

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PÚBLICO E FILOSOFIA DO DIREITO**

LAURA MÜLLER CEZAR

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA:
PARALELO ENTRE TEORIA E PRÁTICA**

PORTO ALEGRE

2018

LAURA MÜLLER CEZAR

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA:
PARALELO ENTRE TEORIA E PRÁTICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre

2018

LAURA MÜLLER CEZAR

**CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA:
PARALELO ENTRE TEORIA E PRÁTICA**

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 11 de janeiro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. José Guilherme Giacomuzzi
Orientador

Prof.^a Dr.^a Eunice Ferreira Nequete

Prof. Dr. Rafael da Cás Maffini

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à UFRGS por ter me proporcionado um ensino público gratuito e de qualidade tanto no Direito quanto nas Letras. Foi a partir das aulas, das monitorias, das pesquisas, das atividades de extensão e dos estágios que pude entender melhor meus objetivos para o futuro.

Agradeço ao meu orientador, José Guilherme Giacomuzzi, pelas suas excelentes aulas, que me despertaram o interesse pelo tema, como também por sua dedicação, por seu olhar crítico sobre o Direito e por seu comprometimento, estando sempre disposto a ajudar, sem deixar, com isso, de me conferir grande margem de liberdade na condução de meu tema.

Agradeço aos meus pais, Eliane e Temístocles, meus grandes exemplos na vida tanto como pessoas quanto como profissionais da docência. Obrigada pelo amor, pelo apoio incondicional, por sempre estarem atentos ao que tenho a dizer e por me aconselharem de modo sábio. Mesmo longe, os dois estão sempre perto.

À minha vó, Iva, obrigada pelos carinhos, pelos dengos e pelos almoços no *freezer*.

Ao meu companheiro, Rodrigo, o meu agradecimento especial, por me ensinar, nesses nove anos de amor e de amizade, que a vida é muito maior.

RESUMO

Esta monografia procura compreender as consequências práticas trazidas, no âmbito do controle jurisdicional, pelas diferentes teorias existentes acerca da discricionariedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados. Para tanto, em um primeiro momento, será feita uma breve reconstituição histórica do debate à luz do Direito Comparado. Após, serão analisadas, com base na leitura das principais obras sobre o tema, as correntes existentes na doutrina brasileira. Dessa forma, será possível, por fim, realizar uma análise crítica da jurisprudência dos Tribunais Superiores e dos Tribunais Regionais Federais.

Palavras-chave: Discricionariedade Administrativa, Conceitos Jurídicos Indeterminados, Controle Jurisdicional, Direito Administrativo, Polêmicas.

ABSTRACT

This paper aims to examine the practical consequences of different theories on administrative discretion and undefined legal concepts within the scope of jurisdictional control. In order to accomplish such objective, a brief historical reconstruction of the debate will be made in light of Comparative Law. Afterwards, the current existing Brazilian doctrines will be analyzed based on the main works on the theme. Finally, it will be possible to perform a critical analysis of the jurisprudence of the Superior Courts and the Federal Regional Courts.

Keywords: administrative discretion, undefined legal concepts, jurisdictional control, administrative law, polemics

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	10
2. BREVE ANÁLISE DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA DO DEBATE ENVOLVENDO DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	12
2.1. A COMPREENSÃO GERMÂNICA.....	12
2.2. A COMPREENSÃO FRANCESA.....	19
2.3. A COMPREENSÃO ITALIANA.....	24
2.4. A COMPREENSÃO PORTUGUESA.....	27
2.5. A COMPREENSÃO ESPANHOLA.....	30
3. A COMPREENSÃO BRASILEIRA.....	33
3.1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	33
3.2. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	35
3.2.1. Conceito.....	35
3.2.2. Hipóteses de Ocorrência da Discricionariedade.....	37
3.2.3. Mérito Administrativo.....	38
3.2.4. Discricionariedade segundo Celso Antônio Bandeira de Mello.....	39
3.3. O ENQUADRAMENTO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	42
3.3.1. Conceituação.....	42
3.3.2. Discricionariedade e Interpretação.....	45
3.3.2.1. Corrente Extremada.....	46
3.3.2.2. Corrente Moderada.....	49
3.4. CONTROLE JURISDICIONAL E LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	52
3.5. O CONTROLE JURISDICIONAL NOS CASOS DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	56
4. O DEBATE POSTO NA PRÁTICA.....	61
4.1. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	61
4.2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA.....	65
4.3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS.....	69
4.3.1. Tribunal Regional Federal da Primeira Região.....	69
4.3.2. Tribunal Regional Federal da Segunda Região.....	72
4.3.3. Tribunal Regional da Quarta Região.....	73
4.3.4. Tribunal Regional Federal da Quinta Região.....	75

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS - ANÁLISE SOBRE A PERTINÊNCIA DO DEBATE 78
6. REFERÊNCIAS.....80

Le sort a un obscur pouvoir discrétionnaire.

(Victor Hugo)

1. INTRODUÇÃO

Complexas e controversas, as questões envolvendo o poder discricionário intrigam diversos teóricos e aplicadores do Direito, instigando o debate para além do campo da hermenêutica. Dentre os diversos estudos possíveis acerca dos aspectos da discricionariedade, procura-se compreender, na presente monografia, por meio da análise da doutrina e da jurisprudência, qual seria a relação existente entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade conferida à Administração Pública, bem como quais seriam os seus limites e suas formas de controle pelo Poder Judiciário.

A doutrina majoritária brasileira define o poder discricionário administrativo, em oposição ao poder vinculado, como sendo uma certa margem de liberdade de decisão conferida por lei ao administrador público para atuar no caso concreto. Nessas situações, a Administração Pública possui a prerrogativa de adotar uma ou outra solução conforme critérios de conveniência e oportunidade, ou seja, de acordo com os aspectos concernentes ao mérito da questão. Em suma, diz-se que há poder vinculado quando a lei estabelecer apenas uma solução possível diante de determinado caso, sem margens para juízo de mérito, e há poder discricionário quando a lei proporcionar, no caso concreto, uma ou mais soluções – válidas perante o direito – para o administrador.

Essa doutrina busca ainda destacar que as atuações administrativas discricionárias não possuem ampla liberdade, sofrendo limitações decorrentes do princípio da legalidade, tomado em sentido amplo. Tais limites conferidos aos atos administrativos não apenas delimitam a atuação administrativa em contornos não-arbitrários, como também possibilitam uma maior possibilidade de controle por parte do Poder Judicial.

Nesse contexto, entre os estudiosos do Direito Administrativo, surge a controvérsia sobre quando a norma estabelece uma margem de discricionariedade administrativa e quando obriga o legislador a seguir com exatidão o que foi prescrito em lei. Em outros termos, questiona-se qual seria o fundamento a justificar o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo administrador público. Inicialmente, em decorrência do princípio da legalidade, pode-se responder com a ideia simples de que é a própria norma que confere ao aplicador a possibilidade de apreciação discricionária. Todavia, tal conclusão levanta outro questionamento: como a lei confere tal prerrogativa à Administração Pública?

Ao presente estudo, interessa a análise da discricionariedade frente aos conceitos jurídicos indeterminados. A doutrina majoritária, via de regra, entende que quando a lei faculta expressamente ao administrador a escolha entre proceder de um modo ou de outro, está-se diante de um caso de discricionariedade. Todavia, a controvérsia surge quando a lei se utiliza de conceitos indeterminados (boa-fé, interesse público, segurança pública, necessidade da população etc.). Haveria, nos casos em que a lei é vaga, imprecisa, indeterminada, alguma margem para a atuação discricionária do administrador?

Esse questionamento ganha importância diante do crescimento do uso de conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo, bem como diante da necessidade de limitação do ato administrativo por meio do controle pelo Poder Judiciário. Assim, diante das distintas consequências práticas advindas dos diversos enquadramentos adotados quanto aos conceitos indeterminados em face à discricionariedade, faz-se mister revisitar brevemente as abordagens teóricas presentes na doutrina estrangeira, traçando-se um panorama histórico, bem como apropriar-se do que a doutrina brasileira adota como norte para, por fim, analisar se as decisões dos tribunais, no que concerne aos atos administrativos, acompanha o debate existente na doutrina.

Nesse sentido, o primeiro capítulo desta monografia terá como foco o Direito Comparado, buscando analisar o surgimento das principais teorias sobre o tema na Alemanha, na França, na Itália, em Portugal e na Espanha. Após, o segundo capítulo será dedicado ao estudo de como a doutrina brasileira tem compreendido os principais aspectos da discricionariedade administrativa, o enquadramento dos conceitos jurídicos indeterminados e o controle jurisdicional. O terceiro capítulo, a fim de analisar o alcance do debate doutrinário aos casos práticos levados ao Poder Judiciário, fará a análise das principais jurisprudências encontradas sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Por fim, serão feitas breves considerações finais no que tange aos resultados jurisprudenciais encontrados.

2. BREVE ANÁLISE DOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA DO DEBATE ENVOLVENDO DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A síntese histórica e comparativa realizada nesta parte do trabalho será feita majoritariamente a partir do estudo e da interpretação das obras de Afonso Rodrigues Queiró (*O Poder Discricionário da Administração e Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas*), de António Francisco de Sousa (*Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo e Os Conceitos Legais Indeterminados no Direito Administrativo Alemão*), de Eduardo García de Enterría (*La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo e Curso de Derecho Administrativo. I*), de Didier Truchet (*Droit Administratif. 1 vol*), de Maria Sylvia Zanella di Pietro (*Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*) e Fernando Sainz Moreno (*Conceptos Jurídicos, Interpretación e Discrionalidad Administrativa*).

2.1. A COMPREENSÃO GERMÂNICA

O início dos estudos doutrinários acerca dos conceitos jurídicos indeterminados remonta à Áustria do século XIX. A discussão, à época, surgiu a partir da necessidade de se compreender, em razão das questões práticas, se os conceitos indeterminados formulados pelo legislador eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos.¹ Foi a partir do direito germânico, portanto, que a teoria que relaciona os conceitos jurídicos indeterminados à discricionariade administrativa se desenvolveu.

Contudo, ante a vasta quantidade de teorias germânicas que foram desenvolvidas sobre o tema, analisar-se-á, na presente recapitulação histórica, apenas as principais correntes doutrinárias e seus expoentes de maior destaque. Nesse sentido, assim como o fez Di Pietro,² adota-se o pensamento de Sainz Moreno quanto às teorias a serem destacadas:

¹ SOUSA, António Francisco de. «Conceitos Indeterminados» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 34.

² Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91.

A exposição da doutrina alemã sobre a “teoria dos conceitos jurídicos indeterminados” apresenta a grande dificuldade do enorme número de trabalhos publicados. Cada um deles acrescenta novas nuances aos anteriores ou trata de retificar a linha seguida por eles. Daí porque a exposição da doutrina alemã tenha que ser, por sua vez, uma “interpretação” das linhas gerais que prevalecem, a juízo de quem a faz, no pensamento jurídico alemão.³

Em sua obra, Sainz Moreno realça que a doutrina germânica, a fim de determinar o grau de controle judicial dos tribunais em relação à atuação das autoridades administrativas, posicionou-se de modos diversos e muitas vezes extremos entre si. Para exemplificar os posicionamentos antagônicos, o autor cita: a) a teoria da aplicação da lei, em que a atividade administrativa se submete plenamente à lei, sendo o controle judicial sobre toda a atividade administrativa; b) a teoria da função própria e independente da Administração, em que, devido à Lei Fundamental dispor sobre a separação dos três poderes, a Administração teria liberdade plena de atuação, isenta de controle judicial.⁴

A questão que se colocava – e ainda se coloca – para a doutrina alemã tinha, conseqüentemente, um fundamento eminentemente prático, qual seja: delimitar o campo de atuação do controle judicial sobre os atos administrativos. Para alguns teóricos da época, a Administração detinha poder discricionário tanto nos casos em que a lei o conferia expressamente, quanto naqueles em que houvesse conceitos indeterminados na norma. Todavia, com o tempo, a doutrina majoritária posicionou-se no sentido de que não haveria discricionariedade quando da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Na raiz da discussão, encontrava-se uma disputa entre os Poderes e uma busca pela definição de quais seriam matérias de governo (não controláveis pelo Judiciário).

Di Pietro,⁵ ao contextualizar a discussão, enfatiza que, no período do Estado de Polícia, os países germânicos entendiam existir uma discricionariedade inerente à soberania do monarca, a qual proporcionava um maior grau de liberdade da Administração Pública em

³ “La exposición de la doctrina alemana sobre la «teoría de los conceptos jurídicos indeterminados» presenta la gran dificultad del enorme número de trabajos publicados. Cada uno de ellos añade nuevos matices a los anteriores o trata de rectificar la línea seguida por ellos. De ahí que la exposición de la doctrina alemana tenga que ser, a su vez, una «interpretación» de las líneas generales que prevalecen, a juicio de quien la hace, en el pensamiento jurídico alemán”. (SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 224, tradução nossa.)

⁴ *Ibidem*, p. 224-225

⁵ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 92.

relação aos Poderes Legislativo e Judiciário. Assim, aos tribunais administrativos apenas cabia a análise da existência de discricionariedade no caso concreto.

No campo da doutrina, com a formação do Estado de Direito e as crescentes preocupações com os direitos individuais, surgiu, no ano de 1878, a teoria de Paul Laband (1838-1908), em que a Administração teria uma órbita de atuação em que sua vontade impera – liberdade de escolha de seus fins – e outra órbita em que os fins seriam impostos por lei. Esta última, caracterizada por atos vinculados, consistiria em uma exceção, sendo a regra, portanto, a da liberdade de atuação do Executivo, que, envolto em seu poder discricionário, não encontraria limites jurídicos, mas apenas políticos ou morais. O Poder Judiciário, por sua vez, não teria a mesma liberdade de decidir, pois sua função não possuía qualquer autonomia de vontade.⁶

Em sentido contrário, embora sempre prezando pelos direitos individuais, posicionou-se Walter Jellinek (1885-1955), o qual reconheceu a existência de atuação livre (determinada pelo interesse geral) e de atuação vinculada (determinada pela norma legal) nas três esferas de Poderes do Estado. Ademais, propunha o reconhecimento de um limite jurídico à iniciativa administrativa. A fim de complementar a teoria de Jellinek, Otto Mayer (1846-1924), afastando de vez a discricionariedade pura, defendeu que, mesmo quando a lei confere certa liberdade ao administrador, não há poder discricionário inteiramente livre, pois os fins estariam sempre vinculados à lei.⁷

Diante dessas teorias, os conceitos vagos deixaram de ser considerados como discricionários ou de aplicação arbitrária pela Administração. A autoridade administrativa deveria sempre procurar a resposta correta ao aplicar um conceito indeterminado previsto na norma em abstrato. Por conseguinte, o Judiciário seria sempre capaz de revisar o ato praticado pelo Executivo, corrigindo-o quando contrário aos fins públicos.⁸ Tal linha doutrinária foi seguida por Tezner e Bühler, conforme se abordará mais adiante.

Foi Edmund Bernatzik (1854-1919), em sua obra *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* (1886), um dos primeiros a se insurgir contra a doutrina majoritária da época, negando que a livre discricionariedade e a aplicação do direito se excluam mutuamente.

⁶ Di PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 92-93

⁷ *Ibidem*, p. 93-94.

⁸ *Ibidem*, p. 93-94.

Bernatzik preconizou que diversas categorias vagas⁹ só poderiam ser afirmadas, ante a dificuldade da apreciação do suporte fático, após um complicado processo interpretativo realizado em cadeia, o qual denominou de discricionariedade técnica. Para o autor, tal discricionariedade, embora passasse por um procedimento complexo, não deixava de ser livre.¹⁰

Um dos problemas enfrentado por essa teoria estava relacionado à justificativa encontrada para definir quais eram os critérios suficientemente seguros que resguardavam a interpretação, bem como o controle do processo em cadeia. Segundo a corrente, assinala Sainz Moreno¹¹ que, diante da complexa cadeia de controle realizado pela Administração, estava claro que havia sido confiada a ela a missão de decidir conforme seus critérios quais seriam as ações mais convenientes ao interesse público. Não era possível, em vista disso, o controle jurisdicional no caso de discricionariedade técnica.¹²

Para Almiro do Couto e Silva,¹³ a discricionariedade técnica proposta por Bernatzik suscitaria diversas opiniões e propostas de solução, gerando a dificuldade, ou mesmo a impossibilidade, de definir qual seria a decisão mais acertada. Tal deficiência, como consequência, impediria o controle pelo Judiciário.

À época, ainda que nem todos os jusfilósofos estivessem de acordo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo Austríaco passou a utilizar a opinião de Bernatzik como fundamento de suas decisões, ou seja, considerava os conceitos jurídicos indeterminados como fonte de discricionariedade e, portanto, insuscetível de revisão judicial.¹⁴ Friedrich Tezner (1856-1925), sem embargo, continuou a defender a doutrina tradicional. Para o autor,

⁹ Bernatzik não teria utilizado em sua obra a expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, mas sim “categorias vagas” (*vagen Kategorien*). SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 231.

¹⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. **Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. out/dez, 1986, p. 277-279.

¹¹ SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 232.

¹² Criticamente, Antônio Francisco de Sousa entende a solução como sendo uma saída cômoda para o problema. (SOUSA, *op. cit.*, p. 278.)

¹³ COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. jan/jun, 1990, p. 57.

¹⁴ *Ibidem*, p. 58.

a doutrina dos conceitos discricionários deveria ser abandonada, pois além de ser inimiga do Estado de Direito, era cientificamente infundada.¹⁵

Segundo Tezner, todos os conceitos jurídicos, quando expostos aos casos concretos (colocado em ligação com os fatos reais), pressupunham cadeias de pensamento altamente complexas. Assim, a diferença entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados apenas estaria no grau de insegurança da palavra, sendo os primeiros menos inseguros. Nessa senda, um certo limite de erro, dentro do qual o administrador pudesse se movimentar, não seria uma prerrogativa apenas dos conceitos jurídicos indeterminados. A qualidade dos conceitos determinados e indeterminados seria a mesma, variando apenas o seu grau.¹⁶ Dessa forma, Tezner partia do pressuposto de que os conceitos utilizados pela lei, ao limitar a liberdade dos cidadãos e os poderes da Administração Pública, eram simplesmente conceitos jurídicos, devendo, dessarte, sua interpretação ser sempre de ordem estritamente jurídica, cabendo ao Judiciário a fiscalização da correta aplicação pela Administração dos conceitos jurídicos vagos.¹⁷

Consoante essa teoria, a fim de proteger os interesses individuais, a atuação do Judiciário diante da presença de conceitos indeterminados seria de suma importância para garantir a inocorrência de abusos por parte da Administração Pública. Em contrapartida, quando não houvesse direito dos administrados envolvidos nos conceitos indeterminados, não haveria qualquer competência dos tribunais para apreciar o ato. A discricionariedade da Administração, entendida pela corrente como atuação inteiramente livre de apreciação judicial, estaria presente unicamente quando não houvesse direitos individuais envolvidos¹⁸ e quando tivesse sido expressamente atribuída pela lei.¹⁹

Em síntese, a teoria adotada por Tezner preconizava que os conceitos indeterminados não eram sinônimo de discricionariedade, devendo o juiz, se acionado, determinar a solução mais adequada ao caso. As autoridades administrativas, por consequência, diante dos

¹⁵ SOUSA, Antônio Francisco de. **Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. out/dez, 1986, p. 277-279.

¹⁶ *Ibidem*, p. 278

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 94.

¹⁸ DI PIETRO, *loc. cit.*

¹⁹ SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 232.

interesses individuais, apenas poderiam aplicar a lei conforme o interesse público, não tendo a liberdade de escolher, conforme critérios de conveniência, a melhor solução.

O debate Benatzik-Tezner foi o início do conflito doutrinário, dando azo ao surgimento de duas grandes correntes: a teoria da duplicidade e a teoria da unicidade dos conceitos legais indeterminados. A primeira, representada por Bernatzik, defendendo a possibilidade de várias situações corretas para cada caso concreto, e a segunda, representada por Tezner, apenas uma.²⁰

A doutrina da unicidade da interpretação teve como principal expoente Bühler, o qual também procurou diferenciar as normas protetoras de direitos individuais das protetoras do interesse público. As normas envolvendo direitos individuais, ainda que carregadas por conceitos vagos, deveriam sempre ter caráter vinculado, não havendo qualquer margem de deliberação para a Administração Pública.²¹

Seguindo tais premissas, a autoridade administrativa, ao aplicar conceitos jurídicos indeterminados, deveria apenas considerar o seu sentido legal por meio da opinião comum (da sociedade em geral), considerada como o melhor critério para interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados. Em decorrência desse procedimento, o administrador jamais poderia utilizar-se de concepções próprias para aplicar a lei, devendo, em razão da possibilidade de excessos, os tribunais corrigirem os erros e abusos administrativos.²²

Para a corrente da unicidade, restava claro que, diante de conceitos indeterminados que pudessem afetar direitos individuais, caberia ao Judiciário fiscalizar a Administração Pública, determinando o sentido que o legislador quis dar à norma mediante um processo de interpretação. Inexistiria, pois, qualquer margem de discricionariedade.²³

²⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. **Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. out/dez, 1986, p. 278

²¹ Nesse ponto, a reconstituição histórica feita por Di Pietro diverge da de Antônio de Sousa, visto que este afirma: “Sustentou Bühler que todos os conceitos vagos são conceitos jurídicos. Melhor dizendo, de antemão, todo conceito legal indeterminado pertence ao âmbito de vinculação legal” (SOUSA, Antônio Francisco de. **Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. out/dez, 1986, p. 278). Em virtude de o autor não diferenciar os conceitos indeterminados referentes a direito privado e a direito público, adota-se, no corpo do texto, os estudos de Di Pietro, que vão ao encontro da análise histórica feita por Afonso Rodrigues Queiró. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 94.)

