(...) arbitrário o ato dos fiscais sanitários, que interditaram o estabelecimento do impetrante, sem qualquer procedimento administrativo que pudesse conferir-lhe defesa, ou oportunidade de cumprir as condições exigidas"<sup>133</sup>. Interessante notar que o fundamento expresso da decisão acaba sendo a violação do devido processo

---

da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido."

Comete abuso de poder, passível de correção pela via mandamental, o ato do Poder Público municipal que, com atropelo às normas legais assecuratórias da ampla defesa e do princípio do contraditório, fere direito líquido e certo do impetrante ao devido processo legal." Apelação cível em mandado de segurança nº 96.006329-3, 4ª Câmara Civil do TJSC, Balneário Camboriú, Rel. Des. Francisco Borges, 12.09.96.

<sup>131</sup> Ibidem.

<sup>132</sup> Ibidem.

<sup>133</sup> Ibidem.

legal em sentido processual, conquanto que o raciocínio jurídico que efetivamente leva o julgador a cassar o ato administrativo é a sua valoração com base nas circunstâncias relevantes a partir da adequação entre meios utilizados e fins a serem atingidos.

Outro exemplo de controle do exercício do poder de polícia ocorre nos casos de apreensão de veículos ou mercadorias com o objetivo de forçar o pagamento de tributos ou multas, caso em que os tribunais também submetem as decisões administrativas à verificação da observância do devido processo legal no seu aspecto processual. Nesse sentido é a Súmula 323 do Supremo Tribunal Federal, que cristaliza o entendimento predominante<sup>134</sup>.

Tradicionalmente, o poder de polícia é concebido como uma atribuição predominantemente discricionária, delimitada pela sua finalidade, o interesse público. Esta conclusão, entretanto, acarreta a remessa deste tipo de atividade para o controle da discricionariedade, configurado basicamente pelo desvio de poder e por princípios que revestem-se de um caráter garantístico no sentido procedimental, como o princípio devido legal. Por outro lado, o poder de polícia, devido à possibilidade real e intensa de que a atuação administrativa interfira na esfera de direitos dos cidadãos, demanda um controle dotado de mecanismos efetivos para a ponderação entre interferência no âmbito privado e legitimidade do agir estatal, esta entendida não somente na sua dimensão processual mas também em seu aspecto substancial, o que exige a demonstração das razões que permitem à Administração realizar as conseqüências previstas na norma abstrata. Sem dúvida, esta compreensão exige uma necessária restrição da

---

<sup>134</sup> "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos." No mesmo sentido: MANDADO DE SEGURANÇA - APREENSÃO DE VEÍCULO - ILEGALIDADE.

A retenção de veículo como meio coercitivo para pagamento de multa proveniente de infração administrativa caracteriza violação ao direito de propriedade. Apelação cível em mandado de segurança nº 5.673, 2ª Câmara Civil do TJSC, Balneário Camboriú, Rel. Des. Newton Trisotto, 10.04.97.

discricionariedade e da tradicional visão do chamado mérito administrativo.

Há o entendimento de que o exercício do poder de polícia não pode violar os direitos dos cidadãos, como por exemplo nos casos de restrição do direito de ir e vir<sup>135</sup> pela atividade administrativa e na proteção do direito de propriedade e livre iniciativa. Entretanto, exige-se do Judiciário contemporâneo formulações mais consistentes e consentâneas com a efetiva possibilidade de conflitos entre cidadãos e um Estado cada vez mais complexo e não raras vezes autoritário. Ao aumento dos poderes administrativos deve corresponder a intensificação da atividade judicial, principalmente diante do aumento das demandas sociais.

### 2.3.2. O controle do poder disciplinar

As decisões em processo administrativo disciplinar estão sujeitas, segundo a jurisprudência, ao controle da observância do devido processo legal e à existência dos motivos determinantes<sup>136</sup>, sem que se admita a sindicabilidade da

<sup>135</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 242. Este constitucionalista cita decisão seguindo esta orientação: "Qualquer cidadão[em verdade, qualquer indivíduo] tem direito público subjetivo de transitar por estradas públicas municipais e, conseqüentemente, o direito de exigir da administração municipal que se abstenha de perturbar-lhe ou impedir-lhe o livre trânsito por via que, de longa data, vem sendo usada pelo povo" (TASP, rel. Alcides Faro, 16.4.52, RT 203/412).

<sup>136</sup> Nesse sentido, exigindo a motivação do ato, a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, da 2ª Turma Cível, na Apelação Cível nº 50.195/98, Rel. Des. GETÚLIO MORAES OLIVEIRA, julgado em 07.06..99:

#### **ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. CRITÉRIOS.**

- Na punição disciplinar, a discricionariedade permite a escolha da penalidade e a conveniência de sua imposição, mas não dispensa a autoridade de motivar o ato.
- A autoridade administrativa não está presa às conclusões do relatório de comissão, que se constitui em peça opinativa, podendo extrair conclusão diversa.

conveniência e oportunidade do ato punitivo, o que significa que o Judiciário não pode valorar os motivos e a gradação da pena aplicada. Nessa orientação é a seguinte decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina<sup>137</sup>:

ADMINISTRATIVO DEMISSÃO DE SERVIDOR EM ESTÁGIO PROBATÓRIO IMPROBIDADE E MÁ CONDUTA APURADAS EM REGULAR PROCESSO ADMINISTRATIVO CONTROLE JUDICIÁRIO LIMITES.

Verificando o Judiciário que o ato de improbidade e a má conduta imputados ao servidor no exercício de suas funções foram apurados em regular processo administrativo, bem como ser cabível a penalidade aplicada pela autoridade competente, exaurida está a sua função controladora, que restringe-se à verificação da conformação do ato com a lei e com os princípios a que está sujeito o Poder Público, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre a sua conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça.

No mesmo sentido, o julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região a seguir citado<sup>138</sup>:

<sup>137</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. *Apelação cível em mandado de segurança n° 96.003269-0, 3ª Câmara Civil, Chapecó, Rel. Des. Eder Graf, 15.10.96. Evidenciando a imperiosa necessidade do processo administrativo, mesmo em casos onde a infração seja flagrante: "ADMINISTRATIVO. EXPULSÃO DE ALUNO DA ACADEPOL QUE ESTANDO EMBRIAGADO, FOI PRESO EM FLAGRANTE, DESACATANDO O DELEGADO DE POLÍCIA.*

Mesmo nessa circunstância mister se faz cumprir o ritual administrativo previsto no regulamento da Academia de Polícia Civil. Ação de segurança procedente. *Apelação Cível n° 595170168, 4ª Câmara Civil do TJRS, Porto Alegre, Rel. Des. João Aymoré Barros Costa, j. 08.05.96.*

<sup>138</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. *Apelação Cível n° 94.01.30252-9 /RO Rel. Juiz Catão Alves. 1ª Turma, DJ 22/09/1997.pp.76480. No mesmo sentido as seguintes decisões do Tribunal Federal da 1ª Região, verificando a existência dos motivos e a observância do devido processo legal em sentido meramente processual: Apelação Cível n. 94.01.08844/DF, Rel Juiz. Carlos Fernando Mathias. 2ª Turma, julgado em 05.11.1996. DJ 10/03/1997.p.12774. Recurso Ordinário n° 90.01.14299-0 /DF ; Remessa Ex-officio. Rel. JUIZ HÉRCULES QUASÍMODO. Rel. para o Acórdão JUIZ JIRAIR ARAM MEGUERIAN. SEGUNDA TURMA. DJ 05 /03 /1992 P.04485. 04 /12 /1991. Recurso Ordinário 89.01.10035-5. Rel. Hércules Quasímodo. 2ª T. ,J. 31.10.1990. DJ 19.11.1990.pp.27462. Apelação Cível n° 89.01.09738-9/DF. Rel. Juiz Hércules Quasímodo. 2ªT., j. em 26.06.1990, DJ 06/08/1990.pp.16606. Também no mesmo sentido a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, na Apelação Cível n° 48178/98, 5ª Turma Cível, Relatora Vera andrighi: "ADMINISTRATIVO - ATO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - APLICAÇÃO DE PENA DE ADVERTÊNCIA - CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO.*

SERVIDOR PÚBLICO. FISCAL DO TRABALHO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. FORMALIDADES LEGAIS OBSERVADAS. INFRAÇÃO FUNCIONAL COMPROVADA. PUNIÇÃO DO SERVIDOR. LEGITIMIDADE.

1. Observadas as normas legais pertinentes ao processo administrativo disciplinar é comprovada a infração do servidor, lícita a punição que lhe foi imposta pela autoridade administrativa competente.

Em outra oportunidade decidiu o mesmo Tribunal<sup>139</sup>:

ADMINISTRATIVO- PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR VINCULAÇÃO ENTRE ACUSAÇÃO E A PUNIÇÃO APLICADA- INEXISTENCIA DE PROVA DOS FATOS OBJETO DA INDICAÇÃO, A AMPARAR A PUNIÇÃO - CONTROLE DE LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIARIO.

I-Os princípios da legalidade e da ampla defesa exigem que a indicação, em processo administrativo disciplinar, descreva, exatamente, os fatos imputados e a falta cometida, a fim de que o acusado deles tome ciência e nele concentre a sua defesa.

II-Punida a autora por fato não constante de sua indicação formal, no processo administrativo disciplinar, o respectivo processo e punição dele decorrente restam inquinados de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, assegurado constitucionalmente (art. 5, LV, da CF/88).

III- No exame da legalidade do ato administrativo disciplinar pode o Judiciário reexaminar a prova produzida no processo respectivo, a fim de perquirir se a punição aplicada nela encontra amparo, porque "o exame, pelo Poder Judiciário, de sua legalidade, compreende, quer os aspectos formais, quer os materiais, nestes se incluindo os motivos e pressupostos que o determinaram" (Embargos de Divergência no RE n. 75.421-BA, STF, Rel. Min. Xavier de Albuquerque).

IV- Inexistindo prova suficiente dos fatos objeto da indicação da autora, impõe-se a conclusão de que impossível aplicar-lhe, seja a pena de cassação do

---

*No processo administrativo, como em qualquer outro, o Estado aplica as leis para apurar infrações administrativas e punir os infratores; para a solução de controvérsia no âmbito administrativo; ou, para a prolação de uma decisão final da Administração. É possível o controle judicial dos atos discricionários da Administração, desde que respeitados os limites da discricionariedade, assegurada por lei à Administração Pública. Ao Judiciário cumpre apreciar os aspectos da legalidade e a ocorrência do abuso de poder, o que ensejaria na invalidação do ato. Recurso improvido."*

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. AC 94.01.16951-9 /DF ; APELAÇÃO CIVEL. JUÍZA ASSUSETE MAGALHÃES. SEGUNDA TURMA. DJ 06 /11 /1995 P.75776. 08 /08 /1995.

exercício profissional, seja a pena de censura que a sentença manteve- porquanto, mantendo-a, estaria a incursionar no âmbito do mérito administrativo, relativamente a graduação da pena, substituindo uma punição por outra-o que é vedado ao Judiciário, consoante a jurisprudência e a doutrina.

Ainda no intuito de ilustrar a orientação jurisprudencial brasileira, a decisão abaixo, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, demonstra a sindicabilidade sobre a existência dos motivos<sup>140</sup>:

ADMINISTRATIVO - TÉCNICO LEGISLATIVO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - PENA DE DEMISSÃO APLICADA POR VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 139 DA LEI Nº8.112/90-PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO POR DESCUMPRIMENTO DE PRAZOS E AUSÊNCIA DE PUBLICIDADE REJEITADA-AUSÊNCIA AO SERVIÇO INJUSTIFICADA POR SESSENTA DIAS, INTERPOLADAMENTE, DURANTE PERÍODO DE DOZE MESES CARACTERIZADA -OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1. Considerados os antecedentes funcionais do servidor, lúdima a decisão que lhe impõe penalidade de demissão pela ausência ao serviço, injustificadamente, por 60 (sessenta) dias, interpoladamente, durante período de 12 (doze) meses, observados o contraditório e a ampla defesa e respeitados os prazos legais.

(Lei nº 8.112/90, art. 128, 139, 151, I, 152, 153, 161, parágrafo 1º, 163 e 169, parágrafo 1º).

Os julgados acima espelham a orientação predominante na jurisprudência brasileira, ao estabelecer como parâmetro de avaliação das decisões em processo administrativo disciplinar o princípio do devido processo legal em sentido processual<sup>141</sup>,

<sup>140</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Ac 1997.01.00.003892-2 /DF ; Apelação Cível. Juiz Catão Alves (116). Primeira Turma DJ 05 /11 /1998 P.20. Data da Decisão:31/05/1998.

<sup>141</sup> Nesse sentido, a título de exemplo, o julgamento da Apelação cível em mandado de segurança nº 96.003790-0, 1ª Câmara Civil do TJSC, Capinzal, Rel. Des. Carlos Prudêncio, 17.12.96 : "MANDADO DE SEGURANÇA. SANÇÃO DISCIPLINAR. SUSPENSÃO DE QUINZE DIAS SEM REMUNERAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. ARBITRARIEDADE. CONCESSÃO DEFINITIVA DO WRIT. REEXAME NECESSÁRIO. SENTENÇA MANTIDA.

orientação reforçada, aliás, pela feliz cláusula constitucional que exige a garantia do contraditório e da ampla defesa nos processos judiciais e administrativos, referendando uma dimensão ampla do fenômeno processual que vê este como uma seqüência de atos destinado à realização da atividade estatal mediante a participação dos interessados, caracterização formada dentro do próprio Direito Administrativo e transportada pelas modernas doutrinas para os estudos de teoria geral de processo<sup>142</sup>. Por estas razões, é essencial a observância do devido processo legal até mesmo em processos que envolvam julgamentos políticos, como se verifica na decisão monocrática a seguir exposta, em que o relator concede o efeito suspensivo ativo em Agravo impetrado contra indeferimento de pedido liminar, em Mandado de Segurança, que pleiteava a suspensão do andamento de Comissão Processante tendente a apurar fatos levantados contra Vereador. Em primeiro grau, afirmou o julgador que não competia ao Poder Judiciário apreciar o mérito dos atos realizados pela Comissão Processante, argumento contrariado pelas palavras do Desembargador Relator<sup>143</sup>:

A meu ver, cabe sim ao Poder Judiciário o exame da afronta ao amplo direito de defesa e do contraditório, encartado no texto constitucional da Carta da República. Não se trata, é bem de ver, de ingressar no mérito da prova proposta, nem na sua necessidade ou desnecessidade. Ma, apenas e em grandeza relevante, no livre e amplo exercício de tal direito, assegurado a todos os acusados, de modo a ficar resguardado de qualquer mácula, por menor que seja, o devido processo legal

Para ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, por um largo período de tempo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

---

*A punição disciplinar é ato discricionário do ente administrativo, porém quando não há ensejo ao contraditório e ampla defesa, fere-se o princípio do devido processo legal, consagrado pela Carta Magna, e passa a ser ato arbitrário, corrigível por mandado de segurança."*

<sup>143</sup> Cf. DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, p.93.

inclinou-se a admitir o controle limitado à verificação de competência e regularidade da forma da demissão do funcionário público estável, cabendo ao Judiciário apenas verificar a violação literal de lei. No entanto, conforme o autor mencionado, a partir de julgamento realizado em 20.12.1944, o conceito de legalidade é ampliado, passando a abranger também as questões de fato envolvidas na causa. Neste Acórdão afirmava o Min. CASTRO NUNES, então relator, que "O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade, excluída a apreciação de mera conveniência ou oportunidade. A apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar um aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente"<sup>144</sup>. Contudo, afirma CINTRA que surgem divergências quanto à profundidade do exame a ser realizado pelos juízes.

Tanto a matéria disciplinar quanto as questões relativas ao exercício do poder de polícia, anteriormente analisadas, comportam a existência de um controle mais profundo, tendente a ingressar na valoração e intensidade da atuação estatal. Aqui, pois, assume especial importância a possibilidade de desenvolvimento de uma dimensão substancial do princípio do devido processo, com o controle razoabilidade ou da proporcionalidade dos atos administrativos restritivos de direitos.

---

<sup>144</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 70001153410. 08.06.2000. Rel. Des. Perciano de Castilhos Bertoluci.

<sup>145</sup> Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*, p.179.

Ademais, surgem na doutrina brasileira argumentos que abrem espaço para o controle total dos procedimentos disciplinares. Nota-se, por exemplo, em DIOGENES GASPARINI, apoiado em doutrinadores de renome, a afirmação no sentido de que o "que não cabe à Administração Pública é a aplicação de pena não prevista em lei ou sem observar a natureza e a gravidade da falta"<sup>145</sup>. E, adiante, afirma que a "aplicação de qualquer das sanções disciplinares(...) exige motivação, isto é, descrição das razões de fato e de direito que levaram a Administração Pública a punir o seu servidor". Estas considerações servem justamente para fundamentar o controle pleno do exercício do poder disciplinar dos órgãos administrativos, o que permite a recusa da existência de margens de liberdade conferidas ao administrador público para definir a gravidade da pena. Na jurisprudência também é possível notar a tendência, embora tênue, da admissão de sindicabilidade mais profunda sobre as decisões referentes a processos disciplinares, como na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a seguir citada<sup>146</sup>:

SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. IMPOSIÇÃO DE PENALIDADE. SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. NULIDADE.

Em que pese tenham sido respeitados, à primeira vista, os trâmites procedimentais previstos em legislação própria para a condução de Sindicância Administrativa, instaurada contra a impetrante para apurar falta por ela supostamente cometida, inafastável a sua nulidade quando se verifica que a autoridade ofendida, no caso, o Sr. Prefeito Municipal, também fora quem, instaurando o procedimento investigatório, nomeou os integrantes da Comissão de Sindicância, prestou informações e, ainda, decidiu pela penalização mais gravosa à servidora, sem a fundamentação mínima necessária.

O julgado acima trata de punição disciplinar imposta à servidora pública pelo fato desta ter publicado em jornal artigo tecendo críticas à Administração, motivando à instauração

---

<sup>145</sup> GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, p. 609.

de sindicância, tendo em conta que a conduta enquadrar-se-ia em hipótese legal prevista na legislação municipal que veda aos servidores "referir-se de modo depreciativo ou desrespeitoso às autoridades públicas ou aos atos do Poder Público, mediante manifestação escrita ou oral"<sup>147</sup>. O Tribunal invalida a decisão administrativa, embora reconheça a observância dos contraditório e da ampla defesa, com base na violação da imparcialidade no procedimento, ante a constatação de que o Prefeito Municipal era ofendido e julgador ao mesmo tempo, e com base na irrazoabilidade da fundamentação do ato, ao impor-se a pena máxima. Segundo o relator, "(...) é de somar-se a tais considerações o fato de que, ao optar pela suspensão da impetrante de suas funções, por sessenta dias, sem direito à remuneração, sequer despojou-se de fundamentação ao menos razoável, a fim de justificar a dosagem máxima aplicada(...)". Adiante, diz que "(...) a publicação de autoria da apelante, acostada à fl. 17 destes autos, não se põe suficiente a, por si só, amparar a atitude do apelado, ao qual assistia direito à opção, conforme o artigo 147 da citada lei, invocado pela Comissão de Sindicância, pela imposição das penas de suspensão ou de advertência, sendo esta, sem dúvida, menos gravosa à impetrante"<sup>148</sup>.

A decisão apresenta importantes "aberturas" para o controle do poder disciplinar. Em primeiro lugar, a invalidação do ato administrativo toma por base o princípio da imparcialidade, argumento absolutamente de acordo com a exigência constitucional da necessária aproximação entre processo judicial e processo administrativo. A decisão ainda vai além, realizando uma valoração dos fatos relevantes e sua qualificação diante da

---

<sup>147</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 597206713/RS, 3ª Câmara Cível, Santa Cruz do Sul, Rel. Des. José Carlos Teixeira Giorgis, j. 19.03.98.

<sup>148</sup> Ibidem.

<sup>149</sup> Idem, Ibidem.

hipótese aplicável, operação que levou o relator a concluir pela falta de razoabilidade na medida e excessiva gravidade na dosagem. Neste ponto, claro está o notável avanço em relação à sindicabilidade das penas disciplinares, superando-se a categoria do mérito como espaço submetido ao controle restrito do desvio de poder, e submetendo o poder punitivo à necessária observância dos princípios gerais de direito.

A tendência é no sentido de ampliar o âmbito de controle sobre decisões administrativas baseadas em processos disciplinares, como se vê, por exemplo, nos estudos desenvolvidos por JOSÉ RAIMUNDO GOMES DA CRUZ, quando este elenca as possibilidades de aprofundamento do controle da discricionariedade, inserindo nestas a técnica dos conceitos indeterminados, ilustrando com caso a que faz referência por GARCÍA DE ENTERRÍA onde o Tribunal Supremo valorou as circunstâncias para verificar o conceito de falta de probidade do funcionário. Além disso, o autor ressalta a tendência à utilização dos princípios gerais de Direito como critérios de redução da liberdade do administrador<sup>149</sup>.

### ***2.3.3. O controle dos decretos expropriatórios***

O controle dos decretos expropriatórios apresenta sua primeira restrição no próprio decreto-lei 3365/45, quando no seu artigo 9º estabelece que "Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública". Ressalta, portanto, o caráter discricionário e limitado da sindicabilidade do ato, sendo significativo o fato de que o próprio legislador estabelece a

limitação judicial, o que traz a discussão sobre a possibilidade de lei ordinária estabelecer cláusulas de isenção de controle em intervenções ablativas.

A jurisprudência e a doutrina buscaram o temperamento desta cláusula, ao afirmar a constitucionalidade do art. 9º, por não configurar hipótese de exclusão do controle judicial das razões que motivaram a expropriação por utilidade pública, mas tão somente a proibição da análise desta questão no processo de desapropriação, não havendo qualquer óbice para que se demande em ação direta, admitida até mesmo a propositura de Mandado de Segurança, estando comprovada a lesão a direito líquido e certo<sup>150</sup>. A discussão em torno dos decretos expropriatórios envolve principalmente a problemática sobre dois conceitos indeterminados e sua conseqüente verificação pelo juiz. Trata-se dos conceitos de "utilidade pública" e de "justo preço". Quanto a este último, a jurisprudência tradicionalmente não tem encontrado problemas para definir os seus parâmetros de concretização, admitindo a indagação sobre a fixação de valores, avaliação de perícias e informações técnicas apresentadas, e definição dos critérios de correção monetária. A título de exemplo, observa-se a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça<sup>151</sup>:

DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA. INDENIZAÇÃO JUSTA E PREVIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO DA MOEDA. A INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DESAPROPRIAÇÃO POR UTILIDADE PÚBLICA, PARA SER JUSTA, DEVE SER CORRIGIDA MONETARIAMENTE. A CORREÇÃO MONETÁRIA CONSULTA AO INTERESSE DO PRÓPRIO ESTADO-JUIZ, A FIM DE QUE SUAS SENTENÇAS PRODUZAM, TANTO QUANTO VIÁVEL, O MAIOR GRAU DE SATISFAÇÃO DO DIREITO CUJA TUTELA SE LHE REQUER. CONSTITUINDO OFENSA A CONSTITUIÇÃO FEDERAL, FIXAR-SE INDENIZAÇÃO, EM EXPROPRIATÓRIA, SEM A DEVIDA CORREÇÃO,

<sup>150</sup> CRUZ, José Raimundo Gomes da. *O Controle Jurisdicional do Processo Disciplinar*, p.370-1.

<sup>151</sup> SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, p.209.

<sup>152</sup> SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 39977/RS. 1ª Turma. DJ. 01/08/1994. Rel. Min. Demócrito Reinaldo.*

INEXISTE ILEGALIDADE NA DECISÃO QUE, AFASTANDO A TR COMO FATOR DE ATUALIZAÇÃO, INDICA, DESDE LOGO, COMO INDICE DE CORREÇÃO, O INPC, SEM QUE ESSA PROVIDENCIA POSSA SE ERIGIR EM JULGAMENTO "EXTRA PETITA".

O conceito de justo preço, típico conceito indeterminado, nunca ofereceu maiores problemas no que se refere à legitimidade do Poder Judiciário para definir o seu sentido. Além do mais, a sua caracterização é de considerável dificuldade diante do caso concreto, ante as freqüentes dúvidas sobre os critérios a serem adotados para a definição do valor do bem e conseqüente avaliação deste, o que denuncia a impossibilidade de definição *a priori* de pressupostos objetivos para a apreensão do sentido de conceitos que possuem suas raízes nas ciências exatas ou em elementos passíveis de observação sem que se torne necessário um juízo valorativo.

O valor de um imóvel, embora se considere a possibilidade de verificação de acordo com a situação do mercado, depende de uma série de variáveis que nem sempre são facilmente objetiváveis ou passíveis de uma resposta unívoca. Como exemplo, pode-se vislumbrar a hipótese do valor sentimental de um bem para uma família, vindo esta a sofrer imensamente com sua perda em decorrência da expropriação, ou ainda o caso de desapropriação de uma obra de valor artístico: nestas situações, a avaliação não passará somente por critérios rígidos de definição de preço. Estar-se-á, pois, diante de uma zona de penumbra do conceito, e que deve estar sujeita, entretanto, à apreciação judicial.

Pode-se argumentar em contrário, afirmando que o controle do justo preço, embora indeterminado, apresenta como característica a possibilidade dogmática de verificação judicial com base na legitimação conferida ao magistrado para tanto, o que não ocorreria em outros conceitos vagos, principalmente naqueles dotados de extensa carga valorativa. Na verdade, a exigência de

sindicabilidade decorre da cláusula do devido processo legal em seu sentido material e do princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, surgindo como princípio geral e não como exceção. Além do mais, não se pode deixar de considerar que a admissibilidade do controle do conceito de justo preço envolve questões extremamente delicadas para a Administração Pública, já que a definição do valor de um bem expropriado certamente influi nos cofres do Estado. Afinal, se o controle é aceito nesta matéria considerada um tanto quanto delicada, não há porque negá-lo nas demais situações em que o agente concretiza conceitos indeterminados.

O outro conceito mencionado, o de "utilidade pública" caracteriza sem dúvida alguma a possibilidade de definição de uma finalidade legal por meio de um conceito impreciso, o que evidencia a fragilidade dos argumentos que sustentam o conceito de vinculação a partir da idéia de univocidade concomitantemente com a necessária vinculação do elemento finalidade do ato administrativo, e, em decorrência disso, demonstra a correção da conclusão a que chega CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, evidentemente tomando-se em conta os mesmos postulados teóricos por ele adotados, sobre a possibilidade de descrição quanto ao fim.

O conceito de utilidade pública apresenta três grandes problemas para a doutrina e a jurisprudência: 1º) põe em questão a tese da necessária vinculação da finalidade, ante a constatação de que a única finalidade a ser vislumbrada com os parâmetros tradicionais de verificação da vinculação da atividade administrativa possui dimensão mediata, o que possibilita no máximo um controle negativo limitado ao desvio de poder; 2º) tratando-se de intervenção ablativa, atacando a esfera privada, traz à tona a necessidade da reserva de lei para a legitimidade de tais atos; 3º) Estando a competência legal relacionada com

finalidade expressa por meio de conceitos indeterminados, a constatação de que estes geram discricionariedade pode acarretar a inobservância do princípio da reserva legal, abrindo a possibilidade para que o administrador construa a hipótese que legitimará a concreta intervenção em relação aos cidadãos, acarretando a violação dos postulados básicos do Estado de Direito referentes à racionalização da atividade administrativa e aos direitos fundamentais.

Não bastassem estes problemas, as questões que envolvem expropriações podem estar relacionadas com matérias de planejamento urbanístico, exigindo uma análise extremamente complexa e delicada da situação concreta, relacionando interesses da Administração, interesses dos cidadãos proprietários e interesses da coletividade em geral.

A doutrina brasileira diverge quanto ao caráter vinculado ou discricionário da declaração expropriatória. Certamente, o argumento que sustenta a vinculação deste ato não se funda na teoria dos conceitos indeterminados, e sim na necessária relação entre reserva legal e intervenções no direito de propriedade, ainda mais se tratando de invasão da esfera da propriedade dos particulares, direito considerado da maior relevância e, pois, digno de altíssima e eficaz proteção, essencial dentro da estrutura capitalista. Estes motivos levam à ampliação dos poderes do juiz na tarefa de controle, como pode-se observar na lição de JOSÉ CARLOS DE MORAES SALLES, ao escrever que "(...)no que concerne à ocorrência ou não da alegada utilidade pública, é amplo o controle a ser exercido pelo Poder Judiciário, porque se trata, aí, de verificar se o expropriante agiu dentro dos limites fixados pela Constituição e pela lei para promover a desapropriação"<sup>153</sup>. Entretanto, SALLES entende que o

---

<sup>153</sup> SALLES, José Carlos de Moraes. *A Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*, p.205.

exame da atividade administrativa em matéria expropriatória encontra um limite, dando como exemplo o caso de desapropriação de uma área para que se construa uma estrada, não sendo lícito ao juiz indagar sobre o traçado da mesma, fato que configuraria invasão de competência própria da Administração.

