

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

IGOR LICURGO FREITAS NUNES¹

RESUMO

O presente trabalho tem como ponto principal fazer a análise de se existe ou não discricionariedade administrativa no uso dos conceitos jurídicos indeterminados, apresentando as várias correntes doutrinárias acerca do assunto, como também exibir a possibilidade do controle pelo Poder Judiciário dos atos vinculados e discricionários. Para tanto se faz necessário explicar o que é um ato administrativo, ato vinculado, discricionário e por fim o que é um conceito jurídico indeterminado.

Palavras-chave: Discricionariedade Administrativa. Conceitos jurídicos indeterminados. Controle pelo Judiciário.

ABSTRACT

This work focuses on the analysis of whether there is administrative discretion in the use of indeterminate legal concepts. It does so by the presentation of various doctrines on this subject and also by analyzing the possibility of control by the judiciary of the bonded and discretionary acts. In order to do so, it is necessary to explain what an administrative act is, what a bounded act is, what a discretionary act is, and finally what an undefined legal concept is.

Key Works: Administrative discretion. Indeterminate legal concepts. Control by the Judiciary.

¹ Aluno concluinte do Curso de Direito da FARN.

1.INTRODUÇÃO

A grande problemática que nos levou ao estudo desse trabalho foi a questão se há discricionariedade administrativa no uso dos conceitos jurídicos indeterminados.

Pois bem, ao longo do trabalho apresentaremos várias doutrinas que admitem a existência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, outras que negam a existência e por fim as que admitem que possa haver ou não discricionariedade na aplicação dos conceitos indeterminados.

No entanto a questão ganha grande repercussão ao notar-se que o Direito se expressa através da linguagem, e na maioria das vezes essa linguagem se traduz em conceitos jurídicos indeterminados, ponto crucial do nosso trabalho, pois caso a administração pública diante do caso concreto precise utilizar-se de conceitos indeterminados para atender a finalidade legal da norma, interesse público, estaria ela usando de seu poder discricionário, elegendo a melhor opção com base no mérito administrativo nos critérios de conveniência e oportunidade, ou estaria ela apenas fazendo uma interpretação vinculada?

Esta é a questão que gera bastante discussão doutrinária e jurisprudência, pois caso esteja elegendo a melhor opção com base na discricionariedade, esse ato não poderia ser controlável pelo Poder Judiciário, haja vista que o mesmo está tolhido apenas à análise de legalidade não podendo adentrar no mérito administrativo, como consequência disto restaria diminuído o campo de ação do poder Judiciário com base apenas na questão do mérito administrativo.

Exposto essa linha principal de abordagem do trabalho, ainda nós reservamos a apreciação dos limites da discricionariedade, baseada nos princípios constitucionais. E da possibilidade de controle dos atos vinculados e discricionários por parte do Poder Judiciário. No entanto temos que ir para o início, instruir todas as informações necessárias para chegar aos tópicos principais sabendo do que se trata um ato administrativo, ato vinculado, discricionário, feito este adendo, podemos começar a exposição trabalho.

2. ATOS ADMINISTRATIVOS

No primeiro momento torna-se importante frisar o conceito de ato administrativo, para só assim da seguimento ao nosso trabalho, ato administrativo em uma conceituação ampla, seria toda a exteriorização de declaração de vontade da Administração Pública ou de quem lhe represente como, por exemplo, um concessionário de serviço público, para utilizando-se da sua posição de supremacia, criar, adquirir, reconhecer, modificar, transferir ou extinguir direitos, sob o manto da finalidade pública e por fim, sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário.

2.1 REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Superada essa fase, é necessário listar os requisitos que compõem o ato administrativo, requisitos esses que, validam, justificam a existência do próprio ato, são eles: competência (sujeito), objeto, forma, motivo e finalidade. De acordo com Mello:

Sujeito é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo; *forma* é o revestimento externo do ato: sua exteriorização; objeto é a disposição jurídica expressada pelo ato: o que ele estabelece. A expressão, com este sentido, é infeliz. Seria melhor denominá-la *conteúdo*. *Motivo* é a situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato; *finalidade* é o bem jurídico a que o ato deve atender. (Mello, 2010, p.391)

2.2 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Segundo Marinela (2011, p.279), a doutrina é divergente a respeito do assunto, pois não há uma definição exata quanto à numeração desses atributos, pois para a maioria são a presunção de legitimidade, autoexecutoriedade e a imperatividade, porém alguns doutrinadores incluem um quarto atributo, a tipicidade,

No mesmo sentido Di Pietro (2011, p.199) afirma que não há uniformidade de pensamento entre os doutrinadores na indicação dos mesmos, mas também cita como atributos, a presunção de legitimidade, imperatividade e a autoexecutoriedade não deixando de lado a tipicidade.

Quanto à presunção de legitimidade, o próprio já diz decorre do princípio da legalidade, ou seja, presume-se que sejam compatíveis com a lei, já no tocante a imperatividade, decorre do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o que justifica a coercibilidade dos atos administrativos, nesta esteira a autoexecutoriedade,

significa dizer que para a Administração exigir o cumprimento de determinado ato não necessita a intervenção do Poder Judiciário, ou seja, ela mesma tem mecanismo para executar diretamente os seus atos e por fim a tipicidade que seria o atributo pelo qual o ato administrativo deveria estar traçado, tipificado previamente na lei.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

De acordo com Carvalho Filho (2008, p.124), “A classificação dos atos administrativos sofre imensa variação em virtude da diversidade de critérios adotados para firmá-la”.