²² SOUSA, *op. cit.*, p. 279.

²³ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 95-96.

As teorias decorrentes do pensamento Tezner-Bülher, em face do constante crescimento dos direitos individuais, acabaram restringindo cada vez mais o âmbito de atuação da Administração, tornando-a essencialmente vinculada. O problema inverteu-se, dirigindo-se a um excesso de vinculação.

Diante do contexto, tomando um rumo um pouco diferente, Laun, também inspirando em Jellinek e Otto Mayer, deixa de lado a oposição feita entre direitos individuais e poder discricionário e altera o foco da questão. Para ele, existiriam fins mediatos e diretos, definidos pela Constituição, e fins imediatos e próximos, que poderiam ser tanto vinculados quanto discricionários. Nos casos em que a lei utilizasse noções imprecisas, o intérprete precisaria encontrar a única solução possível, inexistindo discricionariedade. Não haveria escolha quanto ao fim imediato, apenas interpretação pelo administrador do melhor fim a ser atingido. Entendia Laun que só haveria discricionariedade quando o legislador permitisse que o administrador escolhesse o fim imediato a atingir.²⁴

Com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social,²⁵ além dos direitos individuais, os direitos sociais também passaram a ser fonte de proteção, devendo ser garantidos pelo Estado. A partir desse novo viés, a Administração passou a vincular-se à lei em sentido formal e não mais material, como era diante dos direitos individuais. As legislações passaram a introduzir mais conceitos vagos, deixando ao administrador a tarefa de determinar o sentido a ser atribuído.²⁶

A polêmica, conforme explicita Almiro do Couto e Silva,²⁷ perdurou por toda a república de Weimar, tendo sido retomada, com maior ênfase, após a publicação da Lei Fundamental alemã (1949). Atualmente, o entendimento majoritário é, segundo o autor, de que:

Os conceitos indeterminados estão insertos no suporte fático legal (*Tatbestand*) e os problemas com eles relacionados resumem-se todos – ou pelo menos predominantemente – à interpretação da regra jurídica, diferentemente do que se

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 95-96.

²⁵ Apesar de o Estado Social ter ganho forças principalmente no século XX, na Alemanha, começou a desenvolver-se com as legislações previdenciárias de Bismark nos anos de 1883 a 1889.

²⁶ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 96.

²⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. jan/jun, 1990, p. 58.

passa com o poder discricionário, que se constitui num poder de eleição da consequência ou do efeito jurídico (*Rechtsfolge*). Sendo assim, os conceitos jurídicos indeterminados são, em princípio, suscetíveis de exame judicial quanto à correção ou incorreção de sua aplicação, ou da subsunção do caso concreto no preceito abstrato, pois logicamente só existiria uma única aplicação certa.

Destaca-se, por fim, a partir da doutrinária majoritária alemã, que, consoante Sainz Moreno,²⁸ a teoria de que os conceitos jurídicos indeterminados, ao serem interpretados e aplicados, implicam a eliminação da discricionariedade administrativa é a mais radical possível. Por não vincular o surgimento da discricionariedade ao simples fato de a norma possuir conceitos jurídicos indeterminados, acaba essa teoria por ser, acima de tudo, uma técnica de controle judicial, alcançando, em relação à teoria da duplicidade de Bernatzik, provavelmente, maior precisão ao delimitar o controle dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.2. A COMPREENSÃO FRANCESA

De acordo com Queiró, “A Assembleia Nacional de 1789 tomava a doutrina da separação de poderes de Montesquieu ao pé da letra”.²⁹ Esse entendimento fazia com que, aos olhos franceses, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, em suas relações com o Poder Legislativo, não pudessem sequer ser considerados como um poder de fato, por estarem subordinados ao “primeiro mandatário da vontade geral”.³⁰ À época, foi retirada do Executivo qualquer iniciativa regulamentar.

Em 1791, sob a influência de Rousseau, evidencia-se ainda mais a função meramente executiva da Administração Pública. Para Queiró, esse período significou o “triumfo da mentalidade cartesiana de crença no poder dominador da lei geral e abstracta”.³¹ Os Poderes eram estritamente independentes entre si, não devendo prestar contas uns aos outros, e o Executivo e Judiciário deveriam atuar unicamente nos limites traçados pelo Legislativo.

²⁸ SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 223.

²⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 1944. In: _____. **Estudos de Direito Público. Vol. I**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989, p. 333.

³⁰ QUEIRÓ, *loc. cit.*

³¹ *Ibidem* p. 334.

Todavia, a ideologia de que a vontade geral consistia no poder supremo da vida em sociedade conferiu à Administração Pública, ressalvada a hipótese de controle parlamentar, a faculdade de velar pela legalidade e oportunidade de seus atos. Por conseguinte, os tribunais eram impedidos de fiscalizar os atos administrativos. Queiró identifica essa passagem histórica como o marco decisivo na separação absoluta entre o Executivo e o Judiciário e expõe a seguinte conclusão:

Em um regime como este, de discricionariedade na Administração no sentido de liberdade de iniciativa mantida em relação ao poder legislativo, não se podia falar, a bem dizer absolutamente; muito menos ainda se poderia falar de discricionariedade jurisdicional, entendida como desvinculação legislativa da Justiça; mas no sentido de insindicabilidade.³²

Na prática, com as necessidades diárias da Administração em regular a vida social, essa rigidez teórica foi perdendo força. As autoridades administrativas passaram a regular as atividades dos seus subordinados adotando medidas *contra legem* ou *praeter legem*. Dessa forma, em nome do bem-estar social, da segurança e da ordem, a Administração passou a atuar fora de seu âmbito original de competências; crescendo, paralelamente, eventuais abusos por parte do Executivo.

A Administração, com vistas a regular seus próprios atos, criou dentro de sua própria estrutura um órgão de controle jurisdicional, cujas competências eram do Executivo. Tal sistema foi denominado de *justice retenue*, a qual iniciou a teoria dos atos discricionários na França. Os atos de “pura administração”, quando não ofendiam ilegitimamente um direito dos cidadãos, não eram passíveis de qualquer discussão pelo órgão de controle (matérias não contenciosas). Tratava-se, pois, de um conceito material de legalidade: não se sentiu o administrado ofendido, o ato era conseqüentemente legal. Se houvesse qualquer violação de direito, formulava-se um recurso contencioso.³³

Importa ressaltar, no entanto, que já eram controláveis os atos administrativos discricionários que incorriam em excesso de poder. Nessa compreensão estavam incluídos o desvio de poder,³⁴ a violação dos poderes e a violação de formalidades substanciais. Tais

³² QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 1944. In: _____. **Estudos de Direito Público. Vol. I**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989, p.335. [Grifo nosso]

³³ *Ibidem*, p. 336-337.

³⁴ A doutrina a respeito do Desvio de Poder possui bastante extensão na França. Contudo, por não ser foco do presente trabalho, não será abordada.

elementos não faziam parte da legalidade em sentido estrito (material), não necessitavam de lesão a um direito, mas a um mero interesse, submetendo-se apenas a um recurso objetivo. Para Hauriou, tratava-se de uma “polícia da administração” para reforçar a boa administração e a moralidade administrativa.³⁵

Após uma série de acontecimentos, de avanços e de retrocessos na política francesa, a partir de 1864, o Conselho de Estado passou a considerar o recurso por violação de lei e dos direitos adquiridos como uma forma de recurso por excesso de poder, considerando indispensável, nos recursos por violação de lei, a ofensa a direitos adquiridos – aspecto subjetivo dentro de um recurso objetivo. Todavia, após 1906, conforme pontua Queiró, o Conselho de Estado deixou de exigir a lesão a direito subjetivo como condição de admissibilidade do recurso, tornando-o, em todos os seus aspectos, objetivo.³⁶

Trata-se, novamente, conforme visto na abordagem da compreensão alemã, da passagem de um Estado individualista para um Estado solidarista, preocupado com as obrigações positivas. Para Duguit, “além das funções negativas, o Estado tem funções positivas impostas pela regra de direito na realização da obra de solidariedade e justiça sociais”.³⁷ O fim último dos recursos deixou de ser o de atender aos interesses particulares violados, mas garantir o interesse público.

Nesse contexto, haja vista a salvaguarda do interesse público pela lei, a discricionariedade administrativa poderia ocorrer, desde que respeitado o princípio da legalidade, em qualquer ato da Administração, inclusive quando o legislador fosse omissivo em aspectos de sua disciplina. Interpretando-se essa omissão como a incapacidade de o legislador prever todas as hipóteses cabíveis a cada caso, devendo, portanto, a Administração proceder com certa margem de iniciativa.³⁸

A doutrina de Joseph Léon Michoud (1855-1916), sintetizando o pensamento da época, afirmava que não existiam atos discricionários, mas um poder discricionário difuso em

³⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 1944. In: _____. **Estudos de Direito Público. Vol. I**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989, p. 339-341.

³⁶ *Ibidem*, p. 339-340.

³⁷ DUGUIT, 1901, *apud*, QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 1944. In: _____. **Estudos de Direito Público. Vol. I**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989, p. 344.

³⁸ *Ibidem*, p. 345-346.

todos os atos administrativos. Tal margem de apreciação não poderia ser controlada pelos tribunais administrativos, apenas questões objetivas poderiam ser revistas pelo Judiciário.³⁹

O controle pelo Conselho de Estado abarcava, portanto, critérios de legalidade, não de oportunidade. Por exemplo, a competência tornava-se vinculada quando fossem fixados os motivos para atuação do agente, caso não fossem observados, o Judiciário poderia intervir e para tanto deveria fazer uma análise dos fatos (existência material dos motivos).⁴⁰

Percebe-se, assim, que a doutrina francesa, diferentemente da alemã, não se debruçou em extensas e diversificadas teorias a respeito da natureza da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados. Pelo contrário, a teoria não procurou retirar os conceitos indeterminados do interior da concepção de discricionariedade administrativa. Estava, desse modo, mais preocupada com a forma de controlar a discricionariedade do que com o enquadramento dos conceitos indeterminados dentro da teoria.

A atual doutrina francesa, ora representada por Didier Truchet,⁴¹ entende que “as autoridades administrativas possuem uma liberdade de escolha, por vezes importante, por vezes reduzida, mas jamais nula”.⁴² Nesse sentido, destaca que o poder vinculado (*compétence liée*) corresponde à menor liberdade de escolha conferida à autoridade administrativa, mas que essa margem não é totalmente nula por haver, conforme teria dito Hauriou, a possibilidade de escolha do momento (*choix du moment*).⁴³ O poder discricionário, por sua vez, seria a maior margem de liberdade conferida à Administração. Todavia, a fim de que não se tornasse arbitrário, deveria repousar sobre motivos admissíveis no direito.⁴⁴

Truchet faz referência ainda à “Teoria das Circunstâncias Excepcionais”, a qual teria sido formulada pelo Conselho do Estado em 1918 e consistiria, basicamente, no aumento dos poderes discricionários da Administração em face de situações de guerra, catástrofes e

³⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 1944. In: _____. **Estudos de Direito Público. Vol. I**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989, p. 349-353.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 353.

⁴¹ TRUCHET, Didier. **Droit Administratif. 1 vol.** 4.ed. Paris: Presses Universitaire de France, 2011, cap. III.

⁴² “Les autorités administratives ont une liberté de choix, parfois importante, parfois réduite, mais jamais nulle” (TRUCHET, Didier. **Droit Administratif. 1 vol.** 4.ed. Paris: Presses Universitaire de France, 2011, p. 215, tradução nossa)

⁴³ “La compétence liée correspond à la plus petite liberté de choix que le droit administratif accorde à l’Administration. Mais cette marge n’est pas totalement nulle.” (*Ibidem*, p. 216, tradução nossa.)

⁴⁴ *Ibidem*, p. 217-219

grandes problemas sociais. Nessas situações, a Administração poderia até mesmo se utilizar de regras consideradas ilegais em tempos de paz, as quais, diante das circunstâncias, adquiririam um viés legal.

A Administração deve seguir as regras de competência, de forma (*procédure*) e de respeito ao interesse geral. Quanto ao interesse público, o autor salienta que ele “é raramente suficientemente preciso e evidente para ditar uma solução e apenas uma”.⁴⁵ O juiz administrativo tem, na França, a competência para julgar recursos com base no excesso de poder. Truchet define excesso de poder como ilegalidade, dividindo-o em quatro categorias, as duas primeiras referentes a aspectos de legalidade externa e as duas últimas a aspectos de legalidade interna: a) incompetência, b) vício de forma, c) violação da lei e d) desvio de poder. Destaca, contudo, que em vista da apreciação da ilegalidade possuir várias nuances, o controle do juiz também possui uma intensidade variável, indo de um controle mínimo a um controle máximo.⁴⁶

Nessa Perspectiva, Di Pietro demonstra que o Conselho de Estado francês procurou analisar os motivos do ato, distinguindo-os em três diferentes graus: a) controle de materialidade (mínimo); b) controle de qualificação dos fatos (normal) e c) controle da adequação da decisão aos fatos (máximo - pouco utilizado).⁴⁷

Retomando-se a doutrina de Truchet, nota-se que ele caracteriza o controle normal como sendo aquele em que o juiz primeiro verifica a legalidade externa do ato (competência e forma), ressalvadas as circunstâncias excepcionais. Se houver algum vício, o ato é anulado. Após, o juiz passa ao controle de legalidade interna, verificando os motivos de fato e de direito. Se houver erro sobre os motivos de fato ou sobre os motivos de direito, o juiz também anula o ato. Nesse sentido, Truchet adverte: “todo erro a respeito da materialidade dos fatos, bem como sobre sua qualificação jurídica e todo erro a respeito da base legal como sobre a aplicação da regra é sancionado”.⁴⁸ Embora raros, segundo o autor, também podem ser

⁴⁵ “L’intérêt general est rarement assez précis et evidente pour dicter une solution et une seule.” (TRUCHET, Didier. **Droit Administratif. 1 vol.** 4.ed. Paris: Presses Universitaire de France, 2011, p. 219, tradução nossa.)

⁴⁶ *Ibidem*, p. 221.

⁴⁷ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionarietà Administrativa na Constituição de 1988.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 101

⁴⁸ “Toute erreur sur la matérialité des faits comme sur leur qualification juridique et toute erreur sur la base légale comme sur l’application de la règle est sanctionnée.” (TRUCHET, *op. cit.*, p. 222, tradução nossa.)

anulados os atos cujos objetivos são estranhos ao interesse geral. Conforme Di Pietro, o controle de qualificação dos atos teria tido sua primeira decisão em 1914.⁴⁹

O controle mínimo (controle restrito ou controle de materialidade), conforme se pode aferir pela sua denominação, é menos intenso de todos. O juiz não verifica a oportunidade do ato, bem como não verifica todos os aspectos da legalidade. É a situação em que o ato administrativo atinge o auge da discricionariedade. Truchet define o controle mínimo com a seguinte equação: “controle restrito = controle normal - controle da qualificação jurídica + censura do erro manifesto de apreciação”.⁵⁰

O controle máximo caracteriza-se por, além de ter as características do controle normal, também controlar a oportunidade do ato atacado. Analisa-se se o ato não é nem excessivo, nem insuficiente. Isso ocorreria principalmente nas matérias atinentes ao poder de polícia.⁵¹ Assim, na definição de Di Pietro, o controle máximo é o que envolve a análise da adequação da decisão aos fatos, em que o juiz julga se, dentre as medidas cabíveis, foi tomada a decisão mais adequada ao interesse público. Verifica-se a proporcionalidade entre meios e fins. A decisão, sob essa perspectiva, somente é legal quando suas consequências estão em relação com o objetivo perseguido.⁵²

Truchet finaliza explicando que os aspectos da legalidade se referem à conformidade do ato às regras impostas, enquanto que a oportunidade diz respeito à adaptação do ato às circunstâncias em que é aplicado. Os aspectos de legalidade são controláveis pelo juiz administrativo, enquanto que os aspectos de oportunidade apenas são controláveis por exceção, nos casos de poder de polícia.⁵³

2.3. A COMPREENSÃO ITALIANA

⁴⁹ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 102.

⁵⁰ TRUCHET, Didier. **Droit Administratif. 1 vol.** 4.ed. Paris: Presses Universitaire de France, 2011, p. 223.

⁵¹ *Ibidem*, p. 225.

⁵² Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 103

⁵³ TRUCHET, *op. cit.*, p. 226.

A doutrina italiana procurou categorizar os conceitos jurídicos indeterminados diferenciando-os em duas categorias: a da discricionariedade técnica e a da discricionariedade administrativa (discricionariedade pura). Anteriormente, os conceitos indeterminados eram enquadrados na classificação de discricionariedade determinada pela categoria, a qual consistia em uma discricionariedade de menor amplitude. Essa teoria, no entanto, foi substituída pela discricionariedade técnica.⁵⁴

A discricionariedade técnica, conhecida igualmente por discricionariedade imprópria ou pseudodiscricionariedade, não se trata de uma verdadeira discricionariedade, mas de uma técnica para reduzir progressivamente a discricionariedade. Em virtude da verdadeira característica da discricionariedade técnica, Giannini pontuou que sua nomenclatura consistiu em um erro histórico, visto confundir o leitor no sentido de que seria uma espécie de discricionariedade. Para Massimo Severo Giannini (1915-2000), a diferença entre a discricionariedade técnica e a discricionariedade pura é que esta implica tanto um juízo quanto uma vontade, enquanto aquela pressupõe apenas um juízo, a vontade intervém apenas depois do juízo e pode ou não gerar uma valoração discricionária.⁵⁵

Renato Alessi foi um dos teóricos do direito italiano que melhor explorou o tema, estabelecendo que casos que exigiam tão somente a utilização de critérios administrativos para apreciação do interesse público estariam enquadrados na discricionariedade administrativa, enquanto que os casos que exigissem critérios técnicos, como ordenar o fechamento de locais insalubres, deveriam ser analisados aos olhos da discricionariedade técnica.⁵⁶

Os conceitos técnicos poderiam estar ou não associados a critérios administrativos. Se estivessem, caberia à Administração fazer um juízo de valor, se não, o controle deveria ser feito pelo Judiciário. Para Alessi, caberia à Administração o juízo de valor nos casos em que a questão técnica fosse absorvida pela questão administrativa de oportunidade e conveniência ou nos casos em que a Administração devesse decidir quais meios técnicos satisfariam o interesse público. Nesses casos, a discricionariedade técnica consistiria em uma discricionariedade de fato. Todavia, existiriam casos em que não haveria vinculação entre

⁵⁴ SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 267-268.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 268.

⁵⁶ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107.

critérios técnicos e critérios administrativos, não ocorrendo valoração por parte da Administração Pública após a manifestação do órgão técnico. Logo não subsistiria discricionariedade pura.⁵⁷ É o caso do exemplo de Giannini, retomado por Sainz Moreno,⁵⁸ em que um produto pode ser considerado tóxico, não tóxico ou relativamente tóxico, mas não pode a Administração valorar a conveniência de considerar o produto tóxico.

Apesar de a doutrina majoritária italiana adotar a teoria da discricionariedade técnica, a corrente não é ileso de críticas. Para Giannini, uma das principais dificuldades a ser enfrentada é a de delimitar os juízos técnicos no âmbito da decisão administrativa. Como se dá a solução correta no âmbito das ciências não exatas (econômicas, literárias, artísticas)? Para o teórico, trata-se de uma decisão passível de opinião, o que não significa que seja discricionária.⁵⁹ Ainda, dentre essas dificuldades, enfrenta-se a questão das avaliações políticas, que atualmente já podem contar com regras técnicas fornecidas pelo ramo das Ciências Políticas.

A doutrina Italiana destaca-se, igualmente, por ter inserido o termo “mérito” na teoria da discricionariedade. Enquanto os demais países utilizavam-se das expressões oportunidade e conveniência, foram alguns autores italianos que optaram por denominar tais características de mérito administrativo.⁶⁰

Depreende-se, por fim, que a compreensão italiana vai ao encontro da germânica. Diferentemente da doutrina francesa, a teoria da discricionariedade técnica busca apartar, ainda que não de forma extrema, os conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade pura.

