

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão - COGEAE

Carlos Eduardo Rocha Santos

**DISCRIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: PRINCÍPIOS, CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS E FINALIDADE DO ORDENAMENTO
JURÍDICO**

São Paulo

2011

Carlos Eduardo Rocha Santos

**DISCRIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: PRINCÍPIOS, CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS E FINALIDADE DO ORDENAMENTO
JURÍDICO**

Monografia para obtenção do título de especialista em Direito Administrativo. Curso ministrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP por meio da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE.

ORIENTADOR: Ricardo Marcondes Martins

São Paulo

2011

Carlos Eduardo Rocha Santos

**DISCRIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: PRINCÍPIOS, CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS E FINALIDADE DO ORDENAMENTO
JURÍDICO**

Monografia para obtenção do título de especialista em Direito Administrativo. Curso ministrado na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP por meio da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE.

Data da Aprovação:

Banca examinadora:

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
CAPÍTULO I – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	10
1. LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE – BREVE HISTÓRICO	10
2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS	12
2.1. Princípio Jurídico - Conceituação	13
2.2. Princípios Formais	16
2.3. Princípio da Legalidade	19
2.4. Princípio da Proporcionalidade	23
2.5. Princípio da Moralidade Administrativa.....	27
3. COMPETÊNCIA.....	33
3.1. Competência Vinculada.....	34
3.2. Competência Discricionária	36
4. CONCEITO	37
5. CAUSAS DA DISCRICIONARIEDADE.....	41
5.1. Hipótese da Norma (Motivo)	41
5.2. Comando da Norma	42
5.3. Finalidade na Norma	43
CAPÍTULO II – CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	45
1. CONCEITOS FLUIDOS, ELÁSTICOS OU INDETERMINADOS.....	45
1.1. Definição.....	46
1.2. Opção Legislativa	49
1.3. Autorização Legal	51
1.4. Adensamento do Conceito.....	53
1.4.1. Decorrente do ordenamento jurídico	53
1.4.1.1. Regras jurídicas	54
1.4.1.2. Princípios jurídicos.....	55
1.4.2. Decorrente do caso concreto	56
1.4.3. Competência Híbrida – Ato “vinculável”	59
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA.....	61
2.1. Interpretação e as Soluções Admitidas Pelo Sistema	62
2.2. Interpretação e Conceitos Fluídos	66
3. MÉRITO ADMINISTRATIVO.....	70
3.1. Sindicabilidade dos Atos Administrativos.....	72

CAPÍTULO III – FINALIDADE DA NORMA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO	74
1. FINALIDADE DA NORMA	74
1.1. Análise do Ordenamento Jurídico	75
1.2. Motivação do Ato e sua Vinculação	76
2. PRINCÍPIOS CONFLITANTES	78
2.1. Peso dos Princípios Envolvidos	79
2.2. Consenso Social	81
2.3. Afastamento da Regra pelo Agente Competente	84
2.4. Controle Jurisdicional	86
CONCLUSÃO	91
BIBLIOGRAFIA	94

INTRODUÇÃO

Neste trabalho buscaremos traçar um paralelo entre o exercício da competência discricionária e o escopo visado pela Constituição e pelo legislador para a consecução da finalidade pública, tendo em vista não somente a norma em si, mas todo o ordenamento jurídico.

Muito embora a discricionariedade administrativa já tenha sido objeto de estudos e debates, já que grandes mestres do direito administrativo se debruçaram sobre o tema, acreditamos haver ainda campo para maiores reflexões e quem sabe, aperfeiçoamento desse instituto tão relevante para o Direito Administrativo. Isso porque o Estado – não somente o brasileiro – vem assumindo novas feições nos últimos anos, passando a atuar e interferir com grande intensidade na esfera jurídica dos particulares, a pretexto de atender aos interesses públicos e, portanto, cumprir plenamente os princípios e determinações constitucionais.

Apesar do controle da discricionariedade administrativa ter evoluído ao longo dos anos, já que o Judiciário aos poucos deixou de analisar o ato administrativo expedido no exercício de competência discricionária somente sob o aspecto da legalidade formal, passando então a avaliar os motivos e a razoabilidade da decisão questionada, entendemos ser necessário aprofundar ainda um pouco mais o conhecimento sobre a matéria, de modo que possamos precisar com mais rigor os casos em que de fato há discricionariedade.

O tema discricionariedade administrativa é muito amplo e comporta abordagens das mais distintas. Não obstante, o foco desse trabalho se dará especificamente sobre a discricionariedade gerada pelos conceitos jurídicos

indeterminados e seu adensamento pelos princípios do ordenamento jurídico, pela lei e pelo caso concreto. Iremos além ao propor uma análise sobre a maneira pela qual a finalidade da norma e a do ordenamento jurídico, que por vezes são conflitantes, influenciam o momento da interpretação jurídica para estender suas implicações inclusive para os atos expedidos no exercício de competência vinculada.

Pretendemos apresentar algumas proposições que vão de encontro ao conceito de discricionariedade mais corrente atualmente, já que nosso entendimento visa a estreitar o caminho para a atuação discricionária da Administração Pública. Contudo, esse trabalho não trará nenhuma idéia revolucionária, mas sim agregará elementos para uma conceituação e entendimento sob outro ponto de vista, inclusive buscando fazer uma separação clara entre discricionariedade e interpretação jurídica.

Ademais, iremos discutir as implicações em aceitar a possibilidade do agente público, diante do caso concreto, afastar a aplicação da regra prevista pelo legislador tendo em vista a incidência de princípio considerado de maior relevância e albergado tanto pelo ordenamento jurídico quanto pelo consenso social, tendo reflexos inclusive nos “atos vinculados”, com fundamento na finalidade do sistema jurídico.

Ao enfrentarmos tais questões queremos ao menos provocar uma reflexão na forma como a discricionariedade é entendida, fazendo com que busquemos enxergar com mais clareza e exatidão qual o real papel e finalidade da discricionariedade administrativa, quais os limites de atuação da Administração Pública nessa seara, bem como estabelecer de que forma o Judiciário pode

exercer seu papel constitucional de “dizer o direito”, mesmo quando o legislador utiliza conceitos vagos na formulação da regra jurídica.

Para tanto, tentaremos expor de que forma a doutrina trata do tema, de modo que nossas posições, sejam contrárias, sejam a favor, fiquem bem claras e definidas. Ademais, o trabalho terá forte influência dos debates estabelecidos em sala de aula, pois suscitaram diversas dúvidas e foram motivos que influenciaram sobremaneira na escolha desse tema para aprofundamento.

Para atingir esse objetivo o trabalho foi dividido em três capítulos, nos quais buscaremos expor os fundamentos da matéria e a nossa posição a respeito, seja concordando ou discordando da posição doutrinária dominante. No primeiro deles trataremos da discricionariedade administrativa propriamente dita, ao traçar inicialmente um brevíssimo histórico do instituto e demonstrar sua evolução desde a Revolução Francesa até o Estado Democrático de Direito; em seguida serão abordados os princípios jurídicos, tema da maior relevância para a compreensão da matéria.

Ainda no primeiro capítulo abordaremos o exercício da competência, tanto discricionária quanto vinculada, para em seguida apresentarmos o conceito de discricionariedade e buscarmos as principais causas que porventura venham a possibilitar a discricção no caso concreto.

Já com os fundamentos do tema consolidados, o segundo capítulo exporá nossa posição acerca dos conceitos jurídicos indeterminados e da interpretação jurídica ao expor suas implicações e reflexos no mundo fenomênico, bem como as situações que auxiliam o intérprete a adensar o conceito vago com vistas à aplicação da regra.

Ao final do capítulo será realizada uma análise da competência jurisdicional no que toca a sindicabilidade do ato administrativo expedido no exercício de competência discricionária, de modo a tentar fixar os limites ao magistrado, com vistas a evitar a substituição da decisão do agente competente pelo magistrado.

Por fim, no terceiro e derradeiro capítulo traremos a baila o estudo sobre a finalidade da regra jurídica e do ordenamento jurídico, cujo enfoque será o afastamento da regra pelo agente competente e o dever de motivar os atos. Estudaremos a doutrina que defende a possibilidade de afastamento da regra jurídica em favor de princípio jurídico de maior relevância a ser aplicado no caso concreto e as implicações decorrentes dessa decisão, ocasião que nos proporcionará uma aplicação efetiva da distinção entre discricionariedade e interpretação jurídica, bem como os reflexos decorrentes dessa posição.

Ao final traremos nossas conclusões acerca do tema e com a plena convicção de que nosso estudo em nenhum modo poderá ser considerado definitivo, pois muito ainda há a avançar sobre e estudar nesse campo. De todo modo esperamos que nossa contribuição seja de alguma valia, ao menos para reflexão sobre o tema proposto.

CAPÍTULO I – DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

1. LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE – BREVE HISTÓRICO

A evolução da discricionariedade administrativa está imbricada com o princípio da legalidade de modo que há relação direta entre ambos. No Estado de Polícia, período das monarquias absolutistas, o rei personificava o próprio Estado e detinha todo o poder e autoridade para interferir na vida dos particulares sem nenhuma limitação. Tal intromissão na vida dos cidadãos passou a ser insustentável, de modo que surgiram os primeiros movimentos no sentido de controlá-lo; inicialmente separou-se o Estado Fiscal, que passou a ser submetido à lei civil, do Estado Político, este ainda sob o controle do monarca, ou seja, o rei permanecia ainda com total liberdade de atuação dentro de sua esfera de competência.¹

Na Revolução Francesa houve um rompimento abrupto com o regime anterior e o Estado passou a ser submetido às leis. Em verdade ele passou a ser limitado no que tange aos direitos e garantias individuais, já que não era mais permitido interferir na esfera privada dos cidadãos. Esse período ficou conhecido como Estado Liberal de Direito, pois a Administração Pública não intervinha na livre iniciativa dos particulares, embora nos temas que não eram objeto de tutela legislativa ela detinha poderes ilimitados, pois poderia agir ainda que não houvesse previsão legal. De todo modo, surge o princípio da legalidade como baliza a atuação estatal, ao menos no que tange às garantias individuais, ainda

¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 18-19

que nesse período a legalidade fosse negativa, ou seja, o que a lei não proibia era permitido.²

O modelo liberal, contudo, se mostra insuficiente para eliminar as desigualdades existentes, pois ficou evidenciado que as classes dominantes oprimiam as dominadas tanto quanto o Estado fizera no passado. Diante de tal situação surgiram novas formas de organização do Estado que visavam a garantir a prestação de serviços públicos essenciais aos mais desfavorecidos: surge o Estado Social de Direito. A atuação estatal está a partir desse momento calcada nas leis. Nas palavras de Luis Manuel Fonseca Pires

E o *princípio da legalidade* adota outra conformação – tal como atualmente o conhecemos: a Administração só está autorizada a agir ou deixar de fazê-lo de acordo com a lei, isto é, não há espaço de liberdade diante da omissão legislativa; é a *vinculação positiva* da Administração à lei.³ (destaques do autor)

Uma vez que houve mudança na concepção do princípio da legalidade, da mesma forma ocorreu com a discricionariedade. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro ela “[...] tem que ser compreendida como um poder limitado pela lei; deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração Pública age livremente; a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico”.⁴

Esse período foi caracterizado por um Direito extremamente formalista e causador de inúmeras injustiças e atrocidades (nazismo), que somada à incapacidade do Estado Social em promover e concretizar princípios do liberalismo impulsionou a busca por novas alternativas ao sistema vigente, que culminou com o chamado Estado Democrático de Direito. A lei, além de observar o seu sentido formal (edição pelo legislativo), ganha contornos mais humanos e

² Idem, 2007, p. 26-28

³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 132-133.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 38

nesse momento passa a ter um sentido material ao ter que concretizar os valores previstos na Constituição.⁵

Há, destarte, alteração substancial acerca do que se entendia por princípio da legalidade, pois a Administração Pública não se submete somente à lei em sentido formal, mas também aos princípios jurídicos expressos na Constituição Federal, sendo que estes atuam como limites à atuação estatal.⁶ Em verdade, a noção de discricionariedade como poder é deixada de lado e ela é vista sob um novo prisma, qual seja, o da competência, sendo que esta determina o alcance e a medida dos poderes a serem manejados pela Administração Pública para cumprir os seus deveres.⁷

2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS

Após uma breve exposição acerca da evolução histórica da discricionariedade administrativa, cabe tecermos algumas considerações sobre dos princípios jurídicos presentes no sistema, com especial ênfase à distinção entre as acepções do termo princípios, bem como aos princípios da proporcionalidade e formal fundamental. Consideramos salutar para o estudo do direito administrativo que o cientista tenha internalizado e compreendido os fundamentos da matéria, de modo que o apego demasiado à letra da lei não seja um entrave ao avanço da ciência, assim como foi no passado.

⁵ Idem, 2007, p. 40-43.

⁶ Idem, 2007, p. 46.

⁷ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 135.

2.1. Princípio Jurídico - Conceituação

Há na doutrina certa cizânia a respeito do conceito de princípio jurídico, pois, em razão dos avanços científicos realizados pela doutrina alemã é possível verificar uma transformação no constitucionalismo tradicional, a que alguns juristas denominam neoconstitucionalismo.

Segundo Ricardo Marcondes Martins⁸, o conceito de princípio jurídico apresentou três fases bem distintas durante sua evolução. Na primeira, “princípios eram os fundamentos de uma dada disciplina jurídica, seus aspectos mais importantes”. Num segundo momento, o conceito evoluiu e adquiriu significado técnico-jurídico passando a ser vetor de fundamental importância para a compreensão do sistema como um todo, pois aos princípios foi atribuída grande carga valorativa, o que alterou, portanto, seu significado inicial. Explica o autor que os princípios, “Têm conteúdo normativo, pois fazem parte do sistema jurídico, são diretrizes ou vetores de interpretação de todas as normas jurídicas extraídas do sistema, mas não são normas jurídicas autônomas, não possuem estrutura lógica (H→C) própria das normas jurídicas”.