Embora se defenda a sindicabilidade ampla da declaração de utilidade pública, não fica claro o âmbito de intervenção do juiz que se diferenciaria do controle exercido na generalidade dos atos administrativos discricionários, ou, em outras palavras, não fica claro quais parâmetros além do desvio de finalidade são utilizados para a verificação do atendimento da utilidade pública. No exemplo dado por JOSÉ CARLOS MORAES SALLES é possível situar o problema em questão: o autor afirma que o ato de expropriação é vinculado, subordinado aos ditames legais, o que possibilita a sindicabilidade ampla. Não obstante, em relação aos meios para a consecução da finalidade legal há uma certa liberdade conferida ao administrador, decorrendo desta constatação que não seria possível ao Judiciário indagar sobre o traçado da estrada. Ora, se assim é, não há na verdade um ato extremamente vinculado, já que existem espaços de discricionariedade que permitem a livre atuação do administrador, embora exista a exigência da finalidade legal. No entanto, qual a caracterização desta? Segundo a legislação, a doutrina, e a jurisprudência, é a chamada "utilidade pública", expressão dotada de caráter extremamente fluido e que, de acordo com a compreensão tradicional do fenômeno da discricionariedade, somente pode vincular como fim mediato, e não específico. Conclusão: ao utilizar-se os critérios tradicionais de definição do sentido da vinculação administrativa, tomando por base como critério para a vinculação o alto grau de certeza na tarefa hermenêutica, forçoso é concluir que o controle das

desapropriações limitar-se-á ao velho e consagrado *detournement de pouvoir*.

Em poucas palavras: a afirmação da vinculação do ato de desapropriação, nos termos em que é feita, serve somente para "encorajar" o Poder Judiciário a realizar a operação intelectual atinente ao desvio de poder, praticamente não havendo distinção entre a verificação da existência de utilidade pública, o que será feito por um juízo eminentemente negativo (invalidação do ato que viola a finalidade legal), e a cassação de um alvará de autorização por perseguição política, ou ainda a transferência de um servidor também pelo mesmo motivo, ou a definição de critérios para uma licitação que levem infalivelmente à escolha de um dos concorrentes.

A jurisprudência tem buscado a fixação de limites para a atividade administrativa expropriatória, basicamente com o recurso à figura do desvio de poder. Para tanto, é exigida a indicação da finalidade específica da utilidade pública, a fim de possibilitar o controle jurisdicional<sup>153</sup>. Nesse sentido, é a seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, tipicamente desenvolvida a partir dos parâmetros do desvio de finalidade<sup>154</sup>:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECRETO MUNICIPAL QUE DECLAROU DE UTILIDADE PÚBLICA, PARA DESAPROPRIAÇÃO, TERRENOS E BENFEITORIAS, TIDOS COMO NECESSÁRIOS À CONSTRUÇÃO DE VIA

<sup>153</sup> Nesse sentido: " - É ilícito ao Poder Judiciário declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder.

II - É nulo declaratório de utilidade ou necessidade pública, onde não se especifica a finalidade da desapropriação". Recurso Especial nº 36611-9/SC, STJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU 22.08.94, p. 21.214. Na mesma linha, entendendo não estar comprovado o desvio de poder, tendo em vista a indicação específica da finalidade- (criação de um centro cultural): Recurso Especial nº 34399-2/SP, STJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJU 19.12.94, p. 35.267. No mesmo sentido, exigindo a indicação da finalidade específica: 1ª Turma, RE nº 1.225-ES, Rel. Min. GERALDO SOBRAL, julg. em 14.03.90, in "RSTJ" 13/272. Também aplicando a teoria do desvio de poder: Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 73.748-6 - COMARCA DE BETIM. Relator Des. ABREU LEITE, julgado em 25.11.1997.

<sup>154</sup> Recurso Extraordinário nº 97693-1/MG, 2ª Turma do STF, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 13.02.96, DJU 08.11.96, p. 43.211.

DE ACESSO FERROVIÁRIO ENTRE ESTABELECIMENTO PARTICULAR E A ESTRADA DE FERRO CENTRAL DO BRASIL.

Ação ordinária de nulidade do Decreto. Alegação de tratar-se de desapropriação, exclusivamente, em benefício e proveito de empresa privada, com fins lucrativos.

(...)

A simples construção de um acesso ligando o parque industrial de empresa particular à Estrada de Ferro, por si só, não indica ou induz existência de utilidade pública, mas, sim, de utilidade privada. Hipótese em que não há falar em abertura, conservação e melhoramento de via ou logradouro público, nem em meio de transporte ferroviário coletivo, como serviço à comunidade, eis que expresso, no próprio Decreto e sua motivação, que o ato expropriatório se destina "a construção de uma via de acesso ferroviário entre a Companhia Mineira de Cimento Portland S.A - Cominci e a Estrada de Ferro Central do Brasil".

Ao Poder Executivo interdita-se considerar de utilidade pública, para fins de desapropriação, situações não definidas em formas legais ou que, nestas, não sejam de manifesta compreensão. Precedentes do STF.

No caso concreto, releva destacar que, após a imissão provisória na posse, desde logo, o uso dos bens expropriados se fez em favor da empresa privada, que, por sua iniciativa, neles principiou as obras de construção do ramal ferroviário, de seu exclusivo interesse.

(...)

Para que o Judiciário possa verificar a ocorrência do desvio de finalidade, e ante a importância histórica conferida ao direito de propriedade, passível de restrição nos casos de desapropriação, há uma tendência a exigir da Administração fundamentação suficiente do ato, com a indicação da finalidade que se pretende atingir<sup>155</sup>. É significativo é o seguinte julgado

---

<sup>155</sup> No entanto, na decisão a seguir parece que a exigência da motivação, ou seja, a exteriorização da finalidade que se pretende atingir, implica na indicação de uma finalidade genérica: "AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO DESAPROPRIATÓRIO, COM ALEGAÇÃO DE FALTA DE MOTIVAÇÃO E DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PÚBLICO. DEMANDA AJUIZADA APÓS O AFORAMENTO DA AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO.

(...)

Falta de motivação bem repelida, por ter sido declarada a finalidade da desapropriação, relacionada com a construção do Centro Cultural Administrativo Municipal, e indicado o dispositivo legal respectivo (artigo 5º, letra "m", do Decreto-lei nº 3.365/41), especificando, portanto, o motivo determinante do ato.

Desvio de finalidade não configurado. O fato de ter sido doado outro imóvel e de ter sido afirmado, equivocadamente, que o Centro Cultural Administrativo nele seria construído, com a construção de outros prédios públicos no imóvel

do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual se entende pela necessidade de fundamentação técnica da decisão administrativa, superando os termos da tradicional teoria do mérito administrativo, expressão que abarca inclusive as incertezas geradas pela necessidade de conhecimentos técnicos. Estabelece a ementa<sup>155</sup>:

DESAPROPRIAÇÃO, POR UTILIDADE PÚBLICA, DE ÁREA RURAL - DECRETO DECLARATÓRIO - PRINCÍPIOS NORTEADORES - ART. 37, CAPUT, DA CF - MANDADO DE SEGURANÇA. A utilidade pública, declarada para os efeitos de desapropriação, deverá resultar de estudos acurados e conclusivos das necessidades da desapropriação, das possibilidades e da viabilidade na execução do projeto proposto, respeitados os princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade administrativas, impostos pelo art. 37 da CF e pelas leis federais, estaduais e municipais, garantias legais protegidas por mandado de segurança.

---

desapropriado, não caracteriza o desvio, já que a finalidade pública é sempre genérica.

Excesso ou abuso de poder, igualmente, não demonstrado. O fato de se tratar de Município pequeno, recentemente emancipado, e de a área ser relativamente extensa, não configura esse excesso e nem a incompatibilidade do imóvel desapropriado com a finalidade que lhe foi conferida.

(...)"

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Cível nº 596085308, 3ª Câmara Cível, Montenegro, Rel. Des. Tael João Selistre. Apelante: Município de Pareci Novo. Apelado: Espólio de Alicia Stefanya Flath - representado por seu inventariante Artur Flath. j. 22.08.96).

<sup>155</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. 1ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 55.729-8 - COMARCA DE TARUMIRIM - APELANTE - JOSÉ TEODORO DE SOUZA - APELADO - MUNICÍPIO DE SOBRÁLIA, PREFEITO MUNICIPAL SOBRÁLIA - RELATOR - EXMO. SR. DES. ORLANDO CARVALHO. Julgado em 12.12.1995. No mesmo sentido da decisão: "Conquanto ao Judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve ele escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato, bem como a finalidade, pois aí reside o freio à discricionariedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que se destina a expropriação. Tendo em conta o interesse público, é vedado à administração desapropriar para construção de imóveis sem especificar a perseguição do interesse público, é dizer, a finalidade. Se a finalidade referida no decreto expropriatório é fraudada, desmerece-se, por si próprio, a desapropriação". (RSTJ 13/272 e STJ-RDA 179/181, maioria).

(Apud THEOTÔNIO NEGRÃO, "CPC e Legislação Processual em Vigor", 26ª ed., 1995, Saraiva, em comentários ao art. 9º.

O controle do decreto expropriatório apresenta como aspecto peculiar a flagrante colisão entre o interesse da Administração e o direito de propriedade, elemento primordial na estrutura capitalista<sup>157</sup> e tradicionalmente merecedor de grandes cuidados por parte das estruturas jurídicas, como na já larga existência de procedimentos rápidos e eficazes para a proteção da posse e a preocupação com a punição rigorosa de crimes contra o patrimônio. O reflexo desta orientação no Direito Administrativo é a maior intervenção judicial nos atos administrativos que de uma forma ou outra atentem contra o direito de propriedade, pressuposto que permite a intensificação do controle por meio do desvio de poder e admite ao Judiciário, ainda muito adstrito à concepção de mérito administrativo, restringir o espaço de liberdade da Administração mediante a exigência de exteriorização da finalidade específica e sua justificação, inclusive técnica.

#### **2.3.4. a expulsão de estrangeiros e os atos políticos**

A hipótese de expulsão de estrangeiros, prevista pela Lei n° 6815/80, evidencia a restrição adotada pelo Supremo Tribunal Federal em casos de aplicação de normas dotadas de forte conteúdo político<sup>158</sup>. Esta característica de certos atos leva a jurisprudência da Corte a aceitar a ampla liberdade conferida ao Presidente da República na delimitação de seus

---

<sup>157</sup> "Nos quadros de uma CE capitalista, o direito de propriedade tem a função de possibilitar a decisão dos detentores dos meios de produção e das mercadorias sobre a sua produção, distribuição e emprego, sobre ele assentando a distribuição individual do lucro e do risco. É o direito fundamental do capitalismo e é dele que derivam os restantes direitos econômicos fundamentais, desde logo, a liberdade de empresa". Cf. MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do capitalismo*, p.114.

<sup>158</sup> No sentido político do ato, ver: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 71568-1/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio. Paciente: Mohamed Ali El Amine. Impetrantes: Márcia Chuchene Baptista e outra. Coator: Presidente da República. j. 23.11.94, DJU 24.02.95, p. 3.676

pressupostos, entendendo o ato como discricionário e sujeito ao mero controle de forma. Dispõe a legislação citada:

Art. 65 - É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais. Parágrafo único. É passível, também, de expulsão o estrangeiro que:

- a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;
- b) havendo entrado no território brasileiro com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;
- c) entregar-se à vadiagem ou à mendicância; ou
- d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

Art. 66 - Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação.

Observa-se que a própria lei concede ao Presidente da República o poder para decidir sobre a conveniência ou oportunidade da expulsão do estrangeiro. Conforme o Estatuto do Estrangeiro, é o chefe do Executivo quem define o sentido das expressões vagas contidas no *caput* do artigo, não sendo permitido ao Judiciário indagar sobre a aplicação destas normas. Aliás, é firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entendendo o decreto de expulsão como ato discricionário do Presidente da República, o que, aliás, condiz com a interpretação literal do art.66 da Lei nº 6815/80. Já decidiu a mais alta Corte do país:

O instituto da expulsão está consagrado no direito internacional como poder inerente à soberania do estado, tendo por fim afastar o cidadão estrangeiro cuja permanência no país contrarie os elevados interesses nacionais, conceito universal, traçando cada estado os limites de fundo e de forma no seu direito positivo, o tema no direito italiano, francês e dos Estados Unidos. No direito positivo brasileiro torna-se 'passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar.

contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranqüilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo a conveniência e aos interesses nacionais.

Compete ao presidente da república deliberar sobre a conveniência e a oportunidade dessa medida de elevado alcance político, cingindo-se o controle do poder judiciário ao que se relaciona com a legalidade ou constitucionalidade do ato discricionário. distinção entre poder discricionário e poder arbitrário. na espécie cuida-se, realmente, de ato discricionário, praticado nos limites da lei 6.815/80 (artigos 64, 65 e 106), imune a apreciação pelo poder judiciário no que toca ao juízo de valor quanto a sua justiça. É oportuno frisar que a expulsão em causa não se fundou no simples fato de recusa da celebração de missa pelo sacerdote, mas na conotação política de ofício circular e de boletim de sua autoria, divulgado na data da independência do Brasil.

Ao expulsando, ora paciente, foi assegurado o direito de defesa, nos limites normais da lei específica, conforme se deduz do inquérito respectivo. sem a mínima procedência a alegação de ofensa ao princípio do exercício regular de defesa, feita em memorial oferecido pelo impetrante do primeiro 'habeas corpus'. inexistência de coação na liberdade de locomoção do paciente, por ilegalidade ou abuso de poder(...) <sup>159</sup>

Além disso, exige o Supremo Tribunal Federal a fundamentação suficiente do ato, como no julgamento do Habeas Corpus n° 72082-0/RJ<sup>160</sup>. A exigência de fundamentação do ato,

<sup>159</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n° 58409. Tribunal Pleno. Rel. Min. Djaci Falcão. J. em 30/10/1980. DJ de 28/11/1980. No mesmo sentido: HABEAS CORPUS. ESTRANGEIRO. DECRETO DE EXPULSÃO. VÍCIO DE NULIDADE: INEXISTÊNCIA.

1. A expulsão de estrangeiro, como ato de soberania, discricionário e político-administrativo de defesa do Estado, é de competência privativa do Presidente da República, a quem incumbe julgar a conveniência ou oportunidade da decretação da medida ou, se assim entender, de sua revogação (art. 66 da Lei n° 6.815, de 19 de agosto de 1980).

2. Ao Judiciário compete tão somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial.

3. Não padece de ilegalidade o decreto expulsório precedido de instauração do competente inquérito administrativo, conferindo ao expulsando a oportunidade de exercer o direito de defesa.

4. Habeas Corpus indeferido.

Votação: Unânime.

(Habeas Corpus n° 73940/SP, Tribunal Pleno do STF, Rel. Min. Maurício Corrêa. Paciente: Miguel Gercwolf. Impetrante: João José Ramacciotti Júnior. Coator: Presidente da República. j. 26.06.96).

<sup>160</sup> Rel. Min. Francisco Rezek, j. 19.04.95, un., DJU 01.03.96, p. 5.010.

todavia, não o descaracteriza como ato de forte conteúdo político, não sendo possível o controle da sua conveniência e oportunidade. É importante ressaltar este aspecto: esta orientação parece não se enquadrar em uma perspectiva garantística, eficazmente protetora dos direitos fundamentais. A Lei nº 6815/80, característica do abominável período da ditadura militar, deve ser interpretada de forma a melhor enquadrar-se no regime da Constituição de 1988, notadamente tendente a reprimir qualquer forma de ilegalidade ou abuso de poder, inclusive com a considerável ampliação do sistema de direitos e garantias.

Desta forma, a discricionariedade do Presidente, garantida pela legislação mencionada, não se mostra compatível com a efetiva proteção do direito de ir e vir do estrangeiro, sendo que a possibilidade de restrição deste não pode ser conferida à livre vontade do chefe do Executivo. É necessário compreender que os conceitos indeterminados encontrados na hipótese do art. 65 do Estatuto do Estrangeiro, além de por si só, já representarem vinculação à lei, encontram-se sujeitos à necessária justificação da ocorrência da situação que motiva a expulsão, ante a gravidade do direito fundamental envolvido, o que requer uma rigorosa ponderação entre interesse do Estado e interesse do particular. Não basta, portanto, a fundamentação e a ponderação dos interesses envolvidos, devendo-se somar a esta orientação a legitimidade do intenso controle judicial a ser exercido pelo STF, implicando a existência e qualificação dos motivos, bem como a interpretação da hipótese legal dotada de conceitos indeterminados e a derradeira ponderação entre direito fundamental e interesse estatal. Não resta dúvida, pois, da inconstitucionalidade do art. 66 da Lei nº 6815/80, ao excluir da apreciação jurisdicional a chamada "conveniência e oportunidade" do decreto de expulsão, coroando a arbitrariedade e a onipotência

de um modelo de Estado absolutamente repudiado pela Constituição Federal em vigor.

## CAPÍTULO III- INTERPRETAÇÃO DO DIREITO, CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO E IMPRECISÃO DA LINGUAGEM

### 3.1. A indeterminação conceitual: suas implicações na definição da atividade administrativa

A análise da função dos conceitos indeterminados dentro da norma de Direito Administrativo, a sua relação com a discricionariedade e, conseqüentemente, a indagação sobre os limites do controle jurisdicional da atuação administrativa, são questões extremamente complexas, possibilitando a construção de diversos argumentos não raras vezes contraditórios, pautados sobre postulados teóricos semelhantes. Tradicionalmente, a polêmica sobre o caráter vinculado ou discricionário da atividade de aplicação de conceitos indeterminados desenvolve-se a partir do questionamento das possibilidades de sua interpretação, fator que gerou o surgimento de duas grandes correntes no direito germânico. De um lado, os defensores da tese da univocidade, que sustentavam a viabilidade da obtenção de uma única resposta correta na interpretação dos conceitos, enquanto que a corrente defensora da multivalência vislumbrava no complexo procedimento de atribuição de sentido a tais expressões a constatação da impossibilidade de um controle jurídico, ante a inexistência de métodos eficazes para a descoberta da vontade lei nestas situações, o que levará, necessariamente, para a admissibilidade da existência de discricionariedade na atuação administrativa quando presente a vagueza nos termos.

Ainda hoje, embora com outros enfoques, as considerações de ordem teórico-normativa são extremamente marcantes na doutrina administrativista, como é o caso, no

Brasil, para citar dois grandes nomes de expressão na doutrina pátria, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem os conceitos indeterminados apresentam uma zona de incerteza na qual não é possível estabelecer seu sentido objetivo, levando-o a concluir que a discricionariedade começa onde acaba a interpretação<sup>1</sup>, e de EROS ROBERTO GRAU<sup>2</sup>, ao defender que a indeterminação não é dos conceitos, já que estes representam uma suma de idéias determinadas, mas dos termos que expressam os conceitos, muitas vezes incapazes de designarem claramente as idéias que a eles estão relacionadas. As dificuldades interpretativas, portanto, encontram-se nas expressões, e não nas idéias, o que exigiria do hermeneuta uma verificação mais completa e cuidadosa a fim de melhor conseguir enunciar o conceito que o termo designa.

Contudo, é importante ter em conta a impossibilidade de definição *a priori* de todos os postulados vinculantes da Administração Pública e das diversas áreas de liberdade conferidas ao administrador, embora isto não signifique a existência de uma relação essencial entre discricionariedade e limitação interpretativa dos conceitos indeterminados. Estes limites devem ser buscados na análise da norma em confronto com as circunstâncias de fato selecionadas pela norma jurídica, sendo pertinente a advertência de TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ<sup>3</sup>, quando escreve que "(...)o Direito em seu conjunto é um sistema complexo de respostas que resiste, como é óbvio, a ser expressado em fórmulas estereotipadas como na Matemática ou na Química. Por isso, não é possível tampouco afirmar-se em abstrato e

---

<sup>1</sup> Cf. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. Op. Cit., p.41-44.

<sup>2</sup> Cf. *supra*, p.133-4.

<sup>3</sup> Op. Cit.p.90-1.

previamente em relação a todos os conflitos possíveis onde o Direito não poderá chegar em nenhum caso".<sup>4</sup>.

Os conceitos indeterminados evidenciam a superação da crença na potencial objetividade plena da atividade interpretativa e a fragilidade que o princípio da legalidade apresenta devido a incertezas nos termos da lei, não raras vezes causando situações de insegurança para o cidadão. A vagueza das expressões e a conclusão pela impossibilidade de verificação de seu sentido por meio dos métodos tradicionais de interpretação acaba por valorizar excessivamente o princípio da legalidade em seu aspecto formal, deixando-se em segundo plano a dimensão substancial do sistema de vinculação da Administração, destinado à garantia da plena eficácia das normas que visam proteger a supremacia do interesse público e os Direitos Fundamentais.

A definição da vinculação da atividade administrativa com base na certeza da significação da norma jurídica, ainda que represente importante postulado destinado à garantia da certeza jurídica, dificulta a plena proteção dos direitos dos cidadãos e da supremacia do interesse público. Relevante é a lição de ALDO SANDULLI<sup>5</sup>, ao ressaltar a importância da atividade do juiz no direito contemporâneo e o reconhecimento de uma lógica substancial, tendente a superar a carência do método pandectístico, baseado na convicção da existência de uma compreensão única da disciplina jurídica disposta na lei. Para o SANDULLI, a meta fundamental dos sistemas jurídicos contemporâneos, ao tratar da relação entre segurança jurídica e justiça, "(...)parece ser a de harmonizar e equilibrar tais

---

<sup>4</sup> Id., Ibid. Trecho original: "(...)El Derecho en su conjunto es un sistema complejo de respuestas que se resiste, como es obvio, a ser expresado en fórmulas estereotipadas como la Matemática o la Química. Por eso no puede tampoco afirmarse en abstracto y por adelantado en relación a todos los conflictos posibles dónde el Derecho no podrá llegar in ningún caso"

<sup>5</sup> SANDULLI, Aldo. Op. Cit., p. 368.

elementos, cujo balanço foi alterado, anteriormente, pelo positivismo”<sup>6</sup>.

A inviabilidade de uma definição estática das limitações do controle jurisdicional não apresenta-se como algo pernicioso, e nem pode levar à busca obstinada por fórmulas puras ou a uma autolimitação demasiada por simples receio de violação da esfera de atribuições da Administração. A inexistência de um ponto intocável, um dogma indiscutível, é decorrência da própria estrutura dinâmica do Estado de Direito, capaz de moldar-se às novas circunstâncias e reivindicações, sem que, no entanto, haja o abandono das garantias jurídicas tendentes à proteção dos Direitos Fundamentais<sup>7</sup>. Os conceitos indeterminados envolvem a indagação sobre as complexas relações entre reserva de lei, limites da interpretação e sindicabilidade judicial.

Se a discricionariedade administrativa é fruto desta necessidade de evolução e adequação, refletindo o caráter pluralista do Estado, e não o seu aspecto autoritário, evidentemente inadmissível, deve-se concluir, em decorrência disso, que a atuação jurisdicional tendente ao controle da aplicação dos conceitos indeterminados parte da conjugação de

---

<sup>6</sup> Ibid., p. 369. Trecho original: “(...)sembra essere quello di armonizzare ed equilibrare tali elementi, in cui bilanciamento era stato, in precedenza, alterato dal giuspositivismo(...)”.

<sup>7</sup> A tensão entre norma e realidade é fato extremamente ressaltado pelas teses concretistas relativas à hermenêutica constitucional. Contudo, esta relação complexa, exigência inarredável da aplicação do Direito, pode ser reconhecida nos diversos momentos da história constitucional moderna. Talvez a maior expressão desta relação entre a segurança jurídica, o equilíbrio, a necessidade preconizada pelos liberais de garantir-se a previsibilidade nas relações, e a necessidade de adequação a novas circunstâncias, às novas realidades, esteja no amplo reconhecimento da necessidade de um procedimento destinado à reforma constitucional. A teoria do Poder Constituinte derivado nada mais é que uma forma de garantir o equilíbrio entre rigidez da norma (a garantia de previsão) e a possibilidade de evitar-se o congelamento do processo político, econômico, social e cultural desenvolvido dentro da sociedade civil e da sociedade política. Outra expressão deste conflito é a própria idéia de *mutação constitucional*, formulação teórica que viabilizou a existência, até nossos dias, da mais famosa Constituição liberal feita, a dos Estados Unidos, fenômeno decorrente de um rico e problemático processo intelectual e político de desenvolvimento do constitucionalismo naquele país.

postulados considerados imutáveis, consolidantes do sistema de proteção dos Direitos Fundamentais previstos pela Constituição, com princípios dinâmicos orientadores da atividade administrativa. Em síntese, é a análise racional e metódica da relação entre norma e fatos determinantes para a sua concretização.

Esta relação, tendencialmente conflituosa, exige um instrumental adequado à estrutura normativa constitucional e aos princípios gerais de Direito enquadrados na dogmática. Exemplo desta visão é a aplicação do princípio da proporcionalidade: evidentemente, as respostas finais (se pela autolimitação ou maximização do controle diante do caso concreto) não são estabelecidas pela simples menção do princípio, mas a formulação de sua estrutura destinada ao controle dos atos traça um caminho racional e seguro para o controle da Administração nas diversas situações que venham a surgir.

A orientação adotada neste trabalho compreende a aplicação dos conceitos indeterminados como uma atividade diversa dos casos de discricionariedade. Esta distinção não se fundamenta no entendimento de que a interpretação configura procedimento metodológico de natureza objetiva, sem a participação do intérprete, enquanto que a descrição administrativa surge nos limites da compreensão do texto. Na produção legislativa contemporânea, ao tomar-se em consideração este pressuposto, nota-se que a utilização exacerbada de conceitos vagos pode levar à violação do princípio da legalidade e da proteção efetiva dos Direitos Fundamentais, já que ao juiz restará muito pouco a fazer nos conflitos que envolvam interpretação/aplicação dos conceitos indeterminados. Partindo desta constatação, as noções de vinculação e discricionariedade devem ser redefinidas, a fim de evitar a ausência de controle da Administração, em um extremo, ou, chegando-se ao outro, à sindicabilidade total dos atos

administrativos, desrespeitando a liberdade de conformação conferida ao órgão em determinados momentos.

Primeiramente, cabe indagar sobre o sentido da interpretação das normas jurídicas e o limite desta atividade para o juiz que controla a atividade da Administração, no intento de esclarecer a possibilidade de verificação da potencial objetividade decorrente do sentido do texto.

KONRAD HESSE, ao tratar da interpretação constitucional, afirma que "(...)a interpretação constitucional, no sentido estrito que aqui interessa, resulta necessária e se coloca problema cada vez mais que deve-se dar resposta a uma questão constitucional que a Constituição não permite resolver de forma conclusiva. Ali onde não se suscitam dúvidas não se interpreta".<sup>8</sup>. Para o ex-juiz do Tribunal Constitucional Federal Alemão, em situações nas quais não existam dificuldades quanto à apreensão do sentido da disposição legal inexiste o ato de interpretação, sendo que em certas normas é possível estabelecer o seu conteúdo sem maiores problemas de compreensão. Ao que parece, o renomado constitucionalista germânico responde positivamente à questão de se é possível encontrar na ordem jurídica.

O argumento apresentado por KONRAD HESSE, quando sustenta a dispensabilidade da atividade hermenêutica em

---

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. "La Interpretación Constitucional", in *Escritos de Derecho Constitucional*, p.35. Trecho original: "La interpretación constitucional, en el sentido estricto que aquí interesa, resulta necesaria y se plantea como problema cada vez que há de darse respuesta a una cuestión constitucional que la Constitución no permite resolver de forma concluyente. Allí donde no se suscitán dudas no se interpreta"

Para o constitucionalista alemão, no caso de aplicação de normas que não suscitam dúvidas estaremos diante de um processo de "atualização", e não de interpretação. Afirma, pois, que "El cometido de la interpretación" es el de hallar el resultado constitucionalmente "correcto" a través de un procedimiento racional y controlable, el fundamentar este resultado de modo igualmente racional y controlable, creando, de este modo, certeza y previsibilidad jurídicas, y no, acaso, el de la simple decisión por decisión" (Op.Cit.p.37).

determinados casos, resgatando o conhecido brocardo latino *in claris cessio interpretatio*, não é a orientação mais adequada, e isto pelo fato de ser inafastável a participação do intérprete na tarefa de atribuição de sentido às normas jurídicas. Tem razão KARL LARENZ quando entende que "Ao menos no modo de formulação da pergunta radica a participação, que não deve-se passar por alto, do intérprete também no resultado da interpretação. Pois a formulação da pergunta limita também, ao mesmo tempo, as possíveis respostas"<sup>9</sup>. Sendo assim, a atividade de interpretação das normas e a inafastável contribuição dos sujeitos participantes é elemento essencial para a compreensão de sua concretização, exigindo sempre a necessária indagação sobre as possibilidades de definição do sentido correto a ser estipulado diante do caso concreto. A incerteza na linguagem representa, ao invés da liberdade do administrador, a formulação cada vez mais rigorosa dos procedimentos de concretização da regra de direito e sua necessária comprovação objetiva.