⁵⁷ Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 107-108.

⁵⁸ SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 269

⁵⁹ SAINZ MORENO, *loc. cit.*

⁶⁰ Di PIETRO, *op. cit.*, p. 127-128.

2.4. A COMPREENSÃO PORTUGUESA

Em sua tese de doutorado intitulada “O Poder Discricionário da Administração”, publicada em 1944, Queiró dedica um capítulo dos seus estudos à evolução doutrinária e jurisprudencial do poder discricionário no direito administrativo português.⁶¹

A sociedade portuguesa do século XIX, em 1822, passou a ser regida por uma nova Constituição, a qual tinha como intuito ampliar os direitos dos cidadãos, bem como evitar que a nação portuguesa voltasse a cair em desgraça.⁶² Foi, a partir do art. 30 da Constituição de 1822,⁶³ que se consagrou a divisão e a autonomia dos três Poderes. Antes desse marco, os poderes concentravam-se e confundiam-se nas mãos do monarca.

Todavia, ainda que tenha havido essa definição, as alterações quanto ao controle dos atos administrativos deram-se de forma gradual. Assim, inicialmente, houve um período de adaptação em que a atuação da Administração era em sua maior parte discricionária, não podendo ser controlada pelo Judiciário.

O Decreto de Mousinho da Silveira, de maio de 1832, procurou diferenciar as atividades de julgar e de administrar. No entanto, as atividades da Administração continuaram, quanto ao exercício propriamente dito, sendo consideradas, em sua maior parte desvinculadas. A Administração era vinculada (contenciosa) quanto a matérias que diziam respeito a direitos patrimoniais dos particulares, os demais atos eram essencialmente discricionários (discricionariedade pura ou graciosa).

As matérias tidas por graciosas não se submetiam aos Tribunais, elas eram analisadas pela própria Administração. Já as matérias contenciosas, pelo Decreto de Mousinho da Silveira, eram analisadas por tribunais administrativos; após, com o Decreto de 18 de julho de 1835, passaram a ser julgadas pelo tribunal comum.

⁶¹ A construção deste ponto far-se-á a partir do Capítulo III, §1º desta obra. (QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 1944. In: _____. **Estudos de Direito Público**. Vol. I. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989.)

⁶² PORTUGAL. **Constituição**, de 23 de setembro de 1822.

⁶³ “Art. 30. Estes poderes são o legislativo, executivo e judicial. O primeiro reside nas Cortes com dependência da sanção do rei (arts. 110.º, 111.º e 112º). O segundo está no Rei e nos Secretários DE estado, que o exercitam debaixo da autoridade do mesmo rei. O terceiro está nos juizes. Cada um destes poderes é de tal maneira independente, que um não poderá arrogar a si as atribuições do outro. “ (PORTUGAL. **Constituição**, de 23 de setembro de 1822)

Por meio do Regulamento do Conselho de Estado de 9 de janeiro de 1850, com vistas a proteger os interesses dos particulares, foi acrescentada à competência dos tribunais a apreciação de recursos envolvendo matérias de incompetência e de excesso de poder. A distinção entre atividade contenciosa e discricionária pura, no entanto, perdurou até o final do século XIX.

Em 1896, com o Código Administrativo, deixou-se de lado a distinção feita entre administração pura e contenciosa. Entrega-se à apreciação judicial não apenas as matérias citadas anteriormente, como também os casos em que houve violação da lei. Isso permitiu que o Judiciário pudesse anular decisões administrativas puras que não estavam de acordo com o princípio da legalidade. O Judiciário, portanto, apenas não controlava aspectos referentes a questões de oportunidade e conveniência. De uma discricionariedade plena (do monarca), Portugal migra a um poder discricionário limitado à lei e referente somente à apreciação de critérios de conveniência e oportunidade.

Conforme Queiró, a primeira teoria portuguesa a surgir sobre o poder discricionário foi a de Fêzas Vital (1888-1953). Para este autor, seguindo o Código Administrativo de 1896, tanto a atividade contenciosa quanto a graciosa deveriam submeter-se às disposições das leis e dos regulamentos. Entendia Vital que todos os atos da Administração Pública eram em parte vinculados e em parte discricionários, mas que, nas palavras de Queiró, “a fixação pela lei, em termos mais ou menos equívocos, de antecedentes aos actos administrativos não significa, pois, o mesmo que sua não fixação”.⁶⁴

Magalhães Colaço (1893-1931), teórico contemporâneo a Vital, diferentemente deste, entendia que os agentes administrativos sempre deveriam atuar conforme o fim determinado pela lei. A crítica feita por Vital, a qual Queiró acompanha, é de que nem sempre haveria um fim determinado ou determinável (perfeitamente individualizável), podendo a Administração contentar-se em obter a satisfação do interesse público, qualquer que seja ele, o que confere ao ato um verdadeiro poder discricionário.⁶⁵

Queiró, por sua vez, dedica-se não apenas à discricionariedade como também ao estudo de como os conceitos jurídicos indeterminados inserem-se nessa perspectiva. Para o autor, em casos de lacunas involuntárias da lei:

⁶⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 1944. In: _____. **Estudos de Direito Público. Vol. I**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989, p. 397.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 398-399.

Os agentes executivos não devem considerar-se como detendo um poder discricionário, mas sim um poder ligado. Não devem, desde logo, proceder como lho sugerem as circunstâncias do caso, mas experimentando, antes disso, senão descobrir, pela *ratio legis* e pelos outros elementos da interpretação, o pensamento real do legislador, pelo menos socorrer-se das possíveis analogias de regulamentação; e só em último lugar deverão proceder como lho aconselham as particularidades do caso concreto, que se revelaram como dissemelhantes das de qualquer caso regulado e, impedindo, portanto, a analogia.⁶⁶

Para Queiró, portanto, o poder discricionário existe na execução de uma norma jurídica quando o seu conteúdo não é – e nem pretende ser – determinado pelo legislador. Assim, uma norma dotada de lacunas somente será discricionária quando, esgotados os recursos de interpretação e de integração, a solução natural a que se chega é a de que o legislador quis que a Administração Pública escolhesse o caminho a ser tomado.

Por fim, resta pontuar, em uma breve síntese, o entendimento de António Francisco de Sousa sobre o tema. O autor, em sua obra *Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo*, baseada em sua dissertação de mestrado em ciências jurídico-políticas, entende não apenas serem frustradas as tentativas de resolver as questões atinentes ao controle judicial sobre os conceitos jurídicos indeterminados, como também se tratar de um problema insolúvel.⁶⁷

Sousa, em sua obra, serve-se da expressão “conceitos legais indeterminados” em oposição a “conceitos jurídicos indeterminados”, argumentando que a indeterminação seria atributo da norma e não atributo da forma. Ademais, sustenta a ideia de que, em maior ou menor medida, a generalidade dos conceitos empregados no direito é indeterminada, não fazendo sentido a distinção entre conceitos determinados e indeterminados, pois apresentam entre eles apenas uma diferenciação quanto ao grau de indeterminação.⁶⁸

Quanto ao controle, Sousa segue os passos da doutrina alemã, diferenciando os conceitos legais indeterminados do poder discricionário conferido à Administração. Entende que a aplicação concreta dos conceitos indeterminados deve ser processada em duas fases: interpretação e subsunção do caso concreto ao conceito. Para o autor, a “interpretação e a aplicação dos conceitos indeterminados é sempre uma atividade da administração vinculada à

⁶⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O Poder Discricionário da Administração*. 1944. In: _____. *Estudos de Direito Público. Vol. I*. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989, p. 436

⁶⁷ SOUSA, António Francisco de. *«Conceitos Indeterminados» no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 20

⁶⁸ *Ibidem*, p. 23-24

lei, pois caracteriza sempre situações em que há apenas uma solução justa”.⁶⁹ A última palavra sobre a interpretação caberia sempre ao juiz administrativo. Nesse sentido, o autor defende o ponto de vista que deva haver um controle judicial pleno e profundo (por vezes limitado) por parte dos tribunais administrativo.⁷⁰

2.5. A COMPREENSÃO ESPANHOLA

Tanto Sainz-Moreno⁷¹ quanto António Francisco de Sousa⁷² demonstram, em seus estudos, que o surgimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na Espanha se deu, com maior ênfase, a partir do artigo de Eduardo Garcia de Enterría (1923-2003), intitulado *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*, publicado na *Revista de Administración Pública* em 1962. Em comparação com as doutrinas abordadas até o presente momento, pode-se dizer que foi um estudo tardio, e que segue, em larga medida, a compreensão germânica acerca do tema.

Em seu artigo, Enterría afirma que a confusão no sentido de que os conceitos indeterminados fariam parte das normas que conferem à Administração Pública poderes discricionários é um “erro comum, tradicional e de penosas consequências para a história das garantias jurídicas”.⁷³ Isso pois, segundo o autor, “a consequência imediata desta distinção é compreendida em seguida: quando há a presença de um conceito jurídico indeterminado, cabe com perfeita normalidade a fiscalização jurisdiccional de sua aplicação”.⁷⁴

⁶⁹ SOUSA, António Francisco de. «*Conceptos Indeterminados*» no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994, p. 205.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 189-190, 197-203.

⁷¹ SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 272.

⁷² SOUSA, *op. cit.*, p. 76.

⁷³ “Un error común y tradicional, y de penosas consecuencias para la historia de las garantías jurídicas”. (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos)**. RAP, Madrid, vol. 3, 1962, p.171-172, tradução nossa.)

⁷⁴ “La funcionalidade imediata de esta fundamental distinción se comprende em seguida: allí donde estemos em presencia de un concepto jurídico indeterminado, allí cabe con perfecta normalidad una fiscalización jurisdiccional de su aplicación.” (ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lucha contra las Inmunidades del**

Segundo Garcia de Enterría e Tomás-Rámon Fernandez,⁷⁵ os conceitos determinados não suscitam dúvidas, delimitando o âmbito de realidade a que se referem de modo preciso. Os conceitos indeterminados, a sua vez, referem-se a uma esfera de realidade cujos limites, apesar de tentarem delimitar um caso concreto, não aparecem de modo preciso no enunciado, gerando dúvidas ao aplicador da lei. Em virtude dessas imprecisões, das quais o legislador muitas vezes deve fazer uso, entendem os autores que a lei pode apresentar duas diferentes espécies de conceitos indeterminados: conceitos de experiência (como a incapacidade para o exercício das funções) e conceitos de valor (boa-fé, justo preço, conduta do homem médio).

Para Enterría, diante dos conceitos indeterminados de experiência ou de valor, a Administração não possui liberdade de escolha. O Executivo, nesses casos, deve proceder por meio de um processo intelectual de compreensão da realidade em que não há mais de uma resposta, mas apenas uma única solução justa perante a lei. Assim dispõe que:

É claro que a aplicação de tais conceitos ou a qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé, ou não há; ou preço é justo ou não é; ou se faltou com a probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isso é o essencial do conceito jurídico indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma “unidade de solução justa” em cada caso, a que se chega mediante uma atividade de cognição, objetiva portanto, e não mediante uma atividade volitiva.⁷⁶

Importante frisar que, em 1964, passados dois anos da publicação do artigo de Enterría, consoante Sainz Moreno, o estudioso Alejandro Nieto lamentou o fato de nem os tribunais nem a doutrina terem assumido a teoria que distinguia discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados. Todavia, pouco tempo depois, em 28 de abril de 1964, o Tribunal Supremo formulou sua primeira definição jurisprudencial sobre a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, cuja essência trazia consigo a distinção feita por Enterría. Após essa

Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos). RAP, Madrid, vol. 3, 1962, p.171-172, tradução nossa.)

⁷⁵ ENTERRIA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**, I.1.ed. Buenos Aires: La Ley, 2006, p 465.

⁷⁶ “Es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no lo hay; o el precio es justo o no lo es; o se há faltado a la probidad o no se há faltado. *Tertium non datur*. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición.” (ENTERRIA; FERNANDEZ, *loc. cit.*, tradução nossa.)

decisão, a jurisprudência espanhola passou a distinguir as consequências emanadas por atos discricionários e atos envolvendo conceitos flexíveis.⁷⁷

Em sua reconstituição histórica, Sainz Moreno destaca pontos de vista divergentes aos de Enterría, que surgiram nos anos subsequentes ao da publicação de seu artigo. Dentre eles, está a teoria de Manuel Martín González, que defende serem os conceitos indeterminados discricionários e os conceitos jurídicos determinados vinculados. O autor, ao defender essa posição, assume que estão compreendidos nos conceitos determinados, tanto aqueles que foram diretamente determinados pela norma, quanto aqueles que podem ser considerados indiretamente determinados, como é o caso dos conceitos determinados por meio da experiência comum ou por meio da experiência técnica.⁷⁸

A tese de González, em sua essência, ainda que com algumas divergências quanto ao que seriam conceitos determinados e indeterminados, vai ao encontro da doutrina e jurisprudência existentes antes do artigo de Enterría em 1962. Sainz-Moreno, posiciona-se em defesa da teoria de Enterría, afirmando que a tese de González “não é aceitável nem em sua raiz filosófica, nem em suas consequências jurídicas”.⁷⁹

Sainz Moreno termina seus estudos sobre a evolução histórica na jurisprudência espanhola declarando que “a incorporação da teoria dos conceitos jurídicos à jurisprudência contenciosa-administrativa espanhola é, em nossos dias, um fato, ainda que, todavia, não se haja obtido dela todas as suas consequências”.⁸⁰ Atualmente, o Superior Tribunal da Espanha continua a adotar a teoria da distinção.⁸¹

⁷⁷ SAINZ MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976, p. 272-273.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 279.

⁷⁹ “No es aceptable ni em su raíz filosófica ni em sus consecuencias jurídicas.” (*Ibidem*, p. 282., tradução nossa.)

⁸⁰ “La incorporación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados a la jurisprudencia contencioso-administrativa española es em nuestros días un hecho, aunque todavia no se na obtenido de ella todas sus consecuencias. (*Ibidem*, p. 286, tradução nossa.)

⁸¹ “La cuantificación de la tasa escapa a la discrecionalidad administrativa, por cuanto se trata de alcanzar el valor que tendría en el mercado la utilidad derivada de la utilización o el aprovechamiento de los bienes afectados, como si no fueren de dominio público. Constituye un concepto jurídico indeterminado” ESPANHA, STS, 3941/2017-08/11/2017, disponível em: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=TS&reference=8211466&links=conceptos%20indeterminados%20discrecionalidad&optimize=20171120&publicinterface=true>. Acesso em 10/11/2017.

3. A COMPREENSÃO BRASILEIRA

3.1. O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Antes de adentrar a questão envolvendo a discricionariedade administrativa, o enquadramento dos conceitos jurídicos indeterminados e suas formas de controle, faz-se mister retomar o entendimento da doutrina acerca do princípio da legalidade. Nesse sentido, conforme pontua Itiberê de Oliveira Rodrigues, o princípio da legalidade subdivide-se em dois subprincípios: o (sub)princípio da supremacia do interesse público e o (sub)princípio da reserva legal.⁸²

O princípio da supremacia do interesse público dispõe que “todos os atos estatais emanados na forma da lei possuem primazia ou supremacia em relação a todos os demais atos estatais infraconstitucionais, como, por exemplo, os decretos, instruções, portarias e circulares da Administração Pública”.⁸³ Assim, segundo esse subprincípio, conforme propõe Itiberê Rodrigues, a Administração Pública não pode agir *contra legem*, apenas *secundum legem* ou *praeter legem*.

O princípio da reserva legal, segundo o autor, “responde a questão *se e até que ponto* é necessária a autorização legal expressa para que a Administração Pública possa agir frente a um determinado âmbito ou fato da vida concreta”.⁸⁴ Itiberê Rodrigues afirma que o princípio encontra-se diretamente associado ao art. 5º, II, da Constituição Federal, pois visa a proteger os direitos de liberdade e propriedade dos cidadãos contra atos da Administração Pública. Para o autor, há a reserva legal específica – quando há a exigência constitucional de lei para regular um certo e determinado âmbito da vida – e a reserva legal total – deduzida por meio de uma interpretação sistêmica das normas constitucionais de repartição de competências entre os três Poderes. Expõe o autor que se não é reconhecida ao Executivo nenhuma competência normativa originária ou exclusiva, apenas o Poder Legislativo pode inovar a

⁸² RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**. In: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 54.

⁸³ *Ibidem*, p. 55.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 56.

ordem jurídica, de modo que “ a atividade administrativa fica com isso totalmente dependente de prévia lei autorizadora, sem o que será inválida”.⁸⁵

Conclui o autor que a atividade da Administração Pública não pode ser *contra legem* em razão do princípio da supremacia do interesse público, bem como não pode ser *praeter legem* em função do princípio da reserva legal. Este, no entanto, encontra exceção no art. 84, VI, da Constituição Federal, o qual disciplina acerca dos decretos autônomos.⁸⁶

Assim, discricionários ou vinculados, os atos praticados pela Administração Pública estão sujeitos ao controle de legalidade, devendo os atos viciados serem invalidados. Di Pietro contextualiza a evolução do princípio da legalidade ao longo das etapas pelas quais passou o Estado Moderno - Estado de Polícia, Estado de Direito e Estado Social -, apontando também as modificações que foram ocorrendo no que tange à compreensão da discricionariedade administrativa.⁸⁷

Ensina a autora que, durante o período do Estado de Polícia (etapa inicial do Estado Moderno), a Administração Pública somente estava vinculada às normas que proviessem do monarca. “Era o império do arbítrio, não no sentido de injusto, mas no sentido de ausência de limitações legais”,⁸⁸ e não estava o monarca submetido à lei ou ao controle judicial.⁸⁹ No entanto, no que dizia respeito aos atos administrativos fora do alcance do príncipe, aqueles de caráter iminente privado, os quais geravam direitos subjetivos, já havia o entendimento de que esses deveriam ser controlados pelos Tribunais.⁹⁰

⁸⁵ RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**. In: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54-89.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 57.

⁸⁷ Para melhor detalhamento acerca da evolução do princípio da legalidade no Brasil ver também o artigo de Itiberê de Oliveira Rodrigues: **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 7.

⁸⁹ *Idem*, **Limites ao Controle Externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, janeiro/fevereiro/março de 2014, p. 1-2. Disponível na Internet: <<http://direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-MARIA-SYLVIA-PIETRO.pdf>>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

⁹⁰ DI PIETRO, 2012, *loc. cit.*

Com base nos ideais de Rousseau e Montesquieu, foi a partir da construção do Estado de Direito, preocupado em proteger as liberdades do cidadão (liberdades negativas), que se firmaram os princípios da legalidade, da igualdade e da separação de Poderes, e, por consequência inevitável, houve o aumento do controle externo sobre a função executiva. Assim, expõe Di Pietro: “É por meio dos vários sistemas de controle da Administração Pública que se torna possível a sua submissão à lei, com respeito aos direitos individuais e coletivos”.⁹¹ Nesse período, contudo, “a discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia controle judicial”.⁹²

Com a consolidação do Estado Social de Direito, os cidadãos passaram a exigir a atuação do Estado em prol da coletividade, ampliando e tornando mais complexas as relações Estado-Indivíduo. Tais modificações fizeram com que surgisse a necessidade de novos mecanismos de controle, aptos a se enquadrarem aos diversos segmentos de atuação da Administração Pública.

A legalidade, no período atual, além de sua subdivisão em princípio da supremacia do interesse público e da reserva legal, é compreendida não apenas em seu aspecto formal (lei *stricto sensu*), mas também em seu aspecto material, abrangendo também a moralidade, razoabilidade, economicidade, legitimidade, adequação dos fatos à norma, qualificação jurídica dos fatos. “Falar em princípio da legalidade não significa mais falar em submissão à lei, em sentido formal, mas em submissão ao Direito”.⁹³

3.2. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.2.1. Conceito

Em linhas gerais, conforme pontua a doutrina majoritária, o conceito de ato discricionário opõe-se ao de ato vinculado. Enquanto este ocorre quando a lei impõe um único

⁹¹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Limites ao Controle Externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n° 37, janeiro/fevereiro/março de 2014, p. 2. Disponível na Internet: <<http://direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-MARIA-SYLVIA-PIETRO.pdf>>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

⁹² *Idem*. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012., p. 14.

⁹³ DI PIETRO, 2014, *op. cit.*, p. 5.

comportamento a ser seguido pelo administrador (gerando direito subjetivo ao administrado), aquele permite um certo campo de liberdade ao agente público, o qual pode escolher entre uma ou outra solução – igualmente válidas perante o Direito - conforme critérios de oportunidade e conveniência.^{94 95} Trata-se, em suma, de uma apreciação subjetiva feita pelo administrador que visa ao melhor atendimento do interesse público no caso concreto.