Na terceira e última fase os princípios jurídicos possuem a mesma estrutura lógica das normas, ou seja, ocorrendo a hipótese, vislumbra-se a consequência. Assim, “tanto as regras como os princípios são normas jurídicas e, nesse sentido, passíveis de aplicação direta no mundo fenomênico [...]”.

Portanto, o termo princípio passou a ter dois significados que convivem atualmente no sistema (segunda e terceira acepções), sendo que ambos são utilizados indistintamente por boa parte dos juristas, ou seja, sem que eles

⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

explicitem em qual sentido utilizam a expressão, razão pela qual se faz necessário distingui-los neste trabalho. Sobre a terceira acepção, qual seja, o princípio como verdadeira norma a ser aplicada diretamente no caso concreto, Robert Alexy ensina que

[...] *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁹

Portanto, os princípios passaram, ao menos para essa corrente, a ser verdadeiras normas jurídicas passíveis de aplicação direta no caso concreto e não apenas diretrizes que permeiam o ordenamento jurídico e orientam o processo de interpretação; passou a ser norma estruturante do próprio direito, assim como a regra, porém com algumas peculiaridades. Isso porque os princípios estabelecem o fim a ser alcançado, todavia não indicam um meio de fazê-lo. Segundo Ricardo Marcondes Martins,

Há diferença qualitativa tanto no modo de posituação – os princípios exigem que seja atingido um fim, mas não fixam o comportamento a ser adotado para que o fim seja atingido, ao contrário das regras, que fixam o comportamento a ser adotado -, como no modo de aplicação – ao menos num primeiro momento, a aplicação dos princípios dá-se pela ponderação, a aplicação das regras dá-se pela subsunção.¹⁰

Essa posição que considera os princípios como norma estruturante, verdadeiros mandados de otimização aplicáveis diretamente no mundo fenomênico sem a prévia edição de regras pelo legislativo, contudo, não é unânime. Celso Antônio Bandeira de Mello parece não aderir a essa corrente, ao menos não integralmente, pois assim leciona:

À época dissemos: ‘Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de

⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

¹⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico'.¹¹

Maria Sylvia Zanella di Pietro, adotando conceito de José Cretella Júnior, parece adotar a acepção da primeira fase ao conceituar que “Princípios de uma ciência são as **proposições básicas**, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subseqüentes. Princípios, nesse sentido, são os alicerces da ciência”.¹²

Essa distinção ganha importância no presente trabalho na medida em que se admite a possibilidade dos princípios jurídicos servirem como fonte direta para que o agente público possa aplicar no caso concreto o que o ordenamento jurídico, e não somente a lei, visa a alcançar. Para aqueles que consideram que um princípio jurídico é mandado de otimização, a aplicação do direito ao caso concreto é um exercício de ponderação. Em sentido oposto, aqueles que não admitem essa hipótese estão alinhados com a idéia de subsunção, ou seja, o aplicador deve submeter o caso concreto à norma existente no plano deôntico, e os princípios seriam “apenas” vetores, indutores da correta interpretação.

Para ao corrente neoconstitucionalista, os princípios, ainda que não forneçam os meios para que se atinja a finalidade prevista, devem ser aplicados pela Administração Pública como se fossem regras, por meio da ponderação. Essa é a posição de Ricardo Marcondes:

Princípios, então, na terceira fase, são normas jurídicas *autônomas*: servem para a disciplina da conduta, principalmente da conduta do *agente normativo*. Na terceira fase passa a ser perfeitamente possível a edição de atos administrativos fundados diretamente nos princípios jurídicos. Nessa fase é possível exigir que uma *lei* seja editada, ou caso não tenha sido, que um *ato administrativo* seja editado, ou, ainda, que uma *sentença* seja proferida, tudo com base diretamente num princípio.¹³

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53

¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di Pietro. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 80

¹³ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27.

Esta é a razão pela qual devemos sempre identificar qual a acepção utilizada quando falamos em princípios, pois ambas continuam válidas e não houve substituição de uma pela outra. Houve na verdade um complemento, conforme nos ensina o autor:

Abdicar do segundo conceito de princípio seria abdicar da estrutura sistêmica do Direito e, pois, condenar à morte a Ciência Jurídica. O neoconstitucionalismo não importou na renúncia à concepção de princípios como vigas-mestras, elementos nucleares, conceitos aglutinadores do conjunto normativo.¹⁴

A partir dessas considerações trataremos do tema de maneira bem mais clara e buscando a cientificidade desejada, de modo que os conceitos fiquem bem nítidos, ainda que não se concorde com eles.

2.2. Princípios Formais

Uma vez estabelecido quais as possíveis acepções jurídicas do termo princípio, cabe tecermos algumas considerações acerca da sua classificação, para que se possa ter uma exata compreensão do que propugnamos neste trabalho. Ricardo Marcondes Martins menciona em sua obra existir três classes de princípios, quais sejam: “princípios referentes a *direitos individuais*, princípios referentes a *bens coletivos* e *princípios formais*”¹⁵

No momento, o que interessa para este trabalho são os princípios formais. Eles “[...] atribuem uma carga argumentativa em favor dos outros princípios¹⁶”, ou seja, contribuem para que, no caso concreto, determinados princípios colidentes tenham maior peso na ponderação a ser exercida pelo

¹⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 27.

¹⁵ Idem, 2010, p. 38.

¹⁶ Idem, 2010, p. 39.

agente competente, devendo este concretizar aquele que for mais denso, mais pesado.

Dentro desta classificação há ainda uma subdivisão, que é de especial interesse para o presente trabalho, que divide os princípios formais em fundamentais e especiais. Os princípios formais fundamentais, segundo Ricardo Marcondes Martins ¹⁷

[...] garantem a competência normativa ou, mais precisamente: a discricionariedade – entendida como a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas igualmente admitidas pelo direito, tendo em vista a melhor forma de realizar o interesse público – e a liberdade – entendida como a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas igualmente admitidas pelo Direito, tendo em vista a realização dos próprios interesses.

[...] Os princípios formais fundamentais determinam que as ponderações efetuadas pelos agentes competentes sejam respeitadas. [...]

Segundo essa posição aplicar o direito seria um exercício de ponderação no caso concreto para que o agente competente interprete a norma e pondere os princípios incidentes. Os princípios formais estabelecem que as ponderações efetuadas pelo agente competente devam ser observadas e mantidas pelo Judiciário, em razão do peso conferido pelo princípio.¹⁸

Do exposto, podemos concluir que o ordenamento jurídico garante aos centros normativos competentes a primazia na ponderação do caso concreto: assim, as ponderações do legislador têm maior peso do que a do agente competente; as ponderações deste têm primazia sobre a ponderação do magistrado.

Não obstante, discordamos da posição do autor quando ele confere ao princípio formal fundamental o papel de garantidor da discricionariedade

¹⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 40.

¹⁸ Idem, 2010, p. 44. O autor apresenta ainda uma outra classe de princípios formais denominados especiais. Eles também adicionam peso aos outros princípios, contudo não garantem a competência dos centros normativos. São citados dois exemplos: a supremacia do interesse público sobre o privado e a estabilidade das relações jurídicas. (Ob. cit. p. 52-56). Por hora cabem essas considerações, pois não será tema deste trabalho uma análise mais acurada sobre tais princípios.

administrativa. Para nós, o que conduz a essa garantia é o caso concreto e a norma que concede a competência para que o agente possa atuar segundo juízo de oportunidade. O princípio formal terá papel fundamental e relevante quando a decisão for expedida com base em conceitos considerados vagos, nas situações em que não for possível estabelecer com certeza se a solução adotada é correta ou não. E conforme nossa posição que ficará demonstrada ao longo do trabalho, não há discricionariedade decorrente do emprego de conceitos jurídicos indeterminados na regra jurídica.

Assim, as ponderações exercidas no plano abstrato pelo legislador no sentido de concretizar as regras e princípios constitucionais - neste ponto, princípio considerado mandado de otimização – devem ser observadas pelo aplicador da norma. Contudo, nas situações em que a realidade exigir a ponderação no plano concreto, caso incida um princípio de tal relevância e peso que seja capaz de afastar a regra prevista e o princípio formal que garante a primazia da ponderação legislativa, será essa a solução a ser adotada.

Num segundo momento, a Administração Pública tem a competência constitucional de executar os comandos normativos previstos em lei e, assim como ocorreu com o Legislativo deverá efetuar ponderações, só que agora no caso concreto. Se porventura houver questionamento sobre a legalidade da solução perante o Judiciário, o ato administrativo deverá ser prestigiado e mantido pelo magistrado, por força do princípio formal fundamental que está permeado no ordenamento jurídico, desde claro que a solução seja admitida pelo sistema.

Nessa senda, tem-se que o Judiciário só deverá modificar a decisão decorrente de ponderação quando um dos dois Poderes, quais sejam, o Legislativo ou o Executivo, exercerem sua competência desbordando dos limites

legais, em clara afronta ao ordenamento jurídico. Se a ponderação exercida é proporcional e admitida pelo sistema, não cabe ao magistrado modificar as decisões levadas a termo, por ser absolutamente incompetente para tanto. Sob esse aspecto, nos ensina a doutrina de Ricardo Marcondes Martins:

Esses princípios formais – importante notar – não são equivalentes. Aqui se revela uma das conseqüências da completude ou incompletude normativas: quanto maior for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa (PF1) e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (PF2); quanto menor for a completude normativa, maior será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa (PF2) e menor será o peso do princípio formal que dá primazia à ponderação legislativa (PF1). O juiz não deve simplesmente adotar a solução que, a seu juízo, segundo seus valores, entende correta: para bem cumprir sua função, deve atentar para o peso dos princípios formais mencionados e observar as hipóteses de vinculação e discricionariedade.¹⁹

Portanto, uma vez que a ponderação exercida no caso concreto é admitida pelo Direito, por força do princípio formal fundamental que garante primazia àquela realizada pelo agente competente, caberá ao Judiciário observar e manter a decisão administrativa, procurando não substituir-se a ela.

2.3. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é base fundamental do direito administrativo, pois é por meio dele que o Estado exerce suas funções constitucionais para atingir as finalidades públicas por meio de políticas e ações previstas no ordenamento jurídico. Neste primeiro momento a palavra princípio será utilizada na segunda acepção acima desenvolvida (supra, Cap. I - 2.1), ou seja, como vetor e diretriz para a aplicação do Direito, e não como verdadeira norma jurídica.

¹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 182.

O princípio da legalidade, no Direito Administrativo, submete totalmente à Administração ao império das leis, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo,²⁰ pois esta é a posição que lhes compete no Direito brasileiro.

No mesmo sentido ensina José Afonso da Silva²¹ ao afirmar que o Estado Democrático de Direito deve sujeitar-se ao império da lei de modo que toda a atividade estatal deverá permanecer sob a égide da legislação, que é a expressão da vontade geral, criada pelo órgão de representação popular. Ainda sobre o princípio da legalidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro considera que

[...] perante o direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade continua presente na Constituição tal como previsto na redação original dos artigos 37, *caput*, e 5º, II. Em consequência, a discricionariedade continua sendo um poder jurídico, ou seja, um poder limitado pela lei. A legalidade é estrita quando se trata de impor restrições ao exercício de direitos individuais e coletivos e em relação àquelas matérias que constituem reserva de lei, por força de exigência constitucional. Em outras matérias, pode-se falar em legalidade em sentido amplo, abrangendo os atos normativos baixados pelo Poder Executivo e outros entes com função dessa natureza [...].²²

Podemos notar que as posições acima tratam o princípio da legalidade sob um aspecto bem tradicionalista, ou seja, a Administração Pública está estritamente vinculada à lei formal, havendo pouca margem para que edite atos com fundamento direto na Constituição Federal e nos princípios que permeiam o ordenamento jurídico.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 53.

²¹ AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 419.

²² Idem, 2007, p. 64.

Em sentido contrário, Ricardo Marcondes Martins²³ defende que o princípio da legalidade a ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro é aquele desenvolvido pela doutrina alemã, que sustenta a possibilidade do agente competente decidir conforme o caso concreto por meio de ponderações dos princípios envolvidos, pois toda a regra concretiza um princípio. Assume que, ainda que a Constituição alemã não tenha dispositivo expresso como a brasileira, que veda a proibição ou imposição de comportamentos por outros meios que não a lei, é perfeitamente cabível a aplicação do princípio da legalidade conforme desenvolvida pela doutrina alemã. Assim leciona:

O princípio da legalidade tem redação clara e objetiva no texto constitucional brasileiro, diferentemente da Constituição Alemã. Esse forte argumento da concepção tradicional, todavia, cede em face de três argumentos a favor da concepção alemã: motivos de ordem *normativa*, *técnica* e *prática* impõem a adoção da concepção alemã do princípio da legalidade.