Os atos administrativos são classificados segundo Carvalho Filho (2008, p. 124 a 128), em: atos gerais e individuais, atos de império e de gestão, ATOS VINCULADOS e DISCRICIONÁRIOS, atos simples, compostos e complexos, atos constitutivos, declaratórios e enunciativos, atos revogáveis e irrevogáveis e atos auto-executórios e não auto-executórios.

Diante do exposto para o nosso trabalho vamos nos ater aos atos vinculados e discricionários.

3. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

3.1 ATO VINCULADO

A ideia principal que devemos ter ao pensar no ato vinculado é a do princípio da legalidade, considerado viga mestre do regime jurídico-administrativo, o qual leciona que a Administração só pode fazer o que a lei autoriza, ou seja, segundo Marinela (2011, p.31), “a atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos da autorização contida no sistema legal”.

Dessa maneira, ato vinculado conforme explica Marinela:

Poder Vinculado é aquele em que o administrador não tem liberdade de escolha; não há espaço para a realização de um juízo de valor, e, por conseguinte, não há análise de conveniência e oportunidade. Preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a praticar o ato. (Marinela, 2011, p.203).

Neste sentido, o ato vinculado é aquele praticado pelo administrador diante de conceitos unissignificativos, que admitem solução única diante do caso concreto, o agente não tem liberdade de escolha, deve agir conforme a lei manda, não há margem para um juízo de conveniência e oportunidade, apenas vinculação a norma.

Pode-se, pois, concluir segundo Di Pietro (2011, p. 214) que a Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada no momento que a lei estabelece uma única solução possível diante do fato, fixando todos os requisitos, restando apenas para a Administração limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação.

3.2 ATO DISCRICIONÁRIO

Em passagem iluminada Mello explica:

Discricionariedade 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 das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (Mello, 2010, p. 973).

Ainda neste sentido Gasparini (2007, p.98), conceitua que discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração conforme um dos comportamentos que a lei preceitua, cabendo a aquela escolher dito comportamento baseado num critério de conveniência e oportunidade que melhor se encaixe ao interesse público.

De igual forma, Figueiredo (2001, p.203) diz que a discricionariedade consiste na competência-dever do administrador, diante do caso concreto, deixar de lado, seus próprios “standards” ou ideologias, e baseado no critério de razoabilidade, princípios e valores do ordenamento eleger a melhor opção que concretize a utilidade pública postulada pela norma.

Imperioso se faz lembrar que no ato discricionário, o administrador também está subordinado à lei, o que lhe difere do vinculado é o grau de liberdade que o agente tem diante do caso concreto, para eleger dentre as alternativas possíveis, utilizando-se de um juízo de conveniência e oportunidade a que melhor adapte-se ao interesse público, juízo esse chamado de mérito administrativo, o qual nos aprofundaremos em tópico mais adiante.

3.3 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE

Para fundamentar a existência da discricionariedade, segundo Di Pietro (2011, p. 214/215), os autores apelam para um critério jurídico e um prático. Do ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por degraus, de Kelsen, o qual leciona que para cada

ato praticado acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior, e somente com a discricionariedade isso é possível, fazendo-se uma analogia a situação vigente no direito brasileiro, o degrau superior seria a Constituição, onde a partir dela outras situações novas vão sendo criadas, como leis, regulamentos, até que se chegue ao ato final aplicável ao caso concreto. Já do ponto de vista prático a discricionariedade existiria para evitar o automatismo nas ações dos agentes administrativos, pois teriam esses que atender rigorosamente a todas as normas preestabelecidas, como também para suprir a impossibilidade do legislador de prever todas as situações que o administrador enfrentará no dia-a-dia.

No mesmo sentido afirma Marinela (2011, p. 255), que a discricionariedade só existe em razão da complexidade e da mutabilidade dos problemas, visando com isso proporcionar ao administrador, diante do caso concreto a melhor escolha que atenda ao interesse público, devendo observar a disposição legal que o caso exija.

Igualmente, Meirelles destaca:

A atividade discricionária encontra plena justificativa na impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige. O ideal seria que a lei regulasse minuciosamente a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelo administrador; mas, como isto não é possível, dadas a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério do administrador. (Meirelles, 2001, p.111/112).

Posição semelhante tem Mello:

Deveras: se com outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda -, é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei. (Mello, 2010, p.108/109)

Diante do exposto, podemos afirmar que o fundamento da discricionariedade reside simultaneamente, na intenção do legislativo de permitir ao administrador uma margem de liberdade para buscar a melhor opção que atenda ao interesse público, como também da impossibilidade do legislador prever todas as situações do dia-a-dia, conferindo assim uma margem de liberdade ao administrador para que ele não fique engessado diante dos multifacetados casos concretos.

3.4 ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Conforme Di Pietro (2011, p.215), a fonte da discricionariedade é a lei, aquela só existe nos espaços deixados por esta, sejam eles, quando a lei expressamente permite à Administração que use do critério de conveniência e oportunidade para atender a situação; quando a lei for omissa em virtude da impossibilidade de prever todas as situações, devendo a autoridade competente decidir de acordo com o ordenamento jurídico; quando a lei prevê determinada competência, porém não estabelece a conduta a ser adotada, exemplo disso é o poder de polícia, em que não é possível determinar todas as situações que ponham em risco à vida, à segurança pública e à saúde.