Ainda que essa seja a conceituação da doutrina majoritária acerca da discricionariedade, há quem entenda o conceito de discricionariedade de modo distinto. Assim, sobre a discricionariedade administrativa, Marçal Justen Filho pontua o seguinte:

A discricionariedade não significa que a Administração Pública seria titular de uma reserva de poder para escolher entre diversas alternativas. Não existe um poder discricionário inerente à função administrativa. A discricionariedade é atribuída pelo direito ao disciplinar o desempenho da função administrativa.⁹⁶

Ademais, a discricionariedade não corresponde a uma forma arbitrária de exercício da Administração Pública, pois a autoridade pública, ao praticar qualquer ato, deve seguir a lei. A arbitrariedade surge quando o administrador age em contrariedade ou ultrapassa os limites da lei. No cenário do Estado de Direito, a arbitrariedade não encontra lugar para se instalar.

Pode-se afirmar que, embora haja quem conteste, a discricionariedade é essencial à atuação da Administração Pública. Ela se torna necessária não apenas frente à impossibilidade de o legislador prever todas as situações a serem enfrentadas pelo administrador no caso concreto, como também frente à importância de não se engessar a sua atuação, tornando-a, muitas vezes, incompatível com o interesse público. Conforme Fiorini, “A discricionariedade se exerce como uma atividade formalmente necessária para o eficaz desenvolvimento da Administração Pública; quer dizer que, se não existisse, seria impossível a plena realização dos interesses sociais”.⁹⁷ Portanto, diante das inúmeras e diversificadas situações cotidianas

⁹⁴ V., por todos: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

⁹⁵ Seguindo o já disciplinado em Portugal, a expressão oportunidade e conveniência foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 221, de 20.11.1894 em seu art. 13, §9º.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 86.

⁹⁷ FIORINI, 1952 *apud* DI PIETRO, 2012, p. 63.

vividas pelos administradores públicos, “não seria possível – e nem mesmo conveniente – que todas as condutas administrativas fossem embasadas sempre através de regras vinculadas”.⁹⁸

A discricionariedade, contudo, é sempre “relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado”.⁹⁹ Se não forem seguidos esses elementos do ato, ele deixa de ser arbitrário e passa a ser ilegal, arbitrário. Hely Lopes Meirelles expôs, em sua obra, que a observância da competência, forma e finalidade, bem como dos princípios do regime jurídico administrativo consiste em um mínimo legal ao qual o legislador subordina a Administração Pública. Conforme expõe Almiro do Couto e Silva, “o poder de escolha característico do poder discricionário relaciona-se com o “se” e com o “como” da ação administrativa ou com ambos”.¹⁰⁰

Eros Grau, no entanto, entende a discricionariedade por um viés pejorativo. Para o autor, o qual segue a ideia de Tércio Sampaio Ferraz Jr., a discricionariedade seria uma válvula de escape para contornar a rigidez da legalidade. Ao ser conivente com a discricionariedade administrativa, a doutrina estaria construindo o que denomina de falsa legalidade, “na medida em que a fragiliza mediante a introdução, nela, deste autêntico cavalo de Troia, a *discricionariedade*”.¹⁰¹

3.2.2. Hipóteses de Ocorrência da Discricionariedade

Quanto à definição das hipóteses de ocorrência da discricionariedade, Di Pietro refere ser uma tarefa “difícil, senão impossível”,¹⁰² mas afirma que, em regra, há discricionariedade quando: a) a lei expressamente a confere à Administração, b) a lei é insuficiente, c) a lei prevê

⁹⁸ MAFFINI, Rafael da Cás. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 66.

⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 139.

¹⁰⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. jan/jun, 1990, p. 55.

¹⁰¹ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 193.

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada, d) a lei usa certos conceitos indeterminados.

Já, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade pode advir: a) da hipótese da norma (modo impreciso como a lei descreveu a situação fática), b) do comando da norma (norma prevê alternativas de conduta) e c) da finalidade da norma (conceitos de valor). Essas, segundo Celso Antônio, seriam as causas determinantes, mas não seria nelas que a discricionariedade se expressaria, mas sim em um único elemento, que é o conteúdo do ato (a providência adotada).

Há, no entanto, autores que entendem, conforme será melhor abordado no tópico referente aos conceitos jurídicos indeterminados, que somente há discricionariedade quando a lei confere expressamente uma escolha de conveniência e oportunidade ao administrador, o que não seria o caso quando houvesse conceitos vagos, visto que estes se sujeitam apenas à interpretação, uma valoração intelectual e não volitiva. Dentre os teóricos que adotam essa corrente, encontram-se, entre outros, Hely Lopes Meirelles, Marçal Justen Filho, Eros Grau e Almiro do Couto e Silva.

3.2.3. Mérito Administrativo

Importado para o Brasil a partir do Direito Italiano,¹⁰³ o mérito administrativo foi amplamente aceito na formulação da teoria da discricionariedade brasileira. O mérito, primordialmente, consiste em uma qualidade típica do ato administrativo, pois não possui relevância no direito privado: “diz respeito a sua conveniência, utilidade, adequação aos fins de interesse público, gerais e especiais, que se pretendem alcançar com a prática do ato”.¹⁰⁴

Conforme Maffini, “o mérito administrativo consiste em um critério de escolha que, por óbvio, somente poderá ser considerado presente naqueles casos em que houver espaços

¹⁰³ V. tópico 2.3.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 128.

legais para juízos de valor”.¹⁰⁵ Assim, nos atos administrativos vinculados, em que não há uma escolha a ser feita pelo administrador, não há mérito administrativo.

Ao definir mérito administrativo, a doutrina majoritária utiliza as expressões conveniência e oportunidade. Todavia, são poucos os teóricos que explicam o significado dos termos que compõem o binômio. Seja por entender ser uma obviedade, seja por entender ser uma fonte de perplexidade, a doutrina geral parte do pressuposto de que mérito é conveniência e oportunidade e vice-versa, sem maiores explanações. Explica Maffini, entretanto, tratar-se de uma definição bastante simples: ao se deparar com uma norma discricionária, o administrador deve ir além da mera subsunção da hipótese à regra (como ocorre nas condutas vinculadas), elegendo, dentre as escolhas possíveis, a solução que melhor atenda ao interesse público (conveniência), diante das circunstâncias fático-jurídicas do caso concreto (oportunidade).¹⁰⁶ Já Eros Grau define conveniência como utilidade do ato e oportunidade como ocasião de sua prática.¹⁰⁷

Ainda que o grau de controle sobre os atos administrativos seja um ponto de controvérsias entre os estudiosos do direito administrativo, a posição majoritária é de que não é possível controlar aspectos referentes ao mérito administrativo. O controle se dá meramente sobre a legalidade do ato, não podendo o Judiciário substituir a escolha da Administração pela sua.¹⁰⁸

3.2.4. Discricionariedade segundo Celso Antônio Bandeira de Mello

Haja vista o conceito de discricionariedade de Bandeira de Mello possuir contornos singulares, visando a uma melhor didática do trabalho, estudar-se-á a teoria do autor neste tópico em separado.

Inicialmente, importa destacar que C.A. Bandeira de Mello defende a ideia de que seria um equívoco utilizar a terminologia “Poder Discricionário” para referir-se à atuação da

¹⁰⁵ MAFFINI, Rafael da Cás. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 68.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 69.

¹⁰⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 189.

¹⁰⁸ V. tópico. 3.4.

Administração Pública.¹⁰⁹ Na construção de seu argumento, o autor parte da premissa de que o Estado de Direito se encontra submetido ao princípio da legalidade, abrangendo tanto os atos vinculados quanto os discricionários. Expõe que a “atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade sublegal, infralegal”. Nesse sentido, em nada difere seu pensamento do restante da doutrina. Todavia, segue sua argumentação teorizando que o Estado possui uma função: exercitar um poder, não em proveito próprio, mas em proveito alheio e “o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um *dever*”.¹¹⁰ Assim, na visão do autor, o poder seria um mero instrumento do dever, um desdobramento necessário para se atingir uma finalidade imposta por lei, devendo a terminologia correta ser “Dever Discricionário”, em vez de “Poder Discricionário”.¹¹¹

Por meio desse primeiro argumento, C.A. Bandeira de Mello busca reestruturar a compreensão do que seria a discricionariedade administrativa. Enfatiza que a compreensão majoritária, por girar em torno da ideia de poder e por entender ser possível a adoção de qualquer das escolhas permitidas pela norma em abstrato, está em desacordo com os fundamentos do direito positivo.

O autor questiona-se sobre como se deve conciliar a obrigação imposta pelo princípio da legalidade com a existência de uma margem de liberdade reconhecida ao administrador ao executar uma norma. Para ele, está presente a discricionariedade nos casos em que a lei confere à Administração, seja por meio de conceitos fluídos seja por meio do comando da norma, um juízo subjetivo quanto à determinação ou reconhecimento da situação fática, quanto à faculdade de agir ou não agir, quanto à escolha da ocasião, quanto à forma jurídica e quanto à medida mais idônea para satisfazer a finalidade legal. Conforme essa explanação, para ele, a discricião não está no ato do agente, mas em seus aspectos.¹¹²

Segundo a teoria de C.A. Bandeira de Mello, a lei sempre impõe ao administrador um comportamento ótimo - comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade e ao interesse público-, seja nos atos vinculados, seja nos discricionários. Assim, justifica que, nos casos discricionários, o administrador encontra-se “perante o *dever jurídico* de praticar,

¹⁰⁹ Maffini também é do entendimento de que não se trata de um poder discricionário ou um poder vinculado, mas tão somente uma regra de atribuição de competência vinculada ou discricionária. (MAFFINI, Rafael da Cás. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 64.)

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 14.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 15.

¹¹² *Ibidem*, p. 18.

não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”.¹¹³

Com base nessa teoria, portanto, o legislador apenas teria deixado de vincular plenamente o ato administrativo à lei por imaginar que somente o administrador poderia verificar a solução ótima ao caso concreto. A partir dessa perspectiva, conclui que:

A conduta que não atingir de modo preciso e excelente a finalidade legal, não é aquela pretendida pela regra de Direito. Se não é aquela pretendida pela regra de Direito, quem a promoveu atuou em desconformidade com a finalidade legal e quando alguém atua em desconformidade com a finalidade legal, o ato é inválido.¹¹⁴

A norma em abstrato, consoante tal pensamento, é mais discricionária do que quando aplicada ao caso concreto, pois esta deve se basear apenas na solução ótima, podendo, diante do caso da vida, deixar de ser discricionária por haver apenas uma solução ótima dentre as elencadas pela norma em abstrato – a qual permanece discricionária. Nesse sentido, afirma o autor que “a discricionariedade na regra de direito contém *in potencia* a discricionariedade *in actu*, mas nada mais que isso”,¹¹⁵ ou seja, a norma, confrontada com o caso concreto, pode ao ser aplicada fazer com que desapareça a discricionariedade. Se não for adotada a solução excelente, então haverá violação à norma, e havendo violação à norma, está o Judiciário possibilitado a corrigir o vício. Conforme a teoria, o exame do Judiciário não adentraria o mérito administrativo, apenas se cingiria a analisar se no caso havia ou não discricionariedade.

Contudo, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca que, na maioria dos casos, ainda haverá dúvidas quanto à decisão correta a ser tomada, havendo mais de uma solução adequada e razoável. Nesses casos, trata-se de uma questão pura de mérito administrativo, em que não há vícios legais a serem controlados pelo Judiciário.¹¹⁶

¹¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 33.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 37.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 40.

Por fim, pode-se afirmar que a discricionariedade para Bandeira de Mello somente existe quando não é possível saber qual é a solução ótima. No final do capítulo I de seu livro, o autor conclui que

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez da expressão da lei ou da liberdade conferida ao mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.¹¹⁷

Sobre essa visão, sustenta Almiro do Couto e Silva que a atividade do Estado é sempre condicionada pelo fim da utilidade pública. Conquanto, para o autor, o fato de a Administração estar vinculada a esse fim - o qual caracteriza como “genérico”-, não faz com que se elimine toda e qualquer margem de discricionariedade. “É evidente que o entendimento contrário, se levado às últimas consequências, teria como resultado a negação do poder discricionário.”¹¹⁸

Por fim, importa mencionar que a finalidade da tese de doutorado de Di Pietro é demonstrar como determinados princípios de direito administrativo, inclusive o do interesse público, limitam e podem vir a eliminar a discricionariedade administrativa perante o caso concreto.¹¹⁹

3.3. O ENQUADRAMENTO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

3.3.1. Conceituação

¹¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 48.

¹¹⁸ COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. jan/jun, 1990, p. 57.

¹¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 151.

Em termos breves, pode-se dizer que o Direito, não podendo expressar-se de outro modo - ou seja, sob outra forma de linguagem-, obedece aos contornos dados pela língua e pela gramática. Assim, em decorrência das próprias características inerentes ao signo linguístico (unidade mínima de significação), os conceitos podem ser vagos, imprecisos e mutáveis no tempo e no espaço.¹²⁰ As dificuldades encontradas pela linguística, portanto, refletem no âmbito do Direito e de sua aplicação, merecendo destaque o seu estudo.

A respeito, acrescenta Marçal Justen Filho que “a lei se manifesta como linguagem e toda linguagem espontânea (natural) apresenta características de incerteza e indeterminação”.¹²¹ Eros Grau menciona que os juristas têm por hábito usar palavras pressupondo serem essas conhecidas e assentes quanto ao seu sentido, o que, na prática, não ocorre.¹²²

No âmbito da Teoria do Direito, contudo, a própria definição de conceitos jurídicos indeterminados é disputada na doutrina, principalmente entre os teóricos Eros Grau e Celso Antônio Bandeira de Mello. Cada qual possui uma compreensão diferente no que tange não apenas ao enquadramento dos conceitos indeterminados, como também quanto à sua correta denominação e significação linguística.

Segundo Eros Grau, Bandeira de Mello erra ao admitir a existência de conceitos indeterminados, “confundindo *conceito* e *termo* (expressão do conceito) e ignorando a distinção entre *conceito* e *noção*”.¹²³ Para Eros Grau, a cada conceito corresponde um termo, que seria o signo linguístico do conceito, portanto, o conceito se expressaria em seu termo. Por conseguinte, para o autor, a indeterminação “na hipótese, *não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos)*; logo, mais adequado será referirmo-nos a *termos indeterminados de conceitos*, e não a ‘conceitos (*jurídicos ou não*) indeterminados”.¹²⁴

¹²⁰ SAUSSURE, Ferdinand de. **Imutabilidade e Mutabilidade do Signo**. In: _____. **Curso de Linguística Geral**. Cultrix: São Paulo, 2006. p. 85-93

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

¹²² GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 142.

¹²³ *Idem*. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 192.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 194.

Logo, para Eros Grau a terminologia “conceitos jurídicos indeterminados” é equivocada, pois, ao partir do pressuposto de que o conceito é uma suma de ideias, faz com que o conceito tenha de ser minimamente determinado. Se não houver uma ideia mínima, não há conceito.

Bandeira de Mello, embora não cite o nome alvo de sua crítica, em nítida discordância a Eros Grau, critica seu entendimento:

Anote-se, de passagem, que a imprecisão, fluidez, indeterminação a que se tem aludido residem no *próprio conceito e não na palavra que os rotula*. Há quem haja, surpreendentemente, afirmado que a imprecisão é da palavra e não do conceito, pretendendo que este é sempre certo, determinado. Pelo contrário, as palavras que os recobrem designam *com absoluta precisão* algo que é, em si mesmo, um objeto mentado cujos confins são imprecisos.¹²⁵

Ainda que a crítica não fosse a Eros Grau, esse autor tomou-a para si e defendeu-se, implicando que Bandeira de Mello não apenas não compreendeu a distinção entre termo e conceito, como também adotou a visão equivocada.

De outra parte, Celso Antônio aparentemente adota a concepção de que *nomina sunt consequentia rerum*¹²⁶, quando na verdade – diz Umberto Eco [1983/403], pela voz de Guilherme de Baskerville-, ‘de fato, é agora sabido que diferentes são os nomes que os homens impõem para designar conceitos, e iguais para todos são apenas os conceitos, signos das coisas. [...]’. A mudança da palavra ou das palavras que compõem o seu *termo* evidentemente não altera nem modifica o conceito.¹²⁷

O restante da doutrina, felizmente, pouco se preocupou com o debate acerca da correta denominação dos conceitos indeterminados, pois, de fato, pouco acrescenta ao debate. Assim, por mais que alguns autores não concordem com a expressão utilizada,¹²⁸ continuam empregando-a, sem maiores debates, por já estar consagrada na doutrina de diversos países. Ademais, debruçar-se sobre essa matéria exigiria um conhecimento sobre a área da

¹²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 20-21.

¹²⁶ Os nomes são consequência das coisas. (Tradução nossa)

¹²⁷ GRAU, *op. cit.*, p. 195.

¹²⁸ Di Pietro considera a expressão criticável. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 90.)

Linguística mais profundo do que os estudiosos do direito administrativo normalmente possuem.

Em suma, pode-se definir conceitos jurídicos indeterminados como sendo conceitos que, em razão da sua vagueza e imprecisão, podem ser preenchidos por conteúdos diversos a partir de um processo intelectual. Dentre eles, encontram-se os já citados conceitos de experiência e os conceitos de valor.

3.3.2. Discricionariedade e Interpretação

Conforme já abordado no capítulo anterior, o enquadramento dos conceitos jurídicos indeterminados como uma hipótese de discricionariedade conferida pelo legislador é até hoje fonte de controvérsias. A doutrina brasileira, basicamente, divide-se em duas grandes correntes: a) a de que os conceitos indeterminados não conferem de forma alguma discricionariedade à Administração, sendo objetos apenas de interpretação (corrente extremada¹²⁹); b) a de que os conceitos jurídicos indeterminados podem conferir discricionariedade à Administração nos casos de conceitos de valor (corrente moderada ou tradicional).

Depreende-se, por conseguinte, que a doutrina moderna parece ter superado a questão de que os conceitos jurídicos indeterminados sempre ensejam a discricionariedade administrativa. A isso relaciona-se o fato relatado por Di Pietro de que “a partir principalmente da década de noventa, o direito administrativo brasileiro passou a sofrer influência do direito alemão, espanhol e português (fundamentalmente) no que diz respeito à aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados”.¹³⁰

¹²⁹ Di Pietro defendeu que a posição de Tezner e Enterría, as quais deram origem à corrente no Brasil, possuíam uma posição extremada. Por isso, para fins didáticos, procurou-se distinguir, nesta monografia, as teorias em corrente extremada e moderada. A denominação “corrente extremada”, contudo, não deve ser interpretada em um sentido pejorativo.

¹³⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Limites ao Controle Externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?**. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, janeiro/fevereiro/março de 2014, p. 8. Disponível na Internet: <<http://direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-MARIA-SYLVIA-PIETRO.pdf>>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

Gradualmente, a doutrina passou a compreender que discricionariedade e interpretação não se confundiam. Todavia, os autores ainda divergem sobre o momento em que surge (se é que surge) para a Administração o poder discricionário.

3.3.2.1. Corrente Extremada

Em sua clássica obra *Direito Administrativo Brasileiro*, Hely Lopes Meirelles, ainda que pouco tenha escrito sobre o tema, já ensinava que:

A discricionariedade só pode decorrer de atribuição da lei. Assim, a mera existência dos chamados “conceitos indeterminados” ou “imprecisos”, porque não têm conteúdos inequívocos, a nosso ver, não gera discricionariedade, mas necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e da razoabilidade. Assim, quando o texto legal usar conceitos indeterminados, a discricionariedade somente poderá ser reconhecida se a lei também autorizá-la.¹³¹

Ao encontro desse pensamento está o de Eros Grau, que apesar de avesso à discricionariedade administrativa, dedica parte de suas obras a defender a teoria de que os conceitos indeterminados não devem ser confundidos com a discricionariedade. Sustenta ele que:

*A discricionariedade é atribuída, pela lei, à autoridade administrativa; não decorre da lei, utilizando-se o verbo “decorrer”, aqui, para referir a circunstância de o emprego, pelo texto legal, de “conceitos indeterminados” conduzir à discricionariedade; vale dizer: a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas.*¹³²

Eros Grau segue a teoria de García de Enterría, em que se propõe que os conceitos indeterminados (conceitos de experiência e de valor), ao serem interpretados, conduzem a uma única solução justa (unidade de solução), utiliza-se do argumento já estudado de que “ou

¹³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 139-140.

¹³² GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 190.

há boa-fé ou não há”.¹³³ Não resta qualquer margem para decisões discricionárias pela Administração, a autoridade apenas poderia atuar conforme seus critérios de conveniência e de oportunidade quando a própria lei conferisse, expressamente, espaço para tanto.