Argumentou, portanto, que há três motivos que justificariam a adoção de referida teoria, ao propor que na ordem *normativa* a Constituição Brasileira adotou uma concepção principiológica ao positivar inúmeros princípios, exigindo desta forma uma teoria que seja capaz de aplicar o direito com essas características; sob o aspecto *técnico* afirma que seria impossível cumprir a lei de ofício sem que houvesse ponderação de princípios, ao alegar que os tribunais pátrios dificilmente negariam as decisões do Tribunal Alemão, ainda que a fundamentação não fosse claramente baseada na doutrina alemã; por fim, sob o aspecto *prático*, admite a possibilidade de enfraquecimento do Legislativo em razão da sua não confiabilidade, ainda mais no Brasil em que os parlamentares a

²³ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

todo o momento deixam de cumprir seus deveres constitucionais e, com mais razão, a teoria deveria ser adotada.²⁴

Os argumentos dos juristas neoconstitucionalistas estão calcados na teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy. Sob esse aspecto, a legalidade não se restringe à mera lei formal, mas também ao conjunto de princípios (mandados de otimização) que estão positivados no ordenamento jurídico. Portanto, os atos administrativos, por exemplo, em algumas situações não necessitariam obrigatoriamente de uma lei que autorizasse a sua prática, pois, havendo princípio jurídico a ser concretizado e não existindo regra para fazê-lo, a expedição do ato poderia ser fundamentado diretamente na Constituição Federal, já que nesse sentido o princípio teria a mesma estrutura lógica da regra. Ensina o autor:

Aqui, regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas.²⁵

Portanto, o princípio da legalidade, entendida como o Estado de Direito subsumido ao ordenamento jurídico, pode ser mais ou menos amplo de acordo com a corrente doutrinária adotada, de modo que a Administração Pública possa editar atos somente quando autorizados por lei (corrente tradicionalista) ou até mesmo diretamente da Constituição, com vistas a concretizar os princípios a ela inerentes na melhor medida possível (neoconstitucionalismo).

²⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-91.

²⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

2.4. Princípio da Proporcionalidade

Pelo que expomos até o momento acerca dos princípios jurídicos (supra, Cap. I - 2.1) concluímos que todos os demais princípios terão ao menos duas acepções bem distintas, que não se excluem, mas podem se complementar: a corrente tradicional (princípio como vetor, diretriz, valor) e a corrente neoconstitucionalista (princípio como mandado de otimização, verdadeira norma jurídica a ser aplicada no caso concreto). O princípio da proporcionalidade corresponde a nenhuma dessas acepções, pois se assemelha a uma regra.

Nessa linha, Virgílio Afonso da Silva²⁶ ensina que a doutrina de Alexy não considera o princípio da proporcionalidade como mandado de otimização, tampouco como diretrizes ou valores positivados no ordenamento, mas o classifica como verdadeira regra jurídica.

Portanto, o princípio da proporcionalidade não é concebido na acepção de concretizar o direito na melhor medida possível, tampouco como valor, mas sim como meio capaz de aferir e garantir que a aplicação do direito seja a mais correta e justa possível. É, portanto, instrumento, meio aferidor da aplicação do direito com os meios adequados e necessários para atingir a finalidade normativa.

O autor faz ainda distinção entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, posicionando-se no sentido de que são construções jurídicas distintas e, portanto, não devem ser confundidas. Ensina que

A exigência de razoabilidade, baseada no devido processo legal substancial, traduz-se na exigência de 'compatibilidade entre o meio empregado pelo legislador e os fins visados, bem como a aferição da legitimidade dos fins'. Barroso chama a primeira exigência – *compatibilidade entre meio e fim* – de razoabilidade interna, e a segunda – *legitimidade dos fins* –, de razoabilidade externa. Essa configuração da regra da razoabilidade faz com que fique nítida sua não-identidade com a regra da proporcionalidade. O motivo é bastante simples: o conceito de

²⁶ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. RT 798/23-50, Ano 91. São Paulo: RT, abril/2002, p.25-26.

razoabilidade, na forma como exposto, *corresponde apenas à primeira regra das três sub-regras da proporcionalidade, isto é, apenas à exigência de adequação*. A regra da proporcionalidade é, portanto, mais ampla do que a regra da razoabilidade, pois não se esgota no exame da compatibilidade entre meios e fins [...].²⁷

A distinção, de fato, se faz necessária, pois tanto a doutrina como a jurisprudência utilizam as expressões se não como sinônimas, ao menos com significado similar. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina em sua obra que o princípio da proporcionalidade

[...] é uma faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio, uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostar-se sob esta feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento.²⁸

Ainda a respeito da razoabilidade, Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁹ identifica duas correntes na doutrina brasileira acerca desse princípio: a que a liga ao devido processo legal e ao princípio da isonomia e aquela que a relaciona ao princípio da proporcionalidade entre os meios e os fins; conclui, ao fim, que ambas as correntes chegam ao mesmo resultado, qual seja, proporção entre as medidas impostas pelo Poder Público e a finalidade objetivada pelo ordenamento jurídico.

Pelo exposto até o momento, podemos afirmar a que o princípio da proporcionalidade, conforme proposto pela doutrina alemã, de fato não pertence à mesma categoria do princípio da razoabilidade; a proporcionalidade é mais abrangente do que a razoabilidade e, por consequência, discordamos do enunciado de Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o princípio da

²⁷ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. RT 798/23-50, Ano 91. São Paulo: RT, abril/2002, p.32-33.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 111.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 191.

proporcionalidade, já que na verdade a razoabilidade seria exatamente um dos critérios da regra da proporcionalidade e não o contrário.

Fixadas essas premissas, cumpre-nos abordar com um pouco mais de detalhes no que consiste exatamente a regra da proporcionalidade, bem como os elementos que a compõe. Na esteira das conclusões consignadas no parágrafo anterior, e já realizando uma ponte para os critérios de análise do ato sob esse prisma, ensina Ricardo Marcondes Martins que

A proporcionalidade em sentido amplo compreende a razoabilidade e consiste num procedimento de três fases – a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito -, em que cada fase é subsidiária em relação à outra: o exame da necessidade só ocorre se a medida for considerada adequada; o exame da proporcionalidade em sentido estrito e, nele compreendido, o exame da razoabilidade só ocorrem se a medida for considerada necessária.³⁰

Na aplicação do direito ao caso concreto deverá o agente competente, ao considerar da regra da proporcionalidade, concretizar a finalidade desejada nas leis e na Constituição Federal por meio da utilização desses critérios. Deverá, num primeiro momento, verificar se a solução adotada é adequada para atingir ou fomentar a finalidade pretendida. Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva³¹ faz importante advertência acerca da incorreção em considerar adequado somente os meios que efetivamente atinjam o objetivo, pois o simples fato dele fomentar o cumprimento da finalidade pública, ainda que não a atinja, deverá ser considerado adequado ao caso.

Confirmada a adequação da medida, obrigatória a análise de sua necessidade, ou seja, se não há outra forma de atender a finalidade legal na mesma intensidade de modo a limitar o mínimo possível o princípio ou regra colidente sob análise e que deverá ser afastada. Segundo Ricardo Martins, essa

³⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167.

³¹ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. RT 798/23-50, Ano 91. São Paulo: RT, abril/2002, p. 36.

etapa não é relevante, pois “[...] a medida será considerada necessária se não houver outra tão eficaz quanto ela e implicadora de menor restrição aos princípios opostos; trata-se de etapa de pouca utilidade, em face da difícil equiparação da eficácia das medidas”.³²

Para Virgílio Afonso da Silva, “A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto”.³³

Uma vez ultrapassadas as duas etapas anteriores, caberá ao agente competente analisar o caso sob o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, efetuar a ponderação ou sopesamento de princípios colidentes e incidentes no caso concreto, de modo que haja a edição de ato administrativo em observância a finalidade normativa. Entretanto, a análise sob esse aspecto é bastante subjetiva e conforme Ricardo Marcondes Martins, o postulado da razoabilidade concretiza numa medida aceitável essa deficiência. O conceito de razoável, que o autor relaciona ao bom senso e consenso social será mais bem explicitado em momento oportuno (infra – Cap. III – 2.2).³⁴

Importante ressaltar que nem sempre será necessário analisar a solução a ser adotada pelas três máximas do princípio da proporcionalidade, pois, uma vez que o caso não passe pelo crivo de um deles, não será necessário avaliá-lo pelo elemento seguinte, pois se não resistiu ao primeiro confronto a decisão já pode ser considerada ilegal.

³² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 170.

³³ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. RT 798/23-50, Ano 91. São Paulo: RT, abril/2002, p. 38.

³⁴ O autor cita teoria desenvolvida por Robert Alexy, chamada de primeira lei da ponderação, que consiste em afirmar que “Quanto maior é o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância da satisfação do outro”. Contudo, ele considera que apenas esse enunciado não é satisfatório para o máximo proveito do princípio, sendo a razoabilidade critério decisivo e necessário para melhor aferir se há proporcionalidade em sentido estrito. (Efeitos dos vícios... p. 170).

2.5. Princípio da Moralidade Administrativa

O princípio da moralidade administrativa foi positivado na Constituição Federal de 1988 e, portanto, tornou-se importante instrumento para o controle de atos expedidos pela Administração Pública, especialmente no exercício de competência discricionária.

Para Ricardo Marcondes Martins, o princípio da moralidade é verdadeira regra a ser observada pela Administração Pública, verdadeiro mandado de otimização a ser concretizado. Em suas palavras:

Pois bem: o princípio da moralidade não determina que as *normas éticas* mencionadas sejam concretizadas pela Administração na maior medida do possível: ele não impõe, em si, uma *ponderação*. Trata-se de uma *determinação* no âmbito das circunstâncias fáticas e jurídicas à Administração para que ela se conduza de maneira proba e honesta. A Administração não deve ponderar para saber até que ponto deve ser honesta e agir com boa-fé. Não: trata-se de uma regra, não de um princípio.³⁵

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da moralidade é um reforço do princípio da legalidade. Afirmar o mestre que a moralidade administrativa estará transgredida “[...] quando houver violação a uma norma de moral social que traga consigo menosprezo a um bem juridicamente valorado”.³⁶

Sob esse aspecto, o agente público além de observar e aplicar o Direito de modo a atender aos anseios e disposições constitucionais, deve também praticar o que é considerado moralmente aceito pela sociedade, não ferindo bem juridicamente valorado. Parece-nos que o mestre faz uma relação

³⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da Moralidade Administrativa*. In: Pires, Luis Manuel Fonseca; Zockun, Maurício; Adri, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 322-323. A respeito das regras ou normas éticas, o autor assim se posiciona: “[...] no meio social há um conjunto de normas fundadas na distinção entre certo e errado, normas voltadas à intimidade, à formação de uma boa pessoa. Dentre essas normas há as que transcendem a intimidade e repercutem na esfera alheia. Essas normas transcendentais podem ser *objetivadas*, desvinculadas da esfera íntima. Para fins didáticos, essas normas objetivas podem ser chamadas de *normas éticas*. Por serem objetivas, podem ser *imputadas* a uma pessoa jurídica. É justamente o que faz o *princípio da moralidade administrativa*, imputa as normas éticas ao Estado (Ob. cit. p. 320, grifos do autor). ”

³⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 120.

direta entre Direito e Moral, no sentido de que o princípio da moralidade teria albergado em si os conceitos morais da sociedade, que devem servir de limites ao manejo dos poderes que lhe foram conferidos.

Segundo Marcio Cammarosano, o princípio da moralidade administrativa “[...] é constituído por uma constelação de valores juridicizados – não todos – e intimamente relacionados, sim, com a liberdade de querer e agir, de determinar-se, que a ordem jurídica assegura, aqui e acolá, de forma explícita ou implícita, a agentes públicos”.³⁷

Sendo assim, o princípio da moralidade administrativa seria um elemento complementar ao da legalidade, de modo que aquela não existiria sem essa. Ressaltamos, contudo, que a Moral existe independentemente do Direito; conquanto, conforme assevera Maria Sylvia Zanella di Pietro, para a nossa realidade, a correta visualização da relação entre a Moral e o Direito deva ser representada por dois círculos independentes, que se interseccionam em certo ponto em que ambos se confundem, pois o direito juridicizou normas morais. Escreve a autora com base na lição de Alberto Montoro Ballesteros:

A terceira forma – a mais correta – de expressar a diferença é mediante a referência a dois círculos secantes. Segundo Ballesteros, ‘Direito e moral compartilham (essa é a zona de intersecção dos círculos secantes) o conteúdo comum da justiça; tanto o direito como a moral nos obrigam a ser justos, se bem que por razões diferentes e mediante técnicas diversas também.’³⁸

Portanto, a Administração Pública, os órgãos de controle e a própria sociedade deveriam encontrar no ordenamento jurídico os conceitos morais positivados e, diante da expedição de atos administrativos, verificar se tais

³⁷ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio Constitucional da Moralidade Administrativa e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 98.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 148.

princípios foram observados pelo agente competente, tanto em relação aos meios empregados quanto em relação aos fins visados.

Não é esse o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins. Para ele, o princípio da moralidade administrativa é verdadeira regra jurídica, que pode ser prestigiada com a aplicação do direito conforme as normas éticas extraídas da sociedade. E não se trata de uma simples regra, mas verdadeira regra em branco,

Essa regra de estrutura possui uma importante peculiaridade: trata-se de uma *regra em branco*, pois se reporta a todas as *regras éticas objetivadas*. Deveras: o princípio da moralidade, em si, não define os deveres éticos da Administração, ele efetua uma *remissão* às regras éticas vigentes no seio da sociedade. É regra “em branco” porque a disciplina deontica exige complementação, a apuração de quais são os “deveres éticos”.³⁹

Nessa esteira, é possível verificar dissensão que reputamos significativa acerca do que se entende sobre o princípio da moralidade administrativa e sua aplicação prática, configuradas nas posições de Marcio Cammarosano e Ricardo Martins. Nesse trabalho acolhemos a posição adotada por este último, pois entendemos que a norma moral quando positivada pelo ordenamento jurídico deixa de sê-lo para transformar-se em norma jurídica e, desta forma, deixa de ser um princípio autônomo para fundir-se com a legalidade. Vale ressaltar que nem sempre o ordenamento jurídico acompanha as questões éticas, sendo perfeitamente possível a edição de norma jurídica legal, porém antiética.