3.5 DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE

Não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, conforme bem leciona Cretella Júnior “*Arbítrio não se confunde com discricção, do mesmo modo que arbitrário e arbitrariedade não se confundem com discricionário e discricionariedade.*” (Cretella Júnior, 2002, p.174)

Ambas as palavras, trazem em si a noção de liberdade, porém a discricionariedade tem noção de liberdade dentro dos limites da lei, já arbitrariedade traz a noção de liberdade ilimitada, fora da fronteira da lei. A esse propósito escreveu Meirelles “discricção e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discricção é liberdade dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei.” (Meirelles, 2001, p.160) nessa esteira afirma Carvalho Filho “não há discricionariedade ***contra legem.***” (Carvalho, 2008, p.48) (grifos do autor). Concluindo Marinela, diz “Ato arbitrário é **ilegal, ilegítimo e inválido**, devendo ser retirado do ordenamento jurídico” (Marinela, 2011, p. 204)

3.6 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

Após serem explanados os tópicos retro sobre discricionariedade, uma verdade se faz presente, a discricionariedade é um poder, demarcado, limitado, contido em fronteiras.

Como bem lembra Figueiredo, o limite da discricionariedade reside necessariamente nos princípios da proporcionalidade, boa-fé, lealdade e igualdade. (Figueiredo, 2001, p. 203).

O festejado autor, Mello:

a razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – a lealdade e boa fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do

Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites. Assujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável. (Mello, 1993, p.96).

Diante do exposto, uma coisa é certa, caso a conduta praticada pelo agente administrativo, transborde esses limites, ela será ilegítima e carecedora do controle judicial.

4. CONCEITO JURÍDICO

4.1 CONCEITO JURÍDICO DETERMINADO

São termos ou expressões contidas na norma jurídica que traz consigo o sentido delimitado, rigoroso, objetivo, inconfundível, que só admite uma posição diante da realidade fática.

4.2 CONCEITO JURÍDICO INDETERMINADO

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, conforme Costa (1989), apesar de produzir muitas divergências entre autores do mundo todo, já vem sendo debatida há um século. A citada doutrina teve sua origem na Áustria no século XIX, tendo como seus primeiros estudiosos os professores, Edmund Bernatzik e Friedrich Tezner, que publicaram seus trabalhos respectivamente em 1886 e 1888, demonstrando opiniões contrárias entre si, desde então o tema ganhou grande popularidade, principalmente na Alemanha, devido o grande numero de obras publicadas sobre essa doutrina, cada uma apresentando novas teorias.

Também chamado de plurissignificativos, vagos, imprecisos, elásticos, fluidos, o conceito jurídico indeterminado, segundo Carvalho Filho:

São termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse público”, “segurança nacional” e outras do gênero. Em palavras diversas, referidos conceitos são aqueles ***cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito.*** (Carvalho Filho, 2008, p.51)

No que tange à estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados, podemos dividir em dois núcleos um de “zona de certeza” o qual estaria os conceitos objetivos unívocos, e a outra parte seria a “zona de dúvida” na qual estariam os conceitos que remetem a alguma dúvida previamente.

5. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Diante de todo o exposto anteriormente que serviu de base para chegarmos neste tópico atingimos o ponto principal do nosso trabalho, verificar a existência ou não de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, se na utilização dos conceitos jurídicos indeterminados haveria discricionariedade.

A grande problemática da questão em análise decorre do seguinte, como bem leciona em passagem extremamente feliz Carvalho Filho “A razão pela qual têm sido confundidos os institutos decorre da circunstância de que ambos se enquadram na atividade não vinculada da Administração, uma vez que neles a norma não exhibe padrões objetivos de atuação”. (Carvalho Filho, 2008, p.51).

No mesmo sentido Di Pietro:

No que diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados, ainda há muita polêmica, podendo-se falar de duas grandes correntes: a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de **interpretação** que leve a única solução válida possível; e as dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas. (Di Pietro, 2011, p.217).

Feitas essas breves considerações, vamos analisar a questão sobre a seguinte perspectiva: primeiro, os autores que defendem a existência de discricionariedade no uso dos conceitos jurídicos indeterminados, em seguida, os autores que negam a existência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, ademais os autores que admitem que as duas coisas possam ou não estar ligadas e por último a exposição da nossa opinião a respeito do tema em epígrafe.

5.1 AUTORES QUE DEFENDEM A EXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE NOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

O tema sob análise pode ser estruturado de várias formas. Preferimos seguir a estruturação de Mendes (2005) para exposição do tema. Sendo assim, veja-se que, a título de informação, foi atribuída a Edmund Bernatzik, na Áustria, no ano de 1886, a fundação científica da doutrina que identifica o uso da discricionariedade administrativa nos conceitos

jurídicos indeterminados. O grande lance de sua teoria foi que ao identificar a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, os atos, que tivesse essa conceituação de “indeterminados” não poderiam ser controlados pelos tribunais administrativos haja vista serem revestidos de discricionariedade, ou seja, o Supremo Tribunal Austríaco ficou tolhido apenas à análise se houve realmente aplicação da discricionariedade e se os fins que justificam o ato foram atendidos. Ou seja, com isso Bernatzik ampliou o rol de atos não controlados pelos Tribunais.

O primeiro autor que trazemos a lume é o italiano Renato Alessi, que fundava sua teoria na ideia de imprecisão do interesse público, vejamos seu pensamento:

Em especial, a determinação do interesse público necessário a legitimar o exercício potestativo da ação por parte da administração pode ser precisa ou imprecisa (...). No caso de determinação precisa do interesse público, para a administração não resta nenhum poder de valoração do interesse público no que tange à oportunidade de agir ou não, tal forma que sua atividade é tida como por vinculada. Por outro lado, somente no caso de determinação imprecisa, resta para a administração, de qualquer forma, a faculdade de valorar a oportunidade de agir ou não, faculdade que é mais ou menos ampla conforme cada caso, e rigorosamente sempre mais ampla à medida que se passa das primeiras às últimas hipóteses. Tal faculdade de apreciação do interesse público, com finalidade de decidir a conveniência ou não da ação administrativa, é dita poder discricionário ou discricionariedade... (Renato Alessi *apud* Mendes, 2005, p.35/36, traduzido por Fernando Mendes).