Por outro lado, o exercício do poder discricionário consistiria na opção para a Administração de uma pluralidade de soluções justas. As alternativas deixadas a critério de decisão pela autoridade administrativa são igualmente justas perante o direito, fundamentando-se a decisão em critérios extrajurídicos (eleição de indiferentes jurídicos), “ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei”.¹³⁴ Estabelece, portanto, que um se refere a um juízo de oportunidade (mérito), enquanto outro a um juízo de legalidade.

É interessante, todavia, discutir a seguinte afirmação feita por Eros Grau: “A discricionariedade, vimos, expressa-se na formulação de *juízos de oportunidade*, importando eleição entre *indiferentes jurídicos*, à margem, pois, da legalidade”.¹³⁵ Eros Grau reitera sua alegação ao argumentar que o agente público apenas possui discricionariedade, “isto é, exercitando as margens de liberdade de atuação fora dos quadrantes da *legalidade*”,¹³⁶ quando a norma conferir juízos de oportunidade. Nos demais casos, para o autor, o agente público está subordinado à legalidade.

Percebe-se, por essa passagem, assim como pelas colocações já mencionadas de que a discricionariedade seria um cavalo de Tróia, bem como uma forma de subverter a legalidade, que o autor confere à discricionariedade características de arbitrariedade. Em seu discurso, aparenta pensar que a discricionariedade, por advir de um juízo de oportunidade, não se submete à lei e, em razão desse pensamento, toma o instituto como abominável.

No que tange às diferenças entre a interpretação e a discricionariedade, o autor expõe que interpretar não é o mesmo que compreender. Interpretar é ir além da compreensão, é transformar uma expressão em outra. Conforme já muito propagado na Teoria do Direito, Grau cita Gadamer e Kelsen, reafirmando a tarefa do intérprete autêntico (o juiz) de criar

¹³³ V. tópico 2.5.

¹³⁴ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 201.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 204.

¹³⁶ *Ibidem*, p 204..

normas, pois que “da interpretação do texto surge a norma”.¹³⁷ Continua seu texto afirmando que “interpretar o direito é formular juízos de legalidade”.¹³⁸

Conclui o autor que a doutrina tradicional confunde interpretação com discricionariedade, pois descreve discricionariedade (juízo de oportunidade) utilizando-se dos atributos de interpretação (juízo de legalidade).¹³⁹ Ressalta-se, contudo, que o autor, por se utilizar essencialmente dos conceitos fornecidos por C.A. Bandeira de Mello, acaba por limitar a discussão ao debate entre ambos, ignorando as outras definições de discricionariedade dadas pela doutrina. Como visto anteriormente, a definição de discricionariedade de C.A. Bandeira de Mello possui peculiaridades ao estabelecer que a discricionariedade afunila-se ao ter de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, podendo, inclusive, anular-se. Nesse caso, de fato, as características assemelham-se às da interpretação – que também busca uma solução correta –, porém, a maioria da doutrina apenas define discricionariedade administrativa como sendo a opção entre duas ou mais soluções igualmente válidas perante o direito.

Ainda aderem à corrente de Eros Grau os autores Almiro do Couto e Silva e Rafael Maffini. O primeiro segue a doutrina germânica, que, à semelhança da Espanhola, entende que os conceitos jurídicos indeterminados (empíricos ou de valor)¹⁴⁰ fazem parte do suporte fático legal e as questões que surgem em decorrência das zonas cinzentas devem ser resolvidas por meio da interpretação do texto. O poder discricionário, a sua vez, consiste em uma faculdade de eleição da consequência ou do efeito jurídico, a qual pressupõe critérios de mérito.¹⁴¹

O segundo autor, Rafael Maffini, a partir da compreensão de que os conceitos jurídicos indeterminados possuem uma margem interpretativa a ser preenchida, indaga-se se a presença desses conceitos vagos nas normas de atribuição de competência geraria ou não um outro tipo de discricionariedade: não a discricionariedade volitiva, típica dos atos

¹³⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 205.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 207.

¹³⁹ “não absorvendo a distinção que aparta *juízos de legalidade* de *juízos de oportunidade*, identificam, sem dar conta disso, a *atividade discricionária da Administração* com a atividade de *interpretação do direito*.” (GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 192-193.)

¹⁴⁰ Segundo o autor, exemplos de conceito empírico: escuridão, noite, ruído. Exemplos de conceito de valor: moralidade pública, motivo torpe, conduta grave. (COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. jan/jun, 1990, p. 58-59.)

¹⁴¹ COUTO E SILVA, *loc. cit.*

discricionários, mas a discricionariedade intelectual. Conclui estabelecendo estar com a razão a doutrina que distingue discricionariedade de interpretação dos conceitos indeterminados. A fim de justificar sua posição, salienta que a discricionariedade confere ao administrador a possibilidade de realizar um juízo de valor (ato de vontade), enquanto que os conceitos jurídicos indeterminados têm por consequência um juízo de interpretação (ato de inteligência). Entende, portanto, não ser possível a confusão entre “escolha” e “interpretação” ou “discricionariedade” e “conceitos jurídicos indeterminados”.¹⁴²

3.3.2.2. Corrente Moderada

A corrente moderada acerca do tema expressa-se principalmente nas teorias de Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia de Pietro e de Regina Helena Costa. Esses autores entendem que, ainda que haja certo distanciamento entre discricionariedade e interpretação, há casos em que apenas a interpretação não é suficiente para solucionar o caso, surgindo, por conseguinte, a discricionariedade para a Administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello, não obstante enquadre os conceitos fluidos como hipóteses que geram a discricionariedade administrativa, não deixa de compreender que existe uma interpretação anterior a ser feita. Segundo ele, é um erro afirmar que os conceitos indeterminados, ao serem confrontados com o caso concreto, “ganham, *em todo e qualquer caso*, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não dos conceitos por elas recoberto”.¹⁴³ O autor admite, portanto, que, por vezes, os conceitos indeterminados limitar-se-ão à interpretação, por outras, não será possível atingir-se uma única solução, ensejando a discricionariedade do administrador.

O autor discorda da posição alemã, bem como da espanhola no que tange à dicotomia existente entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados. Entende que os conceitos indeterminados não são apenas indeterminados em abstrato, com também o são, muitas vezes, no caso concreto. Para C.A. Bandeira de Mello, há casos em que a mera

¹⁴² MAFFINI, Rafael da Cás. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 71-72.

¹⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 22.

interpretação, no caso concreto, resolverá a indeterminação da norma em abstrato, havendo uma certeza objetiva de como o conceito deveria ter sido compreendido e aplicado pela Administração Pública. Entretanto, em outras e frequentes situações, não se poderá reputar incorreta nenhuma das opiniões que se depreende da norma se essas forem igualmente razoáveis. Finaliza sua crítica afirmando: “Eis porque não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”.¹⁴⁴

Indica o administrativista que os conceitos de valor, em grande parte, estão abrangidos pela discricionariedade administrativa, sendo uma entre as três hipóteses de sua ocorrência (discricionariedade em razão da finalidade da norma). Justifica afirmando que conceitos como “moralidade pública” e “interesse público”, comportam intelecções não uniformes, ou seja, são expressões “susceptíveis de existir em graus e medidas variáveis”.¹⁴⁵

Ademais, para Bandeira de Mello, os conceitos indeterminados também aparecem nos casos de discricionariedade administrativa pela hipótese da norma, quando os pressupostos de fato foram descritos por meio de conceitos vagos, fluidos ou imprecisos. Nessas situações, não há necessariamente um conceito de valor, mas simplesmente uma imprecisão na norma, que gera dúvidas quanto ao motivo (situação fática) que desencadeia a atuação da Administração.¹⁴⁶

Embora compreenda, que os conceitos vagos estejam presentes na discricionariedade, em razão do princípio da legalidade e da própria estrutura do signo linguístico, estipula delimitações quanto à fluidez dessas expressões. Assim, pontua que por mais que um conceito possa ser indeterminado, ele apresenta um núcleo de conteúdo mínimo indiscutível. Possui um núcleo de certeza positiva (em que não há dúvidas quanto ao âmbito de aplicação), um núcleo de certeza negativa (em que não há dúvidas quanto campo semântico não abrigado pela palavra) e uma zona intermediária entre os dois núcleos, onde surgem as dúvidas. Essa zona cinzenta, conforme o caso, pode sequer existir.¹⁴⁷

O administrador, portanto, não pode interpretar uma norma em dissonância com o entendimento conferido aos conceitos e com o que foi socialmente reconhecido em

¹⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 23.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 18-19.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 29.

determinado tempo e lugar. A interpretação dada deve ser razoável e conforme o contexto do ordenamento jurídico. Nessas situações, a discricionariedade não pode ser um óbice ao controle pelo Judiciário da legalidade do ato do agente administrativo ao efetuar a interpretação dos conceitos indeterminados da norma. C.A. Bandeira de Mello arremata sua teoria sobre o enquadramento dos conceitos vagos referindo que:

Se o juízo do administrador fosse incontestável sobre questões desta ordem (por exemplo, a respeito da existência de urgência, de interesse público relevante, de moralidade pública, de ordem pública e quejandos) seu poder seria absoluto, ilimitado, *ao invés de ser uma competência*, pois teria a extensão que a autoridade administrativa quis lhe dar.¹⁴⁸

Regina Helena Costa segue esse entendimento desde sua primeira manifestação sobre o tema em 1988.¹⁴⁹ A autora enfatiza que interpretação e discricionariedade não se confundem, sendo a primeira fruto de uma operação lógica de conhecimento, e a segunda a integração da norma mediante apreciação própria após efetivado o processo de interpretação. Assim, conclui, como muitos já o fizeram antes, que “o exercício da discricionariedade sucede à interpretação da norma cuja aplicação se pretende”.¹⁵⁰

Para a autora, o elemento diferenciador entre discricionariedade e interpretação consiste na vontade do agente aplicador, visto que se encontra ausente na interpretação e presente na discricionariedade. A interpretação visa a precisar a vontade da lei, enquanto que a discricionariedade se caracteriza por ser a faculdade conferida por lei de o administrador realizar o ato conforme a sua vontade.¹⁵¹ Salienta que tanto a interpretação quanto a discricionariedade envolvem valoração, a primeira objetiva e a segunda subjetiva. Nesse aspecto, portanto, convergem as doutrinas.

A ideia lançada por Regina Helena Costa é de que as posições adotadas pela Alemanha, Espanha (Enterría) e Portugal (Queiró) acerca dos conceitos jurídicos

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31.

¹⁴⁹ COSTA, Regina Helena. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 29, junho de 1988.

¹⁵⁰ *Idem*. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: revisitando o tema**. In: WLAD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cezar Augusto Guimarães. **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 999.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 1000.

indeterminados são demasiadamente simplistas e radicais. A seu ver, não há soluções unívocas a respeito do tema. A discricionariedade administrativa surge quando a interpretação não conseguir eliminar plenamente a indeterminação dos conceitos. Assim, expõe:

Dessarte, para nós, a menção a conceitos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública. Pensamos que a solução à questão somente pode ser fornecida casuisticamente, considerado o tipo de conceito empregado pela norma.¹⁵²

Ademais, propõe que devam ser abordados de modos distintos os conceitos de experiência (empíricos) e os conceitos de valor, pois no primeiro caso a interpretação é suficiente, enquanto no outro não seria. Tal distinção, segundo a autora, possui sua principal relevância no âmbito do controle jurisdicional.¹⁵³

Por fim, Di Pietro também segue a posição moderada. Sua linha argumentativa é semelhante à de Regina Helena Costa. No caso dos conceitos de experiência, não há discricionariedade, visto existirem critérios objetivos que levam a uma única solução possível. Apesar disso, na presença de conceitos de valor, a depender do caso concreto, pode haver discricionariedade. A oportunidade de escolha para o administrador surge quando, a partir da interpretação, não se chegar a uma zona de certeza, positiva ou negativa. Essa zona cinzenta que permanece deve ser afastada por meio de uma decisão de mérito “devidamente motivada em razões de razoabilidade ou aceitabilidade”.¹⁵⁴

3.4. CONTROLE JURISDICIONAL E LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Di Pietro destaca que “o tema concernente às limitações à discricionariedade administrativa é conexo com o de controle jurisdicional dos atos da Administração

¹⁵² COSTA, Regina Helena. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: revisitando o tema.** In: WLAD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cezar Augusto Guimarães. O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 1008.

¹⁵³ *Ibidem*, p. 1011.

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

Pública”.¹⁵⁵ O agente aplicador apenas pode atuar livremente, isto é, sem interferência do Judiciário, quando obedecer a determinados limites impostos por lei.

Quando a Administração atua de modo vinculado, não há dúvidas para a doutrina de que o controle judicial pode ser exercido de modo pleno. O juiz, nesses casos, confere se a atuação administrativa se deu em conformidade com a lei. Caso o administrador tenha transbordado os limites legais de atuação, o ato é inválido.¹⁵⁶

O controle judicial dos atos discricionários, no entanto, dá-se de forma mais restrita, visto que o Judiciário não pode adentrar o mérito da questão (escolha conforme oportunidade e conveniência), prerrogativa conferida pelo legislador à Administração. Ao adentrar os critérios de escolha do administrador, o juiz estaria substituindo a atuação deste pela sua, usurpando-lhe a função. Por conseguinte, o Judiciário só pode controlar tais atos dentro dos limites impostos à discricionariedade administrativa. Nesse sentido, esclarece Di Pietro:

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e penetrar no exame do mérito, não para substituir o ato administrativo pela sua própria decisão, mas para verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade, para entrar no campo do arbítrio e, portanto, da ilegalidade. Por isso mesmo, seria lícito dizer que a *legalidade* constitui o limite único à discricionariedade administrativa.¹⁵⁷

O entendimento de Di Pietro vai ao encontro do de Hely Lopes Meirelles, o qual, à sua época, já ensinava a respeito do controle judicial que:

Erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois a Justiça poderá dizer sobre sua legitimidade e os limites de opção do agente administrativo, ou seja, a conformidade da discricionariedade com a lei e com os princípios jurídicos. No exame dessa conformidade a razoabilidade e a proporcionalidade devem ser conjugadas com a necessidade do próprio ato. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, "invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repute mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração" é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.¹⁵⁸

¹⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 147.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 148.

¹⁵⁷ DI PIETRO, *loc. cit.*

¹⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 141.

Dessarte, infere-se, a partir das passagens supra, que o controle jurisdicional sobre os atos administrativos está atrelado à legalidade, a fim de que a Administração não atue arbitrariamente. Faz-se mister, contudo, retomar a compreensão do princípio da legalidade na perspectiva do controle dos atos administrativos.

A partir dos ensinamentos de Consuelo Sarria, os quais entende como sendo a síntese dos limites apontados pela doutrina, Di Pietro expõe que, dentre os limitadores da discricionariedade, encontram-se as regras relativas à competência e à forma, à finalidade, à apreciação dos fatos (sua existência ou não), à qualificação jurídica (atuação discricionária precisa ser motivada consoante princípios gerais de direito) e aos conceitos jurídicos indeterminados. Esclarece a autora, contudo, que os elementos limitadores da discricionariedade surgiram aos poucos, sendo resultado, principalmente, da evolução do pensamento francês sobre o tema: em que primeiro se restringiu a discricionariedade por critérios de incompetência e vício de forma e, após, restringiu-se por meio da verificação de desvio de poder e dos motivos determinantes (a serem controlados por princípios gerais de direito).¹⁵⁹

No que tange aos conceitos jurídicos indeterminados, a doutrina francesa, conforme já abordado, pouco se preocupou em distingui-los da discricionariedade. As teorias germânicas e hispânicas, que apartam as conceituações de discricionariedade e de conceitos vagos, apenas ganharam força, no Brasil, no final do século passado. Nesse sentido, Di Pietro mantém a posição de Consuelo Sarria com algumas distinções. Afirma que não são propriamente os conceitos indeterminados que limitam a discricionariedade, mas que sua interpretação faz com que surja ou não a discricionariedade. Se apenas com a interpretação (baseada principalmente em princípios gerais de direito) for possível chegar a uma única solução válida, então não há discricionariedade. Nesse caso, os princípios funcionariam como limitadores e não os conceitos em si.¹⁶⁰

Ao englobar os princípios como limitadores dos atos administrativos, o princípio da legalidade adquire, para a autora, um conteúdo axiológico, o qual exige por parte da Administração Pública conformidade com o Direito como um todo, não apenas quanto aos

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 148-149.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 150-151.

aspectos formais da lei. Dentre os princípios que limitam a discricionariedade, podendo, inclusive, anulá-la, encontram-se os princípios da moralidade, da razoabilidade e do interesse público.¹⁶¹

Para Maffini, a Constituição Federal de 1988 caracterizou um grande marco no que concerne à incorporação dos princípios na análise dos aspectos de validade do ato administrativo. Salienta que em função dessa evolução “de legalidade ampla ou juridicidade, toda a principiologia, e não somente a legalidade estrita, passou a fundamentar o controle judicial das condutas discricionárias, com o que se ampliou significativamente o espectro dos temas controláveis”.¹⁶²

Segundo o autor, ainda que o Judiciário sempre tenha tido o poder de controlar a validade dos atos discricionários, essa se restringia, inicialmente, apenas a aspectos formais. Atualmente, com a introdução dos princípios no campo do Direito, a validade adquire também um viés substancial. Assim, pode-se dizer o controle jurisdicional sobre os atos discricionários não é de mérito, mas no mérito. O Judiciário não pode adentrar o mérito e dizer qual é a melhor escolha a ser tomada, todavia pode invalidar o ato em decorrência do descumprimento da legalidade em sentido amplo.¹⁶³

Compreende que esse controle feito sobre os atos da Administração Pública, o qual denomina de “controle de exercício”, confere concreção ao sistema de freios e contrapesos, sendo, por conseguinte, um eixo de sustentação da tripartição funcional dos Poderes. Além disso, a importância do controle de validade relaciona-se também com a finalidade de promover os direitos fundamentais nos moldes do art. 5º, XXXV da Constituição Federal.¹⁶⁴ Para Maffini, tal artigo é de suma importância por conferir um direito subjetivo a uma legalidade objetiva.¹⁶⁵

A complementar o entendimento, Regina Helena Costa salienta que a principal baliza da atuação discricionária é hoje o princípio da razoabilidade. Ela especifica que a

¹⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 151.

¹⁶² MAFFINI, Rafael da Cás. **Discricionariedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição**. Revista Síntese Direito Administrativo, v. 76, 2012, p. 2831-2832.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 2832.

¹⁶⁴ Art. 5º, XXXV, da CRFB/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁶⁵ MAFFINI, *op. cit.*, p. 2835-2837.

proporcionalidade se encontra contida na razoabilidade, sendo ambas medidas em relação ao interesse público específico. Assim, na apreciação dos fatos que justificam o ato, deve-se verificar a proporcionalidade entre a escolha feita pelo administrador e o caso concreto. Essa aferição é feita, em última instância, pelo Judiciário, não pela Administração Pública.¹⁶⁶

Eros Grau critica a denominação de princípio da proporcionalidade,¹⁶⁷ visto que a proporcionalidade não seria um princípio, mas um postulado normativo aplicativo, que se desdobra em três subpostulados: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito,¹⁶⁸ devendo-se perguntar se as exigências decorrentes desses subpostulados são ou não satisfeitas. Na compreensão do autor, a doutrina banaliza o conceito, entendendo-o como um princípio superior que pode ser aplicado a todo e qualquer caso. Destaca, entretanto, que, sendo um postulado de interpretação, opera no âmbito do juízo de legalidade. Conseqüentemente, todo ato administrativo, vinculado ou discricionário, é informado pela proporcionalidade. Para definir razoabilidade, também postulado normativo da interpretação, Grau traz a conceituação de Humberto Ávila: “A razoabilidade [...] determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão”.¹⁶⁹

3.5. O CONTROLE JURISDICIONAL NOS CASOS DE CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

As divergências existentes na doutrina acerca do enquadramento dos conceitos jurídicos indeterminados no campo da discricionariedade refletem diretamente no modo como cada corrente compreende o controle jurisdicional dos atos administrativos. Portanto, ainda que haja pontos de convergências entre as doutrinas no que tange ao controle da discricionariedade, elas se apartam no que concerne aos conceitos indeterminados.

¹⁶⁶ COSTA, Regina Helena. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: revisitando o tema**. In: WLAD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cezar Augusto Guimarães. **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 1000-1001.

¹⁶⁷ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 216-218.

¹⁶⁸ Eros Grau retira a base teórica de sua explicação da doutrina de Alexy, Bonavides e Humberto Ávila.

¹⁶⁹ ÁVILA, Humberto, 1999, p.173-174 *apud* GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 217.

A corrente moderada defende que, em sendo os conceitos indeterminados, muitas vezes, hipóteses que ensejam a discricionariedade da Administração Pública, seu controle dá-se de forma limitada. Conforme analisado no tópico anterior, o controle jurisdicional recai apenas sobre os aspectos de legalidade (em um sentido amplo), não invadindo o mérito da questão senão para conferir se houve alguma arbitrariedade.