Exemplo prático do nosso cotidiano, a nomeação de parentes para cargos de confiança nos Poderes constituídos sempre causou repulsa. Ainda que não houvesse uma norma jurídica estabelecendo a ilegalidade da conduta, o que acarretava e permitia a utilização desse tipo de expediente em todas as esferas

³⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. *Princípio da Moralidade Administrativa*. In: Pires, Luis Manuel Fonseca; Zockun, Maurício; Adri, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 323.

de poder, tal prática era imoral perante a norma ética (moral) estabelecida pela sociedade. Sob os auspícios do princípio da moralidade administrativa, positivada no ordenamento jurídico na Constituição Federal de 1988, referida prática foi extirpada do plano ôntico em razão da plena aplicação do referido princípio, pois, ainda que não houvesse lei proibindo tal prática, ela feria mortalmente o norte ético estabelecido pela sociedade.

Se assim não fosse, o conteúdo jurídico do princípio da moralidade estaria esvaziado, pois cumpriria exatamente o mesmo papel do princípio da legalidade e, por conseguinte, não haveria razão para existir.

Ainda sob o aspecto da moralidade administrativa, verificamos que a doutrina reforça sua aplicação especialmente nos casos em que a Administração Pública exerce seus deveres no exercício de competência discricionária. Nesse sentido Marcio Cammarosano⁴⁰ afirma que no exercício de competência vinculada o móvel do agente nada significa; contudo, no exercício de competência discricionária a vontade viciada contamina o próprio ato desde que haja mais de uma decisão possível, sendo, portanto inválida a decisão com vício de finalidade.

Portanto, não haveria necessidade de investigar a moralidade administrativa do ato, ou seja, a intenção do agente, nos atos expedidos no exercício de competência vinculada. Contudo, em se admitindo a possibilidade de afastamento da regra jurídica em razão de conflitos entre princípios jurídicos incidentes sobre o caso (princípios considerados como mandados de otimização), haveria necessidade, pois, de analisar o ato sob a ótica da moralidade administrativa, já que o agente poderia agir de modo a não observá-la, seja para confirmar a solução prevista na norma, seja para afastá-la com objetivos escusos.

⁴⁰ CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio Constitucional da Moralidade Administrativa e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 106.

Por outro lado, o autor propugna que se a intenção do agente no exercício de competência discricionária é viciada, caso em que estará incidindo em desvio de poder, a solução formalizada pelo agente deverá ser invalidada, independentemente de prova, pois se presume que a intenção era atingir fins pessoais e, portanto, feriu a moralidade administrativa. Não estamos tão certos quanto a essa conclusão, ao menos não em todos os casos.

Com vistas a exemplificar e demonstrar o que queremos dizer e não deixar dúvidas quanto a nossa afirmação, imaginemos que determinado servidor público consultado sobre a possibilidade de realizar horas-extras, recusa-se a fazê-las. O chefe da repartição não aceita bem tal recusa, e diante de alguns de servidores demonstra sua insatisfação e sua vontade de retaliar o servidor na primeira oportunidade possível.

Passados algumas semanas, verifica-se a necessidade de serviço em outra localidade distante e, diante da possibilidade que o sistema lhe outorga de decidir conforme critérios de oportunidade e conveniência, o superior hierárquico pode remover qualquer servidor para atender a demanda que surgiu. A isso a doutrina, ao menos em tese, chama discricionariedade administrativa. Imaginemos que somente dois servidores preencham os requisitos necessários, sendo que um deles é o seu desafeto. Além disso, ambos os servidores moram no mesmo bairro, têm família e deste modo a mudança causará transtorno para quaisquer deles na mesma proporção.

Diante do caso concreto e da possibilidade de escolha, o superior pesa o histórico de cada um e, diante do problema ocorrido há algumas semanas, sendo este o único traço distintivo entre ambos, opta pela transferência do desafeto, com base em justificativa legal devidamente comprovada (necessidade

do serviço), muito embora, tanto em seu foro íntimo quanto publicamente ele tenha manifestado a intenção de prejudicar referido servidor. Em tese, a finalidade da norma foi atingida. Resta saber se o meio utilizado foi adequado. Deveria o ato administrativo ser anulado?

Para a doutrina a pouco citada, o ato restará viciado e, portanto, passível de invalidação. Alega-se que não é possível aferir se o agente competente tomaria a mesma decisão caso não tivesse a intenção viciada. Ainda que tomasse, o ato deveria ser invalidado, pois não é possível ter certeza, de modo que a escolha deveria obrigatoriamente recair sobre a escolha que estaria livre de qualquer intenção outra que não a finalidade pública. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴¹ leciona que “Com efeito, se a lei pretendia que o agente mirasse certo alvo e ele não o fez, pois apontou para meta distinta, não é de crer que haja *casualmente* acertado, sobreposse quando agiu de má fé”.⁴²

Discordamos, ainda que em parte, das conclusões acima. Não há nenhuma dúvida que os atos atentatórios à moralidade administrativa devem ser coibidos e evitados. Contudo, não acolhemos a tese de que os atos expedidos com suposta imoralidade sejam invalidados de plano, de maneira absoluta. Se os destinatários do ato administrativo não concorreram para o vício da intenção do agente e as opções colocadas à disposição são semelhantes e indiferentes, sendo possível escolher qualquer delas, o móvel do agente não fará diferença no que tange à invalidade do ato.

Evidentemente que para o sistema a imoralidade na intenção do agente não será um indiferente jurídico, já que clara e manifestamente, apesar de

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52.

⁴² Ricardo Marcondes Martins se filia a essa posição ao afirmar que “No campo da discrecionalidade, a escolha do princípio a ser concretizado fundada na má-fé do agente gera presunção absoluta de vício de finalidade; da mesma forma, a escolha do meio a ser aplicado fundada na má-fé gera presunção absoluta de vício de contentorização” (Efeitos dos Vícios... p. 215).

praticar ato que atendeu a finalidade normativa, o fez para alcançar interesses particulares, de modo que ele deverá sofrer as consequências jurídicas de sua torpeza. Contudo, o ato deverá permanecer no sistema, pois as demais opções são corretas e válidas em relação ao cumprimento do interesse público. Por qual razão, terceiro não envolvido diretamente na relação, deveria sofrer as consequências de ato supostamente imoral, ao qual a parte destinatária do ato não logrou vantagem e que, sendo levado a termo o raciocínio sob análise, penalizaria exatamente o terceiro não envolvido na relação?⁴³

Portanto, acreditamos que mesmo nos casos em que há o exercício de competência discricionária, poderá o ato ser ou não anulado, a depender do caso concreto, pois não vislumbramos a presunção absoluta de ilegalidade do ato em todas as ocasiões, especialmente quando terceiros não envolvidos e que não deram causa ou contribuíram para a prática da conduta moralmente reprovável possam ser prejudicados.

3. COMPETÊNCIA

Traçadas as diretrizes gerais acerca da evolução do direito administrativo, bem como dos princípios que consideramos relevantes para o estudo do tema, é chegada a hora de tratarmos da competência. Parte da doutrina (por todos, ver di Pietro) considera que a discricionariedade é um poder

⁴³ Outro exemplo nesse sentido: secretário de obras de determinada cidade resolve pavimentar ruas. Três bairros (A, B e C) têm exatamente as necessidades e características muito próximas, mas devido a restrições orçamentárias somente uma delas será atendida. Assim, poderá escolher entre qualquer um deles. Para interlocutores, o secretário confia que pretende asfaltar as ruas do bairro A, pois possui imóveis na região que com a obra pública sofrerão valorização. Para nós, ainda que haja intenção imoral do agente que coincidentemente irá concretizar o interesse público, o ato não deve ser anulado, pois não seria razoável prejudicar toda uma coletividade em razão da ação irresponsável de um gestor público. Este sim deverá sofrer as consequências pela prática de seus atos ilegítimos, conforme previsão normativa.

jurídico, liberdade limitada pela lei; outra parte (por todos ver Fonseca Pires), trata-se de um feixe de competências atribuídas por lei ao agente público. A rigor, a idéia de competência remete o cientista do direito ao aspecto do dever; a Administração Pública maneja poderes para perseguir os deveres impostos pelo ordenamento jurídico.

No que se refere ao ato administrativo, o entendimento, em linhas gerais, é de que o legislador, no exercício da competência que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, edita normas em caráter geral e abstrato de duas formas: ou esgota totalmente a matéria ao apresentar de maneira taxativa a única solução que considera adequada ou deixa a cargo do agente público decidir conforme o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência. Vejamos cada uma dessas hipóteses a seguir.

3.1. Competência Vinculada

Uma vez que a lei traz em seus dispositivos a única solução possível diante do caso concreto, não caberia juízo por parte do agente competente para a aplicação da regra incidente, pois seria mero exercício de subsunção dos fatos à hipótese normativa e aplicação do seu conseqüente. Essa é a idéia recorrente e a respeito do tema, Celso Antônio Bandeira de Mello assim se posiciona:

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o *único* possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu *objetivo* reconhecimento.⁴⁴

⁴⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 9. No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella di Pietro (Direito Administrativo. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.222).

Ricardo Marcondes Martins, por outro lado, não faz uma relação direta entre completude da norma e vinculação. Para ele, são coisas distintas, pois pode haver situações nas quais a norma é considerada incompleta e o agente competente estará, diante do caso concreto, vinculado a tomar a única decisão considerada correta. Segundo ele,

A regra abstrata pode ser redigida de tal forma que não deixe, aparentemente, qualquer liberdade à atuação administrativa e, apesar disso, haja indiscutível discricionariedade; do mesmo modo, a regra abstrata pode ser redigida de tal forma que, aparentemente, deixe total liberdade à atuação administrativa e, apesar disso, haja indiscutível vinculação.⁴⁵

Em assim sendo, o mesmo instituto está sendo utilizado para designar coisas distintas, pois ou a vinculação é a aplicação do previamente delineado em lei, cujo conteúdo já considera o único comportamento possível a ser adotado pelo agente, ou ela não se relaciona com a completude normativa, sendo aferível somente no caso concreto.

A princípio, parece-nos que a vinculação decorre diretamente da lei, ou seja, entendemos haver uma relação direta entre completude da norma e vinculação. Entretanto, admitimos também a hipótese de que no caso concreto, em situações excepcionais em que fique demonstrada a antijuridicidade da norma a ser aplicada pelo agente competente, ao realizar ponderações dos princípios incidentes, possa ele afastar a aplicação da regra, pois estará ele vinculado a decidir pelo seu afastamento, e assim o conceito de vinculação assume a faceta proposta por Ricardo Martins, ou seja, é o caso concreto que de fato vinculará o ato, ainda que em sentido contrário ao previsto inicialmente na regra.

A lei, em sentido formal, editada pelo Poder Legislativo, que conforme disposição constitucional tem a primazia de realizar ponderações no plano

⁴⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

abstrato, transformando-as em leis que concretizam os princípios constitucionais, há de ser prestigiada. Uma vez que de plano o legislador já definiu qual a solução que considera adequada àquele caso, cabe subsumir a hipótese à norma. Portanto, o caso concreto apenas confirma a vinculação já prevista em lei, de modo que somente circunstâncias excepcionais de antijuridicidade, com a devida e correta ponderação, poderá ela ser afastada, não obstante também exista vinculação, pois a única solução possível, nesses casos, será o afastamento da regra.

Destacamos que ao proceder desta forma, à Administração Pública não é conferida margem de discricionariedade para afastar a regra incidente, conforme tentaremos demonstrar ao longo deste trabalho.

3.2. Competência Discricionária

Na discricionariedade administrativa, ao contrário do que ocorre no exercício de competência vinculada, o agente competente teria um campo de liberdade maior para decidir conforme critérios de oportunidade e conveniência, ou seja, com a utilização de critérios extrajurídicos. Assim, a Administração Pública poderia no exercício de suas competências e diante de um caso concreto escolher entre duas ou mais opções fornecidas pelo legislador para aplicar quaisquer delas, já que acolhidas pelo direito.

A propósito da palavra liberdade, Ricardo Marcondes Martins afirma que ela não é cabível quando se fala em Administração Pública, pois esse termo seria específico do direito privado (particulares), com fundamento na autonomia

da vontade, característica essa que o direito público não comporta. Explica o autor que

[...] o Estado – e a Administração Pública – não possui *liberdade*, só os particulares gozam de *liberdade*. Deveras: os agentes públicos possuem, no exercício da função, apenas *discricionariedade*, nunca *liberdade*. Por isso, toda conduta do Estado depende de prévia edição de uma *regra concreta*, é sempre *efeito* de uma *imputação normativa*. Ao revés, muitas condutas dos particulares são fruto de sua *liberdade*, não correspondem ao efeito de uma norma concreta previamente editada.⁴⁶

Acolhemos nesse trabalho o posicionamento acima. O Estado está sempre vinculado ao interesse público, que é a razão de ser de sua existência. É impossível falar-se em liberdade quando o assunto é Administração Pública, pois ela sempre está vinculada ao ordenamento jurídico; noutro giro, a liberdade é inerente ao ser humano e, portanto, não se estende às suas criações, conforme assevera Diogo Moreira Neto⁴⁷.

Neste ponto, entendemos que também a competência discricionária não existe por si só no plano abstrato. Ela é um indício de que a discricionariedade poderá existir, porém somente o caso concreto poderá confirmar sua existência. Ela decorre do sistema para que o agente competente possa concretizar os princípios constitucionais e o interesse público, embora seja dada a ele a possibilidade de escolha entre indiferentes jurídicos.