Ao associar-se a convicção da existência de mandamentos claros, que não suscitem dúvidas, com a idéia de vinculação, estar-se-á excluindo do âmbito da reserva de lei uma série de hipóteses onde a incerteza da linguagem não permita, de antemão, a atribuição da resposta devida ao caso. A indeterminação não significa limitação da sindicabilidade, até mesmo pelo fato de que a incerteza é traço característico das normas jurídicas, e a interpretação apresenta-se como problematização e análise metodológica do labor de verificação de

---

<sup>9</sup> LARENZ Karl. *Metodología de La Ciencia del Derecho*, p.310. Trecho original: "Al menos en el modo de formulación de la pregunta radica la participación, que no se debe pasar por alto, del intérprete también en el resultado de la interpretación. Pues la formulación de la pregunta limita también, al mismo tiempo, las posibles respuestas"

sentido daquelas. Interessante relembrar as lições de LARENZ, ao definir que interpretar<sup>10</sup>

é 'um fazer mediador, pelo qual o intérprete compreende o sentido de um texto que se lhe converteu em problemático'. O texto da norma é problemático para quem o aplica atendendo a aplicabilidade e a norma a um fato de tal classe. O que o significado preciso de um texto legal seja constantemente problemático, depende, em primeiro lugar, de que a linguagem usual, a que a lei se serve amplamente, não utiliza, a diferença de uma lógica matematificada e da linguagem da ciência, conceitos cujo âmbito esteja exatamente fixado, senão termos mais ou menos flexíveis, cujo possível significado se oscila dentro de uma ampla faixa, e que pode ser distinto segundo as circunstâncias, a relação objetiva e o contexto do discurso, a posição da frase e o acento de uma palavra. Inclusive quando se trata de conceitos em alguma medida fixos, estes contêm com freqüência notas distintivas que, por sua parte, carecem de uma delimitação taxativa".

A freqüente problematicidade da atividade interpretativa decorre da própria linguagem natural, ante a exigência do direito utilizar-se de termos passíveis de entendimento pela generalidade dos cidadãos. Decorrência disso é que até mesmo a linguagem técnica utilizada pelo jurista funda-se na linguagem geral, ante a necessária fixação de um mínimo de compreensibilidade geral<sup>11</sup>. Esta característica acarreta uma série de problemas interpretativos, como ensina LARENZ, pelo que

---

<sup>10</sup> Ibid., p.308. Trecho original: "es un hacer mediador, por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le há convertido em problemático". El texto de la norma es problemático para quien lo aplica atendiendo a la aplicabilidad de la norma a un hecho de tal clase. El que el significado preciso de un texto legal sea constantemente problemático, depende, en primer lugar, de que el lenguaje usual, del que la ley se sirve ampliamente, no utiliza, a diferencia de una Lógica matematificada y del lenguaje de la ciencia, conceptos cuyo ámbito esté exactamente fijado, sino términos más o menos flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta, y que puede ser distinto según las circunstancias, la relación objetiva y el contexto del discurso, la posición de la frase y el acento de una palabra. Incluso cuando se trata de conceptos en alguna medida fijos, éstos contienen con frecuencia notas distintivas que, por su parte, carecen de una delimitación tajante

<sup>11</sup> Ibid., p.316.

novamente é relevante a menção às idéias do grande autor alemão, seguramente um dos maiores expoentes no estudo da metodologia jurídica<sup>12</sup>:

A flexibilidade, a riqueza de matizes e a capacidade de adaptação da linguagem geral é, por sua vez, seu ponto forte e seu ponto débil. Isto tem como consequência que do uso da linguagem somente não se obtém um sentido literal claro. No lugar disso achamos um número mais ou menos grande de possíveis significados e variantes de significado, a partir do que se obtém do pensado concretamente, no mais das vezes, da conexão do discurso, da coisa de que se trata ou das circunstâncias acompanhantes. A estes critérios respondem, em relação à interpretação da lei, a conexão de significado, a intenção reguladora do legislador e o fim cognoscitivo da lei

A complexidade da interpretação do texto mostra-se no contexto de sua utilização, sendo raras as situações de isomorfia, em que as palavras e expressões são suficientemente claras. Lembra bem EROS ROBERTO GRAU, que "(...) tanto a situação de dúvida quanto a situação de isomorfia dependem de atos concretos de comunicação, não podendo ser consideradas *in abstracto*: o mesmo texto é claro ou dúbio segundo os contextos concretos do seu uso; a clareza (isomorfia), destarte, é *noção pragmática*, comprometida com alguns caracteres semânticos da linguagem jurídica"<sup>13</sup>. Com desta constatação, EROS GRAU indaga

<sup>12</sup> Ibid., p.317. Trecho original: "La flexibilidad, la riqueza de matices y la capacidad de adaptación del lenguaje general es, a la vez, su punto fuerte y su punto débil. Esto tiene como consecuencia que del uso del lenguaje solamente no se obtiene un sentido literal claro. En lugar de ello hallamos un número más o menos grande de posibles significados y variantes de significado, de los que el concretamente pensado se obtiene, las más de las veces, de la conexión del discurso, de la cosa de que se trata o de las circunstancias acompañantes. A estos criterios responden, con respecto a la interpretación de la ley, la conexión de significado, la intención reguladora del legislador y el fin cognoscitivo de la ley".

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto...*, Op.Cit, p.153. A mesma lição, em outra obra do autor publicada na Itália: *La Doppia Destruutturazione del Diritto- Una teoria brasiliana sull'interpretazione*. Milano: Edizioni Unicopli, p56.

sobre a função do intérprete autêntico e a alegada existência de discricionariedade na sua atividade de compreensão do texto, sustentando que a atividade daquele atua no campo da lógica da preferência, e não da consequência, devendo justificar, e não demonstrar, a resposta que se entende aceitável. Para o professor da Universidade de São Paulo<sup>14</sup>:

A "abertura" dos textos de direito, embora suficiente para permitir permaneça o direito a serviço da realidade- e, aí, a necessidade do uso, profuso, neles, de "conceitos indeterminados, imprecisos, vagos, elásticos, fluidos"-, não é absoluta. Qualquer intérprete estará, sempre, permanentemente por eles atado, retido. Do rompimento dessa retenção pelo intérprete autêntico resultará a subversão do texto. Além disso, outra razão, maior, nos impele a repudiar o entendimento de que o intérprete autêntico atua no campo de uma certa "discricionariedade". Essa razão repousa sobre a circunstância de ao intérprete autêntico não estar atribuída a formulação de juízos de oportunidade, porém, exclusivamente, a "boca que pronuncia as palavras da lei", sua função- dever-poder- está contida nos lindes da legalidade( e da constitucionalidade). Interpretar o direito é formular juízos de legalidade. A discricionariedade- não será demasiada esta repetição- é exercitada em campo onde se formulam juízos de oportunidade, exclusivamente, porém, quando uma norma jurídica tenha atribuído à autoridade pública a sua formulação

A indeterminação do termos ressalta uma nota básica da atividade interpretativa: a superação da crença existente no sentido da mera descoberta de um sentido objetivo preexistente na lei. Embora o teor literal defina os pontos de partida e os limites do procedimento hermenêutico<sup>15</sup>, estabelecendo qual o setor da realidade social a ser afetado pela incidência da norma<sup>16</sup>, o texto da norma reclama sua concretização tomando por base os fatos da vida, restando impossível a busca de uma

<sup>14</sup> Ibid., p.156.

<sup>15</sup> LARENZ, Karl Op. Cit., p.318.

<sup>16</sup> MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem, Violência-Elementos de uma teoria Constitucional*, p.43.

suposta vontade da lei, petrificada em seu aspecto semântico, pensada pelo legislador e efetivada na sua aplicação. É por este motivo que ANDRÉS OLLERO CASSARA afirma que

O símbolo dá que o pensar, dá, e isto implica que o sentido não o põe arbitrariamente quem interpreta. Mas dá o que pensar, abrindo uma tarefa que deve prosseguir o intérprete, pelo que sonhar com eliminar esta sucessiva posição complementar equivale a cegar a dimensão simbólica do texto. Tampouco o texto legal se compõe de signos técnicos que dizem o que querem dizer, senão de signos opacos que portam um duplo sentido: o literal e o existencial; isso lhes leva a dizer sempre mais do que dizem e a não terminar nunca de decidir<sup>17</sup>

Em reforço a esta compreensão da complexidade do fenômeno hermenêutico, sendo o texto ponto de partida para uma operação envolvendo sujeitos interagentes e circunstâncias concretas, afirma TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. que "a) os símbolos (nomes ou predicadores) nada significam isoladamente; b) o que lhes confere significação é o uso; c) uma língua admite

<sup>17</sup> OLLERO TASSARA, Andrés. *Tiene Razón el Derecho?*, p. 229.. Trecho original: " 'El símbolo da que pensar, 'da', y ello implica que el sentido lo 'pone' arbitrariamente quien interpreta> pero da 'que pensar', abriendo una tarea que debe proseguir el intérprete; por lo que soñar con eliminar esta sucesiva 'posición' complementaria equvale a cegar la dimensión simbólica del texto. Tampoco el texto legal se compone de signos técnicos que dicen lo que quieren decir, sino de signos opacos que portan un doble sentido': el literal y el existencial; ello les lleva a decir siempre más de lo que dicen y a no terminar nunca de decidir". Adiante, afirma o autor: "No podemos situarnos frente ao derecho, como si éste fuera de verdad un entramado 'objetivo' de normas; nos encontramos situados en él, recibiendo un sentido y obligados a interpretarlo en nuestra circunstancia histórica. La labor judicial se convierte en arquetípica al respecto: el juez no es un demiurgo arbitrario, sino que se encuentra condicionado por(o 'arrojado en') un mundo normativo previo. De él forma parte el texto legal(o el precedente judicial, cuya indispensable interpretación implica a la vez el 'proyecto de un mundo normativo nuevo en un horizonte histórico diverso"(Op.Cit., p.241). Tradução livre do autor: "Não podemos nos situar frente ao direito como se este fora verdadeiramente um entramado 'objetivo de normas, nos encontramos situados nele, recebendo um sentido e obrigados a interpretá-lo em nossa circunstância histórica. A tarefa judicial se converte em arquetípica a respeito: o juiz não é um demiurgo arbitrário, mas se encontra condicionado por(ou 'decidido em') um mundo normativo prévio. Dele forma parte o legal(ou o precedente judicial), cuja indispensável interpretação implica por sua vez o 'projeto de um mundo normativo novo em um horizonte histórico diverso".

usos diversos para os símbolos; d) a maioria dos símbolos da língua natural é semanticamente vaga e ambígua"<sup>18</sup>. Neste espectro, os conceitos indeterminados, além de fazerem parte do problema interpretativo, demonstram a necessidade de exteriorização do procedimento de atribuição de sentido a normas dotadas de termos vagos, exigindo a justificação da concreção adotada, balizada pelo próprio sistema de direito<sup>19</sup>.

A interpretação é operação inafastável para o aplicador do direito, devido a freqüente vagueza das palavras<sup>20</sup>. Neste ponto STEPHEN ULLMANN procura explicar os fatores que geram a incerteza quanto ao sentido dos termos, quando afirma que a imprecisão pode ocorrer em muitos aspectos e decorrer de diversas causas<sup>21</sup>. Para o autor, a primeira fonte de imprecisão, e uma das principais, é o caráter genérico das palavras, já que a maiorias destas designam classes de coisas ou acontecimentos ligados por um elemento em comum<sup>22</sup>. Além disso, ULLMANN entende que as palavras nunca são completamente homogêneas, pois "mesmo as mais simples e as mais monolíticas têm um certo número de facetas diferentes que dependem do contexto e da situação em que são

---

<sup>18</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*, p.258.

<sup>19</sup> *Ibid.*, p.317.

<sup>20</sup> Neste ponto afirma Paulo de Barros Carvalho (Op.Cit.p.84): "o ordenamento é fechado, em termos sintáticos, mas aberto nos níveis semântico e pragmático, o que permite comprovação no breve exame de algumas vozes bem conhecidas. Aludimos, a título de exemplo, a 'adultério', 'tributo' e 'mulher honesta' como palavras do discurso jurídico que experimentaram sensíveis mutações semânticas, nos tempos atuais"

<sup>21</sup> ULLMANN, Stephen. *Semântica-Uma Introdução à Ciência do Significado*, p.245.

<sup>22</sup> *Ibidem.* Ullmann (Op.Cit.p.248) traça ainda uma distinção importante entre caráter genérico e abstração: "A natureza genérica das palavras foi muitas vezes descrita como um elemento de "abstracção" da linguagem. Há aqui um certo perigo de ambigüidade, uma vez que a oposição habitual entre abstracto e concreto não corresponde à que existe entre genérico e particular. Uma palavra pode ser extremamente geral no seu significado e permanecer mesmo assim no plano concreto; assim, os termos *animal* e *planta* são os de mais vasto alcance em todo sistema de classificação zoológica e botânica e, não obstante, são concretos no sentido de que os animais e as plantas específicas são coisas tangíveis, materiais, por oposição a puras abstracções como *liberdade* ou *imortalidade*. Num sentido mais amplo, no entanto, os termos genéricos podem ser considerados como "abstractos", isto é, mais esquemáticos, mais pobres em notas distintivas do que em termos particulares".

usadas", afirmação que contesta a tese da possibilidade de uma verificação certa, eminentemente objetiva, que dispensaria a interpretação.

Outro fator motivador de indeterminação, de acordo com ULLMANN, é a "(...)falta de fronteiras bem definidas no mundo não-linguístico", entendido este como "as coisas a que se refere a linguagem"<sup>23</sup>. A falta de fronteiras ficaria mais evidente quando os signos fazem referência a fenômenos abstratos, sem vinculação direta com elementos da realidade, manifestando na verdade construções da mente humana, constatação que se enquadra perfeitamente na abordagem dos conceitos indeterminados, já que estes são particularmente problemáticos não por sua generalidade, mas por seu alto grau de abstração, designando idéia difusas de difícil vinculação com circunstâncias fáticas. Esta característica, no entanto, não desqualifica a atividade do operador do direito como sendo de natureza interpretativa, mas, na realidade, exterioriza o caráter peculiar de uma linguagem dotada de uma função instrumentalmente definida (resolução dos casos concretos a partir dos enunciados exteriorizadores da intenção reguladora) e potencialmente vaga (tendo em conta a pluralidade de situações e a complexidade do mundo sobre o qual incidem as normas).

Por fim, o que pode gerar imprecisão nas palavras é a falta de familiaridade destas com as coisas que representam, sendo este um "(...)factor altamente variável, dependente dos conhecimentos gerais e dos interesses especiais de cada

---

<sup>23</sup> Importante é a distinção entre "nome", "sentido", e "coisa". Para Stephen Ullmann (Op.Cit.p.119), "O 'nome' é a configuração fonética da palavra, os sons que a constituem e também outros aspectos fonéticos, tais como o acento. O 'sentido', expresso em termos gerais, sem nos fecharmos em nenhuma doutrina psicológica particular, é a 'informação que o nome comunica ao ouvinte, enquanto que a 'coisa' (...) o aspecto ou acontecimento não-linguístico acerca do qual falamos".

indivíduo"<sup>24</sup>. Neste aspecto, refere-se ULLMAN à falta de conhecimento do intérprete sobre os termos utilizados, causando dificuldades no momento da apreensão do sentido.

Os elementos aqui ressaltados servem para demonstrar que a interpretação do direito envolve dentro da sua problemática o enfrentamento das incertezas da linguagem, tendo em conta que as próprias características desta estabelecem uma série de dificuldades a serem enfrentadas no momento da concretização do comando normativo<sup>25</sup>. Limitar a vinculação administrativa aos casos nos quais haja certeza quanto à resposta acarreta o esvaziamento do princípio da legalidade, ao desconhecer-se que grande parte da atividade estatal é pautada em normas indeterminadas à partida. No que tange a este ponto, interessante é a conclusão a que chega CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO<sup>26</sup>, ao afirmar que a incerteza na hipótese abstrata pode transformar-se, no caso concreto, em admissibilidade de uma única solução justa, caso em que teríamos a chamada redução à zero da discricionariedade. Observa-se que, nesta hipótese caso, o que há é a conjugação do elemento lingüístico, o signo de significação indeterminada, conjugado com a circunstância fática apresentada, relação esta que exigirá uma complexa atividade de interpretação/concretização, não tendente a obter a solução unívoca, mas sim a obter a resposta racionalmente justificada perante o caso concreto.

As considerações sobre a vagueza das palavras e a interpretação destas evidenciam a insustentabilidade de uma metódica baseada na pura descoberta da vontade da lei, de maneira

---

<sup>24</sup> Ibid., p.264.

<sup>25</sup> Esclarece Paulo Barros Carvalho que "(...)a ambigüidade, enquanto tal, não compromete necessariamente o discurso. Para tanto, contudo, é mister que o contexto seja suficiente para esclarecer o seu sentido. Caso isso não aconteça, porém, a mensagem gerará, inevitavelmente, o equívoco". Cf. *Interpretação e linguagem-Concessão e delegação de serviço público*, p.86.

<sup>26</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, p.41.

estritamente objetiva, sem a análise dos elementos não-lingüísticos que influenciam no momento da atribuição de sentido. Este fato, importante salientar, contribuiu em grande parte para o surgimento, nos estudos sobre a interpretação constitucional, dos métodos da nova hermenêutica, formulados com a idéia básica de que o conteúdo das normas somente pode ser definido tendo em conta o caso concreto que se apresenta relevante no momento da sua aplicação<sup>27</sup>. Ao trazer-se estes elementos para a dogmática do Direito Administrativo, passa-se a conceber a interpretação como uma atividade que se desenvolve a partir de textos abertos à posterior conformação, servindo como ponto de partida e de chegada, mas nunca como uma fórmula pronta e acabada, e reconhece-se que ao administrador, atuante como intérprete autêntico<sup>28</sup> no momento da concretização das normas jurídicas, é conferida a tarefa de realizar o complexo raciocínio jurídico de consideração dos elementos relevantes no momento da aplicação.

Neste momento, duas conclusões são possíveis: 1º) a vinculação administrativa relacionada com a univocidade, e a respectiva crença na total objetividade, é praticamente impossível, já que a esmagadora maioria das normas exige da parte do intérprete autêntico, no caso o administrador, a tarefa de ponderação e verificação da norma diante do caso concreto; 2º) a tarefa de ponderação, embora impossível sua definição estrita a *priori*, configura atividade de aplicação do direito, determinada e limitada pelo sistema jurídico. A atividade do administrador na concretização das normas que regulam a conduta administrativa é

---

<sup>27</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.397.

<sup>28</sup> O conceito de intérprete autêntico é mencionado no sentido que lhe é dado por Kelsen. Para o mestre de Viena, a interpretação é "(...)uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior" (KELSEN, Hans. *Teoria Pura....*, Op.Cit., p. 386. Em seguida, Kelsen distingue entre interpretação autêntica, aquela realizada pelo órgão dotado da atribuição de aplicar o Direito, e a interpretação não-autêntica, compreendida esta como o ato de

eminentemente uma atividade interpretativa, não obstante a variante de fatores extra-lingüísticos que contribuam para a sua aplicação.

Além do mais, estas conclusões deixam em aberto outro problema: até que ponto é controlável pelos tribunais este procedimento de aplicação do Direito sem que se violem os limites do controle jurídico, ou, em outros termos, quais os limites de sindicabilidade pelo Judiciário da interpretação feita pelo intérprete autêntico das normas de direito administrativo. Deve-se sublinhar que grande parte dos enfoques hermenêuticos enfocam a interpretação de normas dirigidas preponderantemente ao juiz, intérprete autêntico neste momento, caso em que se reconhece a importância de sua participação na atividade de atribuição de sentido, situação diversa daquela verificada na aplicação das normas reguladoras da conduta da administração, pois estas dirigem-se ao agente administrativo competente para a aplicação, sendo este o destinatário da norma. Desta forma, o processo de controle a função do juiz na verificação deste procedimento não será a de intérprete autêntico, como ocorre com as normas a ele dirigidas, e sim a de revisor de uma conduta realizada por quem possui tal condição para a aplicação da norma. Este aspecto, contudo, não fragiliza a figura do Poder Judiciário, mas exige-lhe maior aptidão para o controle, não sendo válido o argumento da autolimitação pelo fato de existirem consideráveis dificuldades para a sindicabilidade.

A incerteza reforça a necessidade da exteriorização dos pressupostos metodológicos adotados na resolução da questão, a fim de justificar a decisão perante os sujeitos interessados, legitimando desta forma o ato realizado. Esta operação não raras vezes envolve conceitos indeterminados e invocados diante do caso

---

atribuição de sentido a uma norma jurídica realizado por pessoas privadas ou pela ciência jurídica(Op.Cit.,p.388).

concreto para permitir a atuação da administração, caso em que o "(...) fato de a lei (a ser executada pela Administração) necessitar da execução leva também à necessidade de que se realize também a discussão jurídica entre o cidadão e a administração se a lei no caso concreto individual foi efetivamente cumprida"<sup>29</sup>.

A norma que regula a atividade administrativa comporta um mandamento de racionalização do comportamento do órgão, ainda que este comando venha expressado por intermédio de expressões indeterminadas, e, ao mesmo tempo, remete a decisão dos conflitos decorrentes da execução da lei para outro órgão do Estado dotado de imparcialidade, a quem compete interpretar as normas, ainda que vagas, e analisá-las diante do caso concreto, a fim de verificar a legitimidade do ato administrativo impugnado. A operação realizada pelo órgão judicial enquadra-se no plano da interpretação, não devendo-se desconsiderá-la com a alegação de que há uma distinção entre conceitos determinados e indeterminados, diferenciação, aliás, de caráter eminentemente quantitativo. Neste ponto, a função de correção de interpretações indevidas é especialmente importante quando os pressupostos legitimadores da atuação administrativa apresentam-se de forma indeterminada.

A imprecisão das linguagem não significa a liberdade para definição do sentido das normas. O conceito de discricionariedade submete-se aos parâmetros do Estado de Direito, principalmente em relação aos princípios da legalidade, da inafastabilidade da apreciação jurisdicional e da proteção dos Direitos Fundamentais, se compreendido como admissível somente no caso de expressa autorização para que a Administração complete o comando normativo. Sendo regra a supremacia da lei, estando a administração vinculada ao cumprimento do comando normativo, a

---

<sup>29</sup> SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*, p.59.

exceção- a liberdade administrativa- deve ser previamente definida a fim de que não reste ao administrador a possibilidade de livremente definir os parâmetros de sua atuação, o que representa clara violação do princípio da legalidade.

A atividade administrativa, salvo as exceções em que a lei remete para o órgão a valoração, configura um modo de concretização do direito efetuado com métodos que garantam a relação suficiente entre norma e circunstâncias relevantes para a aplicação, procedimento que, necessariamente, tem de ser passível de reprodução perante o Poder Judiciário, para que esta exerça sua função de correção. O órgão administrativo está sujeito à racionalização de sua atividade principalmente por dois aspectos: primeiro, quanto à exigência de servir aos desígnios do direito, e, em segundo lugar, em atuar de forma transparente e fundamentada, no intuito de garantir o funcionamento de outro poder estatal, incumbido do juízo correccional e criado pela Constituição para proteger efetivamente os Direitos Fundamentais.

### **3.2. Postulados teóricos básicos para a admissão do controle dos chamados "conceitos indeterminados" em um Estado de Direito: da necessidade de maximização do controle como meio de efetivação da ordem constitucional vigente**

O aperfeiçoamento do controle da Administração Pública não pode desenvolver-se à margem da estrutura dogmática proposta para um determinado Estado de Direito. Por esta razão os argumentos dogmático-constitucionais servem de base para a elucidação dos parâmetros adotados para sindicabilidade, embora reconheça-se que, por si só, sejam considerados insuficientes para dar uma solução racionalmente fundamentada e predominantemente aceita pela comunidade jurídica.

A estrutura do Estado de Direito nada mais é do que uma técnica de racionalização do poder, visando limitar o predomínio da subjetividade sobre a forma jurídica. Esta assume papel predominante no Estado moderno, caracterizando o que MAX WEBER chamou de dominação legítima de caráter racional<sup>30</sup>. A norma jurídica exterioriza a legitimidade do exercício do poder estatal, ao exigir da Administração Pública e das demais funções estatais a fundamentação normativa de seus atos, o que se convencionou, no Direito Administrativo, de *vinculação positiva à lei*.

Não obstante, o reclamo à vinculação positiva à lei é insuficiente para a determinação dos limites do controle jurisdicional dos atos administrativos, sendo que a consulta à farta doutrina sobre o tema mostra a importância da conjugação de argumentos dogmático-constitucionais, jurídico-metodológicos e

---

<sup>30</sup> Cf. WEBER, Max. *Economia e Sociedad*, p.172-3). Afirma Weber, em relação à dominação de caráter racional: "(...) que descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad (autoridad legal)". E adiante: "(...) La dominación legal descansa en la validez de las siguientes ideas, entrelazadas entre sí: 1. Que todo derecho (...) puede ser estatuido de modo racional- racional com arreglo a fines o racional com arreglo a valores (o ambas cosas) (...); 2. Que todo derecho según su esencia es un cosmos de reglas abstractas, por lo general estatuidas intencionalmente; que la judicatura implica la aplicación de esas reglas al caso concreto; y que la administración supone el cuidado racional de los intereses previstos por las ordenaciones de la asociación, dentro de los límites de las normas jurídicas y según principios señalables que tienen la aprobación o por lo menos carecen de la desaprobación de las ordenaciones de la asociación;" Tradução livre do autor: "(...) que descansa na crença na legalidade de ordenações estatuidas e dos direitos de mando dos chamados por essas ordenações a exercer a autoridade (autoridade legal) (...). A dominação legal descansa na validade das seguintes idéias, entrelaçadas entre si: 1. Que todo direito (...) pode ser estatuido de modo racional- racional com relação a fins ou relação com relação a valores (ou ambas as coisas) (...); 2. Que todo direito segundo sua essência sua essência é um cosmos de regras abstratas, pelo que a Administração supõe o cuidado racional dos interesses previstos pelas ordenações da associação, dentro dos limites das normas jurídicas e segundo princípios estabelecidos que tem a aprovação ou pelo menos carecem da desaprobção das ordenações da associação".

teórico-normativos, sob pena de, em não o fazendo, ignorar-se determinada face da questão.

Quanto aos primeiros, o fundamento do controle jurisdicional da Administração é encontrado nos postulados decorrentes do texto constitucional. No direito brasileiro, a definição dos parâmetros que legitimam o controle efetivo da Administração Pública baseia-se na própria estrutura constitucional estabelecida pela Constituição de 1988. Esta, ao elencar uma série de princípios que designam a clara intenção de garantir a proteção dos Direitos Fundamentais, segue a tradição republicana brasileira<sup>31</sup> de adotar a teoria de acordo com a qual Estado é criado para servir o cidadão, o que reclama uma interpretação eminentemente garantista de seu texto. Não fosse assim, a positivação dos direitos e garantias se apresentaria como mera promessa contida em uma folha de papel destituída de força normativa<sup>32</sup>.

A Constituição de 1988, portadora de princípios carregados de sentido muito mais pela densificação promovida pela tradição republicana desde os primórdios das revoluções liberais do que propriamente pelo seu aspecto eminentemente semântico, estatui em seu texto o postulado do Estado Democrático de Direito, os princípios da igualdade, legalidade, segurança jurídica, inafastabilidade da apreciação jurisdicional, e eficiência, entre outros, não restando dúvidas de que uma interpretação harmonizante da Constituição leva à conclusão de que o controle da Administração Pública é uma garantia fundamental de extrema relevância para a limitação da arbitrariedade. Defender a intensa limitação da sindicabilidade com base em argumentos como a necessidade de mobilidade por parte

---

<sup>31</sup> Cf. ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*, p.159.

<sup>32</sup> LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p.37.

da Administração e sua preferencial posição na ponderação dos interesses confunde argumentos políticos e jurídicos, esquecendo que o espaço de atuação livre da Administração nunca pode ser criado pelo juiz no momento da sindicabilidade, o que significaria invasão da esfera do Legislativo, pois somente este pode definir os âmbitos de vinculação e discricionariedade. Inclusive, esta orientação é preconizada EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, quando este refuta a idéia de que a instituição do Estado Social e Democrático de Direito supõe a retração dos poderes de fiscalização da atividade administrativa conferidos ao juiz<sup>33</sup>, mostrando a estrutura constitucional dos Estados contemporâneos uma configuração detalhada dos critérios delimitadores da atividade administrativa, o que ressalta a importância do Poder Judiciário dentro da ordem democrática.

Da análise do texto constitucional compreende-se que a inafastabilidade da apreciação jurisdicional, insculpida no art. 5º, inciso XXXV, e o princípio da legalidade administrativa, positivado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, ao surgirem como garantias de Direitos Fundamentais, são submetidos ao mesmo regime interpretativo que estes últimos. Desta maneira, qualquer restrição<sup>34</sup> destas cláusulas somente será admitida

---

<sup>33</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces...* Op.Cit., p.36.

<sup>34</sup> A título de exemplo, tem o Tribunal Constitucional Português procurado enfrentar o tema da restrição dos direitos fundamentais, problema que agrava-se naquele país pelo fato do art. 18º, nº2, da Constituição prever que somente a lei pode restringir direitos, liberdades e garantias, nos casos expressamente previsto pela Carta Magna. Para evitar a interpretação literal do preceito, já que o texto constitucional quase não prevê hipóteses de restrições, gerando situações absurdas, o Tribunal Constitucional português adotou alguns critérios para solucionar o problema. São eles: 1º) Recurso ao art. 29º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, já que este permite que se estabeleçam restrições pelo legislador em casos onde isto seja necessário para garantir o exercício de direitos e liberdades de outrem ou tendo em conta "justas exigências da moral, da ordem pública e do bem estar geral numa sociedade democrática"; 2º) Recurso à autorização indireta de restrições, entendendo-se não ser necessária a menção direta para que se possibilite a instituição de uma restrição; 3º) recurso à idéia de limites imanentes, existindo estes toda vez que o exercício de um direito fundamental afete o núcleo essencial de outro direito; d) restrições instrumentais, como

mediante previsão constitucional para tanto, ou, ingressando aqui em tema de extrema complexidade do direito constitucional que não cabe aprofundar neste momento, através da cláusula da razoabilidade, embora a discussão gere profundas divergências. Em síntese, qualquer interpretação que sustente a impossibilidade de maximização do controle peca por vício de inconstitucionalidade, ante a inadmissibilidade de interpretação restritiva das garantias mencionadas, sem que para isso haja qualquer previsão constitucional.