Não obstante, em virtude de parte da corrente moderada diferenciar conceitos de experiência de conceitos de valor, é importante ressaltar que estes possuem consequências distintas daqueles no campo do controle. No caso dos conceitos de experiência, por estarem sujeitos unicamente a critérios de interpretação - em virtude de a interpretação ser suficiente para alcançar a solução justa -, submetem-se ao controle judicial de forma ampla, “exatamente por caber ao Judiciário, como função típica, interpretar o alcance das normas jurídicas, para sua justa aplicação”.¹⁷⁰ Os conceitos de valor, por não ser suficiente a mera interpretação da norma em abstrato, tornam o ato administrativo discricionário, sendo o controle, portanto, limitado. A questão pode ser resumida nas palavras de Di Pietro: “Onde houver simples interpretação, caberá ao Poder Judiciário a palavra final; onde houver discricionariedade, a decisão administrativa será definitiva e não poderá ser invalidada judicialmente”.¹⁷¹

Para C.A. Bandeira de Mello, conforme sua tese de que os conceitos indeterminados compõem um dos núcleos justificadores da discricionariedade administrativa, quando surgir para a autoridade ou para o agente administrativo mais de uma escolha a partir do conceito indeterminado, qualquer que seja o resultado que este aplicar, se razoável o entendimento, não se poderá dizer que houve violação à lei. Logo, nesses casos, “não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar *violação de direito* e não procedimentos que lhe sejam conformes”.¹⁷²

Caberá ao Judiciário, nesses casos, analisar se a Administração se manteve ou não no campo de sua aplicação. Se se manteve, ou seja, se fez uma escolha razoável dentre tantas

¹⁷⁰ COSTA, Regina Helena. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: revisitando o tema**. In: WLAD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cezar Augusto Guimarães. **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 1011.

¹⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 23-24.

possíveis a partir do conceito vago, não cabe ao Judiciário substituir o juízo administrativo pelo seu próprio.

A corrente extremada, por seu turno, não possui teorias convergentes quanto ao controle jurisdicional nos casos dos conceitos indeterminados. Cada autor possui ideias distintas sobre o método como o controle deve ser realizado. Embora as premissas das quais os autores partem sejam semelhantes ou mesmo idênticas, cada qual possui ideias distintas sobre os limites do controle jurisdicional.

Eros Grau, inicialmente, entende serem inexistentes os atos discricionários motivados pelo interesse público. A coerência de seu pensamento segue a lógica de que se interesse público é um conceito indeterminado, portanto sujeito à interpretação, então não há discricionariedade no ato administrativo, pois se trata de um juízo de legalidade. Parte-se do pressuposto que jamais houve discricionariedade, diferentemente do que é defendido pela corrente moderada - a qual sustenta a possibilidade de existência de discricionariedade na norma em abstrato, ainda que os princípios tornem o ato vinculado.¹⁷³

Sendo consequência de juízos de legalidade, os motivos do ato são passíveis de serem controlados pelo Poder Judiciário. Todavia, curiosamente, expõe que inexiste uma única interpretação verdadeira, por essa ser incognoscível no caso concreto. Isso faz com que o Judiciário verifique, segundo o ex-ministro, “*se o ato é correto*. Não, note-se bem - e desejo deixar isso bem vincado - *qual o ato correto*”.¹⁷⁴

A conclusão feita por Eros Grau, infelizmente, torna sua teoria confusa, visto que, por mais que determine que discricionariedade e interpretação são elementos distintos, que a autêntica discricionariedade apenas existe quando a norma assim atribui faculdade de escolha à Administração, refere que os atos motivados no interesse público (conceito vago) devem ser controlados no que diz respeito unicamente à sua correção. Como pode, a interpretação, tratando-se de mero juízo de legalidade, obstar o Judiciário - tal qual o fazem as situações que impõem juízos de mérito - de um controle pleno sobre os atos administrativos? A meu ver, tal solução não é distinta da proposta pela corrente moderada, que entende serem os conceitos de valor, na maioria das vezes, elementos de discricionariedade, sendo controláveis apenas quanto à correção (contudo não substituíveis pelo Poder Judiciário).

¹⁷³ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 213

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 214.

Almiro do Couto e Silva defende a ideia de que, diferentemente dos casos de discricionariedade, nos casos de 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”. Segundo o autor, a princípio, não há limites ao controle judicial impostos por lei. Cabe ao juiz, ao analisar os fatos, verificar se há limites a seu controle. Segundo o autor, apenas haverá limites quando o juiz não puder ter clareza de qual a melhor solução a ser tomada diante do caso (não há apenas uma solução correta), deixando a cargo da Administração essa decisão.¹⁷⁵

Tal teoria faz com que surja a seguinte dúvida: quando o juiz não consegue alcançar por meio da interpretação uma única solução correta, há discricionariedade? Prevendo essa possível objeção, o autor justifica-se: “Essa impossibilidade relativa do controle judicial da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pela Administração pública não os transforma, entretanto, em fonte de poder discricionário”.¹⁷⁶ Em uma explicação engenhosa, argumenta Couto e Silva que essa situação ocorre em virtude de a Administração Pública estar mais perto do problema, bem como melhor aparelhada para decidi-lo, devendo a ela, excepcionalmente, caber a decisão final.

Maffini, por fim, possui a visão de que os conceitos indeterminados são plenamente controláveis pelo Judiciário, por estarem unicamente relacionados a critérios de interpretação. O autor, diferente de Almiro do Couto e Silva, não faz ressalvas ou exceções de quando estaria o Judiciário limitado a atuar:

O controle dos conceitos jurídicos indeterminados deve ter uma dimensão maior ainda do que aquela existente em relação a discricionariedade administrativa. [...] Tratando-se de questão de interpretação jurídica (não de escolha administrativa), o controle jurisdicional tem a plena sindicabilidade da correção de tal interpretação, por se tratar de questão de validade da ação administrativa.¹⁷⁷

Pode-se afirmar, portanto, que por mais que ambas as correntes possuam aspectos em comum, a parte da doutrina que defende a absoluta separação entre discricionariedade e

¹⁷⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. jan/jun, 1990, p. 60.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 59.

¹⁷⁷ MAFFINI, Rafael da Cás. **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016, p. 72.

conceitos jurídicos indeterminados não possui identidade conceitual entre os autores no que concerne às consequências da distinção feita. Tal fato torna-se problemático quando se compreende que a principal relevância da teoria acerca do tema é a de fixar o grau de controle pelo Poder Judiciário em cada caso. Uma teoria conflitante é um primeiro obstáculo a uma jurisprudência convergente e coesa.

A principal consequência prática em discussão neste trabalho – os limites ao controle judicial - é, possivelmente, mais fácil de ser assimilada sob a ótica da corrente moderada, em razão do maior grau de coerência e de coesão interna que a doutrina possui. A teoria extremada, embora possua maiores acertos,¹⁷⁸ peca em relação aos diversos posicionamentos divergentes entre os autores da corrente no que tange aos aspectos práticos do controle jurisdicional. Com base nessa conclusão, o próximo capítulo buscará analisar como se posiciona a jurisprudência diante de normas administrativas carregadas por conceitos vagos.

¹⁷⁸ Posiciono-me no sentido de que é correta a distinção absoluta entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa.

4. O DEBATE POSTO NA PRÁTICA

Em vista da reconstituição histórico-argumentativa realizada nos capítulos anteriores, o presente capítulo propõe-se a analisar o modo como a jurisprudência tem compreendido o tema da discricionariedade e dos conceitos jurídicos indeterminados principalmente no que concerne ao controle jurisdicional. Para tanto, serão estudadas algumas decisões jurisprudenciais encontradas por meio de pesquisas realizadas nos *sites* do Supremo Tribunal Federal (STF), do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e dos Tribunais Regionais Federais (TRF). Os termos utilizados na área de busca de cada *site* foram “Conceitos Indeterminados”, “Discricionariedade Administrativa” e “Controle”. As pesquisas de jurisprudência dos Tribunais Superiores foram feitas em 17 setembro de 2017 e, ante os resultados encontrados, novas pesquisas foram executadas nos Tribunais Regionais Federais no período compreendido entre novembro e dezembro de 2017. Nos critérios de busca, utilizou-se uma abordagem quantitativa, não delimitando um período de tempo na pesquisa dos acórdãos. Dessa forma, há decisões que remontam ao início dos anos 2000, enquanto outros tratam a abordagem da matéria no ano corrente.

4.1. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A partir das pesquisas realizadas nos *sites* do STF e do STJ, percebe-se que há poucos julgamentos específicos sobre o tema e que os que existem não são, em sua maioria, atuais. No *site* do STF, ao buscar conjuntamente pelos termos “Discricionariedade Administrativa” e “Conceitos Indeterminados”, o sistema de pesquisa jurisprudencial não encontrou qualquer acórdão sobre o tema. Alterando-se os critérios de busca para os termos “Conceitos Indeterminados” e “Controle”, o sistema elenca apenas três acórdãos, dentre os quais apenas um envolve a análise do controle do Poder Judiciário no caso de ato administrativo não-político realizado com base em conceitos indeterminados.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Não serão abordados os outros dois acórdãos elencados pelo sistema por tratarem de extradição (Petição Avulsa na Extradição 1085) e de medida provisória (Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2213).

O único acórdão do STF que se adequa ao assunto proposto é, portanto, o Recurso em Mandado de Segurança 24.699, proveniente do Distrito Federal, julgado no ano de 2004.¹⁸⁰ O relator do caso foi o Ministro Eros Grau.

A controvérsia levantada cinge-se a delimitar a atuação do Poder Judiciário na hipótese de demissão de servidor público pela autoridade administrativa no uso de seu poder discricionário. No caso, o servidor foi demitido de seu cargo de engenheiro do DNER “por improbidade administrativa e valimento do cargo para lograr proveito pessoal de outrem, em detrimento *da dignidade da função pública*”.¹⁸¹ Em razão de sua conduta, o ato de demissão teve por base legal, conforme decisão da Consultoria-Geral da União, o art. 117, IX, da Lei 8.112/90¹⁸² e o art. 11, *caput*, inciso I, da Lei 8.429/92.¹⁸³

O servidor, em sua defesa, sustentou ser nula a decisão em virtude de estar comprovado, por meio de prova pré-constituída, a não-ocorrência dos motivos apontados pela Administração para a prática do ato. Ante a incoerência dos motivos, pressuposto de validade (legalidade), seria possível o controle judicial.

Eros Grau, em sua decisão, retoma muitos dos argumentos expressos em suas obras. Enfatiza que a discricionariedade ocorre quando a norma jurídica válida expressamente atribui à Administração Pública critério de livre escolha (juízo de oportunidade entre indiferentes jurídicos). Por assim ser, não haveria discricionariedade diante de termos ambíguos, os quais resultam da interpretação da norma (juízo de legalidade). Reforça a ideia de que os juízos de legalidade são objetos de controle jurisdicional e que tal controle deve ser feito à luz dos princípios, em especial, os expressos no art. 37 da Constituição.

Eros Grau retira de sua argumentação-base a conclusão de que o poder disciplinar deve ser exercido de modo adequado aos preceitos constitucionais, sendo possível a revisão

¹⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.6999-9-DF**. Recorrente: Bernardo Rosenberg; Recorrido: União. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 30 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 17/09/2017.

¹⁸¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, *loc cit*.

¹⁸² Art. 117. Ao servidor é proibido:

(...)

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

¹⁸³ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

dos motivos que ensejam o ato administrativo, principalmente, nos casos de demissão de servidor. A autoridade administrativa encontra-se vinculada ao dever de motivar seus atos, sendo que a análise e a ponderação de motivos informam o controle da correção do ato. Diante disso, o Judiciário verifica se o ato *é correto* (dentre as muitas soluções possíveis decorrentes da interpretação) e *não qual o ato correto*.

Percebe-se que a explicação de Eros Grau quanto aos motivos do ato, posta em um contexto fático (o que não ocorre na sua obra), ganha maior grau de precisão. A demissão deve ser realizada pelos motivos corretos. Sendo impossível uma única interpretação, o Judiciário deve conferir se a interpretação dada pela Administração está correta. Assim sendo, expõe o relator:

Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação de direito, ponderados no momento das normas de decisão. [...] O fato porém é que nesse exame de mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a *proporção* que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.¹⁸⁴

No entanto, sendo a tese central de Eros Grau a de que os conceitos jurídicos indeterminados, os quais não se confundem com a discricionariedade administrativa (sujeita à um juízo de oportunidade), devem ser interpretados (estando sujeitos a um juízo de legalidade), como pode, logo em seguida, falar em *análise do mérito* conforme critérios de proporcionalidade e de razoabilidade para justificar o controle de atos administrativos baseados em normas permeadas por conceitos indeterminados? Conforme já estudado, o mérito está relacionado a critérios de oportunidade e conveniência, portanto, relacionado à discricionariedade administrativa e não à interpretação. Como podemos falar em análise do mérito em casos de conceitos indeterminados se eles não se sujeitam a qualquer critério de escolha volitiva pela Administração, mas sim intelectual? Falar em análise do mérito em uma questão de pura interpretação (juízo de legalidade) não parece ser coerente. Há mérito quando há discricionariedade. Dessa forma, as indagações feitas no capítulo anterior quanto às conclusões do autor permanecem muito oportunas.

¹⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.6999-9-DF**. Recorrente: Bernardo Rosenberg; Recorrido: União. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 30 de novembro de 2004, p. 232. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 17/09/2017, p. 232.

Concordo que o Judiciário, embora possa decidir se a escolha do ato administrativo seguiu os padrões de legalidade em sentido amplo, não pode determinar qual a escolha correta a ser feita pelo administrador em decisões de mérito. Conforme já visto, o controle de legalidade pode ser realizado tanto em atos discricionários quanto nos atos sujeitos à interpretação. Desse modo, indago onde se encontra localizada, na atuação do administrador, a discricionariedade? Indo-se além, estaria a Administração, em se tratando de ato de improbidade do servidor, vinculada ao ato de demissão? Parece que, no presente caso, constatado o ato de improbidade, nos termos do art. 132, IV e XIII, da Lei 8.112/90, a Administração está vinculada ao dever de demitir o agente público, o que afastaria a discussão sobre discricionariedade. A dúvida surge quanto aos princípios elencados no *caput* do art. 11 da Lei 8.429/92 e quanto ao termo “dignidade da função pública” referido no art. 117, IX, da Lei 8.112/90, os quais podem vir a predispor a discussão de discricionariedade *versus* interpretação.¹⁸⁵ Nos casos de vinculação, aqui também compreendida a interpretação dos conceitos indeterminados, o controle judicial é pleno, não existindo mérito. Não havendo mérito, é possível o Poder Judiciário decidir pela solução correta, pois deriva da interpretação da norma, cuja última palavra cabe ao Judiciário.

A conclusão de Eros Grau é que qualquer ato administrativo deve estar assentado em motivos capazes de justificar sua emanção, sendo que sua falta ou falsidade conduziram à nulidade. Insta, todavia, salientar, que há casos – ainda que ínfimos – em que não há necessidade de motivação, por conseguinte, sua falta não ensejaria nulidade alguma. É o exemplo das exonerações *ad nutum* dos servidores ocupantes de cargos de confiança.

Entende-se, por fim, que a decisão do caso não tratou de uma análise sobre consequências da adoção da teoria moderada ou da teoria extremada, pois tanto na hipótese de discricionariedade administrativa como na de interpretação de conceitos jurídicos indeterminados é possível ser feito o controle sobre a legalidade do ato. Em qualquer ato motivado, é possível aferir se a motivação foi verdadeira.¹⁸⁶ Conforme já abordado, a tese da motivação dos atos remonta ao direito francês e foi adotada, de forma pacífica, pela doutrina brasileira como um elemento limitador da discricionariedade administrativa.

¹⁸⁵ O acórdão não fez qualquer menção nesse sentido.

¹⁸⁶ No caso dos autos, entendeu-se que a motivação do ato não estaria de acordo com as provas pré-constituídas, e que a alteração do motivo a ensejar a demissão (alterou-se do art. 177, inciso XV para o inciso IX, da Lei 8.112/90) teria prejudicado o direito à ampla defesa do servidor. Foi provido o recurso com a imediata reintegração do servidor ao quadro que ocupava.

4.2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICA

À semelhança da análise realizada no tópico anterior, também, pelo *site* do Superior Tribunal de Justiça, não foi possível encontrar muitas decisões acerca do tema. Ao pesquisar pelos termos “Conceitos Indeterminados” e “Discrecionabilidade”, o sistema elenca unicamente três acórdãos.¹⁸⁷ Alterando o critério de busca para “Conceitos Indeterminados” e “Controle”, são elencados cinco acórdãos, dois dos quais já haviam aparecido na busca anterior.¹⁸⁸

O Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.210 - RS, no que concerne à análise dos conceitos indeterminados, retoma os fundamentos do Recurso em Mandado de Segurança nº 19.590 - RS, portanto apenas este será explorado. Já o Mandado de Segurança nº 18.666 faz breve análise sobre a interpretação dos conceitos indeterminados e refere o Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699 - DF, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 2001, a Segunda Turma do STJ, no AGRG na Medida Cautelar nº 4.053, já se posicionava no sentido de que a discrecionabilidade administrativa e os conceitos indeterminados não se confundem. Em seu voto, ao tratar dos conceitos fluidos, o então Ministro Paulo Medina utiliza-se da doutrina de García de Enterría e manifesta-se da seguinte forma:

No entanto, se, em abstrato, esses conceitos se revestem de relativa incerteza, no caso concreto é possível aferir o único sentido possível em que podem ser tomados e, por isso, na esteira da moderna doutrina administrativista, pátria e estrangeira, a hipótese analisada é entendida como caso de vinculação (ou regulação direta) e não do campo de exercício de discrecionabilidade.¹⁸⁹

¹⁸⁷ Recurso em Mandado de Segurança nº 36.325 - ES, Recurso Especial nº 1.279.607 - PR e Mandado de Segurança nº 18.666 - DF.

¹⁸⁸ Recurso em Mandado de Segurança nº 36.325 - ES, Recurso Especial nº 1.279.607 - PR, Recurso em Mandado de Segurança nº 19.590 - RS, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 19.210 - RS, Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 4.053 - RS.

¹⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 4.053 - RS**. Agravante: Associação Hospital Novo Hamburgo; Agravado: União. Relator: Min. Paulo Medina, 28 de agosto de 2001, p. 8. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=133835&num_registro=200100973349&data=20011112&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2017.

Ao adotar a corrente extremada, a linha de raciocínio do jurista para o caso é mantida do início ao fim. Se discricionariedade e conceitos plurissignificativos não são sinônimos, exigindo esses últimos mera interpretação, então certo é que geram um ato vinculado, sujeito ao controle jurisdicional pleno.

Em 2006, a Quinta Turma do STJ, por meio do voto do Ministro Felix Fischer no Recurso em Mandado de Segurança nº 19.590, ao discutir a expressão “salvo relevante interesse público, devidamente justificado” nos casos de remoção de Juiz de Direito, entendeu existir controle do Judiciário no que concerne aos conceitos indeterminados e aos motivos do ato administrativo. A linha seguida foi embasada na decisão de Eros Grau no RMS 24.699, bem como na doutrina de Floriano Dutra de Araújo e de García de Enterría. Novamente, a posição é a de que os conceitos indeterminados ensejam atos vinculados. Após tal afirmação, passa ao exame dos motivos apresentados sob a alegação de que “é inquestionável a viabilidade do controle do Poder Judiciário sobre o motivo do ato administrativo, com vistas a verificar a conformidade com o direito”.¹⁹⁰

Faço, novamente, a crítica de que se a finalidade é aferir a legalidade da motivação do ato, pouco importa fazer a distinção entre conceitos indeterminados e discricionariedade administrativa. Mesmo decisões de mérito são controláveis quanto aos aspectos de legalidade, logo a importância de diferenciar discricionariedade de conceitos indeterminados está no fato que estes últimos não serem contemplados pelo mérito administrativo, permitindo que o Judiciário exerça um controle pleno, decidindo inclusive qual é a interpretação correta a ser dada ao conceito indeterminado. Se a decisão diz respeito aos contornos da legalidade, a distinção feita é inócua, irrelevante ao caso.

Em 2011, ao julgar o Recurso Especial nº 1.279.607 - PR, a Segunda Turma do STJ, sob o voto do Ministro Mauro Campbell Marques, proferiu a seguinte assertiva: “salvo em casos excepcionalíssimos (como, por exemplo, os consagrados atos nitidamente políticos), todo e qualquer ato é, a princípio, controlável pelo Judiciário”.¹⁹¹ O voto do ministro, no que

¹⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 19.590-RS**. Recorrente: Gilberto Pinto Fontoura; Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Felix Fischer, 02 de fevereiro de 2006, p. 7. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=604011&num_registro=200500241465&data=20060320&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2017.