Ou seja, para o autor italiano a discricionariedade residiria na imprecisão da norma, sendo imprecisa esta, restaria para a administração valorar a oportunidade de agir, tal faculdade de valorar o interesse público seria a discricionariedade. No entanto sendo a norma precisa restaria apenas para a administração uma atividade vinculada.

Já no direito brasileiro, segundo Di Pietro a corrente que tem mais aceitação dentre os autores é realmente a que conhece a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, a dificuldade estaria em delimitar aprioristicamente as hipóteses em que o uso de conceitos jurídicos indeterminados traria discricionariedade para a administração pública, acrescenta ainda que esse exame só é possível diante do caso concreto. (2011, p.217/218).

Neste sentido tem-se a lição de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

O Estado, ou quem faça as suas vezes, na prática de atos administrativos pode se encontrar em duas posições antagônicas: ora deve se cingir a estritas determinações legais, a obedecer o comando da norma, em se verificando as condições de fato por ela prescrita, no caso particular considerado; ora pode

apreciar a conveniência e oportunidade dentro das *soluções legais admitidas de forma indeterminada*, de modo a proceder desta ou daquela maneira. No primeiro caso, diz-se que a Administração Pública a respeito da matéria tem poderes vinculados ou legais e assim, o ato administrativo é de caráter vinculado ou legal. (...) No segundo caso, diz-se que a Administração Pública, a respeito da prerrogativa de emanar ato, ou o seu conteúdo, em poderes discricionários ou políticos, e, assim, o ato administrativo é de caráter discricionário ou político. (O. A. B. *apud* Mendes, 2005, p. 36/37).

Nesta esteira, importante também frisar o entendimento do mestre Carvalho Filho:

A razão pela qual têm sido confundidos os institutos decorre da circunstancia de que ambos se enquadram na atividade não vinculada da Administração, uma vez que neles a norma não exhibe padrões objetivos de atuação. Mas enquanto o conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de **previsão** da norma (antecedente), por que a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na **estatuição** da norma (consequente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. Nesta, portanto, o processo de escolha tem maior amplitude do que o ocorrente naquele. (...) Entre os estudiosos do tema, há aqueles que entendem que não há processo de escolha nos conceitos jurídicos indeterminados. **Concessa vênia**, não parece verdadeiro o entendimento, porque, por mais que o intérprete se esforce em delimitar a área de aplicação de tais conceitos, sempre restará uma **zona de incerteza** que lhes é imanente pela própria razão de ser **indeterminado** o conceito legal. (Carvalho Filho, 2008, p.51).

Para o autor, a discricionariedade reside nos conceitos jurídicos pelo fato da própria natureza do “conceito indeterminado” uma vez que diante deles o agente público por mais que se esforce em delimitar a área de aplicação de tal conceito em abstrato, restará sempre uma zona de incerteza, resultante da sua natureza, possibilitando assim a administração fazer um juízo de valor.

Por fim ressaltemos a lição da ilustre autora Marinela:

O ato do administrador é, também, discricionário quando a situação é descrita na norma por palavras que recobrem conceitos vagos, dotados de certa imprecisão e, por isso mesmo, essas são irreduzíveis à objetividade, não tendo uma significação unívoca inquestionável como, por exemplo, “comportamento indecoroso”. Nesse raciocínio, o ato administrativo depender, ainda, do juízo de valor do administrador quando a lei não estabelecer uma finalidade específica, definindo um objetivo de forma genérica, por exemplo, “o interesse público” ou, em sendo específico, contempla conceito padecente de certa imprecisão, certa indeterminação objetiva, *v.g.*, o administrador deve expulsar de local público, pessoas com comportamento indecoroso para proteger a moralidade pública, sendo que, para se definir o que é indecoroso, exige-se a definição de moralidade, mas, como esse conceito é indeterminado, torna-se imprecisa a noção de ato indecoroso, exigindo-se uma valoração subjetiva. (Marinela, 2011, p.255).

Diante do exposto, tem-se que a autora admite a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, quando diante do caso concreto, à norma seja descrita por palavras imprecisas, exigindo-se assim uma valoração subjetiva por parte do agente público.

Notamos que “A discricionariedade decorre, muitas vezes, da adoção pelo legislador de **conceitos jurídicos indeterminados**, que são conceitos vagos e abertos, que permitem ao administrador, no caso concreto, construir a solução adequada ao interesse público”. (Da Cunha Júnior, 2007, p.49).

5.2 AUTORES QUE NEGAM A EXISTÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE NOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Através de Friedrich Tezner, foi na Áustria que teve origem a doutrina que nega a existência de relação entre a discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados, em 1888 Tezner começou a defender uma opinião diversa de Bernatzik, Tezner criticava a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo austríaco, afirmando que a doutrina defendida por Bernatzik e acolhida pelo tribunal era inimiga do Estado de Direito, pois compreendia Tezner que entre os conceitos legais determinados e os indeterminados não haveria diferença, apenas um grau de insegurança do sentido da palavra, não podendo assim deixar de ser apreciado através do controle jurisdicional.

Como defensor desta doutrina podemos citar também o português, Afonso Rodrigues Queiró, que em excelente passagem explica:

O poder discricionário é concebido, entre nós, como uma certa margem de liberdade, concedida deliberadamente pelo legislador à Administração, a fim de que esta escolha o comportamento mais adequado para a realização de um determinado fim público. O poder discricionário não se confunde, portanto, com toda e qualquer margem e imprecisão, ainda a mais ampla, na formulação dos comandos legais. Noutras palavras: não se confunde com os chamados conceitos vagos ou conceitos indeterminados, de que o legislador administrativo tão largamente lança mão para exprimir suas previsões. (A. R. Queiró apud Mendes, 2005, p. 35).