4. CONCEITO

⁴⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 21.

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.18. Sobre o assunto, ainda leciona: “A única justificação do poder do Estado e do seu exercício não pode se outra que a sua destinação social no prosseguimento do interesse público. O exercício em contrário ou mesmo estranho a essa destinação será abuso ou desvio do poder a ele confiado”. E arremata: “Por isso, jamais há liberdade na ação do Estado, nem mesmo quando se organiza constitucionalmente, definindo-se a atribuição, destinação, exercício, contenção e detenção de poder. O significado dessa palavra, no uso extensivo que lhe dá, por vezes em expressões tais como “liberdade do Estado” ou “liberdade de um Poder do Estado”, deve ser considerado, rigorosamente, no sentido político, como *poder atribuído* e, no sentido jurídico, como *competência*”. (Ob. cit. p. 19-20, grifos do autor)

Pelas considerações expostas acima, partimos do pressuposto de que a principal característica da discricionariedade é o fato do agente público possuir duas ou mais opções, todas albergadas pelo direito, para decidir diante da análise do caso concreto, conforme juízo de oportunidade e conveniência.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

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 das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.⁴⁸

Maria Sylvia Zanella di Pietro prefere um conceito mais sucinto, sem tantos requisitos ou elementos, contudo com a mesma característica presente na maioria dos conceitos de discricionariedade, que é a possibilidade de escolha. Assim conceitua discricionariedade administrativa como *“a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”*.⁴⁹ (destaque da autora).

Diogo Moreira Neto, após proceder a uma esclarecedora explanação acerca da legalidade (campo jurídico) de da legitimidade (campo político), conceitua o instituto como:

*Discricionariedade é a qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico.*⁵⁰ (destaque do autor)

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 48.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 67.

⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.33. Na mesma linha, Juarez Freitas conceitua discricionariedade administrativa legítima como “[...] a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas

Pela exposição dos conceitos acima é possível concluir que a discricionariedade administrativa está diretamente relacionada com as finalidades públicas inseridas na Constituição Federal. No exercício dessa competência, deve o agente público aplicar o direito de modo a atender essa finalidade, pois em não o fazendo o ato será ilegítimo e, portanto, ilegal. Não obstante, alguns conceitos merecem uma análise mais profunda.

Pedimos licença para discordar do conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, pois para o mestre a discricionariedade também decorre da fluidez das expressões, ou seja, ele admite que conceitos jurídicos indeterminados propiciem o exercício dessa competência. Consideramos que não há como admitir tal possibilidade, uma vez que nessas situações o agente competente exerce juízo de cognição própria da interpretação jurídica, materializando o direito no caso concreto.

Ao analisarmos a evolução histórica do instituto podemos perceber que havia total ausência de limites e controle no exercício da competência discricionária; em seguida, os atos que feriam os direitos e liberdades dos cidadãos estavam limitados pela lei e, portanto, sujeitos a controle, enquanto nas demais situações a liberdade de atuação da Administração Pública era irrestrita; posteriormente, toda a atividade administrativa foi submetida à lei, sendo vedado ao Estado atuar sem autorização legal; por fim, a idéia de legalidade foi substituída pela de juridicidade, ou seja, não apenas a lei, mas todo o ordenamento jurídico fornece subsídios para a atuação estatal atendera as finalidades públicas.

válidas, coerentes e consistentes de conveniência e oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública". (Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 24) – destaque do autor.

Para nós, a discricionariedade só faz sentido caso se fale em possibilidade de escolher entre indiferentes jurídicos, ainda que limitada pela lei. Não faria sentido que o ordenamento prevísse um instituto que permitisse ao agente público, diante do caso concreto, optar por duas ou mais opções fornecidas pelo Direito, para que em seguida o seu ato fosse questionado e reformado pelo Poder Judiciário. Haveria aí usurpação da competência administrativa conferida diretamente da Constituição e, nesse sentido, qualquer decisão administrativa teria validade e eficácia reduzida.

A discricionariedade é instrumento apto para propiciar à Administração Pública e seus agentes a possibilidade de realizar escolhas diante do caso concreto para atingir a vontade do sistema, já que é o agente competente para tanto e detém a expertise para decidir e concretizar o interesse público em sua plenitude. Ainda que terceiros tenham entendimentos diversos, na discricção a única decisão correta é a opção realizada pelo agente competente e é por isso que podemos falar que há uma única solução correta para cada caso, pois a decisão do agente é soberana e inatacável quando expedida no exercício de competência discricionária. Frisamos que a decisão é correta, e não exata.

Portanto, nesse contexto, entendemos que o principal elemento da discricionariedade administrativa é o juízo de oportunidade e conveniência, pois ela é a garantia de que a escolha obedecerá a critérios extrajurídicos ou políticos, o que não significa dizer que o agente competente pode decidir com bem entender, pois a Administração Pública estará sempre vinculada ao interesse público e aos princípios constitucionais, fim último do direito administrativo.

5. CAUSAS DA DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade administrativa decorre da necessidade do Estado em concretizar os interesses públicos na maior medida possível. Ela pode ser verificada por ocasião da ponderação legislativa para a edição de normas jurídicas no plano abstrato, assim como no juízo de oportunidade para aplicação *in concreto* feita pelo agente competente com vistas a prestigiar ao interesse público. O que interessa para o presente estudo é esta última situação.

É salutar, portanto, estudar de que forma o ordenamento jurídico propicia discricionariedade administrativa ao aplicador do direito, no caso a Administração Pública, fornecendo opções legítimas e válidas juridicamente, conquanto o agente utilize critérios extrajurídicos (oportunidade e conveniência), sempre limitados pelos princípios constitucionais e pelo interesse público.

5.1. Hipótese da Norma (Motivo)

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵¹ afirma que a discricionariedade pode existir em decorrência da hipótese da norma. Isso significa dizer que o legislador, ao elaborar a norma jurídica não indicou explicitamente o pressuposto de fato, deixando a cargo do agente público a análise do caso concreto para qualificar o ato como incidente ou não na norma.

Maria Sylvia Zanella di Pietro partilha do mesmo entendimento ao afirmar que há consenso na doutrina acerca da possibilidade de haver

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 20.

discricionariedade na hipótese da norma, verificada em duas situações: quando “a lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração” de modo que cabe ao agente competente escolher o motivo que determinará a prática do ato e; quando “a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios”.⁵²

Não conseguimos visualizar que haja discricionariedade administrativa pelo simples fato do legislador ter utilizado conceitos jurídicos indeterminados na hipótese normativa, pois o processo intelectual realizado pelo agente deverá obedecer a um critério interpretativo de modo que a indeterminação seja trazida zona de certeza, inclusive com a incidência dos princípios jurídicos. Somente após esse processo, será possível verificar se o sistema confere competência discricionária ao agente competente para decidir entre indiferentes jurídicos.

No que tange à discricção na hipótese normativa, entendemos ser possível sua previsão em abstrato, contudo somente o caso concreto poderá fornecer elementos suficientes para a sua verificação no plano ôntico. Ademais, essas hipóteses devem ser exceções, pois não condiz com o Estado de Direito o agente público praticar determinados atos conforme seu estado de espírito.

5.2. Comando da Norma

Nesta possível causa de discricionariedade é que a lei confere ao agente público opções para uma decisão adequada, seja para definir quando ou

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 84.

não atuar, como fazê-lo e decidir qual a melhor solução a ser dada ao caso concreto. É o típico caso de discricionariedade administrativa, em que a lei, ao menos no plano abstrato, atribuiu à Administração Pública competência para decidir segundo juízo de oportunidade e conveniência.

Vale ressaltar que para Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³ a Administração Pública sempre tem o dever de adotar a melhor solução, aquela considerada ótima. Não há dúvidas quanto a isso. Entretanto, a discricionariedade administrativa pressupõe a possibilidade de escolha entre duas ou mais soluções válidas e comportadas pelo sistema, de modo que qualquer delas atenderá a finalidade pública excelentemente, muito embora possam ter opiniões diversas sobre a decisão correta, e nesses casos a única decisão correta aceita pelo sistema é a opção do agente competente.

Se a Administração é obrigada a escolher a opção A, pois e optar por B estará contrariando o ordenamento jurídico, não haverá discricionariedade, mas sim vinculação. É no comando da norma que a discricionariedade se manifesta com maior clareza, de modo que a partir dele podemos definir de maneira precisa possível o real alcance da discricção e seus desdobramentos.

5.3. Finalidade na Norma

Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁴, assim como outros doutrinadores defendem a possibilidade dos conceitos jurídicos indeterminados propiciarem

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32-33.

⁵⁴ Idem, 2008, p. 19.

discricionariedade. Contudo, o autor inova na abordagem do tema e admite a possibilidade da finalidade da norma também ensejar discricionariedade. Reconhece, inclusive, pertencer a corrente minoritária, já que a maioria esmagadora da doutrina não aborda essa possibilidade. Este tópico será abordado em capítulo próprio mais adiante (infra, Cap. III – 1), contudo cabe trazer breves considerações a respeito.

A tese é defendida com fundamento na fluidez ocasionada pelos denominados conceitos jurídicos indeterminados, cuja utilização é bastante comum para designar os fins a serem alcançados pelo Estado, sendo que tais termos ocasionam intelecções e significados diversos. Parece-nos que a eventual discricionariedade decorrente dessa hipótese não seria consubstanciada pela finalidade da norma, mas sim pela indeterminação dos conceitos utilizados para designar qual é a sua finalidade.

De toda maneira, para os autores que propugnam que tanto a hipótese quanto a finalidade normativa conferem discricionariedade em razão da fluidez dos termos utilizados para designá-los, é cristalino que a simples presença desses conceitos na regra jurídica não corresponde a sua existência no plano concreto. É fundamental que na dinâmica do Direito seja observada a permanência da possibilidade de escolha duas opções válidas, mediante critérios de oportunidade e conveniência. Sobre o assunto, assim se posiciona Celso Antônio: “A admissão de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente para que ocorra *in concreto*”.⁵⁵

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37.

CAPÍTULO II – CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

1. CONCEITOS FLUIDOS, ELÁSTICOS OU INDETERMINADOS

Uma vez estabelecidos os pontos que consideramos fundamentais sobre a discricionariedade administrativa, passaremos ao estudo dos conceitos jurídicos indeterminados e sua interpretação pelo agente competente. Conforme já anteriormente mencionado (supra, Cap. I – 4), ainda que superficialmente, a maior parte da doutrina considera que os conceitos fluídos ou indeterminados propiciam discricionariedade, já que o legislador ao utilizar tais conceitos confere ao agente público a responsabilidade e a competência para ponderar no caso concreto qual a melhor solução a ser adotada. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Do que se expôs neste tópico resulta que a noção de discricionariedade *não se adscrive apenas no campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo*. Certamente compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da inteligência dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do “mérito” do ato administrativo, isto é, da “conveniência ou oportunidade do ato”.¹

Contudo, há corrente minoritária, cujo entendimento é de que tais conceitos não geram discricionariedade, mas sim interpretação e, portanto, se o ato for questionado perante o Judiciário caberia a este em última instância definir se a interpretação dada pelo agente ao caso concreto é comportada pelo

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 27-28 (destaques do autor). Adotam o mesmo posicionamento acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, Maria Sylvia Zanella di Pietro (Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, p. 76), Ricardo Marcondes Martins (Efeitos dos Vícios dos Atos Administrativos, p. 184-185), entre outros.

ordenamento jurídico. Caso a interpretação jurisdicional seja outra, é ela que deverá prevalecer, conquanto exista no sistema princípio formal que dá primazia à ponderação realizada pelo agente competente. Verificado pelo magistrado que o princípio de maior peso não foi prestigiado e que ele tem força para afastar o princípio concretizado pelo ato administrativo somado ao princípio formal fundamental, há de prevalecer a interpretação jurisdicional.

Lucia Valle Figueiredo² defende que a indeterminação dos conceitos não autoriza o exercício da competência discricionária: “Afastamos toda e qualquer possibilidade de a discricionariedade alojar-se nos conceitos plurissignificativos, elásticos ou indeterminados, conforme a nomenclatura que se lhes dê”. Argumenta que inicialmente é necessário interpretar a norma e em seguida precisar o conceito por meio dos valores e princípios positivados no ordenamento jurídico. Somente após essas etapas será possível verificar se o sistema outorgou competência discricionária ao agente competente.

1.1. Definição

Evidentemente não há uma definição exata sobre o que seriam os conceitos jurídicos indeterminados. O homem estabelece relações com outros seres humanos e se comunica por meio da linguagem, assim como se relaciona com os objetos e lhes dá nomes ou designações. As palavras, de modo geral, podem conter um significado preciso, como por exemplo, a palavra dedos; ou a pessoa possui dedos ou não tem, sendo muito fácil definir no caso concreto. Por

² FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 232 . Nesse sentido, Luis Manuel Fonseca Pires (Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa, p.97), Eros Roberto Grau (O Direito Posto e o Direito Pressuposto, p. 149-150), entre outros.

outro lado, há situações em que são utilizados termos abstratos, como, por exemplo, a palavra beleza; não é possível definir com certeza absoluta o que é belo e o que não é, pois cada pessoa terá seu próprio conceito de beleza.

Em interessante debate acerca da indeterminação do conceito, Celso Antônio Bandeira de Mello³ assevera que a fluidez decorre do próprio conceito colocado sob análise, pois se assim não fosse, bastaria substituir a palavra que propicia as mais variadas intelecções e a questão estaria resolvida. Não obstante houvesse essa troca, seriam elas inúteis, pois seriam substituídas por outras que também seriam vagas e, portanto, o problema seria insolúvel no campo semântico.