A cláusula da inafastabilidade da apreciação judicial, no entanto, deve ser compreendida em consonância com o princípio da separação dos poderes. Em nome deste<sup>35</sup>, como vimos, construíram-se regimes de distinção extremamente rígida entre as funções estatais<sup>36</sup>, interpretação que levou à instituição dos sistemas de contencioso administrativo, bem como foram concebidas estruturas jurídicas onde a intervenção de um poder sobre o outro

---

no caso em que o Tribunal Constitucional entendeu que a detenção para a identificação não viola a Constituição, mesmo esta prevendo apenas a hipótese de prisão preventiva. Entendeu a Corte que se a Constituição autorizou esta, deve permitir o meio para que ela ocorra. Além disso, o princípio da proporcionalidade é adotado como critério para verificação da legitimidade das restrições, bem como tem-se exigido o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Cf. CASALTA NABAIS, José. Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional, p.77-97.

<sup>35</sup> A caracterização do princípio da separação dos poderes geralmente é formulada pelos autores a partir da leitura do famoso livro décimo primeiro *Do Espírito das leis*, quando Montesquieu comenta a formação, no seu entender, dos poderes na Constituição da Inglaterra. É neste livro que se encontra a conhecida tese do pensador de que o poder de julgar seria um poder nulo: "Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de algum modo, nulo. Restam apenas dois e, como esses poderes têm necessidade de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é bastante capaz de produzir esse efeito" Cf. Montesquieu, *Do Espírito das Leis*, p.205.

<sup>36</sup> Sem sombra de dúvida, a concretização do princípio da separação dos poderes sofreu extrema influência dos fatores políticos dominantes em cada período. Neste ponto, a rígida separação apresentou-se muito mais como um mito do que como um esquema concebido teoricamente e posto em prática nas Constituições liberais. Sobre a distinção entre as funções estatais, Althusser afirma, com base nas lições do jurista francês Charles Eisenmann, que a pretensa separação não existia no pensamento de Montesquieu, este prevendo na verdade um sistema de combinação entre os poderes. Cf. ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*, p.130-132.

era considerada normal dentro do funcionamento do Estado, caracterizando o chamado heterocontrole da administração.

Já a separação dos poderes, enquanto princípio positivado expressamente na Constituição de 1988, exige sua interpretação nos termos da formulação encontrada no texto, harmonizada com os demais princípios formadores do sistema. Correta a lição de NUNO PIÇARRA<sup>37</sup>, ao afirmar que "(...)o tratamento dogmático-constitucional do princípio da separação dos poderes faz-se a partir da análise de uma constituição concreta em vigor. O princípio constitucional da separação dos poderes não é prévio à constituição mas constrói-se a partir dela". A separação dos poderes somente possui utilidade dogmática no momento em que se avalia sua operacionalidade dentro da ordem jurídica, sendo inconcebível a aceitação de interpretações inspiradas em critérios eminentemente políticos, por evidenciarem muito mais preconceitos do que propriamente argumentos pautados em fundamentos jurídicos .

A Constituição Federal de 1988 não aceita a separação rígida de funções estatais. Ao contrário, quando institui o princípio no art. 2º, estatui que os poderes são harmônicos entre si, ressaltando a idéia de que aqueles estão conjugados com o objetivo de bem garantir os Direitos Fundamentais. Não bastasse isso, em outras partes da Constituição pode-se verificar a interferência de um poder sobre o outro, como no caso do veto presidencial(art.66§1º), da escolha dos titulares de tribunais superiores, e do controle parlamentar sobre a atividade do Executivo, além da edição de medidas provisórias.

Quanto ao possível conflito entre a separação dos poderes e a inafastabilidade da apreciação jurisdicional, a

---

<sup>37</sup> PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*, p.16.

questão figura como um *non sense*, e isto por dois aspectos. O primeiro decorre da exigência metodológica caracterizada como princípio da unidade da Constituição, ao estabelecer que esta deve ser interpretada de forma harmônica, como um conjunto sistemático dotado de sentido, a fim de evitar as contradições. O segundo aspecto está na própria finalidade dos princípios em análise: tanto a separação dos poderes quanto a ampla tutela judicial, enquanto verdadeiras garantias de direitos, são mecanismos criados para a proteção dos cidadãos, pelo que seria um absurdo vislumbrar-se qualquer antinomia em seus termos. Nas palavras de NUNO PIÇARRA:

A separação de poderes é um pressuposto institucional para a garantia dos direitos fundamentais, sem a qual estes mais não são do que meras declarações de intenção. Só perante tribunais independentes o indivíduo pode "resistir" às violações dos seus direitos por parte dos outros e do Estado. Pode, por isso, dizer-se que a decisão constitucional de garantia dos direitos fundamentais é, simultaneamente, uma decisão fundamental sobre a organização do poder político-estadual<sup>38</sup>

Por outro lado, considerações de ordem jurídico-metodológica são importantes para evidenciar o efeito do postulado da maximização do controle judicial da atividade administrativa na atuação concreta dos juizes, pondo em análise o problema sobre o significado da técnica dos conceitos indeterminados e os parâmetros de controle.

A primeira consequência da técnica dos conceitos indeterminados decorre da própria distinção entre interpretação dos conceitos e livre apreciação da administração, esta última configurando a nota característica da discricionariedade. Sendo os conceitos objeto de interpretação, fica o administrador obrigado a justificar sua resposta como sendo a mais adequada

---

<sup>38</sup> PIÇARRA, Nuno. Op.Cit., p.191.

diante do caso concreto e das normas que regulam juridicamente a hipótese<sup>39</sup>. Neste caso haverá aplicação do direito, ou seja, haverá um procedimento metodológico passível de reprodução pelo juiz e sujeito à correção. Na discricionariedade, ao contrário, parte o julgador da idéia de que o órgão administrativo possui liberdade de escolha, devendo-se restringir *a priori* o controle sobre a opção administrativa, estando o administrador obrigado a motivar a existência dos pressupostos que lhe autorizam a empreender um juízo subjetivo diante da circunstância de aplicação. Por sua vez, a segunda consequência está no limite da apreciação dos fatos, sendo que, na aplicação dos conceitos indeterminados, tem o juiz a possibilidade de verificação não só da existência dos fatos, mas também da sua correta qualificação jurídica. Na discricionariedade, a sindicabilidade encontra-se limitada, já que a valoração dos fatos é conferida à livre apreciação da administração.

Além disso, a técnica dos conceitos indeterminados assume papel relevante na dimensão processual dos conflitos entre Administração e cidadão, já que não se deve desvincular a questão do controle da atividade administrativa de seus aspectos procedimentais, levando-se em conta que no Brasil os conflitos envolvendo esta matéria são discutidos na jurisdição ordinária e submetem-se aos ritos do Direito Processual Civil. Importante é a problematização sobre ônus da prova, caso em que ao considerar-se a atividade de concretização de conceitos indeterminados como sendo de natureza estritamente vinculada, terá a administração o dever de evidenciar não só os fatos motivadores da decisão como também o critério jurídico determinante para a tomada da decisão. A falta de comprovação destes elementos implicará em debilidade da instrução, a ser considerado pelo juiz no momento da sentença.

---

<sup>39</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto...*, Op.Cit.p.157.

Afora isso, outra situação é de significativa importância para caracterizar a atividade de concretização dos conceitos indeterminados no âmbito da esfera da vinculação. Trata-se da questão envolvendo a violação de direito líquido e certo e as dificuldades interpretativas que possam vir a surgir para a sua constatação. Sendo a aplicação dos conceitos uma formulação a partir de juízos interpretativos, sujeitos à correção judicial, as matérias envolvendo tais conceitos podem ser objeto de mandado de segurança, não sendo possível ao juiz furtar-se da concessão de proteção judicial. Relevantes são as seguintes palavras de HELY LOPES MEIRELLES<sup>40</sup>:

Quanto à complexidade dos fatos e à dificuldade da interpretação das normas legais que contêm o direito a ser reconhecido ao impetrante, não constituem óbice ao cabimento do mandado de segurança, nem impedem seu julgamento de mérito. Isto porque, embora emaranhados os fatos, se existente o direito, poderá surgir líquido e certo, a ensejar a proteção reclamada. Bem por isso, já decidiu o TJSP que: "As questões de direito, por mais intrincadas e difíceis, podem ser resolvidas em mandado de segurança

Seguindo a ordem de considerações exposta inicialmente, cabe abordar, em terceiro lugar, a importância dos postulados teórico-normativos. Esta análise leva à conclusão de que a divergência sobre a possibilidade de uma resposta unívoca dos conceitos indeterminados é na verdade um problema que não reflete as perspectivas de uma metodologia jurídica afinada com a complexidade dos temas relativos à hermenêutica jurídica. A única solução justa é um artifício que, embora pretenda preservar o postulado da segurança jurídica dentro do Estado do Direito, na prática apresenta-se como irreal e até mesmo desaconselhável, ante a necessidade de evolução do Direito frente aos conflitos sociais. Os conceitos indeterminados abrem espaço à

---

<sup>40</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, p.36.

concretização, a ser feita mediante fundamentos extraídos da ordem jurídica, e, portanto, sujeitos à correção judicial. O caráter nitidamente aberto dos conceitos vagos não pode levar à constatação de que se está diante de discricionariedade, mas sim de que tem a administração a possibilidade de apreciar previamente a situação, o que não significa liberdade para agir.

Por fim, sobre o perigo de excessos por parte dos juízes na tarefa de controle da atividade administrativa, tem razão OTTO BACHOF, ao tratar da possibilidade da invasão da esfera política pelos tribunais, gerando um verdadeiro governo dos juízes. Para este autor, analisando a conduta do Tribunal Constitucional Alemão, este via de regra tem respeitado o primado político do legislador. Afirma, pois, que "(...)as vantagens de um controlo efectivo da actividade legislativa, único que permitiu conferir à Constituição a sua plena eficácia, sobrelevam largamente as desvantagens de alguns raros casos de violação de fronteiras(...)"<sup>41</sup>. A constatação de que BACHOF faz, em relação ao controle de constitucionalidade, pode ser transportada para o Direito Administrativo. Não se justifica a convicção existente de que os tribunais potencialmente podem tomar decisões administrativas e, com, isso, violar a autonomia da Administração Pública. A realidade dos fatos demonstra que a possibilidade do Judiciário suplantar os demais poderes dentro da estrutura do Estado de Direito é praticamente inviável, ante a notória preponderância dos poderes legislativo e executivo, tradicionalmente os órgãos onde é travada a luta política. Além disso, há a própria limitação procedimental imposta ao Judiciário: este somente atua quando é provocado, e com base nas informações encontradas nos autos, o que não se compara com o

---

<sup>41</sup> BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: os tribunais constitucionais entre o Direito e a Política, p.11.

poder conferido ao agente administrativo para definir as medidas a serem tomadas.

Estas considerações distanciam-se de uma perspectiva eminentemente dogmática, mas não podem deixar de ser mencionadas quando se trata de controle da Administração Pública, tema que toca profundamente pontos delicados como a proteção dos direitos do cidadão, a realização das tarefas públicas, e a relação entre direito e política.

### *3.2.1.0 postulado democrático e o controle da Administração Pública*

O postulado democrático, uma das vigas mestras do Estado de Direito contemporâneo, tendente a aliar a proteção dos direitos dos cidadãos à possibilidade efetiva destes participarem da formação da vontade do poder estatal, embora consenso entre os administrativas, gera profundas divergências no que se refere às suas conseqüências no âmbito do controle da Administração Pública. Em relação ao controle de constitucionalidade a discussão tornou-se marcadamente polêmica devido à legitimação democrática do Parlamento, órgão a quem é conferida a atribuição de criar as leis que vincularão os cidadãos e os poderes públicos.

Quanto à ressonância do princípio democrático na relação entre jurisdição e administração, o problema acaba tomando dimensões semelhantes, tendo em vista a legitimação do Poder Executivo pelo voto popular e sua condição de intérprete autêntico. Estaria o administrador, por este motivo, legitimado a dar a última palavra sobre a aplicação da lei, no âmbito em que lhe é conferido pela vontade do legislador?

Sob determinado prisma, é irrazoável o pensamento tendente a aceitar uma maior liberdade da administração frente aos casos concretos surgidos na aplicação das normas jurídicas. Este, aliás, é um fato facilmente verificável nas complexas estruturas dos Estados contemporâneos, onde a utilização dos conceitos indeterminados nas normas de direito administrativo tornou-se fato comum, devido à impossibilidade de previsão de todas as circunstâncias de aplicação da regra e de melhor satisfação do interesse público no caso concreto.

A questão, contudo, não se resume à constatação deste fenômeno crescente dentro dos Estados contemporâneos, o que pode ser verificado mediante uma singela observação da legislação administrativa. O problema que se coloca é o de se a existência deste fenômeno significa a superação, ou considerável redução, do dogma da vinculação positiva à lei. Ou se reconhece a inviabilidade prática do postulado, e se admite a liberdade de conformação do administrador em níveis semelhantes ao do legislador, ou se entende que a vinculação positiva à lei continua sendo importante elemento do Estado de Direito, devendo, entretanto, ser compreendida na sua plena potencialidade e nas suas limitações naturais, já que a total vinculação da atividade administrativa é absolutamente impossível.

A legitimação democrática do administrador não representa que o administrador tem o poder de a tomar as últimas decisões na aplicação das normas de direito administrativo, sem a possibilidade de correção jurisdicional. O mandato estabelecido ao administrador funciona dentro dos limites impostos pela Constituição e pela Ordem Jurídica, sendo-lhe vedada qualquer violação a Direito. Este, sem dúvida, é um paradigma intocável dentro do Estado Democrático: o de que o mandatário não pode atuar além dos limites que lhe são impostos pela norma jurídica e, principalmente, pelos Direitos Fundamentais dos cidadãos. Isto

nos leva a concluir pela possibilidade de plena sindicabilidade dos atos administrativos que violem Direitos Fundamentais, embora não se possa negar a prerrogativa de decisão estabelecida à Administração Pública e a possibilidade que esta tem de selecionar, em alguns momentos, os diversos âmbitos da realidade relevantes para a aplicação da norma.

A administração, ao aplicar a norma contendo conceitos indeterminados, concretizará estes selecionando os aspectos que considere dignos de ponderação, excluindo aqueles que entenda não serem aplicados ao caso. Esta operação tem como característica o fato de ser **unilateral**, geralmente não havendo a participação do cidadão na formação do ato.

A característica da unilateralidade, em um Estado Democrático de Direito, só reforça a possibilidade de controle dos atos administrativos, pelo fato de ser essencial a garantia de amplo acesso à formação das decisões estatais. Se esta não ocorre no momento da formação do ato, estabelece-se a concretização do princípio democrático com a possibilidade de verificação de sua legalidade perante um órgão independente e imparcial, nomeadamente o Poder Judiciário. O princípio da unicidade da jurisdição permite que se afaste de nosso ordenamento jurídico qualquer preconceito em relação à plena revisão dos atos administrativos, inclusive ao legitimar não somente a possibilidade de anulação destes, o que já não gera dúvidas, mas também ao possibilitar a substituição da decisão considerada afrontosa ao Direito<sup>42</sup>. Assim, a estrutura

---

<sup>42</sup> Tomás-Ramón Fernández( *De La Arbitrariedad de La Administración*, p 170) defende esta tese, sustentando a plena possibilidade de revisão dos atos, tendo em vista a necessidade de tutela efetiva dos direitos fundamentais, cláusula consagrada no art. 24 da Constituição espanhola. Nesse ponto, cita decisão nesta linha, como segue: "Como dice la Sentencia Constitucional de 29 de abril de 1993(fundamento jurídico 6), 'una decisión judicial que condene a la Administración a hacer algo o que sustituya com un criterio nuevo el criterio inicialmente utilizado por la Administración en el acto objeto del recurso no es una 'injerencia en el ámbito de la actuación de la

constitucional vigente estabelece postulados carentes de um aperfeiçoamento pela dogmática do Direito Administrativo, no intuito de intensificar o controle judicial da atividade administrativa.

Pertinente é a lição de ROMEU FELIPE BACELAR FILHO, após afirmar que a tradição brasileira e a estrutura do contencioso administrativo francês representam duas perspectivas diversas, sendo a primeira em favor do Poder Judiciário como árbitro dos conflitos políticos e outra contra esta orientação:

A Constituição de 1988(...)aumentou o poder de controle do Judiciário ao elastecer o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, no art. 5º, inc. XXXV, onde à expressão "lesão" acrescentou-se "ameaça" e foi suprimido o termo "individual" relativos aos direitos, para alcançar quaisquer direitos (individuais, coletivos, difusos). Concede-se, desta forma, um poder geral ao Poder Judiciário, inserido na tendência de aumento do espectro protetivo do controle jurisdicional, materializado pela ampla possibilidade de reexame das decisões da Administração. A isto, acrescenta-se a afirmação constitucional da jurisdição constitucional<sup>43</sup>

---

*Administración', es, por el contrario, 'una medida idónea para no frustrar la efectividad de la sentencia'* Tradução livre do autor: "(...) uma decisão judicial que condene a Administração a fazer algo ou que substitua com um critério novo inicialmente utilizado pela Administração no ato objeto do recurso não é uma 'ingerência no âmbito da atuação da administração', é, pelo contrário, 'uma medida idónea para não frustrar a efetividade da sentença'". A decisão citada, sem dúvida, demonstra importante tendência na jurisprudência espanhola, admitindo que ao juiz da causa administrativa não cabe somente a simples invalidação do ato administrativo, devendo, quando possível, substituir-se a decisão da Administração. Desta conclusão surge uma certeza e uma indagação. Primeiramente, não resta dúvida de que, seguindo esta orientação, em sede de aplicação de conceitos indeterminados são estes objeto de concretização, passíveis de verificação e, por conseguinte, de obtenção da resposta razoável, caso em que, verificando o juiz que a Administração não adotou a melhor solução, poderá indicar qual a resposta de acordo com o Direito. Não há, portanto, nenhuma ilogicidade na imposição de condutas à Administração e na estipulação da melhor interpretação dos conceitos indeterminados. A indagação que persiste é quanto ao limite da sindicabilidade, ou seja, até que ponto o juiz pode substituir a vontade da Administração, caso que trataremos posteriormente.

<sup>43</sup> BACELLAR Fº, Romeu Felipe. *Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: Uma perspectiva de Direito Comparado*, p.75.

Ademais, a dimensão democrática dos poderes estatais e a necessária proteção dos cidadãos frente ao arbítrio necessita de uma eficaz estrutura de proteção de direitos, ressaltando a importância do Poder Judiciário e a elevação do juiz à ordem política como dotado de uma função central dentro do sistema democrático, evolução esta decorrente da emancipação do indivíduo em relação ao poder<sup>44</sup>.

*3.2.2. A distinção entre os juízos de oportunidade e de legalidade: a exigência do controle como tarefa primordial do Judiciário no Estado de Direito;*

A distinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade, magistralmente apresentada entre nós pelo professor EROS ROBERTO GRAU<sup>45</sup>, inspirado em SEABRA FAGUNDES, é importante para deixar claro que a atividade administrativa está condicionada pelo direito, e portanto não sujeita à *voluntas* do administrador, e nem tampouco se encontra plenamente vinculada em todos os seus aspectos, por decorrência necessária de um Estado que necessita de certa liberdade de conformação para realizar suas tarefas, cada vez mais complexas. O juízo de legalidade serve para dar sentido e conteúdo para a vinculação positiva à lei, ao traçar um sistema de garantias dos direitos dos cidadãos e do interesse público. Por outro lado, a noção de juízo de oportunidade evidencia que o Estado de Direito é pluralista, capaz de moldar-se a diversas orientações políticas e às novas necessidades sociais.

Não obstante, a distinção entre juízo de legalidade e juízo de oportunidade somente pode ser considerada como

---

<sup>44</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces..Op.Cit.,p.132.*

<sup>45</sup> Cf. *Supra*, p.133.

metodologicamente útil a partir de um conceito reducionista de discricionariedade, compreendendo-se esta como uma necessária remissão legal, fundamentada em princípios constitucionalmente adequados à lógica atual do Estado de Direito definido pela Constituição em vigor. Sem esta compreensão dogmático-constitucional o problema somente pode obter uma resposta satisfatória dentro de uma orientação teórico-normativa, caso em que certamente a resposta tenderá a um conceito amplo de discricionariedade. Afora isso, nota-se que dimensão dogmático-constitucional, por si só, pode levar a respostas antitéticas sobre a mesma questão, como na interpretação princípio democrático: este, concebido com ênfase na afirmação da soberania popular, certamente levará à defesa das prerrogativas da Administração, eleita pelo povo; se a importância maior é conferida ao conteúdo substancial da democracia, ou seja, à idéia de proteção efetiva dos cidadãos, provavelmente a resposta tenderá ao aumento do controle da Administração.

Contudo, a análise dogmático-constitucional assume especial relevo basicamente por uma razão: a necessidade de reforço dos pilares do Estado Democrático de Direito Brasileiro, a urgente necessidade de consolidação e legitimação das instituições, e a conseqüente superação dos dogmas impregnados pelo autoritarismo. O aplicador do Direito deve ter a consciência da lógica de funcionamento do sistema legitimado por sua atividade, e, com esta compreensão, observar se sua atuação dogmática está sendo desenvolvida dentro dos ditames progressistas instituídos pela Constituição de 1988. A análise dogmático-constitucional consolida o reconhecimento dos princípios básicos do Estado Constitucional de Direito, no intuito de superar a tradição de ilimitação do poder e predominância do arbítrio, gerador de um demasiado estatismo e total desrespeito aos Direitos Fundamentais. Entender a função

dos postulados constitucionais vinculantes da Administração Pública e a necessária possibilidade de revisão dos atos administrativos significa inverter a lógica autoritária da aplicação do direito público brasileiro, colocando-se assim o Estado a serviço do cidadão, e não o contrário.

O princípio da legalidade, enquanto elemento conformador da Administração Pública em uma sociedade democrática, não permite a subversão de seu núcleo essencial, sendo irrazoável a construção de espaços de liberdade para o administrador onde a lei não preveja, pois a função do juiz não pode atuar no sentido de criar restrições a princípios fundamentais da Constituição, sem que para tanto haja justificativa razoável ou previsão normativa. Por este prisma, a maneira mais adequada de compreender a discricionariedade no Estado Democrático de Direito é a com a utilização do critério da remissão legal, sendo o legislador, detentor da prerrogativa constitucional de criação do direito, o único autorizado a instituir espaços de apreciação abertos ao agir administrativo. Esta concessão de um espaço livre de atuação, entretanto, não pode ser feita senão de modo expresso, pelo que a aceitação da discricionariedade como insuficiência de programação normativa remete ao juiz a possibilidade de definir os espaços de liberdade, além de ampliar demasiadamente o poder administrativo. A discricionariedade, ao invés de exceção, tornar-se-ia regra.

Assiste razão, pois, a EROS ROBERTO GRAU<sup>46</sup>, ao distinguir entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade. Enquanto os primeiros são desenvolvidos no âmbito da atividade de interpretação do direito, na qual busca-se a resposta correta diante do caso concreto, "(...) o juízo de oportunidade comporta uma opção entre *índiferentes jurídicos*, procedida *subjetivamente*

---

<sup>46</sup> Cf., *supra*, p. 133.

pelo agente"<sup>47</sup>. O juízo de legalidade não apresenta relação com univocidade na resposta, antes significando a exigência de utilização de um método juridicamente adequado para a aplicação do direito, ao passo que a discricionariedade significa a possibilidade aberta ao agente para que este valere de acordo com suas preferências (respeitados os limites de atuação), e valoração implica a utilização de um juízo subjetivo, em relação ao modo e ao momento de atuar.

A clarificação do sentido da atividade administrativa por meio da definição da vinculação positiva à lei, concretizada na figura do juízo de legalidade, afina-se perfeitamente com o princípio da especificidade da competência, que impõe, para a atuação administrativa, a delimitação prévia dos pressupostos a serem verificados pelo agente no momento da concreção da regra de direito. Fundamental é a lição de VITOR NUNES LEAL, quando reflete sobre o problema do desvio de poder, ao tratar da relação entre a atividade administrativa e a norma que a legitima<sup>48</sup>:

O que me faz depor as armas, nesta polêmica, é o pressuposto ou princípio da especificidade da competência administrativa, ou seja, que o agente administrativo tem somente poderes que lhe hajam sido confiados pelas normas legais, jamais um cheque em branco, para agir segundo sua exclusiva noção do interesse público. O interesse público, em cada caso, há de resultar, sem hesitações, da norma de competência específica, e não de qualquer norma de competência imprecisa ou excessivamente genérica. Como se expressa Caio Tácito, "é necessário que se observe a finalidade específica, ou seja, o fim expresso ou implícito relacionado com a própria natureza do ato(...); em nenhuma hipótese, pode a autoridade substituir o fim previsto na lei por outro fim público ou privado, lícito ou ilícito" (obra citada, p. 61 e 62)

Toda minha dúvida, entretanto, resultava das competências implícitas, já que estas não podem ser recusadas à Administração. Na prática, a implicitude pode conduzir, aparentemente à outorga de competências atípicas, ou inespecíficas, nas quais, afinal, mais de

<sup>47</sup> Cf. GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto...* Op.Cit.p.156.

<sup>48</sup> LEAL, Vitor Nunes. *Reconsideração do tema do abuso de poder*, p. 313.

uma finalidade de interesse público pudessem ser facultadas à Administração. Realmente, poderá haver freqüentes casos de extrema dificuldade de interpretação, mas as noções de tipicidade e especialidade da competência parecem orientação mais segura, porque fixam nítidos pontos de referência para aferição do desvio de poder.

As lições de VITOR NUNES LEAL parecem aliar-se perfeitamente com a orientação seguida neste trabalho: os limites da interpretação não servem para a refutação do princípio da especificidade da competência ou vinculação positiva à lei. A norma jurídica aplicável a cada caso comporta sempre a delimitação da atividade administrativa, ainda que para a verificação de tais pressupostos seja necessária a sua articulação com princípios jurídicos. Além do mais, como bem lembra VITOR NUNES LEAL<sup>49</sup>, o princípio da especificidade da competência encontra-se consagrado pela legislação brasileira, por meio da Lei nº 4717/65, em seu art. 2º, parágrafo único, letra e, ao dispor que "o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

Evidentemente, não deve-se concluir pelas palavras de VITOR NUNES LEAL que sua pretensão tenha sido a de sustentar um conceito de discricionariedade restrito aos casos de remissão legal, já que a sua argumentação sobre o princípio da especificidade da competência e a importância deste mesmo nos casos em que surjam dificuldades interpretativas tem por objetivo asseverar a sua tese que a finalidade do ato encontra-se, invariavelmente, vinculada pela lei. O grande publicista brasileiro, no entanto, não tece as mesmas considerações no que se refere à seleção dos pressupostos do ato administrativo. Estes, levando-se em conta que não raras vezes estão dispostos

---

<sup>49</sup> Idem, Op.Cit., p.314.

por meio de conceitos indeterminados, estão sujeitos às mesmas condições estabelecidas pela vinculação positiva à lei, sendo válidos, da mesma forma, os ensinamentos do grande administrativa também no que se refere à necessária preponderância do princípio da especificidade da competência até mesmo diante de dificuldades interpretativas.

A distinção entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade representa importante exigência da racionalização da atividade administrativa, além de preservar os momentos de preponderância do elemento valorativo, circunstância inafastável dentro de um Estado pluralista. Além do mais, permite a intensiva atuação jurisdicional de controle, extremamente importante em um regime presidencialista em que o Executivo encontra posição privilegiada. Para SEABRA FAGUNDES, "Torna-se indispensável dar-lhe estrutura e desenvolvimento correspondentes ao seu relevante papel no vinculamento da função administrativa à ordem jurídica. Na realidade, é só por ele que se confina, dentro da Constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo, que, colocado acima do controle eficiente do Parlamento, só na atuação do Poder Judiciário pode encontrar limitação eficaz do ponto de vista jurídico"<sup>50</sup>.

A compreensão do direito administrativo em feições nitidamente garantistas, com a sua interpretação nos termos dispostos pela Constituição, estabelece uma nova relação entre Estado e Cidadão, impondo a juridificação da atuação estatal. Nesse sentido, ensina ALMIRO DO COUTO E SILVA<sup>51</sup>:

"Os princípios estruturantes do Estado, como o da República, a que Geraldo Ataliba dedicou estudo primorosos, o da Federação, o do Estado Democrático de Direito(CF, art. 1º), com toda a sua opulenta lista de

<sup>50</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle...*Op.Cit., p.109.