Para o jurista português, nada tem haver o poder discricionário com os conceitos jurídicos indeterminados, uma vez que aquele é proveniente de uma vontade do legislador de “dar” a administração uma possibilidade de escolha, que melhor se adegue ao interesse público, já este, são apenas previsões que o legislador faz, e não possibilidade de escolha.

Na Espanha, podemos atribuir à introdução da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, a Garcia de Enterría que juntamente com Ramon Fernandez, defendiam que

nada tinha haver discricionariiedade com conceitos jurídicos indeterminados, considerando, fenômenos distintos, *in verbis*:

A discricionariiedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se fundamenta em critérios extra-jurídicos (de oportunidade, econômicos etc), não incluindo na Lei e remetidos ao juízo subjetivo da administração. Diferentemente, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da Lei, posto que se trata de subsumir uma categoria legal (configurada, não obstante sua imprecisão de limites , com a intenção de delimitar uma hipótese concreta) umas circunstancias reais determinadas; justamente por isso é um processo vinculado, que se esgota em um processo intelectualivo de compreensão de uma realidade no sentido de que o conceito legal indeterminado esteja compreendido, processo que não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, com é próprio de quem exercita um poder discricionário. (Garcia de Enterría & Ramon Fernandez apud Mendes, 2005, p.40/41, traduzido por Fernando Mendes).

Para os autores espanhóis, a discricionariiedade não se confunde com os conceitos jurídicos indeterminados, pois na primeira, essa dita liberdade seria uma escolha fora da esfera legal, obedecendo apenas ao juízo da administração, já no caso dos conceitos jurídicos indeterminados esses sim estaria dentro da esfera legal, uma vez que diante do caso concreto, haveria uma vinculação do agente num processo intelectualivo para se chegar à realidade do sentido expresso no conceito.

Na doutrina brasileira, dentre outros que apoiam essa teoria podemos citar Figueiredo, afirma a autora:

Afastamos toda e qualquer possibilidade de a discricionariiedade alojar-se nos conceitos plurissignificativos, elásticos, ou indeterminados, conforme a nomenclatura que se lhes dê. É dizer: a competência discricionária não emerge do fato de o conceito não ser, desde logo, preciso. Necessário, primeiramente, buscarmos, na norma, o sentido e alcance do conceito. Depois da interpretação, deveremos nos alçar aos princípios e valores do ordenamento jurídico, a fim de precisar o conceito. Preciado o conceito – ou determinado -, por conseguinte, localizado na zona de certeza positiva, mister a verificação se a norma outorgou a possibilidade de decisão ao administrador. Verifica-se, portanto, que se encontra em crise, como brilhantemente afirma Satta, o próprio conceito de vinculação. Não há competência totalmente vinculada, ou, por outra, são raríssimas as hipóteses em que a norma predefine inteiramente a única conduta a ser tomada pelo administrador. Na área do Direito Administrativo, para se exemplificar ato vinculado, recorre-se sempre ao clássico exemplo da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. No mais das vezes, *a norma possibilita condutas para atingimento de determinados fins*, porém utilizando-se dos mais variados conceitos indeterminados. Mesmo alguns conceitos como “interesse público relevante”, “nocividade à saúde”, dependerão de juízos técnicos, que são variáveis, no tempo e no espaço. Mas

não estamos, como já afirmamos, ainda, diante da competência discricionária, de decisão outorgada ao administrador. Esta exsurge quando houver competência para, no processo dinâmico, o administrador buscar a solução dentro dos lindes do razoável para atender ao fim postulado pela norma. (Figueiredo, 2001, p.212/213).

Para a brasileira Lúcia Valle Figueiredo, ela deixa bastante claro que não existe discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, e sim uma crise no conceito de vinculação, pois para ela não existe a competência vinculada puramente dita, acrescenta ainda que a discricionariedade não existe do fato de um conceito não ser de imediato preciso, pois obrigatória e necessariamente primeiro deve-se interpretar o conceito para só depois analisar se dentro dos lindes da razoabilidade, princípios e valores do ordenamento jurídico há competência para o administrador avaliar conforme critérios de oportunidade e conveniência.

5.3 AUTORES QUE ADMITEM QUE POSSA HAVER OU NÃO DISCRICIONARIEDADE NOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.

Neste tópico vamos nos cingir-se a análise do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual entende que a discricionariedade será relativa, vejamos:

Com efeito, a imprecisão das noções práticas vazadas no pressuposto ou na finalidade legal *é sempre relativa. Nunca existe imprecisão absoluta*, por mais vagas e fluidas que sejam as noções manipuladas pela lei. Sobretudo dentro de um sistema de normas, há sempre referenciais que permitem circunscrever o âmbito da significação das palavras vagas e reduzir-lhes a fluidez a um mínimo. (...) Em suma: haverá sempre, como disse Fernando Sainz Moreno [em *conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 4ª ed., Madri, Civitas, 1976, pp.70 e 71], uma “zona de certeza positiva”, ao lado da “zona de certeza negativa”, em relação aos conceitos imprecisos, por mais fluidos que sejam isto é: “el de certeza positiva (lo que es seguro que es) y el de certeza negativa (lo que es seguro que no es)” (Mello, 2010, p. 974).