Em contraposição a tese acima, Eros Roberto Grau⁴ defende que a indeterminação não é do conceito, mas sim do termo que o identifica, uma vez que este é expressão daquele. “O conceito é a representação de uma *idéia universal* que, quando intencionada, conduz à formulação de uma *imagem* no pensamento do intérprete.” Afirma categoricamente que se é indeterminado não é conceito. Em suas palavras:

É que a *indeterminação* a que nos referimos, na hipótese, *não é dos conceitos jurídicos* (*idéias universais*), *mas de suas expressões* (*termos*); logo, mais adequado será referir-mo-nos a *termos indeterminados de conceitos*, e não a *conceitos (jurídicos ou não) indeterminados*. (grifos do autor)

A palavra conceito possui várias acepções. O Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa relaciona onze significados para ela, sendo que no presente trabalho preferimos a que está definida sob a rubrica lingüística: “noção abstrata

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionabilidade e Controle Jurisdicional**. 2. ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 21-22.

⁴ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 145-149

contida nas palavras de uma língua para designar as propriedades e características de uma classe de seres, objetos ou entidades abstratas”.⁵

Para nós, os conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade administrativa, mas interpretação jurídica. Em assim sendo, no caso concreto ou se verifica que o fato corresponde ao conceito ou não, o que significa dizer que o conceito sob análise tem um mínimo de significação, e nesse sentido, assiste razão à Bandeira de Mello. Ainda que o termo que a designe seja alterado, o conceito básico permanecerá o mesmo, pois regra geral são termos valorativos, que não trazem uma definição precisa acerca do objeto. Há, portanto, abstração.

Em que pese os argumentos trazidos à colação, para nós o cerne da questão não está na indeterminação dos conceitos jurídicos; tampouco nos termos que os definem. O que pode ser indeterminado, de difícil definição, é o processo intelectual que irá subsumir o fato ao direito. A sociedade, como um todo, tem noções acerca da significação da quase totalidade dos conceitos jurídicos indeterminados. Por exemplo, a palavra pobre terá um significado para a maioria das pessoas, e a partir dele elas poderão definir, conforme experiências próprias, o que caberia ou não naquele conceito.

Será possível determinar com certeza que a situação A está presente no conceito, como também que a situação B não está presente no conceito. Entretanto, a situação C não será unanimidade. Alguns entenderão que ela estará presente, outros não. Para nós, esse é o cerne da questão. O conceito está claro

⁵ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 510. Além dela, outra acepção cabível é a verificada na rubrica filosofia, cujo significado é “representação mental de um objeto abstrato ou concreto, que se mostra como um instrumento fundamental do pensamento em sua tarefa de identificar, descrever e classificar os diferentes elementos e aspectos da realidade”.

na cabeça do agente público, do particular; a indeterminação, a dúvida está na subsunção do caso à norma. Nas palavras de Bandeira de Mello,

É indubitável que os seres humanos podem acordar, em tempo e local certos, a respeito do conteúdo mínimo, da significação mínima, daqueles conceitos. Logo, jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra, o conceito, portanto.⁶

Por vezes, o legislador utiliza termos precisos e facilmente aferíveis pelo aplicador do direito; em outras ocasiões prefere utilizar conceitos que, apesar de terem um conceito básico não são concretos e geram intelecções diversas. Portanto, os conceitos jurídicos indeterminados como palavras ou expressões que, por serem fluídas, plurissignificativas, ou seja, por darem margem a entendimentos diversos sobre seu significado, permitem a concreção do interesse público mediante a interpretação do agente competente.

1.2. Opção Legislativa

A sociedade de modo geral sofre constantes mudanças e de maneira muito célere, de modo que seria impossível ao legislador acompanhá-las em tempo real. A Administração Pública existe para um fim: concretizar o interesse público, sendo este variável no espaço e no tempo. Segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro⁷ a função administrativa está em constante variação e, para atingir as finalidades públicas, o direito deve ser sempre atual. Ensina que

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionariiedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 29.

⁷ di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionariiedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 98.

Quando o direito administrativo estabelece normas que impõem à Administração o dever de atender ao *interesse público*, ao *bem comum*, à *conveniência do serviço* e outros semelhantes, está deixando as portas abertas para a flexibilidade das decisões, em função da infinita gama de situações concretas a atender, na dinâmica sempre crescente das relações sociais que a Administração Pública tem que regular e fiscalizar. (destaques da autora)

Contudo, a autora aponta as controvérsias existentes sobre o fato dos conceitos jurídicos indeterminados gerarem ou não discricionariedade. Em sua excepcional monografia traça um perfil das correntes doutrinárias no direito comparado, e pelo que pudemos depreender da leitura e dos argumentos deslindados, admite que tais conceitos propiciem a discricção, pois ao concluir a análise do tema assevera: “Na hipótese de conceitos de valor, a discricionariedade existe, embora não signifique liberdade total, isenta de qualquer limite.”⁸

Por ser impossível na prática ou até mesmo por ser a solução mais adequada para determinada situação, o Legislativo utiliza conceitos jurídicos indeterminados para que a cada época ou situação vivenciada pelo agente competente, possa ele decidir e aplicar o direito conforme o desejo do ordenamento jurídico e dos anseios sociais, de modo que a lei acompanhe a evolução da sociedade.

Sendo este o objetivo, já que o agente competente teria no caso concreto elementos mais sólidos e precisos para decidir da melhor maneira com objetivo de alcançar ao interesse público previsto no sistema jurídico, de fato a solução que vem sendo adotada reveste-se de importância e atende a essa finalidade. Evidentemente, não pode o Legislativo utilizar esse expediente para toda e qualquer situação, sob pena de macular a competência constitucional que lhe for concedida.

⁸ Idem, p. 132.

Assim, uma vez que a norma jurídica traz em seu bojo conceito jurídico indeterminado, cabe ao agente público adensá-lo e aplicá-lo ao caso concreto. As relações reguladas pelo Direito entre o Estado e o particular encontram como primeiro aplicador a própria Administração Pública, que gozando de um dos atributos do ato administrativo, qual seja, a auto-executoriedade, aplica a norma, seja no exercício de competência discricionária ou vinculada.

1.3. Autorização Legal

Já restou evidente pelo que apresentamos até agora que ao legislador não é permitido permitir à Administração Pública decidir em toda e qualquer situação acerca da solução a ser alcançada. Não pode haver delegação de competência a pretexto de passar ao Poder Executivo a ponderação e aplicação do direito no caso concreto. A competência discricionária só deve existir quando de fato houver dificuldade prática claramente configurada para que o Legislativo desça as minúcias ao regradar determinado comportamento.

Para nós a discricionariedade só existe quando a estática da norma previamente enseja à Administração Pública a competência para decidir no caso concreto qual a melhor solução a ser adotada, segundo critérios de oportunidade e conveniência do agente competente. Ainda que o caso concreto possa eventualmente diminuir a possibilidade de discricionária, ela só existe se presente em abstrato. Portanto, entendemos ser impossível haver discricionariedade decorrente de norma que em abstrato confere competência vinculada ao agente público, ou seja, já determinou a solução desejada pelo sistema.

Não é esse o posicionamento de Ricardo Marcondes Martins⁹. Para ele não há relação entre a completude ou incompletude da norma, ou seja, para ele não é a norma em abstrato que definirá a questão da discricção ou vinculação; somente o caso concreto é apto a fazê-lo, conforme excerto a seguir transcrito:

A discricionariedade só surge no *plano concreto*, jamais no *plano abstrato*; e, por isso, é absolutamente equivocado falar em “discricionariedade no plano abstrato e em “discricionariedade no plano concreto”. A regra abstrata pode ser redigida de tal forma que não deixe, aparentemente, qualquer liberdade à atuação administrativa e apesar disso, haja indiscutível *discricionariedade*; do mesmo modo, a regra abstrata pode ser redigida de tal forma que, aparentemente, deixe total liberdade à atuação administrativa e, apesar disso, haja indiscutível vinculação.

Para ele, a discricionariedade não decorre diretamente da lei ou do fato do legislador utilizar conceitos jurídicos indeterminados; para o autor, somente o caso concreto pode autorizar a discricção, de modo que ainda que a regra jurídica em abstrato seja inequívoca e utilize termos concretos, poderá existir discricionariedade administrativa.

Discordamos desse posicionamento. Não afastamos a hipótese de que no caso concreto, mediante a ponderação a ser exercida pelo agente competente, determinada regra seja afastada pela incidência de princípio com maior peso, com vistas a atender ao interesse público ou, se for o caso, prestigiar interesses individuais cujos princípios colidentes são mais pesados que o interesse público. A utilização de conceitos jurídicos indeterminados não autoriza o agente público a exercer competência discricionária, mas sim interpretação jurídica, como primeiro aplicador da lei no caso concreto, interpretação esta externada por meio de ato administrativo que goza de presunção de legitimidade e veracidade.

Em outros ramos do direito o legislador também utiliza conceitos jurídicos indeterminados sem que se fale em discricionariedade ou possibilidade

⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 181.

de escolha entre indiferentes jurídicos. Não haveria razão, a nosso ver, para permitir à Administração Pública o exercício de prerrogativa tão elástica sob o signo da discricção, pois se discricionariedade é estaríamos diante de possibilidade de escolha, de utilização de critérios extrajurídicos (sempre limitado pelo ordenamento e pelo interesse público), o que não parece ser o caso.

1.4. Adensamento do Conceito

Uma vez assimilados os conceitos jurídicos indeterminados, sua aplicação e razões pelas quais o legislador prefere utilizar termos mais elásticos a ter que descer as minúcias em cada matéria a ser tratada, passaremos então a expor de que modo o conceito jurídico indeterminado poderá ser adensado no caso concreto, ou seja, quais as ferramentas à disposição do aplicador do direito para que ele possa definir se o caso sob análise se encaixa ou não na medida desejada pelo legislador e por consequência, pela Constituição Federal. Ele decorrerá da análise do ordenamento jurídico e também do caso concreto.

1.4.1. Decorrente do ordenamento jurídico

Nunca é demais ressaltar que toda a atividade administrativa deve estar prevista no ordenamento jurídico e, especialmente no que toca as obrigações a serem impostas aos particulares, somente a lei é o instrumento

adequado para a consecução das finalidades públicas, não podendo a Administração Pública fazê-lo por meio de instrumentos infralegais.

Feita essa observação, é notório que o ordenamento jurídico não é composto somente por regras jurídicas, mas também por princípios que norteiam a aplicação do próprio direito, bem como exigem a concreção do direito na máxima medida. Portanto, na análise de atos expedidos que tenha como fundamento regras jurídicas que possuem conceitos jurídicos indeterminados na sua hipótese normativa, ou até mesmo na sua finalidade, o aplicador deve observar em primeiro lugar os limites estabelecidos na própria lei, e não somente a regra a ser aplicada no caso concreto; em seguida deverá ampliar o campo de análise e observar o caso diante de todo o ordenamento jurídico.

1.4.1.1. Regras jurídicas

A fonte primária para o intérprete adensar o conceito jurídico vago é a própria regra jurídica na qual ele está inserido, para em seguida proceder à análise de todo o conjunto normativo do qual a regra faz parte. Logo, o primeiro limite à atuação da Administração é a própria lei na qual se insere o dispositivo.

Não seria cabível, a pretexto de não haver consenso sobre o alcance de determinado conceito, que o agente público decidisse em clara afronta ao próprio espírito da lei e seus dispositivos, inclusive exposição de motivos, se houver.

A regra jurídica deve prevalecer sempre que possível (por força do princípio formal fundamental que garante primazia às ponderações legislativas),

devendo ser afastada somente em situações excepcionais. O interprete deve fazê-lo de modo a aplicar a lei conforme desejado pelo legislador, pois caso contrário a segurança jurídica, que consideramos fundamental para o Estado de Direito, estaria comprometida. O emprego de conceitos abertos pode ser prático ou funcional, porém não pode subverter a lógica do ordenamento, que dá primazia às ponderações do Legislativo. Ainda que não concordemos integralmente com o pensamento de Eros Grau¹⁰, ao afirmar que “A *discrecionalidade*, qual anteriormente observei, presta-se a subverter a *legalidade*”, a aplicação do direito deve ser realizada visando ao interesse público e, a nosso ver, alargar as hipóteses que propiciam *discrecionalidade* não atendem a esse objetivo.

1.4.1.2. Princípios jurídicos

Admitimos que os princípios jurídicos (na acepção de mandado de otimização) são fundamentais para procedermos ao adensamento de conceitos jurídicos indeterminados. Se cada norma concretiza um princípio, são eles fundamentais para a correta interpretação do direito, pois a era da legalidade foi substituída, ao menos para a doutrina mais atual, pela juridicidade, ou seja, a Administração Pública não deve observar somente as leis, como também todo o ordenamento jurídico.

Os princípios constitucionais como valores e diretrizes do sistema são limites ainda mais úteis para adensar os conceitos jurídicos indeterminados, pois

¹⁰ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 149.

por meio deles será possível verificar em diversas ocasiões se determinada decisão, apesar da aparente legalidade, não é adequada ao caso, pois se houvesse ponderação em face dos princípios incidentes, tal ação seria descartada de imediato, uma vez que eles ocasionam o adensamento ainda mais preciso do caso sob análise, e evita que o agente competente se utilize dessa pretensa liberdade que o sistema lhe oferece para perseguir fins não públicos.

Portanto, os princípios como mandados de otimização são muito importantes para a concretização do interesse público consubstanciado no ordenamento jurídico; ademais, eles exercem papel fundamental quando o objetivo é limitar e concretizar conceitos jurídicos indeterminados, pois servem como vetores, valores axiológicos de extrema relevância para a aplicação correta do direito ao caso concreto.