<sup>51</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *Os Indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*, p. 61-2.

subprincípios implícitos, dentre os quais sobressai o da segurança jurídica, a par dos que são expressamente referidos à Administração Pública (CF, art.37), como os da legalidade (a rigor, um subprincípio do Estado de Direito), da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, e os que estão declarados ou embutidos na Declaração de Direitos e Garantias Fundamentais (CF, Título II), como o da igualdade, o devido processo legal (a que alguns autores vinculam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade) e o da ampla defesa, tornaram a Administração Pública brasileira largamente aberta à fiscalização e controle dos particulares, dilatando, por conseqüência, a participação dos indivíduos da realização dos fins de interesse público”

Distinguir entre juízos de legalidade e juízos de oportunidade possibilita a superação do preconceito dos juízes em relação ao controle judicial da atividade administrativa nos casos em que a situação se apresente complexa, e determina uma consideração cuidadosa dos interesses em conflito. A tarefa do magistrado em um Estado Democrático é dizer o direito, indagando sobre a legitimidade do exercício dos poderes estatais. Lapidar é a lição de ANTÔNIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA:

“(...) temendo invadir a esfera própria do Executivo e substituir-se ao administrador para, na pitoresca expressão de Victor Nunes Leal, ‘não vestir um santo com a roupa do outro’ o Poder Judiciário muitas vezes refreia a extensão do seu controle natural sobre os atos administrativos, numa auto-restrição que importa, a final, na abertura de uma área de discricionariedade administrativa delimitada pela jurisprudência mas informada por um certo casuismo que permite a interferência judicial sempre que a decisão executiva seja aberrante aos princípios de justiça.

Essa atitude do Poder Judiciário é que explica a existência de certos problemas puramente artificiais relativos ao controle jurisdicional sobre o ato administrativo, tais, como, o de se saber se os fatos que condicionam sua edição são ou não são suscetíveis de reexame pelo juiz ou, em caso afirmativo, em que medida o são- quando se sabe que ‘é função primordial do magistrado dizer qual é o direito *in concreto*’, aplicar a norma jurídica abstrata a uma determinada situação de fato; ou o de retirar do juiz o poder (que lhe é inerente), de interpretar a lei, sempre que esta empregue conceitos vagos, indeterminados, imprecisos ou

suscetíveis de vários sentidos, por se considerar o poder discricionário como a liberdade de determinar-lhes o sentido<sup>52</sup>

### **3.3.0 princípio da legalidade e o sentido da vinculação do legislador**

#### *3.3.1. Considerações sobre o sentido da vinculação à lei*

A vinculação da administração à lei é um princípio historicamente condicionado e delimitado conforme as características da estrutura estatal instituída, o que evidencia diversas formas de determinação da conduta administrativa e de controle desta atuação. Talvez a única afirmação válida em todos aspectos no que se refere à legalidade administrativa seja a de que a lei exerce no Estado de Direito a importante função de garantia de racionalidade e segurança jurídica, conferindo aos cidadãos, em tese, a previsibilidade necessária para o perfeito desenvolvimento das relações sociais, principalmente no que se refere à atividade econômica.

O Estado liberal, formado nos séculos XVIII e XIX, caracteriza-se pela sua importância para a garantia da liberdade de empresa e por sua orientação predominantemente abstencionista, retirando-se do processo econômico. Este modelo estatal, denominado por MASSIMO SEVERO GIANNINI como Estado de classe única, tem sua atividade administrativa "(...)regida por princípios do abstencionismo dos poderes públicos na vida econômica e social; correspondem ao Estado as atividades relativas ao poder exterior, à defesa, à polícia (administrativa e

---

<sup>52</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo Op.Cit.,p.50-1.

de ordem pública), ao ordenamento judicial e à jurisdição"<sup>53</sup>. Neste tipo de Estado, dotado de uma máquina administrativa relativamente simples se comparado ao gigantismo das administrações dos Estados-Providência do século XX, a administração pública aparece vinculada à lei em uma dimensão negativa, estando o agente público legitimado para atuar livremente desde que não houvesse vedação legal, principalmente pondo-se como limite os direitos dos cidadãos. Para estes haveria a proteção formal da lei, como observa ROGÉRIO ERHARDT SOARES, para "(...) além desse limite a Administração Pública continuava actividade livre, continuava actividade não executiva, continuava poder público"<sup>54</sup>, sendo a discricionariedade o espaço de livre atuação da administração que não comportaria controle jurisdicional<sup>55</sup>.

Com a formação do Estado Social de Direito e o conseqüente fortalecimento da máquina da Administração, o direito administrativo assume novas formas. O crescimento da intervenção estatal na economia e o regime de prestações postas à disposição dos cidadãos envolvem uma série de conflitos entre interesse público e Direitos Fundamentais, o que demanda uma extensa regulação da atividade administrativa. Juntamente com estas circunstâncias, alia-se o grande prestígio alcançado pelo positivismo jurídico, não sendo concebível para os defensores desta corrente a existência de uma administração desvinculada de parâmetros jurídicos, caso em que a própria discricionariedade passou a ser compreendida como um poder jurídico, decorrente de

---

<sup>53</sup> GIANNINI, Massimo Severo. *El Poder Público- Estados y Administraciones Publicas*, p.64. Trecho original: "(...) regida por los principios del abstencionismo de los poderes públicos en la vida económica y social; corresponden al Estado las actividades relativas a la potestad exterior, a la defensa, a la policia (administrativa y de orden publico, al ordenamiento judicial y a la jurisdicción".

<sup>54</sup> SOARES, Rogério Ehrardt. *Administração Pública, Direito Administrativo e sujeito privado*, p.123.

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade Administrativa...Op.Cit.,p.19.*

uma norma legal<sup>56</sup>. Neste momento a vinculação é entendida não mais de forma negativa, e sim sob um aspecto positivo, ao exigir competência legal para que a legitimidade da atuação estatal fosse considerada legítima. Este princípio, aliás, alcançou espetacular dignidade com a positivação, nas Constituições contemporâneas, da cláusula de vinculação do administrador à Lei e ao Direito, estabelecendo um sistema de determinação do comportamento estatal jamais conhecido na história do Estado moderno.

A vinculação do administrador e do juiz à lei é um princípio fundamental do Estado de Direito e serve de mecanismo protetor da preservação da vontade emanada do Parlamento<sup>57</sup> e dos Direitos Fundamentais. Por meio da norma jurídica escrita, o órgão de representação popular possibilitaria que tanto a Administração quanto o poder judicial estivessem vinculados à ideologia liberal-burguesa. Contudo, embora a tese logicamente não apresente questionamentos, é praticamente impossível, e até mesmo desaconselhável, manter um sistema de vinculação total por meio da lei.

Com o questionamento do postulado da vinculação total, vários autores indagaram sobre a discricionariedade que surge para o juiz no momento da aplicação da lei, passando-se a sustentar o caráter construtivo, criador, na aplicação das normas. No plano administrativo, o reconhecimento da impossibilidade de uma vinculação total surge com a figura da discricionariedade administrativa. Aliado a este fato, a verificação de que as normas formuladas com conceitos indeterminados geram um espaço de atuação consideravelmente amplo

---

<sup>56</sup> Ibid., p.27.

<sup>57</sup> Nesse sentido, diz Alejandro Nieto (in Monserrat Cuchillo Foix, *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano*, p.20). que *El constitucionalismo liberal del siglo XIX há sido uno de los sistemas políticos*

ao administrador, o que possibilita a manifestação de sua vontade na concretização da norma jurídica em termos semelhantes ao que faz o juiz quando exerce sua função específica.

Diante deste quadro, particularmente problemático para o intérprete do Direito, o princípio da legalidade, entendido no sentido de uma vinculação positiva à lei, e com o aumento dos poderes da Administração no Estado contemporâneo, passa a ser relativizado com o reconhecimento da existência de margens de valoração conferidas ao administrador. Interessante na análise desta situação são as observações de SÉRVULO CORREIA, ao indagar sobre o sentido do princípio da reserva total, que segundo ele, por si só, "(...) não revela qual deva ser o grau ou intensidade da correspondência entre o acto administrativo e a norma em que se firma"<sup>58</sup>, havendo a necessidade de formularem-se indagações de ordem teórico-normativa e teórico-política sobre o sentido da vinculação<sup>59</sup> e o conseqüente controle jurisdicional.

Estas reflexões servem para problematizar o significado da vinculação positiva à lei, sua operacionalidade e aplicação dentro do sistema de direito vigente. Se a vinculação significa predeterminação, é essencial indagar sobre a legitimidade de amplos espaços de livre atuação e o seu significado. A problemática dos conceitos indeterminados representa em grande parte a polêmica sobre o sentido da vinculação administrativa e os limites respectivo controle judicial.

Os conceitos indeterminados desafiam o postulado da reserva total de lei, insculpido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, no momento em que o texto da norma não

---

*que com mayor acierto ha logrado crear un mecanismo ideológico para su justificación y defensa.*

<sup>58</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo. Op.Cit.,p.309.

<sup>59</sup> Idem, Ibidem.p.310.

concede ao órgão responsável pela sindicabilidade dos atos elementos seguros para a realização desta atuação, havendo clara fragilização da relação entre juízos de legalidade e agir administrativo, o que não representa, entretanto, a concessão, pela lei, de amplos espaços de discricionariedade. Sendo assim, o aumento das tarefas do Estado e a importância deste para a proteção dos interesses dos cidadãos reclama a redefinição da idéia de vinculação, pautado na exigência de um agir racional, delimitado por postulados que transcendem o próprio enunciado literal da regra jurídica. A especificidade da competência não confunde-se com a univocidade da resposta, antes familiarizando-se com a racionalização no procedimento de concretização da norma jurídica, o que não se confunde com o espaço de liberdade intencionalmente conferido ao agente pelo legislador.

Esta orientação manifesta sua importância na própria indagação do chamado "interesse público", afirmado sempre como a finalidade genérica da atividade administrativa. Nota-se na doutrina e jurisprudência brasileiras uma afirmação tradicional dentro da dogmática do Direito Administrativo, dando a expressão um conteúdo axiológico consideravelmente relevante, norteador do desenvolvimento do atuar do agente estatal: a necessidade de observância do "interesse público".

A exigência de fidelidade ao chamado interesse público não surge sem trazer consigo uma série de conseqüências. Primeiramente, reconhece-se o caráter indeterminado da expressão e a dificuldade de definir, em última análise, qual seja seu significado, o que acaba causando tradicional distinção entre finalidade genérica e específica do ato, a fim de superar as discussões sobre a intensidade do vínculo da Administração no que se tange à finalidade genérica. Em segundo lugar, a fórmula do interesse público dá uma dimensão finalística à função administrativa. Esta, que por si só já traz a idéia de fim,

aparece vinculada ao interesse público, o que não resolve o problema de definir concretamente qual seja a finalidade a ser perseguida pela Administração Pública.

Se, então, dos conceitos indeterminados decorre a chamada discricionariedade administrativa, a conclusão lógica é de que, em síntese, o fim do atuar administrativo baseado em normas formadas por conceitos vagos é definido pelo próprio agente administrativo, possuidor neste caso de uma margem de liberdade sobre a objetivo a ser perseguido. O controle da finalidade, portanto, restringir-se-ia ao chamado "desvio de finalidade, ante a conclusão de que o agente administrativo, em última análise, "constrói" finalidade a ser perseguida, devendo o Judiciário respeitar, salvo manifesto desvio, a opção valorativa considerada relevante pela Administração.

Com esta análise, observa-se que fórmula do "interesse público", por si só, como norteadora da atividade administrativa, não apresenta força vinculante de maior expressão, sendo insuficiente para dar uma noção de maior utilidade para a vinculação positiva à lei dentro do Estado de Direito brasileiro. Para que se confira sentido a este princípio, é necessário exteriorizar os momentos em que se admite a construção da finalidade e até que ponto isto pode ser feito, e as hipóteses nas quais a finalidade encontra-se positivamente disposta em lei, exigindo do administrador um rigoroso raciocínio jurídico-normativo, passível, via de regra, de posterior verificação pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, de nada adiantaria concluir pela vinculação total da Administração devido à inarredável observância do interesse público: este raciocínio, ainda plausível do ponto de vista lógico (se a Administração está vinculada ao interesse público, então até mesmo nos atos discricionários deverá atender àquele; assim, sua atividade

sempre está vinculada), concretamente não passa de uma fórmula vazia, desconhecadora da atividade administrativa e do caráter pluralista do Estado de Direito. O agir administrativo, embora definido por normas jurídicas, é caracterizado por ser axiologicamente conformado em momentos onde a própria ordem jurídica admite esta ingerência.

Sendo assim, o critério mais adequado para harmonizar o princípio da vinculação positiva à lei com o pluralismo inerente ao Estado de Direito é o que restringe a discricionariedade ao espaço de atuação conferido pela ordem jurídica destinado à conformação de acordo com a orientação valorativa do detentor do poder estatal em determinado momento, dentro dos limites impostos pela ordem jurídica. Esta formulação é decorrência do caráter pluralista do Estado de Direito, que refutaria qualquer vinculação total da Administração Pública, algo somente admissível em um Estado de feições totalitárias, desconhecedor das diferenças e do jogo de poder instituído na sociedade. Afora estas margens de liberdade reconhecidas pelo legislador, estará o agente público atuando no plano da vinculação, com o dever de justificar a adoção da medida entendida como correta.

O problema, pois, não está na existência ou não de uma vinculação total da Administração, já que a resposta positiva é inadmissível dentro do Estado contemporâneo, mas em determinar até que ponto vai a vinculação da atividade administrativa, e, conseqüentemente, sua sindicabilidade.

### *3.3.2. A vinculação administrativa na doutrina administrativa: a influência de Kelsen e a necessidade de ampliação do conceito*

Grande parte da doutrina jusadministrativista parte do pressuposto de que o critério determinante da vinculação é a univocidade na interpretação, sendo vinculado o ato determinado por normas cujo sentido decorre claramente da interpretação semântica do seu enunciado. Ao aceitar a possibilidade de univocidade das expressões legais, certos autores adotaram o cânone *in claris cessio interpretatio*, sendo que a interpretação surgiria apenas em momentos de dúvida quanto ao sentido da norma. Antepõem, desta forma, o mundo da certeza, da univocidade, apreensível por todos aqueles que realizam a tarefa de revelação do conteúdo normativo, ao mundo das indefinições, das ambigüidades. Neste pólo ingressaria a interpretação, considerada como a atividade tendente a reduzir ou desvendar as incertezas.

Contrário à possibilidade de um ato administrativo plenamente vinculado, tese fundada na crença da possibilidade de uma resposta unívoca exprimida pelo conteúdo da norma jurídica, ADOLF MERKL sustentou não existir um ato totalmente adstrito aos termos legais. Em sua notável obra, o administrativista reflete bem as formulações da Escola de Viena no Direito Administrativo, quando adota a distinção entre determinantes heterônomas e autônomas para o órgão aplicador do direito, caracterizadas as primeiras pelo direito objetivo preexistente, enquanto que as determinantes autônomas constituiriam a liberdade discricionária conferida ao administrador<sup>60</sup>. A discricionariedade, entendida como a capacidade de expressar a própria vontade<sup>61</sup>, não configuraria uma instituição arbitrária do direito posto, e sim uma necessidade jurídico-teórica decorrente da essência do ato de execução do direito, não se diferenciando a administração dos demais poderes do Estado na tarefa de concretização do direito<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*, p.188.

<sup>61</sup> *Ibid*, p.201.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p.190.

MERKL adota a teoria da interpretação de KELSEN, ao distinguir entre o elemento volitivo e o elemento cognitivo, presentes em todo ato de atribuição de sentido a uma norma jurídica. No juízo de vontade residiria o arbítrio, existindo infinitos graus de condicionamento jurídico e de liberdade discricionária<sup>63</sup>, o que somente pode ser esclarecido com a delimitação das determinantes heterônomas, reveladas a partir de um juízo estritamente cognitivo, que definem a "moldura" que indica as respostas logicamente aceitas pelo sistema jurídico .

O fundamento das teses de MERKL são encontrados no capítulo VIII da *Teoria Pura do Direito*. Primeiramente, KELSEN traça o sentido da vinculação, decorrência do condicionamento de uma norma inferior por outra de escalão superior, que "(...)determina não só o processo em que a norma inferior ou o ato de execução são postos, mas também, eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar"<sup>64</sup>. Esta vinculação, no entanto, nunca é total, já que a norma superior não pode determinar todos os sentidos da norma aplicada, restando sempre uma margem de "livre apreciação", que pode surgir da intenção do órgão que estabeleceu a norma, ou por consequência da pluralidade de significações das palavras que compõem a norma, caso em que a indeterminação será não-intencional<sup>65</sup>.

A conclusão de KELSEN, ao compreender a indeterminação como uma situação tendente a estipular um leque de possibilidades, faz com que ele veja na interpretação a definição de um quadro dos limites e possibilidade de sentido, sendo a problemática sobre qual a resposta correta não um problema de teoria do direito, e sim de política do direito. Para ele, se "(...) por 'interpretação' se entende a fixação por via

---

<sup>63</sup> Ibid., p.189.

<sup>64</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*, p.388.

<sup>65</sup> Ibid., p.389.

cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem"<sup>66</sup>, e, adiante, caracteriza a aplicação do Direito como a conjugação entre um ato cognitivo e um ato de vontade, ao estabelecer que "(...) na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva"<sup>67</sup>.

KELSEN e MERKL são extremamente coerentes com os postulados metodológicos por eles adotados, quando retiram da análise científica de todos os elementos insuscetíveis de verificação objetiva, como questões de natureza valorativa, ideológica, ou política. É por este motivo que TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR observa a proximidade de KELSEN com WITTGENSTEIN, ao afirmar que "(...) para o nosso jurista, o que a ciência jurídica não pode descrever, deve omitir", em alusão clara à proposição 7 do *Tractatus Logico-Philosophicus*<sup>68</sup>. Como bem afirma o mestre paulista, este apego à busca de uma metódica científica para o Direito desenvolvida pelo autor vienense acaba por inviabilizar a existência de uma dogmática da interpretação, já que qualquer tentativa de encontrar um fundamento racional para a busca da melhor solução na aplicação da lei fugiria dos limites do pensamento científico. De acordo com FERRAZ JR., KELSEN não

---

<sup>66</sup> Ibid., p.390.

<sup>67</sup> Ibid., p.394.

<sup>68</sup> WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*, p.281. Diz a proposição 7, que encerra a obra: "Sobre aquilo de que não se pode falar, deve-se calar."

admite a possibilidade racional de encontrar-se a resposta verdadeira<sup>69</sup>:

Kelsen responde que esta hipótese é irrealizável porque, se admitida, estaria criando uma ilusão, a ficção da univocidade das palavras da norma. Entendemos: para o autor, cumpre à ciência jurídica conhecer o direito, *descrevendo-o* com rigor. Exige-se, pois, método, obediência a cânones formais e materiais. A ciência, assim, é um saber rigoroso e que, por isso, caminha numa bitola bem determinada e se impõe limites. Ora, se o objeto de hermenêutica são conteúdos normativos essencialmente plurívocos, se o legislador, porque age por vontade e por razão, sempre abre múltiplas possibilidades de sentido para os conteúdos que estabelece, então à ciência jurídica cabe descrever esse fenômeno nos seus devidos limites. Isto é, apenas *mostrar a plurivocidade*. Querer, por artifícios ditos metódicos, ir além dessa demonstração, tentar descobrir uma univocidade que não existe, é falsear o resultado e ultrapassar as fronteiras da ciência

A orientação positivista influenciou de forma extremamente considerável a doutrina do Direito Administrativo. As críticas de KELSEN e MERKL sobre a impossibilidade científica de uma resposta correta em relação ao sentido das normas jurídicas serviram de importante argumento para refutar as teorias que sustentavam a sindicabilidade dos conceitos indeterminados pelo fato de nestes admitir-se somente uma única solução justa, além de servir de fundamento para um conceito amplo de discricionariedade, definida esta como a inexistência de uma programação normativa suficientemente vinculante.

No Brasil, o pensamento de KELSEN influencia a obra de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o que explicita-se na afirmação de que "*a ressonância jurídica de ambos (conceitos indeterminados e opções de mérito legalmente previstas) é perfeitamente igual na esfera do Direito*"<sup>70</sup>, assertiva que afina-

<sup>69</sup>FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução...*Op.Cit., p.262.

<sup>70</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. Op. Cit., p.25.

se com a idéia de a discricionariedade começa onde acaba a interpretação. No entanto, o grande administrativista paulista não se limita a reproduzir as lições positivistas, buscando outras formas de superar o desafio kelseniano, no termo empregado por TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR<sup>71</sup>, dos limites colocados à dogmática jurídica em sua tarefa de racionalização da aplicação do Direito. Desta forma, procura caracterizar a discricionariedade como uma liberdade conferida ao administrador para que este, diante do caso concreto, encontre a solução correta, sendo uma esfera de liberdade condicionada pelo próprio sistema, orientação adotada com o objetivo de possibilitar a sindicabilidade ampla de atos dotados de elementos discricionários<sup>72</sup>.

A influência positivista na doutrina administrativa acarreta em grande parte sérias dificuldades para a conciliação dos postulados do Estado Democrático de Direito, carregados de forte conteúdo vinculante da atividade administrativa, com a perspectiva científica construída por autores como MERKL e KELSEN. A vinculação estaria na determinação heterônoma do ato, o que exclui deste âmbito todos os demais aspectos distanciados de uma verificação objetiva, caso em que manifestar-se-ia a discricionariedade. Embora as teses de KELSEN representem um notável avanço na compreensão da ciência do Direito, a tentativa de purificação de seu objeto gerou dificuldades praticamente insuperáveis, o que levou a reconsiderar a vinculação positiva à lei a partir de parâmetros dogmáticos capazes de delimitar a atividade administrativa sem a limitação da formulação positivista<sup>73</sup>. Esta preocupação

---

<sup>71</sup> Op. Cit., p. 262.

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. Op. Cit., p.33.

<sup>73</sup> Neste ponto, é preciso compreender a dogmática jurídica como uma ciência prática, ante a sua clara característica técnica. Cf. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica*, p.108 e ss.

impulsionou a tendência de vincular a atividade administrativa aos princípios gerais do direito, dotados de forte carga valorativa e abertos a diversas concretizações, sendo extremamente úteis para o controle da administração.

Para a compreensão do sentido da vinculação do administrador é essencial ressaltar o aspecto executivo da atuação administrativa, sendo a concretização de normas que regulam o comportamento administrativo um caso de aplicação das normas, tendo em conta o necessário sopesamento dos interesses em causa, os pressupostos e fatos relevantes, e a finalidade específica da norma. Nestes casos, não há discricionariedade, pois esta operação pauta-se basicamente em um juízo de escolha, de caráter subjetivo, ao passo que a concretização pressupõe um juízo objetivo, objetividade esta caracterizada, ao contrário da compreensão dada pela Escola de Viena, como uma exigência de racionalidade e de relação lógica entre meios e fins, considerando-se todos os liames estabelecidos pelas normas comuns a ordenamentos jurídicos caracterizados como Estados de Direito. Para tanto, pode-se enunciar diversos princípios que, embora muitas vezes não estejam expressos na Constituição, são dotados de forte carga vinculante, como os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, e motivação.

### 3.3.3. *A técnica dos conceitos indeterminados e o sentido da vinculação do legislador*

A concretização dos chamados conceitos indeterminados passou, como observou-se no estudo da doutrina germânica, a ser concebida como uma técnica de redução da discricionariedade, que permitia ao julgador a verificação do ato de aplicação das normas dotadas de expressões carentes de um sentido *a priori* claramente

estipulado. O desenvolvimento desta técnica decorre da orientação teórica predominante no pós-guerra na Alemanha, dirigida à plena proteção da nova ordem constitucional recém instalada das conhecidas intervenções arbitrárias realizadas pelo poder político, notadamente no regime nazista derrotado.

A vinculação da Administração à lei, como princípio básico do Direito Administrativo, teve sua formulação alterada conforme a evolução do Estado Moderno. Nos primórdios do Estado Liberal, a lei foi vista como limite à atividade administrativa, sendo esta livre enquanto não violasse os direitos individuais dos cidadãos<sup>74</sup>, formulação que caracterizava um frágil esquema de vinculação da administração, detentora do poder de livremente definir o conteúdo dos atos administrativos contanto que não invadisse a esfera privada. Posteriormente, a intensificação da intervenção estatal e a inclusão nas Constituições contemporâneas de objetivos cada vez mais valiosos à coletividade exigiu um esquema de vinculação que transcendesse o sistema tradicional de impugnação de atos administrativos que violassem direitos individuais, tornando necessária a própria evolução dos mecanismos de controle da atividade administrativa, o que explica a aceitação da técnica dos conceitos indeterminados.

Nesta evolução, verificada desde o Estado liberal até os Estados contemporâneos, a vinculação positiva à lei passa a ser entendida em termos amplos, no intuito de reduzir ao máximo a liberdade do administrador e reconhecer a necessidade de garantir o equilíbrio entre a proteção dos direitos dos cidadãos e a crescente intervenção estatal dentro do *Welfare State*. Diante destas circunstâncias, cabe indagar sobre a justificação dogmática da técnica dos conceitos indeterminados dentro do

---

<sup>74</sup> Cf. SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Administração Pública, Direito Administrativo e Sujeito Privado*, p.123.

esquema de vinculação proposto pelo Estado de Direito, surgindo neste ponto duas indagações:

1º) a utilização de conceitos indeterminados significa que intencionalmente o legislador deixou ao Administrador uma margem de atuação discricionária?

2º) Como deve ocorrer o controle jurisdicional dos atos administrativos realizados no exercício de uma competência instituída por normas contendo conceitos indeterminados, já que a apreciação do juiz deve buscar rigorosos parâmetros vinculantes estabelecidos pelo legislador? Evidentemente, a resposta da primeira pergunta condicionará a elucidação da segunda questão.

Não há qualquer dúvida que os conceitos contidos em uma norma jurídica podem gerar incertezas quanto ao seu correto significado, já que muitas vezes não há como definir a única resposta cabível ao conceito. Isto é reconhecido há longo tempo pela dogmática jurídica, em sua eterna luta pela busca do significado das expressões legais e criação de rigorosos métodos de interpretação/aplicação do Direito. A indeterminação, por sua vez, é um fenômeno normal dentro da produção legislativa, que, por pautar-se em um processo político, destituído de rigor científico, muitas vezes lança mão de expressões que deixam larga margem de dúvida ao intérprete, não obstante a permanente crítica a leis destituídas de clareza, fazendo com que o próprio legislador buscasse, no caso do Direito brasileiro, definir regras a serem observadas no momento da produção legislativa

Contudo, os conceitos utilizados pela lei não são carentes de sentido: sua colocação nas normas jurídicas representa a positivação de determinada intenção, e a utilização de normas abertas significa a possibilidade de uma otimização da vontade legislativa por meio da análise do caso concreto motivador da incidência da norma. A indeterminação conceitual não evidencia a ausência de conteúdo vinculante, antes torna

necessária a clarificação da normatividade do conceito a partir de sua análise semântica<sup>75</sup>, operação que demonstrará os limites impostos pelo texto. Posteriormente, a definição da resposta correta para a situação sobre a qual incide a norma será conferida pela ponderação jurídica dos elementos considerados importantes para a solução do caso concreto.

Esta análise do caso concreto, tornada fundamental em sede de conceitos indeterminados, não significa em hipótese alguma liberdade para o administrador estipular livremente o quando e como aplicar a norma jurídica administrativa, já que esta conclusão acaba por gerar o reconhecimento da possibilidade do agente aplicador da norma construir a hipótese legal, inconcebível dentro da estrutura do Estado de Direito, mas denota a idéia de que a atividade administrativa, ao concretizar conceitos indeterminados, é de natureza vinculada, sendo a análise do caso concreto feita com base em parâmetros racionais, suscetíveis de reconhecimento pela comunidade em geral e pelos procedimentos metodológicos adotados para o controle da Administração Pública. O que há é uma atribuição conferida ao agente para previamente delimitar os pressupostos e ponderá-los, o que não significa de forma alguma restrição do controle jurisdicional.

Desta maneira, a noção de vinculação deixa de estar atrelada à certeza semântica obtida por meio das técnicas interpretativas pela dogmática jurídica. A legitimidade da atuação administrativa e a conseqüente concordância com a vinculação disposta pela ordem jurídica passa a ser concretizada por meio da própria justificação do agir administrativo, para que se demonstre, objetivamente, os fundamentos impulsionadores do ato administrativo pautado em norma jurídica contendo conceito

---

<sup>75</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, p.436.

indeterminado. O raciocínio metódico-jurídico, neste termos, distancia-se da tradicional relação *clareza semântica/vinculação do administrador*, e tende a ressaltar a racionalidade no agir administrativo, ao exigir dos atos do Poder Público justificação objetiva de acordo com o caso concreto, tomando por base os parâmetros legitimadores definidos pela estrutura do Estado Democrático de Direito. Esta orientação teórica possibilita uma compreensão dinâmica do controle da atividade administrativa dentro do Estado contemporâneo.

Os conceitos indeterminados, por não se distinguirem dos conceitos que possam ser designados como determinados, são, da mesma forma que estes, objeto de interpretação, compreendida esta como uma atividade de concretização realizada adotando os parâmetros consagradores da otimização da atividade administrativa, no intuito de proteger o interesse da coletividade e os direitos dos cidadãos. A melhor solução, portanto, não significa de maneira alguma a unívoca resposta da lei, e sim o produto de uma atividade de realização da norma jurídica. A ponderação que possibilita a incidência da norma, por ser objetiva e racional, estará, via de regra, sujeita ao pleno controle jurisdicional, sem razões para a intensa autolimitação preconizada por setores da doutrina e, principalmente, da jurisprudência.