¹⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.279.607 - PR**. Recorrente: Ministério Público Federal; Recorrido: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 06 de dezembro de 2011, p. 8. Disponível em: <

tange aos conceitos indeterminados, seguiu a defesa de que esses não são suficientes para conferir correção às escolhas administrativas e de que se tratam apenas de uma técnica de construção normativa para que a Administração identifique, no caso concreto, a única escolha possível. Apesar de não se posicionar sobre o ato ser discricionário ou não e tampouco utilizar qualquer doutrina para embasar sua fundamentação, o relator entendeu que, embora o ato fosse “eminente discricionário, alegar que o confronto judicial do mesmo seria inviável equivale a sustentar, em última linha, que a legislação vigente retirou do Judiciário a possibilidade de analisar impugnações aos mais diversos atos administrativos”.¹⁹²

Depreende-se, portanto, que, apesar da argumentação ser pouco embasada e frágil em suas argumentações, na maioria dos casos, segundo o acórdão, deve haver controle judicial. Contudo, não há especificações sobre qual tipo de controle deve ser feito, se de legalidade ou de oportunidade e de conveniência, supõe-se que o jurista estava se referindo ao controle de legalidade.

Por fim, o Recurso em Mandado de Segurança nº 36.325 - ES, cujo voto foi proferido pelo Ministro Herman Benjamin em 2013, trata da aplicação da sanção de aposentadoria compulsória a magistrado em razão de conduta incompatível com a dignidade da função. Esse acórdão, apesar de também ter sido julgado pela Segunda Turma do STJ,¹⁹³ vai de encontro aos julgamentos anteriores da Turma acerca do tema.

Em seu voto, o relator assinala que, ante a disposição contida no art. 5º, XXXV, da Constituição, não há dúvidas no que tange à possibilidade de controle jurisdicional de legalidade quanto à pena aplicada ao servidor público. Destaca que a análise da legalidade deve ser feita em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Ademais, a partir da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, adverte que deve ser realizada a distinção entre a discricionariedade na norma e a efetiva ocorrência de discricionariedade no caso concreto. Nesse sentido, expõe que:

A possível discricionariedade conferida por lei, no âmbito do poder disciplinar, há que ser compreendida como essa margem de liberdade propiciada pela norma incidente sobre um caso concreto, por força da presença de *conceitos*

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1111859&num_registro=201102223405&data=20111213&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2017.

¹⁹² *Ibidem*, p. 8.

¹⁹³ Com a participação do Ministro Mauro Campbell Marques.

indeterminados, e não como hipótese marcada por juízo de conveniência e oportunidade. [...]

Com efeito, a discricionariedade da qual não se pode falar quando se trata de poder disciplinar é aquela associada a mero juízo de conveniência e de oportunidade. Por outro lado, quando a norma contemplar conceitos indeterminados, é possível que, *in concreto*, o administrador venha a dispor de certa margem de liberdade e, portanto, de discricionariedade, entendida nesses termos.¹⁹⁴

Essa passagem demonstra uma certa confusão acerca da discricionariedade administrativa. De acordo com o voto do relator, existiriam dois tipos de discricionariedade: a discricionariedade associada ao juízo de conveniência e de oportunidade e a discricionariedade em razão dos conceitos indeterminados. No entanto, mesmo à luz da doutrina moderada, se não há juízo de conveniência e de oportunidade, não pode haver denominação de possível discricionariedade por força de conceitos indeterminados.

A conclusão a que o Ministro chega sobre o controle jurisdicional, por conseguinte, também acaba sendo afetada. Entende ele que, em virtude de a sanção administrativa ter sido aplicada por previsão normativa dotada de conceitos indeterminados, o Poder Judiciário encontra-se apto a analisar a legalidade dos motivos do ato. Completa a argumentação com a seguinte passagem: “compete ao Poder Judiciário analisar [...] se o juízo feito pela Administração desborda da margem de liberdade porventura provocada pela fluidez dos signos contidos naquele dispositivo”.¹⁹⁵ Esse raciocínio permite inferir que: a) o Poder Judiciário apenas pode fazer controle de legalidade nos casos de discricionariedade conferida por conceitos indeterminados, b) não é feita a correlação entre margem de liberdade e juízo de oportunidade e de conveniência.

Preocupante ainda é o fato de que o Ministro Herman Benjamin acompanhou o voto do Ministro Mauro Campbell Marques no Recurso Especial nº 1.279.607 - PR anteriormente analisado; e que este acompanhou o voto daquele na decisão de 2013. Não obstante nenhum dos ministros ter se mostrado desfavorável ao voto um do outro, os argumentos utilizados em

¹⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 36.325 - ES**. Recorrente: Sebastião Matos Mazine; Recorrido: Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Herman Benjamin, 22 de outubro de 2013, p. 10-11. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275312&num_registro=201102602750&data=20131205&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2017.

¹⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 36.325 - ES**. Recorrente: Sebastião Matos Mazine; Recorrido: Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Herman Benjamin, 22 de outubro de 2013, p. 11. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275312&num_registro=201102602750&data=20131205&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2017.

ambas as decisões não apenas são distintos como incongruentes entre si. Embora ambas as decisões identifiquem a necessidade de controle por parte do Judiciário, enquanto a decisão do Recurso Especial defende que os conceitos jurídicos indeterminados são apenas objeto de interpretação, o acórdão do Mandado de Segurança é no sentido de que conceitos jurídicos indeterminados ensejam a discricionariedade administrativa.

As decisões, portanto, apesar de tratarem de aspectos semelhantes, não fazem correspondências entre si, ou seja, as Turmas não procuram rever seus próprios julgados para usar como base em decisões de casos semelhantes. Tal comportamento gera, conforme visto, divergências jurisprudenciais dentro de uma mesma Turma. Alguns votos procuram uma fonte de argumentação e de retórica mais elaborada, todavia, nenhum se preocupa com uma discussão mais detalhada da questão.

4.3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

Em virtude da ínfima quantidade de decisões sobre o tema no âmbito dos Tribunais Superiores, considerou-se prudente pesquisar o modo como os Tribunais de Segunda Instância estão julgando os casos envolvendo a temática. Os acórdãos que serão tratados neste ponto partem da jurisprudência do TRF1, TRF2, TRF4 e TRF5. Curiosamente, não houve resultados nas buscas feitas no âmbito do TRT2.

4.3.1. Tribunal Regional Federal da Primeira Região

Ao realizar a pesquisa, no site do TRF1, utilizando os termos “Conceitos Indeterminados e “Controle”, o sistema elencou quinze acórdãos, dentre os quais nove tratam a respeito da reprovação em teste psicotécnico e possuem a mesma ementa e outros dois tratam dos requisitos de idoneidade moral e boa conduta, também apresentando a mesma ementa. Os nove acórdãos sobre o tema de exame psicotécnico não serão examinados, pois não estão diretamente relacionados ao tema.

A Apelação Cível nº 1999.37.00.008230-4/MA, julgada em outubro de 2009, versa sobre o controle da atuação do Tribunal de Contas. Conforme o voto do Desembargador João Batista Moreira, não é possível concluir que o Tribunal de Contas, por não fazer parte de

nenhum dos três Poderes, esteja fora do alcance do art. 5º, XXXV, da Constituição. Apesar disso, dispõe que “[a]fastada a tese de isenção do controle, não se nega que haja restrições ao controle judicial relativamente à discricionariedade propriamente dita, à chamada ‘discricionariedade técnica’ e à ‘determinação de conceitos’”.¹⁹⁶ Segundo o Desembargador, a despeito dessas restrições, a tese central da apelação não inclui essas restrições, tratando de questão de pura legalidade.

Ao tratar do termo boa-fé, o magistrado afirma ser um conceito de valor e retoma a doutrina acerca do tema, citando que há duas grandes correntes, uma mais radical, representada por García de Enterría e pela doutrina alemã, e outra representada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Afonso Rodrigues Queiró e Bernatzik. O desembargador inclusive demonstra estar ciente de que a doutrina de Enterría, a qual propõe que conceitos jurídicos indeterminados conduzem a apenas uma solução correta, estipula que o Poder Judiciário, nesses casos, possui um controle amplo, adotando a corrente extremada. Ao final, entendeu ser razoável a decisão do Tribunal de Contas ao não tipificar a conduta do apelante como de boa-fé, devendo “ser respeitada pelo Judiciário em sua tarefa de controle”¹⁹⁷.

Embora o voto analisado não seja extenso, o desembargador conseguiu de forma concisa explicar a existência de duas correntes, diferenciar mérito de legalidade e posicionar-se de acordo com a tese que entende ser a correta. Pode-se dizer que ele se posicionou de forma coerente ao caso analisado.

No Agravo Regimental na Apelação Cível nº 1998.34.00.027682-0/DF, ao discutir o termo “significativa degradação ambiental”, o Desembargador João Batista Moreira pôde novamente se manifestar acerca do tema. Nesse caso, em seu voto-vogal, abordou mais profundamente a história dos conceitos indeterminados e os posicionamentos envolvidos em cada corrente. Inclusive explica que a divergência entre as duas doutrinas atualmente existentes reside nas consequências quanto ao controle dos conceitos de valor, pois os conceitos de experiência, conforme Di Pietro e Regina Helena Costa, seriam suscetíveis de

¹⁹⁶ BRASIL. Tribunal Regional da Primeira Região. **Apelação Cível nº 1999.37.00.008230-4/MA**. Apelante: Coriolano Correia de Almeida; Apelado: União Federal. Relator: Des. João Batista Moreira, 16 de outubro de 2009, p. 3 (voto). Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=81188919994013700&pA=199937000082304&pN=81188919994013700>>. Acesso em: 24/11/2017.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 6.

controle pleno pelo Poder Judiciário. Destaca, ainda, que “esse poder de controle é mais forte quando se trata de conceitos indeterminados empregados pela Constituição”.¹⁹⁸

O desembargador posiciona-se no de modo a demonstrar que é justificável exercer o controle judicial sobre os conceitos de experiência e de valor, sendo possível, por conseguinte, a manifestação do Judiciário no que tange ao termo “significativa degradação”. Refuta, por fim, a tese de Celso Antônio Bandeira de Mello (que compreende conceitos de valor e conceitos de experiência como ensejadores de discricionariedade), afirmando que, em caso de penumbra da norma, não cabe à Administração a última palavra, mas ao Judiciário.

Nos julgamentos dos Embargos de Declaração na Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.01.00.061913-2¹⁹⁹, dos Embargos de Declaração na Apelação Cível 1999.01.00.100327-5/DF²⁰⁰ e da Apelação Cível 1999.01.00.100326-1/DF²⁰¹, cujas relatorias também foram do Desembargador João Batista Moreira, adotou-se o mesmo entendimento acerca dos conceitos jurídicos indeterminados.

Percebe-se, não sem espanto, que os únicos acórdãos sobre o tema são de autoria do mesmo Desembargador, o qual revelou conhecer, ao menos em parte, a discussão sobre o assunto. Assim, indaga-se – e tal questionamento se estende aos demais Tribunais analisados: haveria tão poucos processos envolvendo o estudo da discricionariedade administrativa e dos conceitos indeterminados? A Administração atua de forma tão excelente que não resta ao Judiciário exercer um controle mais profundo sobre a interpretação dos conceitos

¹⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional da Primeira Região. **Agravo Regimental na Apelação Cível nº 1998.34.00.027682-0/DF**. Embargante: IDEC - Instituto Brasileiro de defesa ao Consumidor; Associação Civil Greenpeace; Embargado: Monsanto do Brasil LTDA, União Federal. Relator: Des. Selene Maria de Almeida, 19 de dezembro de 2003, p. 10 (voto). Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=276415119984013400&pA=199834000276820&pN=276415119984013400>>. Acesso em: 24/11/2017.

¹⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional da Primeira Região. **Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.01.00.061913-2**. Apelante: Waldir Antônio Girardi Júnior; Apelado: União Federal. Relator: Des. João Batista Moreira, 16 de janeiro de 2003. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=539979819984010000&pA=199801000619132&pN=539979819984010000>>. Acesso em: 24/11/2017.

²⁰⁰ BRASIL. Tribunal Regional da Primeira Região. **Embargos de Declaração na Apelação Cível 1999.01.00.100327-5/DF**. Apelante: União Federal; Apelado: Denis Braga Ferreira. Relator: Des. João Batista Moreira, 14 de novembro de 2002. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=964030319994010000&pA=199901001003275&pN=964030319994010000>>. Acesso em: 24/11/2017.

²⁰¹ BRASIL. Tribunal Regional da Primeira Região. **Apelação Cível 1999.01.00.100326-1/DF**. Apelante: União Federal; Apelado: Denis Braga Ferreira. Relator: Des. João Batista Moreira, 09 de abril de 2002. Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=964021819994010000&pA=199901001003261&pN=964021819994010000>>. Acesso em: 24/11/2017.

indeterminados? Ou os juízes apenas não se interessam pelo tema e ignoram a discussão em seus acórdãos?

4.3.2. Tribunal Regional Federal da Segunda Região

Ao realizar a pesquisa no âmbito do TRF2, consoante o mesmo mecanismo de utilizado no site do TRF1, foram localizadas pelo sistema duas ementas contendo os termos “Conceitos indeterminados” e “Controle”. Todavia, apenas um acórdão diz respeito à discussão: trata-se do Agravo de Instrumento nº 0005985-30.2015.4.02.0000, julgado em 2016. O sistema também detectou cinco decisões contendo os termos, entre as quais apenas uma aborda o tema: o Mandado de Segurança 2011.02.01.000668-5.²⁰²

Em voto conciso, o relator do Agravo de Instrumento, Ricardo Perlingeiro, posiciona-se no sentido de que é possível o controle judicial dos atos administrativos embasados em conceitos jurídicos indeterminados. No entanto, destaca que “o controle judicial dos poderes discricionários das autoridades públicas só deve ocorrer quando comprovadamente ofenderem direitos fundamentais e princípios constitucionais, como a proporcionalidade e a igualdade”.²⁰³

O Desembargador retira sua fundamentação de um artigo próprio, intitulado “O devido processo administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar”. Assim, percebe-se que o autor não faz a distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, entendendo ser possível um controle apenas sobre princípios e não um controle amplo.

No que tange ao Mandado de Segurança, de relatoria do Desembargador Sergio Feltrin Correa, nos casos em que presentes os conceitos jurídicos indeterminados, o administrador “atua conforme juízo de oportunidade e conveniência [e] deve respeitar a razoabilidade e a

²⁰² Ampliando-se a busca para “inteiro teor”, encontram-se 181 menções quanto aos termos “Conceitos Indeterminados” e “Controle”. Ante ao fato de a maioria não estar relacionada ao tema, bem como frente à impossibilidade temporal de se analisar 181 decisões, optou-se por analisar os acórdãos em que os termos apareceram na ementa ou na decisão.

²⁰³ BRASIL. Tribunal Regional da Segunda Região. **Agravo de Instrumento nº 0005985-30.2015.4.02.0000**. Agravante: Ministério Público Federal; Agravado: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e outros. Relator: Des. Ricardo Perlingeiro, 26 de abril de 2016. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:51MGBBZ8elUJ:ementas.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201500000059852%26coddoc%3D292653%26datapublic%3D2016-04-29%26pagdj%3D305/337+conceitos+indeterminados+controle+inmeta:gsaentity_BASE%3DEmentas&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 24/11/2017.

proporcionalidade, sob pena de revogação”.²⁰⁴ Frisa, em seguida, que o controle pelo Poder Judiciário, nesses casos, apenas pode se dar sobre os aspectos de legalidade.

Novamente, é possível aferir que não foi feita a distinção entre discricionariedade administrativa e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Todavia, esse último acórdão, ao menos, determina ser possível um controle de legalidade em sentido amplo.

Ambas as decisões, analisadas por amostragem, demonstram que o Tribunal Regional Federal da Segunda Região se encontra em descompasso com a doutrina moderna majoritária. Enquanto as correntes moderadas e extremadas já distinguem conceitos jurídicos indeterminados de discricionariedade, os acórdãos referidos sequer abordam o tema de que os conceitos vagos, a princípio, devem ser interpretados. Sobre o tema em tela, a jurisprudência deste Regional parece ter estagnado no tempo.

4.3.3. Tribunal Regional da Quarta Região

A busca realizada, nos mesmos moldes das anteriores, no âmbito do TRT4, teve como resultado a existência de 338 acórdãos com as expressões “Conceitos indeterminados” e “Controle”. Acrescentando-se o termo “discricionariedade”, foram encontrados 280 acórdãos.²⁰⁵ Reduzindo-se à busca apenas para as expressões contidas nas ementas, foram encontradas cinco decisões, as quais não se prestam à análise do tema. Em virtude disso, será feita uma seleção de acórdãos por amostragem.²⁰⁶

No Agravo de Instrumento nº 5047275-12.2017.4.04.0000/PR, de relatoria da Desembargadora Vivian Josete Pantaleão Caminha, publicado em setembro de 2017, compreendeu-se que:

A expressão "reputação ilibada" traduz um conceito indeterminado, que, dada sua vagueza e amplitude semântica, confere à Administração Pública certa margem de discricionariedade na avaliação da idoneidade (ou integridade) moral do pretendente

²⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional da Segunda Região. **Mandado de Segurança 2011.02.01.000668-5**. Impetrante: União Federal; Impetrado: Juiz Federal Diretor do Foro/Seção Judiciária - RJ. Relator: Des. Sergio Feltrin Correa, 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:PuACaltRPuAJ:trf2nas.trf.net/iteor/decisao/RJ0108710/1/95/1125526.rtf+conceitos+indeterminados+controle+inmeta:gsaentity_BASE%3DDecis%C3%B5es&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 24/11/2017.

²⁰⁵ Na pesquisa foi considerado o inteiro teor dos acórdãos.

²⁰⁶ Importa destacar que, em razão de o sistema não ser preciso, poucos são os acórdãos que verdadeiramente abordam a discussão.

ao exercício do cargo, e o controle judicial do juízo valorativo fundado nesse referencial cinge-se à aferição das razões objetivas declinadas na motivação da deliberação administrativa, como ilustram o precedente citado pelo juízo *a quo* (STF, RMS 24699, Relator(a) Min. EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30/11/2004, DJ 01/07/2005, p. 56).²⁰⁷

O presente acórdão parte, por conseguinte, do pressuposto de que os conceitos jurídicos indeterminados geram para a Administração Pública um poder discricionário. Interessante perceber que a teoria utilizada para embasar o posicionamento é a de Eros Grau, sustentada no Recurso em Mandado de Segurança 24.666. Não se pode deixar, portanto, de fazer uma reflexão acerca da repercussão da decisão do ex-ministro. Embora Eros Grau defenda a separação absoluta entre discricionariedade e conceitos vagos, a conclusão a que ele chega sobre o controle jurisdicional pode, de fato, levar muitos intérpretes de sua obra a compreenderem que a partir de conceitos fluídos, por não haver uma única solução, há discricionariedade. Havendo discricionariedade, não se pode adentrar o mérito da questão, sendo o controle apenas sobre as razões objetivas. Como já abordado, a forma de controle dos conceitos fluídos sustentada pelo jurista se amolda ao controle dos atos discricionários e não ao dos atos vinculados.

Apesar de não embasar sua teoria em mais nenhum autor, acaba a desembargadora por aderir, em termos, à corrente moderada, nos moldes da tese de Di Pietro, pois dispõe que a intenção do legislador ao empregar o termo “reputação ilibada” foi atribuir ao administrador uma margem de escolha. Segundo a jurista, caso o legislador não quisesse ter conferido à Administração um poder discricionário, teria se utilizado de termos como “antecedente”, “reincidência”. Tais expressões, submetidas a uma interpretação objetiva, conduzem a uma única resposta.

Ademais, foi muito reproduzido, no embasamento de diversos acórdãos do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, o voto da Desembargadora Vânia Hack de Almeida na Apelação Cível nº 5002118-12.2010.404.7000/PR. Em seu voto, a juíza retoma a abordagem histórico-germânica feita por Tezner (Teoria da Univocidade) e Bernatzik (Teoria da Multivalência), posicionando-se de forma intermediária às duas correntes:

²⁰⁷ BRASIL. Tribunal Regional da Quarta Região. **Agravo de Instrumento nº 5047275-12.2017.4.04.0000/PR**. Agravante: Nabi Kemmel Mellem; Agravado: Banco Central do Brasil - BACEN. Relator: Des. Vivian Josete Caminha, 03 de setembro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9152008&termosPesquisados=IGNvbmNlaXRvcyBpbmRldGVybWluYWVvcyBkaXNjcmJjaW9uYXJpZWVhZGUGY29udHJvbGUg>. Acesso em: 24/11/2017.