Além disso, podemos dizer que a discricionariedade

É *relativa*, ademais, no sentido de que a liberdade acarretada pela circunstância de haver a lei se servido de expressões vagas, fluidas ou imprecisas não pode ser utilizada de maneira a desprender-se do campo significativo mínimo que tais palavras recobrem, isto é, das chamadas zonas “de certeza positiva” e “de certeza negativa” nem do significado social imanente nas palavras legais das quais resultou tal liberdade. Referimo-nos a expressões tais como “notável saber”, “pobreza”, “comportamento indecoroso”, “reputação ilibada”, “ocorrências que comprometam sua situação econômica”, as quais, bastas vezes, são adotadas para caracterização dos motivos que facultam ou impõem a prática de determinado ato. Isto é, o agente público estará sempre “vinculado” ao campo de certeza positiva e ao

campo de certeza negativa abrigado nas palavras em questão, pois não está autorizado a fazer delas uma interpretação desarrazoada, arbitrária, distante do senso comum, liberta o sentido corrente que necessariamente lhes terá de ser reconhecido em dado tempo e lugar. (Mello, 2010, p.986/987).

Para o autor em epígrafe, a discricionariedade será sempre relativa porque para ele o conceito ainda que seja fluido, elástico, comporta um conteúdo mínimo que sem ele a comunicação humana seria impossível. Logo todo conceito seria formado uma parte zona de certeza e outra de certeza negativa, onde o agente diante do caso concreto estaria vinculado a ambas as “zonas”, pois não está autorizado a agir de forma arbitrária, mas sim avaliar se diante da realidade, ocorreu os motivos que justificariam o ato, e agir conforme a norma jurídica vigente.

Apresentadas as três posições doutrinárias, quais sejam:

- a) Autores que defendem que existe discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados;
- b) Autores que negam a existência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados; e
- c) Autores que admitem que possa haver ou não discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

Ficamos com entendimento da última corrente, pois compreendemos que no direito nada é cem por cento, não existe ato totalmente vinculado, como também não existe conceito totalmente indeterminado, ou seja, não existiria um ato em que não houvesse brecha para a discricionariedade ao mesmo passo que não existe ato totalmente indeterminado, que não tenha o mínimo de conteúdo inteligível, onde o agente teria que valorar na integralidade o ato, Com isso corroboramos com a posição do autor citado anteriormente, diante do caso concreto cabe ao agente público interpretar o direito positivo e ajustá-lo a finalidade da lei.

6. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS.

É ponto pacífico na doutrina que o Poder Judiciário, baseado no sistema de jurisdição única, detém o monopólio de julgar todos os atos da atividade administrativa, sob o aspecto da legalidade, moralidade, ou seja, se não há lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e

coletivos, tudo com preceitua o artigo 5º, incisos XXXV e LXXIII, da Constituição Federal, *in verbis*:

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

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

(...)

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

Também sobre o mesmo prisma o artigo 37, da CF:

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

6.1 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS VINCULADOS.

Quanto ao controle judicial dos atos vinculados, não temos o discutir, pois a “regra” é clara conforme ensinamentos de Di Pietro:

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. (2011, p.219).

No mesmo sentido temos a lição do festejado autor, Carvalho Filho:

Em relação aos atos vinculados, não há dúvida de que o controle de legalidade a cargo do Judiciário terá muito mais efetividade. Com efeito. Se todos os elementos do ato têm previsão na lei, bastará, para o controle da legalidade, o confronto entre o ato e a lei. Havendo adequação entre ambos, o ato será válido; se não houver, haverá vício de legalidade. (2008, p.49).

Tem-se com isso que ao Poder Judiciário, é autorizada passagem livre para o controle, exame e reexame, da legalidade do ato em si, ou seja, que estejam de acordo com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, razoabilidade,

proporcionalidade, percebendo-se que a administração violou esses preceitos básicos, cabe ao Poder Judiciário o controle total e irrestrito.

6.2 MÉRITO ADMINISTRATIVO

Antes de começarmos a discorrer sobre a possibilidade de controle judicial dos atos discricionários, imperioso se faz esclarecer o que é mérito administrativo, segundo Mello em passagem feliz:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada. (2010, p. 965).

Para o autor trata-se então de uma seara intimamente ligada ao ato discricionário, onde mérito administrativo seria justamente o juízo de valor que o agente faz dentro da margem permitida pela lei, utilizando-se dos critérios de conveniência e oportunidade, para com isso chegar à finalidade expressa na lei.

Ademais temos o pensamento do mestre Meirelles:

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes [na obra “Conceito de mérito no Direito Administrativo” RDA 23/1-16] de que “o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária”. (2001, p. 146/147).

Nessa esteira, Cretella Júnior afirma:

Mérito é o aspecto que se relaciona com a *oportunidade* ou *conveniência* da medida adotada, conjunto infinito de ponderações valorativas, de juízes de valor, que levam a autoridade administrativa, perscrutando com todos os meios que tem a seu alcance a realidade social, a decidir sobre mês, dia, hora, minuto, lugar, equidade, razoabilidade, justiça, economia, moralidade, injustiça. (2002, p.255).

Em suma tem-se que mérito administrativo, é a área de valoração permitida ao agente público baseado nos critérios de conveniência e oportunidade, para que diante do caso concreto consiga eleger a melhor opção que atenda ao interesse público.

Exposto, o entendimento de mérito administrativo, podemos passar para o tópico seguinte.

6.3 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Apesar, da polêmica em torno do assunto, a grande maioria da doutrina e jurisprudência do Direito brasileiro, é uníssona no sentido de que “Aspecto algum do *mérito* admite revisão pelo judiciário” (Cretella Júnior, 2002, p.214).