Os julgados dos tribunais espanhóis dão bons exemplos de aplicação da técnica dos conceitos indeterminados, como mostra TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, ao citar sentença do Tribunal Supremo Espanhol proferida em 15 de março de 1993. Nesta decisão, a Corte discutiu a qualificação de "verde privado de interesse especial" atribuída a determinada propriedade situada em zona urbana. Os juízes reconheceram, após provas periciais e alegações das duas partes, que a área em questão não poderia ser enquadrada dentro da mencionada qualificação, tendo em vista a conclusão dos

peritos de que a mesma dificilmente poderia contribuir para melhorar as condições ambientais, já que a agressão recebida por fatores externos teria mais influência do que a alegada influência que poderia exercer a área verde em questão. Conclui o Tribunal, ao expor o raciocínio jurídico adotado:

A) Se são possíveis várias soluções, todas elas lícitas e razoáveis, unicamente a Administração atuando seu poder discricionário de planejamento poderá decidir a respeito.

B) Ao contrário, os Tribunais estabelecerão a nova qualificação se as linhas de planejamento conduzem a uma solução que se impõe por razões de coerência- assim, Sentenças de 22 de setembro e 15 de dezembro de 1986-. Assim reclama o princípio da efetividade da tutela judicial- art. 24.1 da Constituição- que cairia claramente burlado se os Tribunais, contando com dados suficientes, não resolvessem todo o necessário em relação às questões colocadas no processo<sup>76</sup>

A decisão aborda tema amplamente debatido na Espanha, tendo como enfoque o controle jurisdicional das decisões administrativas em matéria urbanística, área em que se reconhece uma grande prerrogativa do administrador na tomada de decisões, devido a sua competência para estabelecer a planificação. Ainda assim, esta atribuição não lhe dá um poder isento de controle, como afirma o Supremo Tribunal da Espanha ao decidir que "(...)a racionalidade na atuação administrativa deriva de uma necessidade de coerência no desenvolvimento da planificação"<sup>77</sup>. Além disso,

<sup>76</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. Cit., p.180. Trecho original: A) Si son posibles varias soluciones, todas ellas lícitas y razonables, únicamente la Administración actuando su potestad discrecional de planeamiento podrá decidir al respecto. B) Por el contrario, los Tribunales habrán de señalar la nueva cualificación si las líneas de planeamiento conducen a una solución que se impone ya por razones de coherencia- así, Sentencias de 22 de septiembre y 15 de diciembre de 1986-. Así lo reclama lo principio de efectividad de la tutela judicial- art. 24.1 de la Constitución- que quedaría claramente burlado si los Tribunales, contando com datos suficientes, no resolvieran todo lo necesario en relación com las cuestiones planteadas en le processo

<sup>77</sup> Ibid., p. 177. Trecho original: "(...)la racionalidad en la actuación administrativa deriva de una necesidad de coherencia en el desarrollo de los criterios de planificación(...)".

importante a conclusão a que se chega no caso em análise, evidenciando a possibilidade da sindicabilidade ampla:

E dado que o plano litigioso estabeleceu em seu artigo 119 os critérios conducentes à qualificação de um terreno como "verde privado de interesse especial", é claro que antes de tudo há de se examinar se as características do solo a que se referem estes autos justificavam, em coerência com aqueles critérios, a qualificação feita<sup>78</sup>

No Brasil, a sindicabilidade dos conceitos indeterminados não permite uma sistematização segura de sua aplicação, procurando os tribunais exercer de forma mais intensa o controle em casos onde o erro da administração assume dimensões consideráveis, saltando aos olhos do julgador a injustiça. Isto ocorre principalmente nas hipóteses onde o poder administrativo seja utilizado para fins particulares, ou quando a decisão seja pautada em motivos inexistentes. Excepcionalmente, em determinadas situações, o Judiciário expressamente ressalta sua legitimidade para indagar sobre a correta interpretação dos conceitos vagos, como em julgado em que o Supremo Tribunal Federal sustentou que "(...) saber se um bem foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico não constitui exame de conveniência ou oportunidade, mas precisamente uma indagação de se foi devida ou indevida aplicada a lei<sup>79</sup>.

Ao definir-se a vinculação como uma exigência de racionalização da atividade administrativa e a correlata necessidade do órgão aplicador da lei apresentar a justificativa e a adequação do ato realizado não só aos aspectos formais como também à dimensão substancial estabelecida pela norma

---

<sup>78</sup> Idem, Ibidem. Trecho original: "Y dado que el plan litigioso há establecido en su artículo 119 los criterios conducentes a la calificación de un terreno como "verde privado de interés especial", es claro que ante todo há de examinarse si las características del suelo al que se refieren estos autos justificaban, en coherencia com aquellos criterios, la calificación hecha".

condicionante, supera-se a orientação formulada com apoio pensamento de KELSEN, vendo na aplicação do direito a inafastável manifestação de uma determinante autônoma, fora do alcance da ciência do Direito. Esta visão, ressalte-se, deve ser entendida dentro da rigorosidade científica do mestre austríaco, que, em nome da exclusão de todos os elementos valorativos, com a preocupação de garantir a pureza metódica, deveria excluir da apreciação científica do direito os elementos que não se encontrassem dentro da objetividade da norma, imponderáveis pelo juízo cognitivo. Nos termos utilizados por LUIS ALBERTO WARAT, conforme "(...)tal regra metodológica fica excluída do âmbito de significação dos discursos científicos do Direito, qualquer dado que não possa ser diretamente derivado das normas positivas válidas"<sup>80</sup>.

A concretização dos conceitos indeterminados é uma questão de aplicação da lei, pelo fato de que a indeterminação lógica de um conceito não causa uma absoluta indeterminação no momento de sua aplicação<sup>81</sup>, estando a Administração obrigada a objetivar ao máximo a seleção dos pressupostos<sup>82</sup> relativos à norma em questão. Como observa ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA, a operação lógica envolvendo conceitos vagos leva em conta a interpretação do enunciado da norma, a identificação dos pressupostos de fato e de direito, a fim de selecionar-se os elementos dignos de serem ponderados, a ponderação ou valoração dos pressupostos, e a decisão em sentido estrito, onde se confrontam todos os aspectos relevantes e obtém-se a solução final. Esta operação é plenamente sujeita à sindicabilidade pelos tribunais<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Op.Cit.*,p.51.

<sup>80</sup> WARAT, Luis Alberto. *A Pureza do Poder*, p.117.

<sup>81</sup> Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces...*Op.Cit.,p.243.

<sup>82</sup> Cf. SOUZA, Antônio Francisco de. *Conceitos Indeterminados...*Op.Cit.,p.194.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p.192-196.

GARCÍA DE ENTERRÍA enuncia os argumentos, a seguir expostos, justificando o controle dos conceitos indeterminados e considerando-os como caso de aplicação da lei de forma vinculada:

1º) O controle judicial da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, por amplo que seja o 'halo do conceito', e pouco mais que o de utilidade pública, é sempre possível. 2º) Na medida em que esses conceitos procedem das leis(...), esse controle é sempre uma questão jurídica.. 3º) Dada a função delimitadora de determinados supostos de atuação pública ou dos limites dos poderes administrativos de intervenção que o emprego desses conceitos pelas leis tem sempre, o controle pelo juiz do modo como a Administração os estima presentes no caso é um modo obrigado de verificar essa deliberada função delimitadora da lei em sua aplicação pela Administração. 4º) De modo que recusar o controle judicial a princípio do uso de tais conceitos indeterminados pela Administração equivale a converter em ilimitados e deixados somente ao arbítrio desta os supostos de fato ou a extensão dos poderes que a lei quis determinadas e limitadas; é, pois, inaplicar manifestamente a lei que os formulou. 5º) Em todo caso, como se vê, ao largo do processo puramente racional-jurídico do controle da presença efetiva do conceito legal no caso que se julga não há menor resquício para poder introduzir o dito processo o argumento da origem democrática (direta ou indireta), ou não democrática, dos agentes que ditaram a decisão relativa ao processo que se debate; isso se refere ao interior da organização do sujeito da Administração, não ao modo com que esta deve atuar ante à lei, a qual está sempre inteiramente vinculada<sup>84</sup>

<sup>84</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia...*, Op.Cit.,p.141-2. Trecho original: "1º) El control judicial de la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, por amplio que sea el "halo del concepto", y poco más que el de utilidad pública, es siempre posible. 2º) En la medida en que esos conceptos proceden de las leyes(...), esse control es siempre una cuestión jurídica. 3º) Dada la función delimitadora de determinados supuestos de actuación pública o de los límites de las potestades administrativas de intervención que el empleo de esos conceptos por las leyes tiene siempre, el control por el juez del modo como la Administración los estima presentes en el caso es un modo obligado de verificar esa deliberada función delimitadora de La Ley en su aplicación por la Administración. 4º) De modo que rehusar el control judicial por principio del uso de tales conceptos indeterminados por la Administración equivale a convertir en ilimitados y dejados al solo arbítrio de ésta los supuestos de hecho o la extensión de las potestades que la Ley há querido determinadas y limitadas; es, pues, inaplicar manifestamente la Ley que los ha formulado . 5º) En todo caso, como se ve, a lo largo del proceso puramente racional-juridico del control de la presencia efectiva del concepto legal en el caso que se enjuicia no hay menor resquicio para poder intorducir en dicho proceso el argumento del origen

Pelas mesmas razões anteriormente expostas refuta-se a chamada discricionarietà técnica. Categoria, criada no direito italiano para designar casos nos quais a Administração tem de realizar complicadas operações de ponderação para decidir qual o conteúdo do ato, não compactua-se com a técnica dos conceitos indeterminados, já que a complexidade envolvendo a valoração de pressupostos não significa concessão de liberdade ao administrador para a seleção dos elementos determinantes da decisão. Não bastasse isso, qualquer dificuldade de prova no processo de sindicabilidade pode e deve ser superada pelos amplos poderes instrutórios e de apreciação dispostos ao juiz pela legislação processual civil.

Na mesma linha de raciocínio, inaceitável a existência de conceitos de natureza política, não havendo qualquer justificativa dogmática para o aplicador do direito entender que certos conceitos adotados pelas normas não seriam jurídicos, estando fora dos procedimentos de aplicação da lei. Irreparável é lição de CARMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA<sup>85</sup>:

"(...)O Poder Judiciário esbarra, freqüentemente, em conceitos que, ao primeiro olhar, pareceriam dotar-se de natureza política. Nem por isso se poderia ter como válido o afastamento do Poder Judiciário de sua tarefa ao argumento de ter confrontando(sic) um limite intransponível havido naquele conceito. É de palavras que se fazem as normas; todas elas têm conteúdo próprio, o qual tem que ser buscado, primorosamente, pelo intérprete. Político ou não, o conceito de palavra que se faz lei é definida, em instância derradeira e taxativa, em ordenamentos modelados à maneira do brasileiro, pelo Poder Judiciário. Este conceito tem que

---

democrático(directo o indirecto), o no democrático, de los agentes que han dictado la decisión alrededor de la cual el proceso se debate; eso se refiere al interior de la organización del sujeto de la Administración, no al modo com que ésta debe actuar ante la Ley, a la cual está siempre enteramente vinculada"

<sup>85</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Conceito de Urgência no Direito Brasileiro*, p.240.

ser afirmado, em sua feição definitiva, pelo julgador. A não dicção judicial deste conceito, em hipótese posta à decisão do magistrado, configura descumprimento de sua missão constitucional, desacatamento da tarefa que se lhe impõe como imperativo funcional inafastável

Por fim, a delimitação do controle jurisdicional da Administração Pública não resolve-se com a distinção entre conceitos empíricos e conceitos de caráter valorativo, já que a indeterminação pode até mesmo surgir naqueles, enquanto que em determinadas situações a valoração pode gerar menores dificuldades para a apreciação pelo juiz. Além do mais, a indeterminação não significará liberdade para a definição dos pressupostos, mas apenas uma particular posição da Administração que lhe permite tomar a decisão prévia, o que não significa a impossibilidade de revisão pelo Judiciário<sup>86</sup> Este tem o dever de controlar a atividade de ponderação das circunstâncias determinantes da aplicação da norma, para que se verifique seu enquadramento no texto legal, cujo sentido somente pode ser definido através da interpretação.

Em síntese, o quadro abaixo procura caracterizar a diferença entre aplicação de atos contendo elementos discricionários e atos pautados em normas dotadas de conceitos indeterminados:

ATO DISCRICIONÁRIO	CONCEITOS INDETERMINADOS
Norma jurídica confere expressamente poder para o administrador definir quando e como atuar	Diante do conceito, o administrador interpreta o texto e delimita o âmbito de possibilidades
A Administração, diante de sua liberdade, exclui as decisões que in concreto, afetem Direitos Fundamentais ou princípios jurídicos, tomados em sua função	A partir do âmbito de possibilidades, o administrador expressa quais os pressupostos mais adequados para a situação (na prognose, a Administração demonstra

<sup>86</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces...*, Op.Cit., p.136.

negativa	a razoabilidade da escolha dos pressupostos <sup>87</sup> -controle restringe-se à verificação da legitimidade e às possibilidades de otimização)
A Administração escolhe os pressupostos de atuação	Tomando por base os pressupostos, a Administração exterioriza o juízo de não-contradição com o âmbito de proteção dos Direitos Fundamentais passíveis de restrição ou com os princípios jurídicos, tomados em sua função negativa
	A Administração exterioriza o juízo racional de adequação, necessidade e proporcionalidade, bem como a observância dos demais princípios jurídicos, tomados em sua função positiva, no sentido de indicar a solução correta

O quadro acima ressalta o fato de que, enquanto na discricionariedade a sindicabilidade limita-se a um juízo de não contradição a princípios jurídicos, na aplicação de conceitos indeterminados, via de regra, a incidência dos princípios destina-se principalmente a buscar a solução adequada para o

<sup>87</sup> Na prognose optou-se por recorrer ao juízo de razoabilidade, reservando a formulação do princípio da proporcionalidade, na consagrada formulação germânica-adequação, necessidade, proporcionalidade- para o momento da justificativa racional do ato, asseverando a dimensão positiva do princípio, no sentido de possibilitar a indicação da alternativa correta. A incidência da razoabilidade, portanto, e seguindo a tradição da jurisprudência brasileira, foi colocada no sentido de um mecanismo de exclusão de decisões arbitrárias e fantasiosas. Para caracterizar o princípio da razoabilidade, nada melhor que recorrer à autoridade de Luis Roberto Barroso( *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional*, p.160) , em nosso país um dos maiores conhecedores do constitucionalismo americano: "Esta razoabilidade deve ser aferida em primeiro lugar, dentro da lei. É a chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins. Aí está incluída a razoabilidade técnica da medida. Por exemplo: se diante de um surto inflacionário(motivo), o poder Público congela o preço dos medicamentos vitais para certos doentes crônicos(meio) para assegurar que pessoas de baixa renda tenham acesso a eles(fim), há uma relação racional e razoável entre os elementos em questão e a norma, em princípio, se afigura válida. Ao revés, se diante do crescimento estatístico da AIDS(motivo), o Poder Público proíbe o consumo de bebidas alcoólicas durante o carnaval(meio), para impedir a contaminação de cidadãos nacionais(fim), a medida será irrazoável. Isto porque estará rompida a conexão entre os motivos, os meios e os fins, já que inexistente qualquer relação direta entre o consumo de álcool e a contaminação.

caso, asseverando desta maneira a função positiva daqueles. Em determinados casos, a decisão judicial poderá limitar-se a invalidar o ato, sem, no entanto, substituir a decisão administrativa. Esta constatação, entretanto, não descaracteriza o caráter vinculado da concretização de conceitos indeterminados. Na verdade, apenas evidencia um dos aspectos da ponderação, devendo o julgador, diante do caso concreto, analisar qual a direção mais correta da decisão judicial.

#### **3.4. Postulados vinculantes do administrador e parâmetros de controle**

O objetivo deste estudo é a elucidação o sentido da vinculação administrativa e a caracterização dos conceitos indeterminados como termos que exigem do administrador público a racional aplicação da norma diante das circunstâncias concretas, o que não significa liberdade para definir os pressupostos ou necessidade de restrição do controle judicial. Todavia, seria metodologicamente inadequado, em virtude da amplitude da análise e do tempo destinado ao trabalho de mestrado, indagar sobre todos os parâmetros de controle dos atos que remetam à concretização de conceitos indeterminados. Por estes motivos, procura-se ressaltar a posição dos Direitos Fundamentais e sua importância para a vinculação da atividade administrativa. Após, é conferida atenção especial para os princípios jurídicos, sem adentrar na discussão sobre o âmbito de aplicabilidade dos mesmos.

Antes de tudo, observa-se que a consideração da tarefa de concretização dos conceitos indeterminados como sendo

---

De outra parte, havendo a razoabilidade interna da norma, é preciso verificar sua razoabilidade externa, isto é: sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo texto constitucional(...)"

de natureza vinculada apresenta ao juiz a possibilidade do controle dos motivos do ato, não raras vezes mencionados na legislação por meio de termos vagos, como nas hipóteses de punição disciplinar por falta grave, interdição de estabelecimento por ameaça à saúde pública, ou expulsão de estrangeiro por atentado à ordem pública. Nestas situações, não deve-se recusar a sindicabilidade judicial dos motivos, restando, entretanto, a dúvida sobre a intensidade desta espécie de controle.

A lei nº 4717/65, que regula a Ação Popular em defesa do Patrimônio Público e de outros bens de interesse da coletividade, prevê em seu art. 2º a anulação de ato administrativo por inexistência do motivo, meio de controle, aliás, já realizado por nossos tribunais, como analisou-se no capítulo II ao comentar-se principalmente as decisões relativas ao poder disciplinar. Para além deste nível de sindicabilidade, os conceitos indeterminados comportam o controle da valoração dos motivos, já que o juiz tem a atribuição de verificar se a qualificação jurídica realizada pelo órgão administrativo foi a mais adequada, quando, por exemplo, necessário apurar se há urgência na realização de determinada medida, ou se é justificado o exercício do poder de polícia sobre determinada propriedade que fosse enquadrada pela Administração como "ameaçada de ruína" e potencial causadora de "perigos à coletividade". Além do mais, em relação aos motivos do ato administrativo é possível distinguir entre o controle sobre sua existência e quanto à valoração realizada pelo órgão, e, ainda, o controle sobre a autovinculação das decisões emitidas anteriormente pela Administração, caso em que a mudança de orientação exigirá motivação suficiente.

O controle da eleição e valoração dos pressupostos, incidindo diretamente sobre os motivos do ato administrativo,

possui grande importância para afirmar o significado dos Direitos Fundamentais<sup>88</sup>, solidificando a tendência à "constitucionalização" do Direito Administrativo, conclusão que, embora pareça óbvia, permite uma significativa redefinição da dogmática deste Direito Público. Este ponto de partida, consubstanciado no reconhecimento de que os Direitos Fundamentais representam o núcleo essencial da Constituição, e que, em vista disso, todo aparato administrativo destina-se à efetiva proteção desses direitos, demonstra a necessidade de buscar-se a efetivação dos princípios da Administração Pública e a inversão da tradicional lógica autoritária do Estado brasileiro<sup>89</sup>.

A relevância dos Direitos Fundamentais para o tema abordado neste trabalho é reforçada principalmente em relação às "cláusulas gerais", como "ordem pública" "segurança nacional", e "utilidade pública". Estes termos, largamente utilizados em Estados autoritários, não raras vezes encontrados na legislação promulgada anteriormente à 1988, apresentam uma perigosa possibilidade de violação dos Direitos dos cidadãos, em nome de

---

<sup>88</sup> A caracterização dos Direitos Fundamentais é tema que transcende o objeto deste trabalho. Entretanto, é claro que a expressão não é utilizada aqui de forma vazia, ou, simplesmente como recurso de retórica: para caracterizá-los, buscamos a definição que, segundo pensamos, enquadra-se de forma mais adequada dentro das estruturas jurídicas dos Estados Democráticos de Direito contemporâneos. Nesse sentido, utilizamos o critério formal para definir os Direitos Fundamentais, entendendo que estes são aqueles reconhecidos pela Ordem Jurídica enquanto tais. Assim, excluem-se definições puramente ideológicas ou políticas, além de facilitar-se o reconhecimento de parâmetros juridicamente vinculantes na interpretação e aplicação do Direito.

<sup>89</sup> Diz García De Enterría, notável administrativista espanhol, analisando esta tradição da superioridade estatal: *Toda la tradición era de la superioridad de la Administración por una razón posicional que derivaba en una suerte de superioridad cuantitativa, podemos decir: la Administración sería el titular de un interés general, el ciudadano sería el titular de un interés particular. Lo general prima siempre sobre lo particular y lo particular cede siempre ante lo general* (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, p.54). Tradução livre do autor: "Toda a tradição era de superioridade da Administração por uma razão posicional que derivava em uma situação de superioridade quantitativa, podemos dizer: a Administração seria o titular de um interesse geral, o cidadão seria o titular de um interesse particular. O geral prima sempre sobre o particular e o particular cede sempre ante o geral"

um suposto poder discricionário. Tendo em conta a jurisprudência brasileira, verifica-se que em hipóteses como a de expulsão de estrangeiros a técnica dos conceitos indeterminados fundamenta a superação da teoria dos atos de natureza política e da conseqüente restrição da sindicabilidade ao seu aspecto formal, e, portanto, insindicáveis em seu mérito, para concluir pela legitimidade para a valoração dos pressupostos e a existência ou não de violação de Direitos Fundamentais. Estes, por sua vez, serviriam de importante critério para considerar, por exemplo, injustificada a expulsão devido a manifestações de natureza política ou ideológica.

Os Direitos Fundamentais assumem da mesma forma especial relevância em matéria de poder de polícia, onde a atividade administrativa não raras vezes impõe restrições aos cidadãos, como se dá em vedações a determinadas atividades econômicas. Nesta hipótese, justifica-se o controle judicial desta espécie de atos, implicando na valoração dos motivos adotados pela Administração e na proporcionalidade da medida, tendo em conta a necessária proteção dos Direitos Fundamentais. Em última análise, não resta dúvida de que a proteção dos Direitos Fundamentais permite uma articulação complexa entre os dados fornecidos pela interpretação da norma e a realidade circundante. Cabe mencionar as considerações feitas por FRIEDRICH MÜLLER<sup>90</sup>, que, ao diferenciar entre programa da norma- resultado da interpretação do texto da norma- e área da norma- dados reais considerados relevantes e compatíveis com o programa da norma, afirma que esta última é especialmente rica nos Direitos Fundamentais.

---

<sup>90</sup> MÜLLER, Friedrich. *Interpretação e Concepções atuais dos Direitos do Homem*, p.58.

### 3.4.1. Os princípios gerais do direito

Os princípios gerais de direito aparecem contemporaneamente como meios de controle da atividade administrativa essenciais para a proteção do interesse público e dos direitos dos cidadãos. Exemplo disso é a orientação teórica tendente a entender a discricionariedade como um modo específico de atuação do agente público, destinado à valoração dos pressupostos em atenção à observância dos princípios aplicáveis ao direito administrativo. Surge, pois, o conceito de discricionariedade vinculada, caracterizado o agir administrativo da seguinte maneira, como bem observa JUAREZ FREITAS<sup>91</sup>:

(...) o administrador, nos atos discricionários vinculados, emite juízos decisórios de valor, no encalço do máximo de concretização dos valores projetados pelo sistema jurídico, antepondo uma preferência, sem contraposição com a finalidade principiológica do Direito. De sua vez, o administrador, nos atos vinculados propriamente ditos (embora impossível a vinculação inteira e maciça), só emite o mínimo de juízo estritamente necessário à subordinação principiológica e ao controle interno da sistematicidade do ato. No prisma conceitual esposado, o mérito do ato segue sendo não perscrutável, porém o controle de sua adequação, por isso mesmo, há de ser reforçado, dado que só admite discricionariedade para que o ato resulte, concretamente, mais vinculado à efetividade dos princípios do que o seria se o fosse estritamente vinculado. Vai daí que, obrigatoriamente, os atos discricionários devem ser motivados, porquanto neles mais se deve acentuar o cuidado com a adequação, eis que, quanto maior a liberdade, maior o controle

Há forte tendência preocupada em submeter praticamente todos os espaços da atividade administrativa à limitação principiológica, reduzindo-se intensamente o chamado "mérito". É digna de nota a crescente aceitação do princípio da razoabilidade, além dos princípios da motivação e da boa-fé, este

---

<sup>91</sup> FREITAS, Juarez. Op.Cit., p.144.

último servindo inclusive como critério para a interpretação do direito, conforme leciona JESUS GONZÁLES PEREZ<sup>92</sup>. Além disso, o princípio da igualdade é considerado como importante critério de vinculação da atividade administrativa, ao impedir que a administração conceda tratamento distinto aos cidadãos sem que para isso haja fundamento razoável, e da mesma forma exige "que um mesmo órgão não pode modificar arbitrariamente o sentido de suas decisões em casos substancialmente iguais, e, que quando o órgão em questão considere que deve apartar-se de seus precedentes, tem de oferecer para isso uma fundamentação suficiente e razoável"<sup>93</sup>.

A atividade administrativa encontra-se vinculada a uma série de princípios, como o da imparcialidade da administração, destinado a garantir a independência desta em relação aos interesses das maiorias e a ponderação de todos os

---

<sup>92</sup> Cf. GONZALES PEREZ, Jesus. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, p.64. Para o autor espanhol, o princípio da boa-fé assenta as seguintes premissas interpretativas: "-Las indeterminaciones normativas que puedan surgir ante las diversas posibilidades de aplicación de las normas concretas, han de solventarse en el sentido más concordante con el principio. (...) - Aun cuando las normas estén redactadas con palabras claras y precisas, se impondrá a interpretación crítica o correctiva, a fin de que concuerde con el principio: la interpretación será extensiva se la disposición se expresa en términos excesivamente restringidos y há de ampliarse la letra de la ley hasta que comprenda todos los supuestos que el principio exige; la interpretación será si la disposición se expresa en términos excesivamente amplios y es necesario reducir el alcance de la letra del texto hasta que comprenda sólo que sean congruentes con el principio". Tradução livre do autor: "As indeterminações normativas que possam surgir ante as diversas possibilidades de aplicação das normas concretas, devem de solucionar-se no sentido mais concordante com o princípio. (...) - Ainda quando as normas estejam redigidas com palavras claras e precisas, preponderará a interpretação crítica ou corretiva, a fim de que concorde com o princípio: a interpretação será extensiva se a disposição se expressa em termos excessivamente restringidos e deverá ampliar-se a letra da lei até que compreenda todos os supostos que o princípio exige; a interpretação será assim se a disposição se expressa em termos excessivamente amplos e é necessário reduzir o alcance da letra do texto até que se compreenda somente as que sejam congruentes com o princípio".

<sup>93</sup> JORDANO FRAGA, Jesús. *Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales*, p.234. Trecho original: "(...)que un mismo 'organo no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos substancialmente iguales, y, que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable"

interesses relevantes no caso concreto, para que se constate "(...)se houve sempre igual consideração do interesse público(específico) enquanto base de critérios unitários de ponderação(da totalidade) dos interesses concorrentes nos casos concretos"<sup>94</sup>, além do princípio da motivação<sup>95</sup> e da eficiência.

Entre os princípios aplicáveis ao controle judicial dos atos administrativos assume papel principal o princípio da proporcionalidade, considerado fundamento de um Estado de Direito que transcende a dimensão da legalidade e passa a vincular-se ao princípio da constitucionalidade<sup>96</sup>, para que se submetam os poderes públicos ao cumprimento de um estatuto constitucional não mais visto como um instrumento de governo, e sim como norma jurídica dotada da especial característica da supralegalidade, sendo imperiosa não só a observância em seu aspecto formal mas também material. Este princípio, que permite a análise profunda do ato administrativo, desdobra-se em três momentos: 1) proporcionalidade em sentido estrito, analisando-se o "(...)equilíbrio global entre as vantagens e desvantagens da conduta", 2) princípio da necessidade absoluta, indagando sobre a indispensabilidade do ato, e 3) princípio da adequação dos meios aos fins<sup>97</sup>. O controle da proporcionalidade evidencia a dimensão hermenêutica dos princípios, servindo de guia para a aplicação do Direito<sup>98</sup>, e demonstra a ampliação do conceito de vinculação, o que permite a superação da tese defensora da liberdade administrativa diante da incerteza da programação normativa.

---

<sup>94</sup> Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *A imparcialidade da Administração como princípio constitucional*, p.230.

<sup>95</sup> No direito brasileiro, Diogo Figueiredo Moreira Neto procura enunciar diversos vícios de motivo, associando-os à violação do princípio da moralidade administrativa: este ocorrerá quando o motivo for a) inexistente, b) insuficiente, c) inadequado, d) incompatível, e) desproporcional. Cf. *Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação*, p.11.

<sup>96</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p.320.

<sup>97</sup> SOUZA, Antônio Francisco de. *Conceitos Indeterminados...* Op.Cit.,p.230.

<sup>98</sup> FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*,p.41.