1.4.2. Decorrente do caso concreto

No caso concreto é fundamental perquirir se a decisão administrativa foi aplicada de modo a concretizar os princípios constitucionais na maior medida possível. Há doutrinadores, conforme a já mencionada posição de Ricardo Martins (supra, Cap. II - 1.3), que afirmam que o caso concreto poderá limitar de tal maneira a discricionariedade administrativa prevista em abstrato, que somente uma solução será possível e, portanto, haveria vinculação à única solução correta. Acerca da importância do caso concreto para limitar a fluidez do conceito, Bandeira de Mello também adota posição semelhante, ao afirmar que

[...] a liberdade administrativa, que a discricção administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade.¹¹

Parece-nos bastante razoável admitir a possibilidade de que o caso concreto limite e adense o conceito vago, pois diante das circunstâncias fáticas será evidenciada se a regra jurídica incide ou não sobre ele. O que não nos parece correto é admitir que a discricionariedade seja limitada pelo caso concreto, pois discricção não há nessas hipóteses.

A Administração Pública não teria, nesse caso, que decidir conforme juízo de oportunidade e conveniência, escolher entre dois indiferentes jurídicos. Deverá ser realizada uma ponderação no caso concreto e aplicada uma solução adequada a ele, por meio de interpretação jurídica. Eros Grau¹² ensina que no exercício da discricionariedade administrativa, o agente competente emite juízos de oportunidade, ao passo que na aplicação de conceitos indeterminados emite juízos de legalidade. Acolhemos integralmente essa posição.

Nesse sentido, é lapidar o exemplo mencionado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello que se refere ao internamento gratuito nos hospitais públicos para aqueles que ganhem até um salário mínimo. Demonstra o mestre que a objetividade da lei pode em muitas situações causar danos irreparáveis e ser extremamente injusta, como, por exemplo, uma pessoa que receba um salário mínimo, é solteira e vive com os pais; outra recebe um salário e meio tem doze filhos, e conforme o critério estabelecido, somente a primeira teria direito ao atendimento. Neste caso, justificada estaria a opção do legislador pelo termo

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 36.

¹² GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 150.

pobre como critério de análise, pois no caso concreto poderia o agente encontrar a solução considerada ótima.¹³

A dificuldade se estabelece quando não é possível aferir com clareza absoluta se o caso concreto está inserido no conceito previsto no campo deôntico, ao que a doutrina denomina de zona de penumbra. O legislador deixou para o agente público aplicar a regra de modo a concretizar o princípio desejado e, neste caso, deverá fazê-lo emitindo juízos de legalidade; não cabe a ele, segundo critérios de oportunidade e conveniência escolher entre considerar o cidadão pobre e atendê-lo e não considerá-lo e não atendê-lo, pois deverá interpretar a norma e decidir se o conceito está ou não presente. É sim ou não¹⁴.

Embora parte da doutrina entenda que, no caso concreto, o agente deverá ser capaz de achar uma solução adequada, e para isso o legislador empregou conceito jurídico indeterminado que conferiu ao agente público competência discricionária confirmada no caso concreto, para nós é evidente que o agente deve buscar a solução adequada, porém o faz por meio de interpretação jurídica.

Portanto, os casos concretos, juntamente com os limites do ordenamento jurídico limitam a pretensa “liberdade” do agente público por ocasião da aplicação de norma que utiliza conceitos jurídicos indeterminados, de modo a coibir a ação desvirtuada e contrária ao próprio Direito.

¹³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 34-35.

¹⁴ Na página 149 da sua obra Eros Grau, baseado em Garcia de Enterría, que a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados afirma caber uma única solução em cada caso, adota essa posição “Assim, quando se fala em boa-fé, v.g., o conceito se dá ou não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa-fé: *tertium non datur*” (*destaques do autor*). Acerca da estrutura das regras jurídicas, Ronald Dworkin ao diferenciar regras de princípios leciona: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribuí para a decisão.” (Levando os Direitos a Sério. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 39). A aplicação da regra em casos de conceitos jurídicos indeterminados, ao menos para nós, obedece à mesma lógica.

1.4.3. Competência Híbrida – Ato “vinculável”

Vimos anteriormente que o caso concreto (supra, Cap. II - 1.4.2) pode de tal forma limitar o campo de decisão do agente público, que seria ele obrigado a decidir de determinada forma, pois qualquer outra decisão estaria ferindo o ordenamento jurídico.

A possibilidade de escolha, ainda que possa ser limitada, faz parte do conceito de discricionariedade e o caso concreto sempre permitirá ao agente público escolher dentre duas ou mais opções aquela que considerar mais adequada, segundo critérios de oportunidade e conveniência. Dizemos sempre, pois, para nós, discricionariedade só existe se houver a possibilidade de optar entre indiferentes jurídicos.

Ressaltamos ainda o conceito de ato “vinculado”, que pode ser definido como aquele praticado com estrita observância da previsão legal, cuja solução ideal já foi expressamente delineada e fornecida pelo legislador na própria lei, ou seja, haveria uma única solução a ser adotada e reconhecida pelo direito.

Para os autores que concebem a possibilidade do caso concreto limitar de tal forma a discricionariedade a ponto de obrigar o agente competente a decidir de uma única forma (Bandeira de Mello, Martins, di Pietro), não mais existiria a discricionariedade, o que é fato. Ela poderia até existir potencialmente na norma, mas o caso concreto eliminou qualquer possibilidade de discricionariedade. Assevera Celso Antônio¹⁵ que “A “admissão” de discricionariedade no plano da norma é *condição necessária, mas não suficiente* para que ocorra *in concreto*” e mais

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 37 (destaques do autor).

adiante “[...] a discricionariedade na regra de direito contém *in potentia* a discricionariedade *in actu*, mas nada mais que isto.”

Se a solução não está previamente delineada na norma, sendo este um dos elementos que caracterizariam a competência vinculada, não poderíamos falar em vinculação, muito embora o caso concreto forçosamente demonstre apenas um caminho a ser seguido. Logo, ou o conceito de vinculação deveria ser revisto ou deveria ser criada uma nova categoria de ato administrativo que contemplasse essa característica. Ressaltamos que para Ricardo Martins não há a menor relação entre completude normativa e vinculação (supra, Cap. I – 3.1), logo essa questão não se colocaria para o autor.

Portanto, o conceito tanto de discricionariedade, quanto de vinculação, precisariam ser revistos para contemplar essa característica peculiar do ato administrativo expedido no exercício dessa competência aparentemente híbrida. Isso porque tais situações estariam enquadradas *a priori* em discricção, e posteriormente migrariam para vinculação. É como se o ato administrativo fosse “vinculável”, pois somente após a análise do caso concreto seria possível afirmar a natureza da competência: se verificada que após todas as ponderações possíveis ainda restarem duas opções válidas perante o direito, estaríamos indubitavelmente diante da discricionariedade; se somente uma opção fosse válida haveria vinculação e o ato administrativo seria então “vinculável”.

Portanto, o ato “vinculável” seria aquele no qual em abstrato o legislador não determinou qual a única solução possível, de modo que o agente competente identifique a discricionariedade em abstrato, contudo no caso concreto a discricção é afastada por ele de modo que somente uma das possibilidades iniciais seja admitida pelo sistema, pois as demais se tornaram

inválidas. Ressaltamos, por fim, que tanto o adensamento de conceito jurídico indeterminado no caso concreto, quanto o afastamento da regra pela incidência de princípios jurídicos de maior peso não são casos de discricionariedade administrativa, pois nessas hipóteses a Administração Pública não tem a possibilidade de escolher entre opções juridicamente indiferentes e acolhidas pelo ordenamento jurídico.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Durante todo o trabalho dissemos que os conceitos jurídicos indeterminados não ensejam discricionariedade, mas sim interpretação jurídica. Ainda que com breves considerações, buscaremos expor alguns elementos que nos ajudarão a corroborar a conclusão que ora afirmamos, qual seja, conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade.

Luis Manuel Fonseca Pires¹⁶ afirma que está presente em qualquer processo interpretativo o elemento volitivo, que para ele significa o mesmo que subjetivo, em que o intérprete participa da criação do direito, sem que isso seja caracterizado como discricionariedade. Segundo Rodolfo Luis Vigo¹⁷,

A interpretação da lei será um esforço metódico da razão prática em nível prudencial, tendo por finalidade determinar, em certas circunstâncias e a partir do seu texto e demais elementos do ordenamento jurídico, um “seu” de alguém, dando as razões e argumentos que permitam respaldar e funda a conclusão a que se chegou.

Façamos, portanto, uma breve incursão histórica acerca a interpretação jurídica, de modo a limitar seu alcance para o presente trabalho.

¹⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 58-59.

¹⁷ VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas**. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 109.

2.1. Interpretação e as Soluções Admitidas Pelo Sistema

Podemos considerar que o Direito Administrativo passou a existir após a Revolução Francesa (supra, Cap. I – 1). Uma vez que o Estado abusava de suas prerrogativas no período anterior ao rompimento, houve forte reação a qualquer liberdade de atuação tanto da Administração Pública quanto da esfera jurisdicional, de modo que as decisões não tivessem um componente pessoal e subjetivo que pudessem atacar os direitos e garantias individuais.

Surgiram então correntes jurídicas que pregavam o apego exclusivo a lei e que não admitiam nenhuma liberdade criativa ao magistrado ou à Administração Pública (exclusivamente no que se referia aos direitos e garantias fundamentais), ou seja, impedia qualquer incidência de componente subjetivo por parte dele, de modo que o brocardo que afirma ser o juiz escravo da lei tinha aplicação precisa nesse período, sendo um dos expoentes dessa teoria a denominada Escola da Exegese.¹⁸

Contudo, esse entendimento logo foi substituído por uma miscelânea de teorias que admitiam, inclusive, a utilização de outros ramos do conhecimento humano para resolver as questões de ordem jurídica. Foi Hans Kelsen¹⁹ quem trouxe uma contribuição peculiar à Ciência do Direito, pois diante da situação anteriormente relatada ciência já não existia. Ele trouxe o Direito novamente para o campo do cientificismo ao buscar todas as respostas dentro do próprio ordenamento jurídico.

Em sua obra, o autor defende a tese de que é possível encontrar todas as soluções possíveis dentro do próprio sistema, uma vez que há hierarquia entre

¹⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 12-14.

¹⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

as normas jurídicas e a inferior é aplicada e criada com fundamento na superior. Em suas palavras: “A aplicação do Direito é, por conseguinte, criação de uma norma inferior com base numa norma superior ou execução do ato coercitivo estatuído por uma norma”.²⁰

Sob esse prisma, nota-se que a teoria de Kelsen admite a criação do direito pelos aplicadores da norma, tanto pelo Judiciário quanto pela Administração Pública, pois concretizam a norma superior exatamente por meio desse processo criativo, sem a qual aquela não seria concretizada. Evidentemente a criação não é ilimitada, pois deve manter laços com a norma superior. Nesse sentido, explica o autor que “[...] uma norma jurídica cuja produção não é de forma alguma determinada por uma norma superior não pode valer com uma norma posta dentro da ordem jurídica e, por isso, pertencer a ordem jurídica [...]”.²¹

No que tange a interpretação jurídica, o autor dedica um capítulo de sua obra para tratar do tema. Para ele, a interpretação é “[...] uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior”.²²

Kelsen admite a possibilidade de haver indeterminação no ato de aplicação do Direito decorrente da utilização de palavras não unívocas, o que ensejaria diversas significações, ao que ele chama de não-intencional e neste trabalho nós chamamos de conceitos jurídicos indeterminados. Para ele, nos casos de indeterminação, seja ela voluntária ou não,

²⁰ Idem, 2000, p. 261.

²¹ Ibidem, p. 261. Essa teoria ajuda a explicar a razão pela qual não é admitida no ordenamento jurídico brasileiro a edição de regulamentos autônomos. Por não haver previsão constitucional sobre sua existência, qualquer norma nesse sentido padeceria de invalidade, pois não estaria fundamentada em norma superior.

²² Ibidem, p. 387.

O Direito a aplicar forma, em todas essas hipóteses, uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível.²³

Logo, segundo essa teoria é possível depreender que o processo de interpretação e o próprio Direito admitem uma série de soluções possíveis ao mesmo caso, todas válidas, muito embora no momento da aplicação somente uma delas seja acolhida pelo sistema jurídico, pois “não significa dizer que ela é a norma individual, mas apenas que é *uma* das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral”.²⁴ (destaques do autor).

Portanto, o autor não acolhe a tese que obrigaria ao aplicador da norma encontrar uma única solução correta para cada caso, a solução ideal, pois em razão da indeterminação normativa cabe uma série de intelecções, todas válidas perante o ordenamento jurídico. Eros Grau adota raciocínio parecido ao afirmar que “[...] cumpre prontamente observarmos que inexitem, no âmbito do direito, soluções *exatas* – uma para cada caso -, porém, sempre, para cada caso, um elenco de soluções corretas.”²⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello trata do tema, embora o faça para referir-se à discricionariedade. Para ele, a descrição exige a solução considerada ótima, razão pela qual o legislador deixou a cargo do agente competente a busca por ela. Segundo o autor,

Se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, *nos casos de discricionariedade*, perante o *dever jurídico* de praticar, *não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei*.²⁶

²³ Ibidem, p. 390.

²⁴ Ibidem, p. 391.

²⁵ GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 150.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33.