Por um lado, deve ser considerada viável a utilização da uma certa faculdade discricionária da autoridade administrativa, em razão da constatação da presença inegável de um pluridimensionalismo nos conceitos indeterminados, o qual nem sempre é dissipado pelo processo de simples interpretação já que a eleição de uma das opções válidas contida na norma, diante do caso concreto, pode vir a precisar de uma ação intelectualiva de criação.²⁰⁸

Entende que, seguindo a linha da corrente moderada – inclusive se utiliza da teoria de Celso Antônio Bandeira de Mello em sua argumentação –, há conceitos indeterminados que ao serem interpretados adquirem uma zona de certeza positiva, eliminando a penumbra. Nesses casos, o ato administrativo é vinculado, e o controle judicial, pleno, “visto o poder de interpretar a norma jurídica fazer parte integrante da função jurisdicional”.²⁰⁹ Todavia, afirma que há casos em que a tarefa interpretativa é insuficiente, permanecendo uma zona cinzenta, a qual confere ao administrador margem de escolha conforme seus critérios de oportunidade e de conveniência, impedindo o controle do mérito por parte do Poder Judiciário.

À semelhança do Desembargador João Batista Moreira, a relatora do acórdão abordou as teorias existentes sobre o tema. Após fazer, em seu voto, uma breve retrospectiva histórica e explanação doutrinária, a magistrada pode embasar melhor a sua decisão, decidindo de forma coesa, ainda que adote corrente diversa daquela do Desembargador. Enquanto este optou por adotar a teoria extremada, afastando, justificadamente, as teorias de Celso Antônio Bandeira de Mello, aquela aderiu à corrente moderada, entendendo pela possibilidade de conceitos jurídicos indeterminados ensejarem a discricionariedade administrativa.

4.3.4. Tribunal Regional Federal da Quinta Região

Por fim, a busca pelos termos “Conceitos Indeterminados” e “Controle” localizou cinco acórdãos sobre o tema, dentre eles três merecem destaque: a Apelação Cível nº 513007, Apelação Cível nº 348781/AL e a Apelação Cível nº 464069/CE.

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal Regional da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5002118-12.2010.404.7000/PR**. Apelante: União - Fazenda Nacional; Apelado: Laboratório de Análises Clínicas das Nações LTDA. Relator: Des. Vânia Hack de Almeida, 27 de julho de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4245156>. Acesso em: 03/12/2017.

²⁰⁹ BRASIL. Tribunal Regional da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5002118-12.2010.404.7000/PR**. Apelante: União - Fazenda Nacional; Apelado: Laboratório de Análises Clínicas das Nações LTDA. Relator: Des. Vânia Hack de Almeida, 27 de julho de 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4245156>. Acesso em: 03/12/2017.

O primeiro acórdão limita-se, sem qualquer justificativa no voto do relator, a estabelecer, em sua ementa, que “[n]ão se pode confundir discricionariedade e mérito de ato administrativo com a figura dos conceitos indeterminados. 4. A determinação conceitual em matéria técnica é objeto de controle judicial”.²¹⁰ Da leitura do relatório, entretanto, depreende-se que a ementa não está em conformidade com o caso analisado. A lide trata de uma candidata de concurso público que obteve, em medida liminar, o direito de participar da segunda etapa do certame. Segundo os apelantes, não caberia ao Judiciário decidir sobre os critérios e gabaritos das questões do concurso fixados pela Administração. A decisão do acórdão, após frisar que concurso público não pode ser confundido com exame lotérico, foi no sentido de que “[n]ão é crível admitir-se que se admita como correta resposta a questão formulada, em desconformidade com a doutrina e jurisprudência”,²¹¹ anulando as questões. Nesse caso, conforme já pacificado pela Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,²¹² o desembargador examinou o mérito administrativo. Além disso, a controvérsia sequer tratava de conceitos jurídicos indeterminados, apenas de discricionariedade administrativa em sua concepção ordinária. Assim, a decisão utilizou-se da teoria extremada sem qualquer embasamento, apenas com a finalidade de anular as questões do concurso.

Já na Apelação Cível nº 348781/AL, o voto do relator referenciou, nas suas razões de decidir, do acórdão do Desembargador João Batista Moreira, quando da apreciação do Agravo Regimental no 1998.34.00.027682-0/DF. Todavia, além de colacionar essa decisão à sua, o Desembargador Marcelo Navarro também se utiliza da argumentação de Celso Antônio Bandeira de Mello, concluindo que, como os conceitos jurídicos indeterminados podem ser limitadores da atuação administrativa, também são limitadores do controle jurisdicional. Assim, expõe o entendimento de que “a legitimação para o controle jurisdicional não pode se dar além do juízo da racionalidade do ato, ou de sua compatibilidade com a finalidade da

²¹⁰ BRASIL. Tribunal Regional da Quinta Região. **Apelação Cível nº 513007**. Apelante: Ministério Público Federal e Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Rio Grande do Norte; Apelado: Simone Dunke de Mello Pereira. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti, 05 de maio de 2011. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 03/12/2017.

²¹¹ BRASIL. Tribunal Regional da Quinta Região, *loc. cit.*

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 632.853 - CE**. Reclamante: Estado do Ceará; Reclamado: Tereza Maria Amado Pinheiro e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 de abril de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8773734>>. Acesso em: 03/12/2017.

norma legal de referência”.²¹³ São utilizados, portanto, argumentos antagônicos para justificar uma decisão como se fossem teorias complementares. O Desembargador João Batista Moreira, em seus votos, foi expresso ao referir que discordava da teoria de Bandeira de Mello.

Por fim, cita-se a decisão da Apelação Cível nº 464069/CE, em que o Desembargador Frederico Pinto de Azevedo sustentou que há limitações na forma de atuar da Administração Pública que são possíveis de serem identificadas de forma imediata, enquanto outras não seriam visíveis em uma simples confrontação, como é o caso dos conceitos indeterminados. Em seguida dessa análise, o jurista conclui que: “é que cabível o controle do Poder Judiciário, verificando-se a discricionariedade a partir de limitações postas em princípios como a razoabilidade e a proporcionalidade”.²¹⁴ Tal fundamentação, por não possuir nenhuma teoria a embasá-la, bem como por não possuir uma reflexão mais minuciosa, acaba por tornar a compreensão do tema extremamente confusa. Ademais, no caso concreto, não há qualquer alusão a ato administrativo baseado em conceito indeterminado.

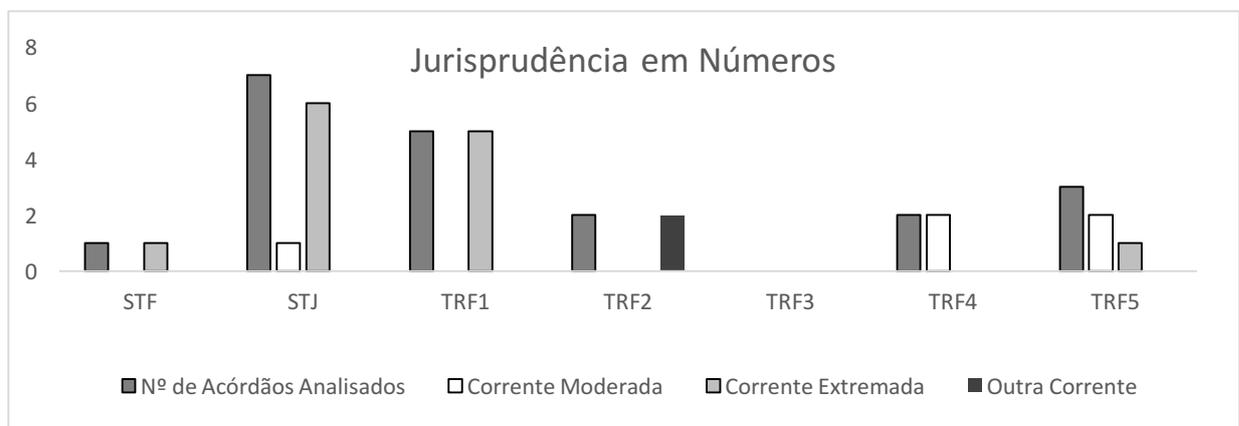
²¹³ BRASIL. Tribunal Regional da Quinta Região. **Apelação Cível nº 348781/AL**. Apelante: Município de Branquinha; União; Apelado: os mesmos. Relator: Des. Marcelo Navarro, 18 de abril de 2013. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 03/12/2017.

²¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional da Quinta Região. **Apelação Cível nº 464069/CE**. Apelante: Jessie Bluhm de Pontes Vieira; Apelado: Sociedade de Ensino Superior do Ceará. Relator: Des. Frederico Pinto de Azevedo, 17 de junho de 2010. Disponível em: <<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 03/12/2017.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS - ANÁLISE SOBRE A PERTINÊNCIA DO DEBATE

Adotando-se o pensamento majoritário dos atuais jusfilósofos de que a linguagem é fonte de indeterminação, tornando, não raras as vezes, o texto legal vago e impreciso – dotado de incertezas –, é curioso o fato de a jurisprudência brasileira debruçar-se tão pouco sobre a análise do assunto no que concerne aos atos administrativos. Afinal, não se pode afirmar que as normas presentes no ordenamento deixaram de apresentar zonas cinzentas, de difícil interpretação e aplicação tanto pelos juristas quanto pelos administradores. É certo que, dado à natureza da própria linguagem e das suas constantes alterações de significado no tempo e no espaço, não há como o debate envolvendo os conceitos jurídicos indeterminados não repercutir nos casos práticos envolvendo a Administração Pública.

As conclusões a que se chega a partir das decisões analisadas no presente trabalho são pouco otimistas. Apesar de Regina Helena Costa ter defendido, em seu mais recente artigo sobre o tema, que a questão ainda se apresenta palpitante,²¹⁵ não há indícios de que o debate teórico de 1988 tenha ganhado força passados trinta anos desde seu primeiro estudo sobre o tema. Um dos maiores problemas é a reduzida quantidade de jurisprudência que se tem sobre o tema. Tal fato não seria de tão grande importância se as poucas decisões existentes fossem mais robustas em sua fundamentação. Infelizmente, conforme se procurou demonstrar ao longo da análise dos acórdãos, a qual pode ser conferida no gráfico a seguir, são poucos os juristas que se dedicam ao estudo do tema.



²¹⁵ COSTA, Regina Helena. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: revisitando o tema.** In: WLAD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cezar Augusto Guimarães. **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p 993.

Ainda que a maioria das decisões diferenciem os conceitos indeterminados da discricionariedade administrativa, são poucas as que possuem uma argumentação coesa. Muitos acórdãos, ainda que citem alguma teoria, chegam a conclusões totalmente diferentes daquelas propostas pela doutrina em que se apoiam. Percebe-se que, embora exista um antigo debate e um grande número de estudos sobre o tema, inclusive com livros dedicados especificamente ao debate, não há um estudo profundo sobre o assunto. Isso faz com que o controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos não seja tão efetivo quanto poderia ser. Não adianta distinguir de forma absoluta discricionariedade da concreção de conceitos vagos se, ao final, o Judiciário entende que há mérito.

Independente da teoria que se adota para o controle dos conceitos vagos, o que importa é a coesão argumentativa: um pensamento linear que exija do jurista o conhecimento sobre os motivos pelos quais está decidindo de forma moderada, extremada ou conforme uma outra corrente. Isso, no entanto, requer que se procure conhecer com mais disposição a doutrina. Na falta de lei que diga com exatidão o que é um ato discricionário e o que são os conceitos jurídicos indeterminados frente à Administração, a doutrina brasileira e o direito comparado são essenciais a boas decisões judiciais.

Seria, portanto, um equívoco culpar a doutrina e dizer que se torna inútil em razão das atitudes do Judiciário. Na falta de lei a embasar o tema, não pode a jurisprudência decidir de qualquer modo, faz-se mister que construa precedentes mais densos a fim de amparar julgamentos futuros. Se a doutrina parar de teorizar a respeito de certas matérias em função de o Poder Judiciário ignorá-las, então se corre o risco de não se ter mais doutrina alguma – e, portanto, mais nenhuma orientação coerente a seguir.

Assim, por mais que se tenha discordado de algumas teorias ao longo do trabalho e que se tenha apontado que elas poderiam ser a causa dos problemas enfrentados pela jurisprudência, entende-se, após a análise dos acórdãos, que discordar é um importante passo para refletir o tema, sendo as diferentes opiniões de cada autor essenciais à evolução da compreensão acerca das diferenças entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Cabe aos Tribunais, a exemplo da doutrina, debaterem melhor a matéria, em vez de meramente reproduzir passagens de decisões e de obras sem sequer se questionar sobre as teorias que se encontram por de trás de cada argumento.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 24.6999-9-DF**. Recorrente: Bernardo Rosenberg; Recorrido: União. Relator: Min. Eros Grau. Brasília, 30 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 17/09/2017, p. 232.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 4.053 - RS**. Agravante: Associação Hospital Novo Hamburgo; Agravado: União. Relator: Min. Paulo Medina, 28 de agosto de 2001. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=IMG&sequencial=133835&num_registro=200100973349&data=20011112&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 19.590-RS**. Recorrente: Gilberto Pinto Fontoura; Recorrido: Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Felix Fischer, 02 de fevereiro de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=604011&num_registro=200500241465&data=20060320&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.279.607 - PR**. Recorrente: Ministério Público Federal; Recorrido: Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 06 de dezembro de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=111859&num_registro=201102223405&data=20111213&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Mandado de Segurança nº 36.325 - ES**. Recorrente: Sebastião Matos Mazine; Recorrido: Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Herman Benjamin, 22 de outubro de 2013, p. 10-11. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1275312&num_registro=201102602750&data=20131205&formato=PDF>. Acesso em: 17/09/2017.

_____. Tribunal Regional da Primeira Região. **Apelação Cível nº 1999.37.00.008230-4/MA**. Apelante: Coriolano Correia de Almeida; Apelado: União Federal. Relator: Des. João Batista Moreira, 16 de outubro de 2009, p. 3 (voto). Disponível em: <<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=81188919994013700&pA=19993700082304&pN=81188919994013700>>. Acesso em: 24/11/2017.

_____. Tribunal Regional da Primeira Região. **Agravo Regimental na Apelação Cível nº 1998.34.00.027682-0/DF**. Embargante: IDEC - Instituto Brasileiro de defesa ao Consumidor;

Associação Civil Greenpeace; Embargado: Monsanto do Brasil LTDA, União Federal. Relator: Des. Selene Maria de Almeida, 19 de dezembro de 2003, p. 10 (voto). Disponível em: <
<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=276415119984013400&pA=199834000276820&pN=276415119984013400>>. Acesso em: 24/11/2017.

_____. Tribunal Regional da Primeira Região. **Apelação em Mandado de Segurança nº 1998.01.00.061913-2**. Apelante: Walmir Antônio Girardi Júnior; Apelado: União Federal. Relator: Des. João Batista Moreira, 16 de janeiro de 2003. Disponível em: <
<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=539979819984010000&pA=199801000619132&pN=539979819984010000>>. Acesso em: 24/11/2017.

_____. Tribunal Regional da Primeira Região. **Embargos de Declaração na Apelação Cível 1999.01.00.100327-5/DF**. Apelante: União Federal; Apelado: Denis Braga Ferreira. Relator: Des. João Batista Moreira, 14 de novembro de 2002. Disponível em: <
<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=964030319994010000&pA=199901001003275&pN=964030319994010000>>. Acesso em: 24/11/2017.

_____. Tribunal Regional da Primeira Região. **Apelação Cível 1999.01.00.100326-1/DF**. Apelante: União Federal; Apelado: Denis Braga Ferreira. Relator: Des. João Batista Moreira, 09 de abril de 2002. Disponível em: <
<https://arquivo.trf1.jus.br/PesquisaMenuArquivo.asp?p1=964021819994010000&pA=199901001003261&pN=964021819994010000>>. Acesso em: 24/11/2017.

_____. Tribunal Regional da Segunda Região. **Agravo de Instrumento nº 0005985-30.2015.4.02.0000**. Agravante: Ministério Público Federal; Agravado: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT e outros. Relator: Des. Ricardo Perlingeiro, 26 de abril de 2016. Disponível em: <
http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:51MGBBZ8eIUJ:ementas.trf2.jus.br/apolo/databucket/idx%3Fprocesso%3D201500000059852%26coddoc%3D292653%26datapublic%3D2016-04-29%26pagdj%3D305/337+conceitos+indeterminados+controle+inmeta:gsaentity_BASE%3DEmentas&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 24/11/2017

_____. Tribunal Regional da Segunda Região. **Mandado de Segurança 2011.02.01.000668-5**. Impetrante: União Federal; Impetrado: Juiz Federal Diretor do Foro/Seção Judiciária - RJ. Relator: Des. Sergio Feltrin Correa, 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <
http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:PuACaltRPuAJ:trf2nas.trf.net/iteor/decisao/RJ0108710/1/95/1125526.rtf+conceitos+indeterminados+controle+inmeta:gsaentity_BASE%3DDecis%C3%B5es&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 24/11/2017.

_____. Tribunal Regional da Quarta Região. **Agravo de Instrumento nº 5047275-12.2017.4.04.0000/PR**. Agravante: Nabi Kemmel Mellem; Agravado: Banco Central do Brasil - BACEN. Relator: Des. Vivian Josete Caminha, 03 de setembro de 2017. Disponível em: <
https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=9152008&termosPesquisados=IGNvbmNlaXRvcyBpbmRldGVybWluYWRvcyBkaXNjcmljaW9uYXJpZWRhZGUgY29udHJvbGUg>. Acesso em: 24/11/2017.

_____. Tribunal Regional da Quarta Região. **Apelação Cível nº 5002118-12.2010.404.7000/PR**. Apelante: União - Fazenda Nacional; Apelado: Laboratório de Análises Clínicas das Nações LTDA. Relator: Des. Vânia Hack de Almeida, 27 de julho de 2011. Disponível em: <
https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4245156>. Acesso em: 03/12/2017.

_____. Tribunal Regional da Quinta Região. **Apelação Cível nº 513007**. Apelante: Ministério Público Federal e Ordem dos Advogados do Brasil Seção do Rio Grande do Norte; Apelado: Simone Dunke de Mello Pereira. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti, 05 de maio de 2011. Disponível em: <
<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 03/12/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 632.853 - CE**. Reclamante: Estado do Ceará; Reclamado: Tereza Maria Amado Pinheiro e outros. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 de abril de 2015. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8773734>>. Acesso em: 03/12/2017.

_____. Tribunal Regional da Quinta Região. **Apelação Cível nº 348781/AL**. Apelante: Município de Branquinha; União; Apelado: os mesmos. Relator: Des. Marcelo Navarro, 18 de abril de 2013. Disponível em: <
<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 03/12/2017.

_____. Tribunal Regional da Quinta Região. **Apelação Cível nº 464069/CE**. Apelante: Jessie Bluhm de Pontes Vieira; Apelado: Sociedade de Ensino Superior do Ceará. Relator: Des. Frederico Pinto de Azevedo, 17 de junho de 2010. Disponível em: <
<https://www4.trf5.jus.br/Jurisprudencia/JurisServlet?op=exibir&tipo=1>>. Acesso em: 03/12/2017

COSTA, Regina Helena. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 29, junho de 1988.

_____. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa: revisitando o tema.** In: WLAD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cezar Augusto Guimarães. **O Direito Administrativo na Atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles.** 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p 993-1014.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro.** Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. jan/jun, 1990.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Direito Administrativo.** 30.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Limites ao Controle Externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?.** Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 37, janeiro/fevereiro/março de 2014, p. 2. Disponível na Internet: <<http://direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-MARIA-SYLIVIA-PIETRO.pdf>>. Acesso em 28 de novembro de 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos).** RAP, Madrid, vol. 3, 1962.

_____; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo, I.1.ed.** Buenos Aires: La Ley, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes.** 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** 12.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Elementos de Direito Administrativo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

_____. **Discricionariedade administrativa: controle de exercício e controle de atribuição.** Revista Síntese Direito Administrativo, v. 76, p. 9-21, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 139.

MELLO, Celso Antônio bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

PORTUGAL. **Constituição**, de 23 de setembro de 1822. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp-1822.pdf>>. Acesso em: 22/11/2017.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 1944. In: _____. **Estudos de Direito Público. Vol. I**. Coimbra: Biblioteca Geral da Universidade de Coimbra, 1989.

RODRIGUES, Itiberê de Oliveira. **Fundamentos Dogmático-Jurídicos da História do Princípio da Legalidade Administrativa no Brasil**. In: ÁVILA, Humberto. **Fundamentos do Estado de Direito: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 54-89.

SAINZ-MORENO, Fernando. **Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa**. Madrid: Civitas, 1976.

SAUSSURE, Ferdinand de. **Imutabilidade e Mutabilidade do Signo**. In: _____. **Curso de Linguística Geral**. Cultrix: São Paulo, 2006. p. 85-93

SOUSA, Antônio Francisco de. **Os “Conceitos Legais Indeterminados” no Direito Administrativo Alemão**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. out/dez, 1986.

SOUSA, Antônio Francisco de. **«Conceitos Indeterminados» no Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. **Os limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Jul/Set, 1969.

TRUCHET, *Didier*. **Droit Administratif. 1 vol.** 4.ed. Paris: Presses Universitaire de France, 2011.