Nos primórdios do Estado liberal a lei era entendida como instrumento eficaz para a garantia da previsibilidade e dos Direitos Fundamentais. A fatos históricos posteriores demonstraram que as profundas alterações econômicas, políticas, e sociais, bem como os diversos propósitos a que a lei serviu, nem sempre levaram à proteção do cidadãos, o que gerou um apelo à dimensão ética e garantista do Estado de Direito, para que a atuação deste fosse definida com base em outros instrumentos juridicamente vinculantes que transcendessem o mero caráter formal da legalidade. Surge, portanto, "(...)uma concepção substancialista e não formal do Direito"<sup>99</sup>, consciente de que "(...)hoje a lei é cada vez mais, nas complexas sociedades atuais, um simples meio técnico da organização burocrática"<sup>100</sup>, estando a Administração Pública não mais vinculada a estrita objetividade prevista na lei, mas a todo complexo normativo fundado na Carta Constitucional. Conseqüência desta nova dimensão é que os princípios aparecem como parâmetros fundamentais para a atividade administrativa, ante a impossibilidade de estabelecer um sistema jurídico dotado eminentemente por regras jurídicas<sup>101</sup>, já que isto levaria a um estrito legalismo que "(...)não permitiria a introdução dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta"<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Reflexiones...*, Op.Cit., p.30. Trecho original: "(...)una concepción substancialista y no formal del Derecho".

<sup>100</sup> Ibid., p. 28. Trecho original: "Hoy la ley es más cada vez, en las complejas sociedades actuales, un simple medio técnico de la organización burocrática".

<sup>101</sup> Vários são os critérios para distinguir entre princípios e regras. Assim, por exemplo, distingue-se no plano lógico, afirmando-se que as regras são aplicadas ou não são, ao passo que os princípios admitem sua desconsideração, não os tornando inválidos. Para outros, enquanto as regras referem-se a uma hipótese determinada o princípio admite uma série indefinida de aplicações. Cf. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica...* Op.Cit., p.90-95.

<sup>102</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*, p.169.

A aplicação dos princípios gerais de Direito não significa que a distinção entre vinculação e discricionariedade careça de sentido diante da total juridificação da atuação administrativa. Entretanto, a diferenciação somente assume relevância quando a discricionariedade é entendida como um espaço onde a racionalidade interna da decisão é confiada à subjetividade do administrador, e, embora, até mesmo este âmbito de liberdade encontre-se submetido aos princípios gerais de direito e aos Direitos Fundamentais, não possui o Judiciário a atribuição de interpretar ou valorar pressupostos do ato, mas apenas indagar sobre a violação injustificada a direito. Já nos atos vinculados, incluindo aqueles fundados em normas contendo conceitos indeterminados, tem o juiz o dever de interpretar o Direito e indagar sobre o caminho seguido pelo administrador, operação realizada com valoração dos motivos e a proporcionalidade da medida, sendo os princípios gerais de direito adotados como postulados de extrema importância na própria interpretação dos elementos definidos pela norma. Na vinculação, é relevante a função positiva dos princípios, ao evidenciar a capacidade que estes tem de, com suporte em uma metódica jurídica objetivamente delimitada, indicar a conduta mais adequada na situação em análise, tendo o juiz a atribuição de verificar a interpretação mais adequada e a medida administrativa correta no caso concreto. Relevante é o julgado citado a seguir, em que o Poder Judiciário reconheceu a força dos princípios diante da atividade administrativa e a possibilidade daqueles determinarem condutas, no intuito de proteger os Direitos Fundamentais estabelecidos mediante normas impositivas:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA- Adolescente infrator. Art. 227, caput, da CF. Obrigação de o Estado-Membro instalar e manter programas de internação e semiliberdade para adolescentes infratores. Descabimentos de denúncia à

lide à União e ao Município. Obrigação de o Estado-Membro instalar (fazer as obras necessárias) e manter programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, para o que deve incluir a respectiva verba orçamentária. Sentença que corretamente condenou o Estado a assim agir, sob pena de multa diária, em ação civil pública proposta pelo MP. Norma constitucional expressa sobre a matéria e de linguagem por demais clara e forte, a afastar a alegação estatal de que o Judiciário estaria invadindo critérios administrativos de conveniência e oportunidade e ferindo regras orçamentárias. Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes à vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador se afaste dos parâmetros principiológicos e normativos da CF e de todo o sistema legal. Provimento em parte, para aumentar o prazo de conclusão das obras e programas e para reduzir a multa diária<sup>103</sup>

Para que fique mais clara a distinção entre vinculação e discricionariedade e o reflexo da sindicabilidade judicial dos atos administrativos serve de exemplo o controle dos processos disciplinares, analisados anteriormente. A técnica dos conceitos indeterminados justifica a valoração do conceito de "falta grave", indagando sobre a legitimidade dos motivos, e permite o juízo de proporcionalidade sobre a pena imposta. Da mesma forma, nos decretos expropriatórios o conceito de "utilidade pública" exige a ponderação das circunstâncias que motivam a desapropriação, devendo-se verificar a necessidade e a indispensabilidade do ato.

No Brasil, o legislador tem manifestado preocupação em positivar diversos princípios jurídicos aplicáveis à Administração Pública, como se presencia na própria Constituição Federal e, fato significativo, na Lei nº 9784, de 29 de janeiro de 1999. Em relação àquela, dispõe o art. 37, *caput*: "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,

<sup>103</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível nº 596.017.897. 7ª Câmara Cível. J. em

moralidade, publicidade, e eficiência(...)", conferindo dignidade constitucional a diversos princípios inerentes ao Estado de Direito, além de positivizar no art. 5º, LIV, o princípio do devido processo legal, considerado nos Estados Unidos de fundamental importância para o desenvolvimento do sistema de proteção dos Direitos Fundamentais. Em relação à lei nº 9784/99, representou notável avanço no aperfeiçoamento do sistema de proteção da legalidade do Estado brasileiro. Por meio deste texto legal, o legislador pretendeu vincular expressamente os órgãos da Administração Federal direta e indireta a diversos princípios jurídicos decorrentes do próprio regime do estado de Direito. Dispõe o art. 2º da lei mencionada, lapidando as relações entre cidadão e Administração no direito brasileiro:

A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

- I - atuação conforme a lei e o Direito;
- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;
- IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;
- V - divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição;
- VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;
- VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;
- VIII - observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;
- IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

- X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;
- XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;
- XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;
- XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

O artigo acima citado menciona expressamente a proporcionalidade<sup>104</sup>, além de estabelecer nos incisos I e VI seus fundamentos, ao exigir da administração a atuação conforme a lei e o Direito, seguindo a orientação consolidada dos Estados democráticos, no sentido de que o Direito transcende os meros comandos normativos, e a adequação entre meios e fins, exprimindo claramente o raciocínio jurídico desenvolvido pelo princípio da proporcionalidade. Desta maneira, o legislador pátrio reforçou os fortes vínculos a que está submetida a administração, o que exige, por via de consequência, função destacada a ser exercida pelo Poder Judiciário. O princípio da proporcionalidade, cabe mencionar, já foi reconhecido pela jurisprudência, em

---

<sup>104</sup> Embora o princípio da proporcionalidade não estivesse exposto, como exigência dirigida a qualquer exercício de poder estatal, sempre esteve esparsa na legislação brasileira. Assim, a título de exemplo: -Código Penal, art. 59: "O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime".Código Tributário Nacional, art. 78, parágrafo único: "Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder"; Lei nº 8112/90, art. 128: "Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar".

significativa decisão do Supremo Tribunal Federal que admite a revisão judicial da graduação de pena disciplinar<sup>105</sup>:

"POLICIAL MILITAR- Decisão que entendeu desproporcional à falta cometida a punição que lhe foi aplicada- Inexistência de ofensa ao princípio da independência e harmonia dos Poderes.

Ementa oficial: -Alegação no sentido de que o acórdão, tendo decidido no sentido de que a punição aplicada foi desproporcional à falta praticada, teria violado o art. 2º da Constituição, que consagra o princípio da independência e harmonia dos poderes. Improcedência do alegado, dado que cabe ao Judiciário, no conflito de interesses, fazer valer a vontade concreta da lei. Para isto, há de interpretar a lei ou a Constituição, sem que isto implique ofensa ao princípio inscrito no art. 2º da Constituição Federal"

Ademais, a lei nº 9784/99, em seu art. 2º, inciso XIII, oferece importante fundamento para a solução do problema abordado neste trabalho: ao exigir da administração a interpretação da norma que melhor atenda à finalidade pública, o legislador está claramente exigindo do agente público a concreção racional da norma jurídica, caso em que o descumprimento deste mandamento ilegítima a conduta estatal. A interpretação inadequada, ainda que de conceitos indeterminados, viola o dispositivo em questão, restando ao Judiciário a correção da atuação desconforme ao Direito, nos termos do princípio estabelecido do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

### **3.5. Os limites no controle dos conceitos indeterminados**

A afirmação de que a interpretação e a aplicação de conceitos indeterminados situa-se no plano da vinculação não é

---

<sup>105</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 153.436-3-RS. 2ª Turma, j. em 14.11.1995, Rel. Min. Carlos Mario Velloso, DJU de 23.02.1996, in Revista dos Tribunais 727/90.

contraditória com a possibilidade de restrição do controle jurisdicional em certas situações. Esta conclusão somente seria possível com a associação direta do conceito de vinculação da atividade administrativa à sindicabilidade plena e do conceito de discricionariedade ao de ausência de controle jurisdicional. A restrição ao controle judicial é admitida tanto nos atos vinculados quanto nos atos discricionários, com a diferença de que, enquanto nos primeiros a princípio há a possibilidade de sindicabilidade plena, inclusive ao admitir-se a substituição da decisão administrativa, nos atos discricionários há uma limitação *a priori*, derivada da liberdade conferida ao administrador para selecionar os pressupostos que entenda mais convenientes e deliberar sobre a decisão a ser tomada.

Em determinadas situações, o controle dos conceitos indeterminados sofre algumas restrições, existindo na doutrina e na jurisprudência estrangeiras tendência a limitar o controle tendo em vista a excepcionalidade da matéria tratada, como em decisões que envolvem avaliações de caráter altamente pessoal e nos juízos de prognose. Contudo, ainda resta a problemática de qual o critério a ser adotado para identificar os casos nos quais legitima-se a restrição.

Hipótese em que tradicionalmente limita-se sindicabilidade judicial, por tratar-se de decisão com forte conteúdo pessoal, é a de resultados de avaliações em exames e concursos. No direito alemão esta situação é tratada de forma cautelosa, ante a dificuldade em definir-se parâmetros seguros para a avaliação deste tipo de decisões. No Brasil, da mesma forma, há uma intensa autolimitação do juízes em relação ao controle destes atos, como na decisão do Tribunal Regional

Federal da 1ª Região a seguir mencionada, manifestando a orientação dominante nesta matéria<sup>106</sup>:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NULIDADE DE REPROVAÇÃO DA AUTORA CANDIDATA. IMPOSSIBILIDADE.  
I. NÃO CABE AO JUDICIÁRIO ANULAR PROVA DE CONCURSO OU REVER CRITÉRIO DE CORREÇÃO DE PROVAS E ATRIBUIÇÃO DE NOTAS, SALVO SE OCORRER ILEGALIDADE DEMONSTRADA.  
PRECEDENTES DO EXTINTO TFR.

Esta limitação se justifica pela natureza do conteúdo do ato, já que a avaliação de um candidato envolve, como na hipótese da verificação das condições intelectuais e didáticas de um concorrente ao cargo de professor, um juízo que dificilmente pode ser reconstruído pelo órgão judicial, ante a pessoalidade da convicção do julgador. No entanto, se a avaliação toma em conta parâmetros de considerável objetividade, não remetendo à apreciação pessoal do avaliador, deve o Judiciário exercer o controle, caso em que o julgador pode proceder à verificação da observância do princípio da igualdade<sup>107</sup>, imparcialidade, além da análise da existência de erro manifesto, da existência dos motivos e da razoabilidade do

<sup>106</sup> TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Apelação Cível nº 89.01.22214-0/MT. Rel.: Juiz Souza Prudente. 2ª T., J. em 25.09.1990, DJ 04.11.1991. Na mesma linha, admitindo apenas o controle formal dos exames em concursos públicos a Apelação Cível em mandado de segurança nº 4.883, 1ª Câmara Civil do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, Florianópolis, Rel. Des. Álvaro Wandelli, 30.08.94: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - IMPUGNAÇÃO AO EXAME PSICOTÉCNICO EM RAZÃO DE ALEGADA SUBJETIVIDADE DOS CRITÉRIOS ESPOSADOS - MODALIDADE DE PROVA ADMITIDA EM LEI - REALIZAÇÃO COM OBSERVÂNCIA DOS ESTREITOS LIMITES DA LEGALIDADE E FINALIDADE PÚBLICAS - RECURSO IMPROVIDO - "O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do direito"

<sup>107</sup> Já decidiu o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no Recurso Extraordinário nº 140.242, relator Min. Carlos Velloso, j. em 14.04.97, in Revista de Direito Administrativo, n. 210, out./dez. 1997, p.280-1: "CONCURSO PÚBLICO-PROVAS-REVISÃO JUDICIAL- Não cabe ao Judiciário, no controle jurisdicional do ato administrativo, valorar o conteúdo das opções pela banca examinadora, substituindo-se a esta, mas verificar se ocorreu ilegalidade no procedimento

ato. Significativa é a decisão do recurso extraordinário n° 125.556, em que o Supremo Tribunal Federal anula ato administrativo de julgamento em concurso público, entendendo ser ilegal o julgamento com base em critérios subjetivos e sem a exteriorização dos motivos. Esta decisão, ressalta-se, é um grande marco para a interpretação da amplitude do princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional no direito brasileiro. Dispõe a Ementa<sup>108</sup>:

CONCURSO PÚBLICO- JULGAMENTO SIGILOSO-  
INCONSTITUCIONALIDADE- Exame e avaliação de candidato  
com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a  
verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada,  
do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam  
fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta  
contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento  
do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que,  
se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos,  
ou em critérios não revelados, fica o Judiciário  
impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional,  
porque não terá como verificar o acerto ou desacerto de  
tais critérios. Por via oblíqua, estaria sendo afastada  
da apreciação do Judiciário lesão a direito

Já as decisões de caráter prognóstico são aquelas que envolvem considerações sobre acontecimentos futuros<sup>109</sup>, como nos planos de urbanização ou medidas de política administrativa, como as considerações sobre a necessidade de implementação de políticas públicas, por exemplo, construção de hospitais, instalação de redes de esgotos, construção de obras viárias, etc. Na prognosé, a lei confere ao administrador a possibilidade de realizar uma espécie de avaliação que não pode ser enquadrada em um juízo de aplicação

---

administrativo, apenas, dado que, se as opções adotadas pela banca forma exigidas de todos os candidatos, todos foram tratados igualmente"

<sup>108</sup> Recurso extraordinário n° 125.556. Rel. Min. Sepúlveda Pertence, in Revista de Direito Administrativo, n° 190, out.dez. 1992.p.147-8

<sup>109</sup> SOUZA, Antônio Francisco de Souza, *Conceitos Indeterminados...* Op. Cit.,p.115.

ou não da lei, remetendo a decisão para considerações de pura política administrativa ou fatos que não podem ser apreciados por estarem projetados para o futuro. Isto não impede o controle, mas apenas o limita "(...)na medida da racionalidade possível"<sup>110</sup>, ante a particularidade e a excepcionalidade da medida que não se restringe ao procedimento de concretização da norma.

A prognose sujeita-se ao controle judicial, como todos atos administrativos, respeitados os seguintes parâmetros, como observa ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA: "1- Se a autoridade violou normas de procedimento; 2- se considerou aspectos estranhos à prognose; 3- se a prognose foi devidamente fundamentada; 4- se a prognose se apresenta plausível, racional e consensual; 5- se a Administração observou na sua decisão prognóstica os padrões gerais de valor; 6- se a prognose é 'reconhecidamente' ou 'de modo evidente' errada"<sup>111</sup>.

Além disso, o controle deve considerar a forma como a decisão foi tomada. Em um Estado Democrático, a unilateralidade ou pluralidade das decisões tomadas serve de importante elemento para a indagação referente à legitimidade do ato. Desta maneira, atos realizados por determinação de órgãos colegiados de caráter plural, ou ainda fundados em legitimação popular que transcenda o mecanismo formal de eleição de governantes (como nas experiências de democracia direta) devem ter este aspecto levado em consideração no momento da sindicabilidade do ato, o que permite ao Judiciário a análise das condições em que as decisões de caráter prognóstico foram estabelecidas. Em decorrência do princípio democrático, afora o respeito ao pluralismo político, deve-se concluir que decisões unilaterais da administração estão

---

<sup>110</sup> Ibid., p.120.

<sup>111</sup> Ibid., p.125.

expostas a um controle mais intenso do que deliberações tomadas com a participação dos cidadãos.

Os parâmetros do controle da atividade administrativa impõem ao Poder Judiciário a verificação da objetividade e racionalidade da decisão administrativa, admitindo-se a sindicabilidade nos limites estabelecidos pela ordem jurídica. Segundo GERMANA DE OLIVEIRA MORAES<sup>112</sup>

(...)É mister perquirir até que ponto os Tribunais podem controlar a Administração, sem que se transformem no "gigante atado de Lilliput", ao qual já foi comparada, a ponto de tolher seu funcionamento. É certo que os princípios constitucionais da Administração Pública, dentre os quais o da legalidade, e as normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais, propiciam ao Poder Judiciário apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, potenciando, inclusive, o reconhecimento e a garantia do exercício dos direitos lesionados ou ameaçados. Contudo, a impossibilidade de o julgador renovar os juízos de prognose do agente administrativo, durante a valoração dos conceitos indeterminados e, de ponderação, durante o exercício da discricionariedade, para fins de constituir nova decisão, quando do direito não é possível se inferir outra objetivamente, constitui o ponto de equilíbrio que resguarda a autonomia da Administração, pois continuará competindo a ela, após a remoção do ato impugnado judicialmente, reeditá-lo, ainda que sempre adstrita às limitações jurídicas contrastáveis jurisdicionalmente

Em síntese, cabe a lição de ALMIRO DO COUTO E SILVA, ao traçar a distinção entre discricionariedade administrativa e aplicação dos conceitos legais indeterminados, mencionada quando exposto o pensamento do autor. Para o emérito professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul tanto "(...)os conceitos empíricos (especialmente quando sua aplicação envolve um prognóstico, uma avaliação dos efeitos ou conseqüências que a medida terá no futuro), quanto os conceitos de valor, ao

---

<sup>112</sup> MORAES, Germana de Oliveira. Op.Cit., p.105.

realizar-se a operação de subsunção dão causa a dúvidas e perplexidades"<sup>113</sup>. Adiante, afirma<sup>114</sup>:

Essa impossibilidade relativa do controle judicial da aplicação dos conceitos indeterminados pela Administração Pública não os transforma, entretanto, em fonte do poder discricionário. A diferença fundamental que há entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminado, no que se liga ao controle jurisdicional, está em que, no primeiro o controle restringe-se aos aspectos formais, externos (competência do agente, forma, desvio de poder, etc), mas não entra na apreciação do juízo de conveniência e oportunidade da medida - no mérito do ato administrativo, como se costuma dizer no direito brasileiro. Todavia, no pertinente aos atos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o controle judicial é, em princípio, *total*, só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada

A limitação do controle da aplicação dos conceitos indeterminados é determinada pela natureza do juízo desenvolvido pela Administração. Se a lei, e isto o juiz deverá constatar mediante a interpretação da norma e a natureza do ato administrativo, exige um juízo que transcende o procedimento racional de concretização do direito (juízo este a ser comprovado tanto na apreciação sobre a idade de um servidor para fins de aposentadoria compulsória como na verificação de perturbação da ordem pública ou de ameaça à saúde pública, havendo divergência apenas no grau de determinação estabelecido pela norma), deve o juiz controlar os limites de exercício desta atribuição, como em decisões envolvendo planificação administrativa. Deve-se sempre asseverar que Judiciário nunca pode abster-se de controlar o mínimo de racionalidade imposto para o ato, o que torna essencial a motivação e a racionalidade da argumentação desenvolvida pelo agente administrativo.

---

<sup>113</sup> SILVA, Almiro do Couto e. *Poder Discricionário...Op.Cit.*, p.59.

<sup>114</sup> Idem, *Ibidem*.

Por fim, há um critério de natureza dogmático-constitucional eficiente para a delimitação da intensidade do controle jurisdicional dos atos administrativos: a caracterização conferida pela Constituição ao sistema de "freios e contrapesos", devendo-se analisar, a partir de uma perspectiva institucional, os mecanismos de controle instituídos pela ordem jurídica, caso em que a participação privilegiada do Poder Legislativo na tarefa de controle pode justificar a restrição da sindicabilidade judicial. Este motivo justifica a limitação do controle em caso de verificação dos pressupostos materiais para a edição de Medidas Provisórias(art.62, Constituição Federal), a escolha de Ministros do STF ou STJ, ou até mesmo o controle sobre a existência de interesse público para a alienação de bens imóveis da administração pública(art. 17, I, Lei nº 8666/93). Nestas situações, o órgão parlamentar assume função central na verificação dos pressupostos materiais, restando, contudo, ao Poder Judiciário, a atribuição de controlar os limites estabelecidos pela interpretação da norma<sup>115</sup> e a ocorrência de erro manifesto de apreciação, além da aplicação da conhecida figura do desvio de poder.

---

<sup>115</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, p.80-1.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema deste estudo surgiu da preocupação com os limites da sindicabilidade judicial dos chamados atos administrativos discricionários e o comportamento da jurisprudência brasileira no momento de definir os métodos de controle. Dentro desta vasta problemática, chamou a atenção a já secular polêmica em torno dos conceitos indeterminados, problema que acabou tornando-se o objeto de análise desta dissertação, decisão impulsionada principalmente pela leitura da excelente obra de ANTÔNIO FRANCISCO DE SOUZA, denominada "Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo".

A primeira dificuldade surgiu quando constatou-se a escassa bibliografia brasileira sobre a questão, devido ao fato de que tradicionalmente os conceitos indeterminados são considerados como termos de difícil apreensão de sentido, gerando, conseqüentemente, um espaço de liberdade ao administrador para que este avalie a situação concreta. Esta operação, de acordo com a jurisprudência e a doutrina dominantes, estaria sujeita aos estreitos limites do controle por meio do desvio de poder ou de inexistência dos motivos, nos termos consagrados pelo art. 2º da lei nº 4717/65, a conhecida Lei de Ação Popular. Qualquer indagação sobre a valoração realizada no momento da aplicação de conceitos vagos significaria a invasão do chamado mérito administrativo, categoria trazida da doutrina administrativa italiana, referindo-se ao espaço de conveniência e oportunidade conferido ao administrador.

O problema encontrado com a seleção de bibliografia foi suprida com a literatura estrangeira sobre o tema, principalmente sobre a produção de autores espanhóis. Na Espanha, aliás, são intensos os debates sobre os limites do controle

judicial dos atos administrativos, discussão que inclusive inspira grande parte desta dissertação, sendo significativa a influência, na orientação aqui adotada, das teses de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ. Além disso, houve a preocupação de buscar substrato teórico na doutrina portuguesa, farta em informações e habitualmente dotada de notável produção jurídica, como constata-se na leitura das obras de J.J. GOMES CANOTILHO, SÉRVULO CORREIA, e AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ. Da literatura lusitana, retiraram-se importantes fundamentos para a base teórica deste trabalho, principalmente com as lições de ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUZA, em seu já citado livro, em que o autor busca as fontes da doutrina germânica para afirmar o caráter vinculado da atividade de aplicação dos conceitos indeterminados.

A técnica da utilização de citações indiretas também foi de extrema importância, o que se tornou imprescindível, tendo em conta a impossibilidade de tratar o tema sem a referência a grandes orientações teóricas desenvolvidas principalmente na Alemanha. Contudo, a falta de acesso a estas obras não inviabilizou o presente estudo, devido à existência de excelentes estudos sobre os conceitos indeterminados e que partem, quase que invariavelmente, da menção ao tratamento da questão nos principais sistemas jurídicos europeus.

Metodologicamente, o estudo poderia ser norteado basicamente de duas maneiras. Seria possível estruturá-lo a partir da identificação dos fundamentos teóricos adotados para a abordagem do tema dos conceitos indeterminados, caso em que os autores seriam agrupados conforme a linha adotada, independentemente da ordem jurídica a que se referem. Este método, utilizado por MARIANO BACIGALUPO em sua excepcional tese

de doutorado<sup>1</sup>, aprovada em banca formada por algumas das maiores autoridades do direito administrativo<sup>2</sup>, apresenta a grande virtude de melhor identificar os pressupostos adotados pelos autores, identificando os pontos em comum encontrados nos trabalhos desenvolvidos nos diversos países, não obstante as especificidades existentes.

A outra alternativa metodológica plausível busca analisar o tema tomando em conta as principais orientações existentes nos principais ordenamentos jurídicos. Esta, aliás, é a metodologia utilizada por ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUZA, em seu trabalho de dissertação, aprovado em banca composta pelos professores EHRHARDT SOARES, SÉRVULO CORREIA, e CASTANHEIRA NEVES, e apresenta a virtude de identificar as nuances encontradas em cada sistema jurídico, procurando situar o tema até mesmo em países onde a técnica dos conceitos indeterminados não foi desenvolvida da mesma forma que na Alemanha, em especial no caso da França e Itália.

Adotou-se aqui o último método, que diante das circunstâncias em que se desenvolveria a pesquisa, com barreiras impostas pela dificuldade de acesso a algumas obras e com a barreira encontrada no desconhecimento da língua germânica, pareceu ser o mais adequado e frutífero para o desvendamento de algumas indagações existentes no caso do tratamento da discricionariedade no direito brasileiro. Assim, no primeiro capítulo, tratou-se da forma como o problema dos conceitos indeterminados são abordados na doutrina e jurisprudência da Espanha, Alemanha, Argentina, França, e Itália. No segundo capítulo, destinado à análise com fundamento no direito brasileiro, o tema foi relacionado com o conceito de

---

<sup>1</sup> *La Discrecionalidad Administrativa*, passim.

<sup>2</sup> Fizeram parte da banca os professores TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, MARTIN BULLINGER, RAFAEL GÓMEZ-FERRER, LUCIANO PAREJO, e JOSÉ LUIS PINAR.

discricionariedade, devido à tradicional inclusão dos conceitos indeterminados nesta esfera de atuação administrativa. O terceiro capítulo procurou tratar da relação dos conceitos indeterminados com a atividade vinculada da administração, procurando-se indagar sobre os principais fundamentos que procuram diferenciar a atividade de interpretação/aplicação dos conceitos indeterminados e discricionariedade.

Em relação aos fundamentos teóricos, procurou-se problematizar o conceito de discricionariedade predominante no direito brasileiro, no intuito de demonstrar a legitimidade da reconstrução dos conceitos de vinculação e mérito e da correlata intensificação do controle da atividade administrativa. Ao situar os conceitos indeterminados no plano da atuação vinculada, no entanto, surge uma série de problemas que necessitam de uma resposta dogmaticamente satisfatória.

Para realizar a reflexão crítica sobre a relação entre discricionariedade e conceitos indeterminados foi necessário indagar sobre os fundamentos adotados para caracterizar uma atividade como sendo de natureza vinculada. A vinculação, segundo a orientação predominante, teria por característica o fato da lei não deixar ao administrador margem subjetiva de apreciação, em outras palavras, quando o enunciado semântico estabelece suficientemente as condições para a aplicação da norma, ou, para outros autores de tendência kelseniana, quando o ato contém elementos preponderantemente vinculados.

Verificou-se que o conceito de vinculação difundido em maior escala funda-se na verdade, na convicção da existência de uma relação direta entre predeterminação da atividade administrativa e determinação semântica do texto da norma, o que conjuga-se perfeitamente com o sistema de regulação proposto para o Estado liberal, onde o texto surge como meio de garantia

de direitos e de previsibilidade na atuação estatal. A norma, entretanto, pressupunha um considerável grau de compreensão geral, já que a própria eficácia do direito, sujeita-se, em grande parte, à capacidade das normas de estabelecer um processo de comunicação com os destinatários<sup>3</sup>. Evidentemente, logo descobriu-se que a potencial incerteza das palavras poderia causar uma série de dificuldades ao regime de legalidade, tendo este sofrido sérios abalos com a instituição do Estado administrativo, dotado de alargadas atribuições, não raras vezes definidas por intermédio de normas contendo conceitos indeterminados. Destas circunstâncias decorreram as seguintes conseqüências: 1º) o regime de estrita legalidade instituído pelo estado liberal, funciona, satisfatoriamente, apenas no plano lógico, já que a univocidade e vinculação por meio das palavras

---

<sup>3</sup> Isto justifica a necessidade de clareza dos textos legais, como exige, por exemplo, ao art. 11 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998: "As disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: - para a obtenção de clareza: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico; II - para a obtenção de precisão: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a idéia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências feitas, no texto, a números e percentuais; III - para a obtenção de ordem lógica: a) reunir sob as categorias de agregação - subseção, seção, capítulo, título e livro - apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no "caput" do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens.

dispostas nas normas não mostra-se com grande capacidade impositiva, ainda mais em Estados dotados de inúmeras tarefas estabelecidas pelas Constituições; 2º) o postulado da divisão de poderes, por si só, não é capaz de delimitar os campos de atuação das funções estatais; 3º) os critérios interpretativos tradicionais mostram-se claramente limitados, embora sejam importantes para a definição dos limites de certeza positiva e negativa de aplicação da norma. Contudo, a complexidade da função pública e a intensidade das intervenções do Estado sobre a esfera particular exigem critérios mais lapidados, capazes de compreender a relação existente entre a norma e a realidade, transcendendo-se assim a crença em uma atividade interpretativa baseada na descoberta da *voluntas legis* ou da *voluntas legislatoris*. Neste momento, assume extrema importância o debate sobre as formas de controle da Administração, com base em um enfoque jurídico-metodológico, sendo significativo que a própria técnica do *detournement di pouvoir* surge, implicitamente, do reconhecimento da insuficiência da estrita vinculação à norma jurídica; 4º) A utilização excessiva de conceitos indeterminados nas normas jurídicas pode acarretar uma forma velada de violação do princípio da legalidade; 5º) O *Welfare State* traz consigo a discussão sobre a legitimidade da atuação do poder estatal nas novas dimensões contidas nas Constituições contemporâneas. Surgem aqui controvérsias sobre a posição da Administração e do *judicial review* no Estado Social e Democrático de Direito, principalmente em relação ao significado da legitimação democrática do órgão executivo, levando o debate para uma orientação predominantemente dogmático-constitucional.