Ainda, segundo Di Pietro, “Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível, **mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração pública pela lei**”. (Di Pietro, 2011, p.219).

Nessa esteira, Cretella Júnior,

está proibido o poder judiciário de entrar na indagação do *mérito*, que fica totalmente fora de seu policiamento, trata-se de terreno da competência exclusiva do poder executivo, pois o *mérito* traduz o entendimento de noção tradicional resumida no clássico binômio *oportunidade – conveniência*. (Cretella Júnior, 2002, p.255).

Conforme o exposto fica claro que para o judiciário, é permitido o controle tanto dos atos vinculados como também dos atos discricionários, desde que neste último não adentre na questão do mérito administrativo, pois além de ser uma área de valoração subjetiva da Administração Pública, há autores que afirmam caso o judiciário pudesse controlar tais atos discricionários, haveria violação ao princípio da independência dos Poderes, artigo 2º da Constituição Federal, o qual reza: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e o judiciário”. Neste sentido observa-se a lição de Carvalho Filho:

O que se veda ao Judiciário é a aferição dos critérios administrativos (conveniência e oportunidade) firmados em conformidade com os parâmetros legais, e isso porque o Juiz não é administrador, não exerce basicamente a função administrativa, mas sim a jurisdicional. Haveria, sem dúvida, invasão de funções, o que estaria vulnerando o princípio da independência dos Poderes (art. 2º da CF). (...) No que se refere aos atos discricionários, todavia, é mister distinguir dois aspectos. Podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar. Assim, se o ato é praticado por agente incompetente; ou com forma diversa da que a lei exige; ou com desvio de finalidade; ou com o objeto dissonante do motivo etc. O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhes inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ai exame de legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. (Carvalho Filho, 2008, p.48/49).

Diante do exposto, é que se tem a noção do quão importante, é a questão debatida ao longo do tópico cinco (05), se existe ou não discricionariedade no uso dos conceitos jurídicos indeterminados, pois como se observou agora, ao judiciário é permitido o controle tanto dos atos vinculados como dos atos discricionários, desde que no último não entre na seara do mérito administrativo. Um dos fundamentos para esse limite do judiciário no tocante ao mérito administrativo, é que caso o Poder Judiciário adentrasse no mérito administrativo ele não mais estaria exercendo sua função jurisdicional, mas sim uma função administrativa, haja vista que baseado na lei à Administração em alguns casos é permitido usar dos seus critérios de conveniência e oportunidade chamado mérito administrativo. Em outras palavras compete ao Poder Judiciário no tocante ao controle dos atos discricionários tanto o exame da legalidade em si como também o controle dos atos que ultrapassem os limites da legalidade, desbordarem a margem de liberdade do ato. Caso contrário o juiz entre na seara da valoração subjetiva, estaria violando o princípio da independência dos Poderes.

Para massificar o entendimento, transcrevemos agora algumas jurisprudências neste sentido, a primeira trata-se de um recurso ordinário julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça, o qual negou provimento, fundamentando na impossibilidade de adentrar no mérito administrativo, haja vista que compete apenas a análise da legalidade e esta foi realizada em estrita obediência.

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. No âmbito do processo administrativo disciplinar, ocorre ofensa aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório na criação de obstáculos ao acusado ou a seu representante legalmente constituído a fim de lhes negar o acesso aos autos, à apresentação de contestação, à produção de contraprovas, ou, ainda, à presença nos atos instrutórios. 2. O processo administrativo disciplinar transcorreu, porém, na espécie, em estrita obediência aos preceitos contidos no art. 5º, LV, da Constituição Federal, com a comissão processante franqueando ao acusado todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. 3. Ao Poder Judiciário compete apenas o controle da legalidade do ato administrativo, ficando impossibilitado de adentrar na análise do mérito do ato, sob pena de usurpar a função administrativa, precipuamente destinada ao Executivo. 4. Recurso a que nega provimento. (RMS 15.959/MT, STJ – Sexta Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, Julgamento: 07.03.2006, DJ: 10.04.2006).

A segunda jurisprudência que trazemos a tona trata-se de um recurso especial, julgado pelo Supremo Tribunal de Justiça,

EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ENSINO SUPERIOR. PÓS-GRADUAÇÃO. RESIDÊNCIA MÉDICA. OFERECIMENTO DE ALOJAMENTO E ALIMENTAÇÃO PELO PODER PÚBLICO DURANTE O PERÍODO DA RESIDÊNCIA (AUXÍLIOS IN NATURA). LEI N. 6.932/81. DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL QUE ENVOLVE A ADEQUAÇÃO DOS PROVIMENTOS JUDICIAIS. TUTELA ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 461, § 1º, DO CPC. CONVERSÃO EM MEDIDA QUE GARANTA RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE. AUXÍLIO EM PECÚNIA. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute se a Secretaria de Saúde do Estado do Rio Grande do Sul tem o dever legal de oferecer alojamento e alimentação aos residentes de Medicina e, em não o fazendo, se é cabível a conversão da obrigação em pecúnia. 2. É a seguinte a redação do art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/81: "As instituições de saúde responsáveis por programas de residência médica oferecerão aos residentes alimentação e moradia no decorrer do período de residência". 3. **Há limites para a discricionariedade administrativa, especialmente quando o dispositivo legal é peremptório a respeito da obrigatoriedade no fornecimento de alojamento e alimentação.** 4. **Se o Poder Público insiste em desconsiderar a norma, fazendo dessa previsão letra morta, caberá controle e intervenção do Judiciário, uma vez que, nestes casos, deixa-se o critério da razoabilidade para adentrar-se a seara da arbitrariedade, fato que, em último grau, caracteriza a omissão como ilegal.** 5. **A partir do momento em que opta pela inércia não autorizada legalmente, a Administração Pública se sujeita ao controle do Judiciário da mesma forma que estão sujeitas todas as demais omissões ilegais do Poder Público, tais como aquelas que dizem respeito à consecução de políticas públicas** (v., p. ex., STF, AgR no RE 410.715/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJU 3.2.2006). 6. É óbvio que o Judiciário não tem o condão de determinar que a Secretaria de Estado competente forneça pontualmente moradia e alimentação (i.e., de forçar que este órgão crie um mecanismo bastante para atender a um residente específico), pois isso seria contrariar uma premissa pragmática inafastável, qual seja, a de que o magistrado, no exercício de sua função, não possui condições para avaliar, no nível macro, as condições financeiro-econômicas de certo Estado-membro para viabilizar tal e qual política de assistência. 7. Contudo, a simples inexistência de previsão legal para conversão de auxílios que deveriam ser fornecidos in natura em pecúnia não é suficiente para obstaculizar o pleito recursal, pois é evidente que se insere dentro do direito constitucional individual à tutela jurisdicional (art. 5º, inc. XXXV, da Constituição da República vigente) a necessidade de que a prestação jurisdicional seja adequada. 8. É por isso que o Código de Processo Civil, em seu art. 461, § 1º, dispõe que, na impossibilidade de tutela específica, é dado ao Poder Judiciário determinar medidas que garantam um resultado prático equivalente - ou mesmo se que converta a obrigação em perdas e danos. 9. Na inicial, a recorrente pede que os magistrados fixem um percentual sobre a bolsa de estudos em substituição ao dever estatal de prestação de alojamento e alimentação. Nada obstante, esta instância especial não tem poderes para analisar questões fático-probatórias para auxiliar a fixação desses valores, sob pena de violação à Súmula n. 7 desta Corte Superior. 10. Recurso especial provido, determinando o retorno dos autos à origem a fim de que lá seja determinado um valor razoável que garanta um resultado prático equivalente ao que determina o art. 4º, § 4º, da Lei n. 6.932/81. (REsp 813408/RS, STJ -

Apesar do conteúdo do recurso em análise versar sobre questão de cunho discricionário, ela faz jus ao controle do judiciário, uma vez que transbordou os limites da razoabilidade adentrando na arbitrariedade, caracterizando-se como uma omissão legal, fato esse ensejador de controle por parte do judiciário.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto retro, o que foi bastante claro, e que no atual Estado de Direito, não se permite uma atuação contrária à lei, aos princípios sejam eles legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade. Seja nos atos vinculados como também nos atos discricionários que já explicados nada tem haver com arbitrariedade.

Também observamos que a discricionariedade, ou seja, a margem de valoração subjetiva permitida a Administração tem como fundamento primordial a impossibilidade do legislador prever todas as situações do cotidiano, dando essa margem para o agente público, valorar diante do caso concreto baseado nos critérios de conveniência e oportunidade a melhor opção para atender ao fim legal, ou seja, o interesse público.

No entanto, como discussão nuclear do nosso trabalho vimos o quão difícil é saber o limite exato dessa discricionariedade, principalmente no tocante a existência ou não de discricionariedade no uso dos conceitos jurídicos indeterminados. Aderimos à teoria que defende a relatividade da discricionariedade perante os conceitos jurídicos indeterminados, haja que todo conceito, como o próprio nome já diz deve trazer consigo o mínimo de conteúdo inteligível, ou seja, uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa, por isso não seria totalmente indeterminado, e também relativo por entender não existe conceito totalmente vinculado.

No entanto, isto como bem diz o nome é uma teoria, ou seja, na prática a questão ganha relevo ao perceber que caso se admita a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, com isso ampliar-se-ia o rol dos atos praticados não controláveis pelo poder judiciário sob o manto da discricionariedade, através do uso do mérito administrativo, contrastável apenas pelo próprio Poder Executivo. Isso é preocupante, pois a nosso ver o chamado *mérito administrativo*, tornou-se uma palavra mágica algo do tipo abracadabra, que infelizmente pode ensejar a desmandos administrativos, pois o Poder Judiciário não poderia

intervir na questão sob pena de adentrar no mérito e ferir o princípio constitucional da independência dos Poderes. Restaria apenas ao próprio Poder Executivo esse controle, seria quem tem o poder de controlar seus próprios atos, fazendo uma analogia seria como comprar e vender a si mesmo, ou seja, poderíamos comprar ao preço que quisermos e vendermos a nós mesmo pelo preço que quiser, em outras palavras não teria o fiscalizador, o “fiel da balança”.

No entanto, acreditamos na conscientização da sociedade e daqueles que a gerem, que tem o poder não mãos, para com isso deixar os interesses particulares de lado e buscar sempre o melhor para coletividade, ou seja, a finalidade legal da norma, o interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Hélio Quaglia. RMS 15.959/MT, STJ – Sexta Turma, Julgamento: 07.03.2006, DJ: 10.04.2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

COSTA, Regina Helena, Juslilia. São Paulo, 51 (145), jan. mar. 1989, p. 43.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18 Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002.

DA CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 5 Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24 Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5 Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12 Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5 Ed. Niteroi: Impetus, 2011.

MARQUES, Mauro Campbell. REsp 813408/RS, STJ - Segunda Turma, Julgamento: 02.06.2009, DJe: 15.06.2009

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26 Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27 Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MENDES, Fernando Marcelo. **Discrecionalidade administrativa e os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da motivação no controle jurisdicional do silêncio administrativo**. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1102>. Acesso em: <19.11.2011>. [Dissertação de Mestrado em Direito, PUC/SP, 2005].