A articulação destas considerações levou a desenvolver-se na doutrina e jurisprudência germânicas a chamada técnica dos conceitos indeterminados, formulada no intuito de reduzir o espaço discricionário da administração e ampliar o

controle dos atos administrativos. A tese, fundada principalmente na distinção entre hipótese e estatuição, sustentava a impossibilidade de discricionariedade na primeira, tendo em vista que isto significaria uma violação do princípio da legalidade no momento em que se admitiria a construção do pressuposto da conduta administrativa pelo próprio administrador. A chamada tese da vinculação total, no entanto, não chegou a ser utilizada em sua plenitude, já que os tribunais alemães sempre acabavam por reconhecer uma certa margem de apreciação conferida à administração em determinadas situações, como no caso de decisões de órgãos colegiados, ou então quando fossem de caráter altamente pessoal ou envolvessem juízos de prognose.

A orientação germânica acabou encontrando forte ressonância na Espanha, onde grande parte da doutrina passou a fundamentar a necessidade de intensificação do controle da administração com base em argumentos de natureza dogmático-constitucional, como os princípios da tutela judicial efetiva e da interdição de arbitrariedade. Já na Itália e França, a técnica dos conceitos indeterminados não encontrou número significativo de adeptos, o que não significou, por seu turno, uma falta de estudos sobre o incremento do controle dos atos administrativos, como mostra a evolução da jurisprudência do Conselho de Estado francês ao desenvolver a técnica do erro manifesto de apreciação e do balanço custos-vantagens.

No Brasil, o desenvolvimento das técnicas de sindicabilidade judicial dos atos administrativos ocorre principalmente por meio da produção legislativa, tendo em vista a timidez dos tribunais em desenvolver novos mecanismos de revisão. Como pode-se observar na jurisprudência brasileira, ainda há um apego muito forte ao conceito de mérito administrativo, sinônimo do juízo de valoração, o *apprezzamento* da doutrina italiana, realizado pelo administrador a fim de analisar a conveniência e a

oportunidade da medida, fator que levou à conclusão quase que incontestável em nosso país da indeclinável relação entre discricionariedade e conceitos indeterminados. Além do mais, o controle dos atos administrativos, para além do juízo objetivo de verificação dos pressupostos legais, limita-se à existência dos motivos determinantes e ao desvio de poder, tipificado como controle de mérito.

Este trabalho teve por intento a indicação de alternativas à forte autolimitação do controle judicial desenvolvida no direito brasileiro, buscando na doutrina jusadministrativista estrangeira e em estudos mais avançados realizados em nosso país o substrato teórico para esta tarefa, enfocando especificamente o problema dos conceitos indeterminados. Em primeiro lugar, buscou-se em MARIANO BACIGALUPO a reflexão sobre os níveis no quais se desenvolve o debate sobre a relação entre indeterminação e discricionariedade, caracterizados como debate teórico-normativo, jurídico-metodológico, e dogmático-constitucional.

Sob o ponto-de-vista teórico-normativo, a questão é abordada em relação à localização da discricionariedade na norma de direito administrativo, orientação, inclusive, adotada pelo jurista espanhol, para sustentar que a discricionariedade surge em casos onde não haja densidade de programação da conduta do administrador suficiente para que se realize um controle judicial de natureza objetiva. Esta orientação parece assemelhar-se, no Brasil, às teses de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, para quem a discricionariedade começa onde acaba a interpretação. O enfoque teórico-normativo, embora considerado de grande importância para a indagação sobre questões hermenêuticas envolvendo a interpretação das normas jurídicas, não foi considerado neste estudo como sendo o melhor caminho para a solução da questão dos conceitos indeterminados, tendo em conta que a incerteza na

definição do sentido das normas jurídicas é um aspecto presente na grande parte do ordenamento jurídico, sendo que muitas vezes a indefinição apresenta-se somente diante das circunstâncias relevantes no momento da aplicação do direito. Todavia, as incertezas semânticas devem ser levadas em conta no momento de verificar a forma de incidência dos mecanismos de controle da atividade administrativa

O segundo nível de debate, denominado dogmático-constitucional, indaga sobre os fundamentos constitucionais da revisão judicial dos atos administrativos. Aqui assumem especial relevância os princípios da legalidade, da separação dos poderes, da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, e da proteção efetiva dos direitos fundamentais. O primeiro ressalta a importância da vinculação do administrador, e, conjugado com a independência entre os poderes, representa a supremacia da vontade do Parlamento sobre a vontade do executor da norma administrativa. Os dois últimos princípios evidenciam o significado da atividade administrativa para a proteção dos direitos dos cidadãos, e, em caso de violação, a existência de um órgão estabelecido para a proteção dos direitos estatuídos pela Constituição. A combinação destes quatro princípios leva a refutação de qualquer entendimento no sentido da limitação *a priori* da sindicabilidade judicial, salvo nos casos onde a própria ordem jurídica preveja a restrição.

Analisando-se especificamente o princípio da separação dos poderes, este não significa a impossibilidade absoluta da existência de um espaço de liberdade conferido à administração. No entanto, a possibilidade de abrir esta margem de atuação discricionária deve ser compreendida dentro dos limites impostos pelas próprias finalidades instituídas para aquele princípio, nomeadamente a contenção do exercício do poder

e a proteção dos direitos fundamentais. Cabem aqui as palavras de SÉRVULO CORREIA: <sup>4</sup>

À idéia de separação de poderes não repugna o conceito de uma "reserva de administração" que delimite um cerne da função administrativo(a) sobre o qual não sejam consentidas ingerências de outros poderes. Resta, porém, o peso específico da necessidade de guardar para um órgão com uma legitimação política especial o estabelecimento das bases de todos os regimes jurídicos cujos preceitos possam afectar interesses da generalidade dos cidadãos e a fixação desses regimes na sua integralidade quando respeitem aos assuntos que mais sensibilizam uma comunidade

A delimitação da separação dos poderes exige uma compreensão jurídica de seu significado, refutando-se qualquer caracterização eminentemente política, geralmente fundada em preconceitos do que propriamente nas disposições normativas de determinada ordem jurídica. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um complexo mecanismo de articulação entre as funções estatais, orientação, aliás, adotada pelas generalidade das Constituições<sup>5</sup>, conferindo ao Congresso Nacional a tarefa de delimitação das competências (princípio da legalidade, do qual decorre a especificidade da competência) e de estabelecimento da natureza da atuação discricionária (se vinculada ou discricionária), e, em caso de violação a direito, conferiu preponderantemente ao Judiciário o poder para a revisão judicial (princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional).

Além do mais, o sistema de controle instituído pela Constituição Federal merece uma análise cuidadosa no momento da indagação sobre a intensidade da sindicabilidade dos atos administrativos, - já que em determinados casos a atividade

<sup>4</sup> *Legalidade e Autonomia...*, Op.Cit., p.49-50.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p.29.

preponderante de controle recai a outro órgão, basicamente o poder Legislativo, caos em que se justificará a *self restraint* judicial.

A perspectiva dogmático-constitucional permite a conhecida relação estabelecida entre certeza vinculação administrativa, passando a considerar a atividade administrativa como um momento de interpretação/aplicação das normas jurídicas sujeito à comprovação, pelo aplicador do direito, da racionalidade da medida adota. Desta maneira, a vinculação não é mais compreendida como um rigorosa programação legal, objetivamente estabelecida, e sim como a subordinação a parâmetros racionais de legitimação da atividade administrativa, devendo o administrador comprovar a adequação, necessidade, e proporcionalidade da medida, bem como a observância do bloco de legalidade instituído pelo Estado de Direito.

Sob uma ótica dogmático-constitucional, este é o conceito de vinculação administrativa mais adequado, pois a exigência de racionalidade encontra-se presente na aplicação de todas normas jurídicas. Além disso, caso o juiz entenda pela existência de espaços de discricionariedade onde o legislador não os tenha expressamente previsto, estará na verdade violando o princípio insculpido no art. 2º da Constituição Federal, de forma muito mais grave do que qualquer possível agressão ao mandamento constitucional por excesso de controle. O juiz, portanto, deve controlar o procedimento de aplicação do direito por parte do administrador, verificando se identificou corretamente os pressupostos e concretizou a norma da forma mais correta para a solução do caso concreto em questão.

No terceiro nível de debate, o enfoque juridico-metodológico, indaga-se sobre os mecanismos de controle da atividade administrativa e as possibilidades de uma sindicabilidade plena. Neste ponto, considerou-se que o controle

da concretização de conceitos indeterminados é uma tarefa diversa do controle da atividade discricionária, e isto pelo fato de que enquanto na primeira o administrador deve indicar a solução mais adequada conforme ao direito, de maneira objetiva e dotada de raciocínio passível de repetição pelo Judiciário, no caso de discricionariedade há a abertura de um espaço de liberdade ao administrador para que ele defina quando e como atuar, não sendo possível ao juiz a repetição ou a correção da valoração administrativa. Cabe salientar ainda que a discricionariedade é decorrência da própria estrutura do Estado de Direito, que por ser uma estrutura democrática de caráter eminentemente plural está sujeito a diversas concreções, desde que admitidas pelos postulados constitucionais.

A distinção apresenta diversas conseqüências práticas: 1º) exige a demonstração objetiva da legitimidade do ato, até mesmo em casos onde admita-se um restrição do controle, caso em que a falta de objetividade justificará a invalidação do ato; 2º) enquanto na discricionariedade o controle judicial é restrito, na aplicação dos conceitos indeterminados o controle é amplo; 3º) a atividade de interpretação/aplicação de conceitos indeterminados está sujeita à incidência dos diversos princípios jurídicos reguladores da conduta administrativa em seu aspecto positivo, no sentido de indicar a medida a ser tomada; 4º) Enquanto na discricionariedade há a preponderância da valoração administrativa, sujeita à invalidação somente no caso de violação a direito, caso em que o ônus da prova cabe a quem alega a lesão, na aplicação de conceitos indeterminados, por serem casos de interpretação/aplicação do direito, está a administração obrigada a demonstrar o correto enquadramento da situação na hipótese legal aventada, justificando porque aquela é a melhor decisão nos termos propostos pela ordem jurídica. Para tanto, é fundamental a inserção dos princípios no ato de argumentação que cristalizará a

motivação do ato; 5º) Na discricionariedade pode a lei conceder ao administrador liberdade para a eleição dos pressupostos, enquanto que na interpretação/aplicação de conceitos indeterminados os pressupostos são selecionados pela complexa articulação das normas componentes do sistema jurídico, e não de livre valoração realizada pelo administrador; 6º) Na discricionariedade o administrador valora; nos conceitos indeterminados aplica-se o direito a partir de critérios delimitados racional e metodicamente para a concretização do Direito.

As considerações acima, contudo, deixam ainda em aberto alguns problemas, principalmente em relação à possibilidade de substituição de decisões administrativas e as restrições ao controle da concreção de conceitos indeterminados, bem como a possibilidade da administração fixar os pressupostos da sua atuação.

Em relação ao primeiro problema, relativo à possibilidade da substituição das decisões administrativas, pode-se vislumbrar na atividade judicial a possibilidade de apenas invalidar o ato, caracterizando uma decisão de efeito negativo, ou então a substituição da deliberação do órgão executivo por outro conteúdo imposto pela decisão judicial, situação onde esta teria efeito positivo. Para alguns, a limitação do controle ao primeiro aspecto seria característica da discricionariedade, enquanto que na vinculação surgiria a possibilidade de substituição da decisão administrativa por outra decorrente do mandamento legal. Na aplicação dos conceitos indeterminados seria admissível apenas a anulação do ato administrativo, à semelhança do que ocorre com os atos discricionários.

Entretanto, esta indagação sobre a intensidade do controle, embora importante para a clarificação dos mecanismos de controle judicial, não serve para enquadrar os conceitos

indeterminados no âmbito da discricionariedade, e isto pelo fato de que o que caracteriza a vinculação na aplicação destes conceitos não é a certeza do sentido disposto na lei, e sim a racionalidade na aplicação do direito diante das circunstâncias concretas. Neste caso, o judiciário, a analisar a ponderação realizada na aplicação das normas, poderá tanto invalidar como até mesmo substituir a decisão da administração, caso a ponderação forneça elementos para tanto. Afora isso, não deve-se esquecer que o critério do efeito da decisão não se aplica até mesmo para quem sustenta a existência de discricionariedade nas situações de insuficiência de programação legal e a possibilidade de redução a zero da discricionariedade, pois esta significaria a admissibilidade de uma decisão judicial positiva no âmbito da discricionariedade, esfera onde tradicionalmente aceita-se apenas a invalidação das decisões afrontosas a direito.

Quanto ao segundo problema, a restrição do controle em determinadas decisões administrativas, a gradação da atividade judicial será estabelecida conforme a situação analisada e tendo em conta os direitos envolvidos. Para tanto, será fundamental compreender os sistemas de controle a que esteja sujeito o ato, bem como a existência de parâmetros objetivos de controle, sendo importante ressaltar a importância do controle jurisdicional da atividade administrativa em países de sistema presidencialista<sup>6</sup>, onde o Executivo assume grande parcela de poder e conseqüentemente uma maior possibilidade de lesão a direitos.

No que tange à fixação dos pressupostos pelo próprio administrador na aplicação de conceitos indeterminados, é necessário ressaltar que esta operação não se confunde com a

---

<sup>6</sup> SEABRA FAGUNDES, M.M. *O Controle dos Atos Administrativos...*, Op.Cit., p.108. É importante mencionar, contudo, a experiência americana, onde tem sido admitido o controle de razoabilidade da interpretação realizada pela administração, embora exista um grau de deferência significativo em relação à

discricionarietà, já que nesta o agente pode eleger os pressupostos, ao passo que nos conceitos indeterminados os mesmos são estabelecidos de acordo com critérios de racionalidade jurídica dispostos pela ordem jurídica, principalmente por meio de princípios jurídicos, em sua dimensão positiva<sup>7</sup>. A administração possui apenas a prerrogativa de previamente realizar a ponderação e tomar a decisão, passível de correção a *posteriori* pelo órgão judicial<sup>8</sup>.

Por todas estas razões, este trabalho procurou situar os conceitos indeterminados no plano da vinculação, sujeitos a um juízo de legalidade, ao contrário da discricionarietà, entendida como um caso de remissão legal<sup>9</sup>, onde o legislador concede ao administrador a possibilidade de definir o conteúdo do ato conforme suas razões de conveniência e oportunidade. A diferenciação entre aplicação de conceitos indeterminados e discricionarietà, entendendo esta como atribuição de liberdade tem a virtude de expressar a estrutura plural do Estado de Direito, sujeita a diversas concretizações conforme a orientação política predominante, respeitados os limites impostos pela Constituição. Desta forma, reconhece-se que a discricionarietà é um fenômeno inevitável, caracterizando-se como um espaço de conformação aberto à apreciação subjetiva do administrador, sujeito ao controle de fundo na restrita hipótese da lesão a direito. Cabe ressaltar, todavia, que a delimitação dos espaços de liberdade também é matéria sujeita ao controle judicial da constitucionalidade, de importância fundamental no sistema

---

decisão tomada pelo Executivo ( Moserrat Cuchillo Foix, *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano*, p.15151.

<sup>7</sup> Em sentido contrário, Mariano Bacigalupo (Op.Cit., p. 85) entende que os princípios vinculam apenas negativamente a administração, limitando-se a excluir os valores a eles contrapostos.

<sup>8</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo Garcia de. *Democracia, jueces...*, Op.Cit., p.137.

<sup>9</sup> GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto...*, Op.Cit., p.150.

brasileiro de controle difuso, devendo o julgador verificar se no caso em análise justifica-se a falta de programação normativa.

Diversamente ocorre com os conceitos indeterminados, onde o administrador deve comprovar a legitimidade da interpretação conferida ao conceito e a realização da justa ponderação de interesses, caracterizando um raciocínio de cunho jurídico sujeito ao controle dos tribunais. A sindicabilidade incidirá sobre a existência, suficiência e valoração dos motivos, a delimitação dos pressupostos, bem como sobre a proporcionalidade da medida.

A orientação teórica adotada teve por objetivo a fixação de mecanismos eficientes de proteção da racionalidade jurídica exigida pela estrutura do Estado de Direito, entendendo a atividade administrativa de maneira a submetê-la eficientemente aos diversos vínculos estatuídos principalmente pelas Constituições contemporâneas, tendencialmente limitadores da atividade livre do administrador. Nesse sentido, a diferença de perspectiva teórica acaba gerando poucas divergências no plano prático, devido à relatividade da distinção entre vinculação e discricionariedade<sup>10</sup>, sendo esta última cada vez mais submetida a parâmetros principiológicos. A distinção traçada entre conceitos indeterminados procurou esclarecer as situações em que se exige da administração a concretização de imperativos e, de outro lado, os momentos em que o administrador manifesta suas opções ideológicas na condução do Estado.

Em síntese, o jurista deve reconhecer que, se nem tudo é política, também o outro extremo é inválido, já que a preservação do Estado de Direito e de seu sistema de garantias envolve a proteção do direito ao pluralismo e à democracia, legitimando os espaços de discricionariedade. Ao revés, quando o

direito exige a racionalidade não pode o juiz fugir da tarefa de verificação dos mandamentos expostos pela ordem jurídica.

---

<sup>10</sup> FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*, Op. Cit., p. 137.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. 2Ed. Milano: Dott. A. Giuffrè editore, 1971.
- ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu a Política e a História*. 2Ed., Trad. De Luz Cary e Luisa Costa, Lisboa-São Paulo: Editorial Presença-Martins Fontes, 1977.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. "A imparcialidade da Administração como princípio constitucional". *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Coimbra editora, Vol. V, 1974.pp.219-246.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática Jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- BACELLAR Fº, Romeu Felipe. Breves Reflexões sobre a Jurisdição Administrativa: Uma perspectiva de Direito Comparado, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n, 211, jan./mar.1998.pp.
- BACHOF, Otto. Estado de Direito e Poder Político: os tribunais constitucionais entre o Direito e a Política, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Vol. LVI, 1980.pp.1-23.
- BACIGALUPO, Mariano. *La Discrecionalidad Administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral dos Conceitos Legais Indeterminados, in: *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n° 27, abr./jun./1999.pp.95-107.
- BARROSO, Luis Roberto. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Constitucional, in: *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, ano XIII, n° 3, março 1997.pp.156-166.
- BEARD, Charles. *a Suprema Corte e a Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 1965.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 1966. T. V.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4Ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1991.
- CAMPAZ, Walter. Discricionariedade, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 47/8, jul./dez 1978.pp.28/37.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra editora Ltda, 1994.

\_\_\_\_\_. Fidelidade à República ou fidelidade à NATO, in *Revista da Faculdade de Direito de Coimbra*. Estudos em Homenagem ao Professor Afonso Rodrigues Queiró, I, 1984.pp.131-207.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 6Ed. ,  
Coimbra: Almedina, 1995.

CARMONA CONTRERAS, Ana M.. Algunas Reflexiones en torno a la urgente necesidad. in *Revista de Estudios Politicos (Nueva Epoca)*. Madrid: Núm. 96. Abr.-Junio 1997.

CARRIÓ, Genaro. *Notas sobre Derecho y Lenguaje*. 4Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.

CARVALHO, Paulo de Barros. "Interpretação e linguagem-Concessão e delegação de serviço público". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 10, 1995.pp.86.

CASALTA NABAIS, José. Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Coimbra editora, V. LXV, 1989.pp.61-120.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. 2Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987. TII.

\_\_\_\_\_. *Los Principios Generales del Derecho en el Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CORREIA. Fernando Alves. As Garantias do particular na expropriação por utilidade pública, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Suplemento XXIII, 1976.pp.203-396.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa, in *Revista de Direito Público*, nº 95, pp.

CRETELLA JR., José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966. Vol.II.

\_\_\_\_\_. *O "Desvio de Poder" na Administração Pública*.4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUCHILLO FOIX, Monserrat. *Jueces y Administración en el Federalismo Norteamericano*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.

DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid: Civitas, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 2Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

---

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo*. 5Ed. São Paulo: Atlas, 1994.

ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6.Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

FAGUNDES, M. Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1996.

FERNANDO PABLO, Marcos M.. *La motivación del acto administrativo*. Madrid: Tecnos, 1993.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 2 Ed., São Paulo: Atlas, 1994.

---

\_\_\_\_\_. *Teoria da Norma Jurídica*. 3 Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora. Trad. De Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, 1996.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *O Controle da Administração Pública e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. O Princípio da Legalidade na Constituição Espanhola, in *Revista de Direito Público*, nº86, pp. 5-13.

\_\_\_\_\_. Los Ciudadanos y la Administración: nuevas tendencias en derecho espanhol, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: RT, n. 89. pp 5-23.

\_\_\_\_\_. La crisis del Contencioso Administrativo Francês: el fim de un paradigma. In *Revista de Direito Público*, n.91.

\_\_\_\_\_. *La Lucha contra las Inmunidades del Poder*. 3Ed. Madrid: editorial Civitas, 1983.

\_\_\_\_\_. *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Madrid: Civitas, 1984.

\_\_\_\_\_. *Hacia una nueva Justicia Administrativa*. 2 Ed. Madrid: Civitas, 1992.

\_\_\_\_\_. *Democràcia, Jueces, y Control de la Administración*. 3Ed. Madrid: Civitas, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, et RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. *Curso de Derecho Administrativo*. 3Ed. Madrid: Civitas, 1981. TI.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 3Ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

GIANNINI, Massimo Severo. *El Poder Público- Estados y Administraciones Publicas*. Trad. de Luis Ortega, Madrid: Civitas, 1991.

GOMES DA CRUZ, José Raimundo. *O Controle Jurisdicional do Processo Disciplinar*. São Paulo: Malheiros, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *La Doppia Destruutturazione del Diritto- Una teoria brasilaina sull'interpretazione*. Milano: Edizioni Unicopli, 1996.

\_\_\_\_\_. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. "Poder Discricionário", in *Revista de Direito Público*, n.93.

\_\_\_\_\_. "Discricionariiedade técnica e parecer técnico", in *Revista de Direito Público*, n.93.pp.114-116.

\_\_\_\_\_. "Autarquia : interpretação de preceito legal que define sua competência", in *Revista de Direito Público*, n.100.pp.83-87.

\_\_\_\_\_. "Despesa Pública- Princípio da legalidade- Decisão Judicial", in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 191, jan./mar.1993.

\_\_\_\_\_. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*.  
3Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São  
Paulo: Malheiros, 1997.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa, in *Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos*. Divisão Jurídica. Instituto Toledo de Ensino: Bauru, n° 24 dez-98/mar./99.p.61-113.

HARGER, Marcelo.A Discricionariedade e os Conceitos Indeterminados, in *Revista dos Tribunais/Fascículo Cível*. V.756, out.1998.p.11.35.

HESSE, Konrad. *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JANNOTTI, Onaldo Franco. Conceitos Indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 64, out./dez 1982.p.35-54.

JORDANO FRAGA, Jesús Jordano. *Nulidad de los Actos Administrativos y Derechos Fundamentales*.Madrid: Marcial Pons, 1997.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Martins Fontes: São Paulo, 1992.

\_\_\_\_\_. *Teoria Pura do Direito*. 5Ed., Trad. de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- LARENZ, Karl. *Metodología de La Ciência del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.
- LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- LINARES, Juan Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1958.
- LOMBARDO, Giuseppe. Il Principio de Ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa, in *Revista Trimestrale di Diritto Pubblico*. n.4/1997.pp.939-986.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 10 Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MARIA DIEZ, Manuel. *Manual de Derecho Administrativo*. 3 Ed. Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, T.1, 1983.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966. T. II.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 3Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 23 Ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. *Mandado de Segurança*. 19 Ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle Judicial dos Limites da Discricionariedade Administrativa, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 31, set./out. 1974. pp. 33-39.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 32, nov./dez 1974. pp. 18-30.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade- Fundamentos- Natureza e limites, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 33, jan/mar. 1975, pp.

\_\_\_\_\_. Poder Discricionário, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n° 76, out./dez. 1985. pp. 99-109.

\_\_\_\_\_. Legalidade- Discricionariedade- seus limites e controle, in *Revista de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, n. 86. p. 42-59.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2 Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 9 Ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

\_\_\_\_\_. "Relatividade" da Competência Discricionária, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: editora Renovar, nº 212, abr./jun. 1998, p.49-56.

MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Mexico D.F.: editora Nacional, 1975.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

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

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do capitalismo*. Lisboa: editorial Caminho, 1987.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 2Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MORESCO, Celso. "Conceitos Jurídicos Indeterminados", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas*. Pelotas: Editora Universitária da UFPel. V.39, n.15, maio 1995.p.97-114.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem, Violência-Elementos de uma teoria Constitucional I*. Trad. de Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995.

\_\_\_\_\_. Interpretação e Concepções atuais dos Direitos do Homem. *Anais da XV Conferência Anual da OAB*.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. "Moralidade Administrativa: do conceito à efetivação. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar. n° 190, out./dez. 1992.pp. 1-44.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra, 1987.

*Nuovissimo Digesto Italiano* Verbete "Discrezionalità". 3. Ed., 1957.pp.1100.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Jurisdição e Administração. in *Revista de Informação Legislativa*. Brasília n.119/127, jul./set.1993.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 3Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues .Reflexões sobre a teoria do desvio de poder no Direito Administrativo ,in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. XVI(1942).

---

\_\_\_\_\_ . Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Vol. XLI(1965).pp.

PAREJO ALFONSO, Luciano . *Administrar y Juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos, 1993.

PASCUAL, Cristina García. *Legitimidad Democrática y Poder Judicial*. València: Edicions Alfons el Magnànim, 1997.

PERELMAN, Chaïm . *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREZ, Jesus Gonzales. *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo* 2Ed, Madrid: Civitas, 1989.

PIÇARRA, Nuno. *A Separação de Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional*. Coimbra: Coimbra editora, 1989.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Reflexões sôbre a teoria do "Desvio de Poder" no Direito Administrativo. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Coimbra: Coimbra editora, v. XVI.1942.p.1-85.

---

. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Vol. XLI(1965).p.

RAMÓN FERNANDEZ, Tomas. *De la arbitrariedad de La Administración*. 2Ed., Madrid: Editorial Civitas, 1997.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. "Conceito de Urgência no Direito Brasileiro". *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo: Malheiros, nº 1, 1993.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

SALLES, José Carlos de Moraes. *À Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 2ªEd. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SANDULLI, Aldo. Eccesso di Potere e controllo de proporzionalità. Profili Comparati, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*. V. 2/1995.pp.329-370.

SCHAPP, Jan. *Problemas Fundamentais da Metodologia Jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1985.

SICCA, Gerson dos Santos. A Interpretação conforme à Constituição- *Verfassungskonforme Auslegung*- no Direito Brasileiro. In *A Constituição no Mundo Globalizado*. Org. Silvio Dobrowolski. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

SILVA, Almiro do Couto e. "Princípios da Legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo, in *Revista de Direito Público* n° 84.

---

. "Os Indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n° 209, jul./set. 1997.

---

. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: renovar, n° 179/80, jan./jun.1990.pp.51-67.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.16 Ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Administração Pública, Direito Administrativo e Sujeito Privado, in *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Vol XXXVII, 1961.pp.117-137.

SOUZA, António Francisco de. Os "Conceitos Legais Indeterminados" no Direito Administrativo Alemão, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 166, pp

\_\_\_\_\_. "Conceitos Indeterminados" no Direito Administrativo. Coimbra: Almedina, 1994.

TÁCITO, Caio. O Desvio de Poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº 188, abr./jun.1992.pp.1-13.

\_\_\_\_\_. Vinculação e Discricionariedade Administrativa, in *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº205, jul./set.1996.pp.125-130.

TASSARA, Andrés Ollero. *Tiene Razón el Derecho?* Madrid: Publicaciones del Congreso de los Diputados.1996.

TAWIL, Guido Santiago. *Administración y Justicia*. Buenos Aires: Depalma,1993.

ULLMANN, Stephen. *Semântica-Uma Introdução à Ciência do Significado*. 5Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

URUGUAI, Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

VILLEN, Eglen. Interpretação e Discricionariedade, in *Revista de Direito Público*: São Paulo, nº 66, abr./jun. 1983, pp.

WARAT, Luis Alberto. *A Pureza do Poder*. Florianópolis: editora da UFSC, 1983.

\_\_\_\_\_. *O Direito e sua Linguagem*. 2ª Versão. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.

\_\_\_\_\_. *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994. V.I.

WEBER, Max. *Economia e Sociedad*. 2Ed, 11Reimpressão, Trad. De José Medina Echavarría et alii, Mexico D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1996.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. 2Ed., Trad. de Luiz Henrique Lopes dos Santos, São Paulo: Edusp, 1994.

ZANCANER, Weida. *Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.