Nesse sentido, Friedrich Müller²⁷ afirma que a aplicação do Direito não deve se conformar com as soluções prontas trazidas pelas regras jurídicas, pois a melhor solução seria desenvolvida caso a caso. É a denominada teoria estruturante do direito, e quanto ela vale transcrever literalmente as palavras do autor: “[...] a norma jurídica não se encontra já pronta nos textos legais: nestes se encontram apenas formas primárias, os *textos normativos*. A norma só será produzida em cada processo particular de solução jurídica de um caso [...]” (destaques do autor).

A princípio, afastamos tal concepção e acolhemos a teoria de Kelsen ao afirmar que a interpretação jurídica e a respectiva aplicação do direito comportam diversas soluções válidas perante o direito. O processo de interpretação exige do intérprete juízos de legalidade, de modo que o direito comporta claramente mais de uma solução ao caso. Não há uma única solução correta já previamente determinada. Não é possível aferir com certeza, não em todos os casos, qual a solução ótima. Ela será ótima para uns, poderá não ser para outros e, desta maneira, a solução adotada pelo agente competente goza de presunção de legalidade e legitimidade, de todo modo aferível pelo Judiciário.

Portanto, no exame de interpretação jurídica entendemos que há possibilidade de haver mais de uma solução juridicamente correta, de modo que não seria possível determinar uma solução exata, precisa. Sendo a decisão devidamente fundamentada por meio de juízo de legalidade, deve ser aceita pelo sistema, inclusive com base no princípio formal fundamental que confere primazia à ponderação do agente competente.

²⁷ MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 305.

2.2. Interpretação e Conceitos Fluídos

Luís Manoel Fonseca Pires²⁸ afirma não ser possível conceber um sistema jurídico hermeticamente fechado, onde seja possível o ordenamento trazer todas as soluções possíveis, bem como ensina que a interpretação, ao contrário do que possa parecer, não é um mero ato mecânico de verificação do caso concreto e subsunção à norma. Em inúmeros casos o magistrado se depara com situações nas quais para concretizar a finalidade da norma é necessário buscar subsídios no próprio ordenamento e o elemento volitivo ou subjetivo teria papel fundamental e preponderante.

Vimos que para a corrente amplamente majoritária os conceitos jurídicos indeterminados podem ensejar discricionariedade administrativa, cuja liberdade (ressaltamos que para nós não há possibilidade de falar-se em liberdade quando se trata da Administração Pública) é limitada pelo ordenamento e pelo caso concreto. Para nossa posição, contudo, é caso de interpretação jurídica, e nesse quadro o ordenamento jurídico é o norte do interprete, de modo que sua convicção seja formada sob esse prisma, porém sem excluir aqui o aspecto subjetivo na tomada de determinada decisão.

O legislador utiliza conceitos jurídicos indeterminados tanto para regular as relações entre particulares, quanto para as relações entre estes e o Estado. Por exemplo, ao prescrever condutas e princípios que os interessados em celebrar um contrato devem observar, destacou o da lealdade. Portanto, os contratantes devem agir com lealdade um para com o outro, muito embora ambos possam ter uma visão diferente sobre tal princípio. Surgida uma pretensão

²⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 54-55.

resistida, na qual esse conceito é invocado por uma das partes para justificar o exercício de direito decorrente do ajuste celebrado, cabe ao Judiciário decidir no caso concreto qual a correta interpretação a ser dada.

Como é cediço, um dos pilares do Direito Administrativo é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Não custa ressaltar que é a supremacia de interesses, e não supremacia do interesse público sobre o direito privado, pois se o particular é detentor de um direito, o Estado não poderá privá-lo sem prévio delineamento jurídico e sem a justa compensação pelo dano causado.

É possível verificar reflexos dessa supremacia quando estudamos os atributos do ato administrativo, especialmente os da presunção de legitimidade e veracidade, da imperatividade e da exigibilidade, que dão a Administração Pública o direito de aplicar as normas de maneira unilateral, sem a concordância do particular e exigir seu cumprimento ainda que o particular não concorde, sendo que tais atos são auto-aplicáveis até eventual decisão administrativa ou judicial que decida pela ilegalidade do ato praticado.

Ainda que questionado o ato, ele não perde sua validade e eficácia até uma decisão final. No âmbito administrativo, conforme já mencionado, não temos a figura da coisa julgada material, pois qualquer lesão ou ameaça a direito pode ser levado ao Judiciário por força de disposição constitucional. Ora, o ordenamento já confere ao agente público a prerrogativa de aplicar a norma de plano sem a anuência do particular. Não faria sentido, no caso de conceitos jurídicos indeterminados, que o sistema concedesse à Administração Pública o monopólio de dizer o direito no caso concreto, sem que o Poder Judiciário, entendendo de maneira diversa, pudesse exercer seu papel constitucionalmente atribuído.

Para nós, o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, tanto no direito privado, quanto no direito público, conferem ao Poder Judiciário a prerrogativa de decidir a lide, ao ponderar se determinado contrato ou ato administrativo decorre de uma interpretação correta do ordenamento jurídico. O agente público, diante de um caso concreto no qual o legislador utilizou termos considerados elásticos, faz uma interpretação do sistema e aplica o direito conforme sua inteligência e com vistas a atender ao interesse público, muito embora outra pessoa em seu lugar pudesse agir de modo diverso.

Tanto na discricionariedade quanto na interpretação, o aplicador da norma faz um juízo de valor, utiliza suas experiências passadas, faz um trabalho de inteligência, ou seja, ele contribui de algum modo para a formação do direito. Se assim não fosse, seria impossível existir decisões judiciais diferentes para casos semelhantes ou idênticos. Cada ser humano tem sua própria bagagem, o que acarreta essa multiplicidade de entendimentos. Segundo Luis Manuel Fonseca Pires,²⁹

A vontade, a construção da norma jurídica (Dworkin) que só ocorre depois da atuação do intérprete (Grau, Scarpinella Bueno e outros), é fator comum a toda e qualquer interpretação jurídica, seja o intérprete o cientista do direito ou uma autoridade, e seja esta autoridade o juiz, o legislador ou o administrador. (destaques do autor)

Logo mais a frente o autor afirma que o elemento subjetivo é elemento comum à interpretação jurídica e à discricionariedade administrativa e, portanto, não seria isso que distinguiria um do outro. Concordamos com as conclusões dele, de modo que, como já deixamos consignado, para nós a diferença essencial consiste da dualidade juízo de oportunidade e juízo de legalidade.

Na discricionariedade legítima a Administração Pública tem a sua disposição duas ou mais opções válidas perante o Direito e a escolha do agente

²⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 57.

competente, mediante juízo de oportunidade, será considerada pelo sistema como a única solução correta, sendo vedado ao Judiciário substituir-se a ele.

Já no exercício de interpretação, ao deparar-se com o caso concreto, o intérprete emitirá juízo de legalidade e há, portanto, uma solução a ser aplicada: ou o fato está subsumido à norma ou não. Não há possibilidade de escolha, pois o intérprete não terá duas interpretações aceitáveis, pois para ele somente uma delas é aplicável ao caso. A regra jurídica tem o caráter de tudo ou nada; ou o fato corresponde ao previsto na norma ou não. Contudo, a construção dessa decisão necessitará da ponderação do interprete, de modo que indivíduos diferentes podem interpretar a mesma situação de modo diverso, plenamente possível e comportado pelo sistema.

Eis, portanto, a diferença. Ou o caso se insere na hipótese normativa ou não, por mais difícil que possa parecer. Diante de um caso concreto no qual o magistrado precise avaliar uma liminar em que se alegue a relevância dos fundamentos trazidos e do perigo da demora, sendo que tais conceitos são elásticos e passíveis de interpretações diversas, ele tenha interpretado o direito e aplicado a vontade do sistema conforme seu próprio convencimento, é perfeitamente possível que em eventual recurso o entendimento seja outro, que a interpretação dada pelo juízo *a quo* foi incorreta para aquele caso e seja, portanto, necessária a reforma da decisão. Sendo assim, por qual razão é dado ao agente público a prerrogativa de decidir calcado na discricionariedade, cujo controle é muito mais difícil se considerarmos que de fato é uma opção administrativa?

Para nós, a única possibilidade na qual o agente público tem liberdade de escolha entre opções juridicamente indiferentes é quando o ordenamento concede tal prerrogativa, e nesse caso definitivamente o Judiciário não poderá em

hipótese alguma alcançar, sob pena de invadir competência privativa do Executivo, salvo nas hipóteses de desvio de finalidade.

3. MÉRITO ADMINISTRATIVO

Uma vez traçada nossa posição acerca da discricionariedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados cumpre tecermos algumas considerações sobre o que a doutrina costuma chamar de mérito administrativo. Isso porque durante muitos anos seu conteúdo inibiu a atuação do Judiciário no controle dos atos administrativos expedidos no exercício de competência discricionária, de modo que os agentes competentes, a pretexto de atender o interesse público, o faziam com outras intenções menos nobres sem que fossem incomodados pela possibilidade de controle posterior.³⁰

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, mérito é

*[...] campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.*³¹ (destaque do autor)

A conceituação acima se aproxima muito de alguns conceitos de discricionariedade administrativa, sendo possível até mesmo confundi-los a depender da corrente adotada, e levar o estudioso da matéria a conclusões

³⁰ Nesse sentido, FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 228

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33.

bastante divergentes. Diogo Figueiredo Moreira Neto³² atenta-se a essa multiplicidade de abordagens sobre o mérito administrativo.

Para o autor, o mérito relaciona-se diretamente com o sentido político da atuação estatal, de modo que a Administração Pública deverá integrar a lei e preencher o ordenamento jurídico concretizando a legitimidade, ao que se convencionou chamar de oportunidade e conveniência.³³ De modo sucinto define que “a *discricionariedade* é uma técnica e o mérito, o resultado”.³⁴

Luciano Ferreira Leite também tratou do tema em seu livro. Para ele, o mérito administrativo resulta de “[...] liberdade conferida pela regra de competência alojada na hipótese normativa, para atuação livre, baseada em critérios de conveniência e oportunidade [...]”³⁵

O mérito administrativo foi durante muito tempo um tabu para os tribunais brasileiros, pois a pretexto de preservarem a atuação discricionária da Administração e evitarem a usurpação de competência, a análise dos atos expedidos no exercício de competência discricionária se resumia a mera verificação de legalidade formal, ou seja, se a agente era competente ou se não havia ilegalidade patente. Hodiernamente esse quadro se alterou, pois o Judiciário tem sindicado os atos administrativos, conforme se verá em seguida (infra, 3.1).

Para nós, o mérito administrativo corresponde à juízo de conveniência e oportunidade. Se o critério é extrajurídico, não cabe revisão pelo Poder Judiciário. Ressaltamos, mais uma vez, que não se pode falar em liberdade

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**: Novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.45.

³³ Idem, 1998, p. 46

³⁴ Ibidem, p. 47

³⁵ LEITE, Luciano Ferreira. **Interpretação e Discricionariedade**. São Paulo: RCS, 2006, p. 130.

quando o assunto é Administração Pública, mas sim em possibilidade de escolha diante de opções válidas e admitidas pelo ordenamento jurídico.

3.1. Sindicabilidade dos Atos Administrativos

Uma vez manifestada a vontade da Administração Pública por meio de ato administrativo, presume-se que referido ato é legal. Contudo, na dinâmica do Direito a presunção é questionada corriqueiramente, haja vista o inconformismo dos particulares com a prática de atos atentatórios aos direitos individuais, bastante comuns em nosso sistema jurídico.

Ocorre que, nem sempre é possível de plano aferir se determinado ato foi expedido com a observância de regras e princípios que deveriam ser levados em consideração. É necessário aprofundar a análise do ato questionado para identificar desvios de finalidade. Muito embora o controle do ato administrativo não seja o objeto de estudo desse trabalho, é importante ressaltar alguns aspectos para consolidar a nossa posição no que se refere à discricionariedade e à interpretação jurídica.

Conforme explicitado anteriormente (supra, Cap. I – 2.4), o princípio da proporcionalidade pode ser um poderoso instrumento para controlar a legalidade e a legitimidade de atos administrativos e, portanto, também daqueles expedidos no exercício de competência discricionária. Não obstante a jurisprudência brasileira empregar em seus julgados a análise do ato sob o signo desse princípio, verifica-se que na verdade o critério utilizado é o da razoabilidade. É o que demonstra Virgílio Afonso da Silva, ao afirmar que “ainda que o STF se refira

freqüentemente ao princípio da proporcionalidade, essa referência é tecnicamente incorreta, e deve ser entendida como referência à análise da razoabilidade”.³⁶

Por intermédio da regra da proporcionalidade é possível verificar se o ato foi expedido decorrente de interpretação correta e adequada ao problema proposto, evitando assim qualquer abuso de direito. Para nós um ato expedido no legítimo exercício de competência discricionária poderá ser sindicado pela autoridade judiciária, contudo, não é possível que o órgão faça um trabalho de interpretação, concluindo que a outra opção seria melhor, pois a única solução correta é a oferecida pelo agente competente. É essência desse instituto o critério de oportunidade e conveniência administrativa, na qual são colocadas duas ou mais opções para a escolha a partir de indiferentes jurídicos.

Isso não quer dizer que todos os atos expedidos nessas condições estão imunes, mas que se questionados, o magistrado deverá evitar substituir-se ao agente competente, ainda que discorde, pois a decisão é albergada pelo direito.

Qualquer ato administrativo expedido no exercício de competência vinculada ou até mesmo no exercício de competência discricionária poderá ser sindicado pelo órgão de controle. A diferença é que se o caso concreto fornecer ao agente competente mais de uma solução válida perante o direito, o ato é insindicável no que tange a opção extrajurídica levada a cabo pela decisão, pois a partir dela a única solução possível e correta é a do agente competente, exatamente por ele ser autorizado por lei a agir desta forma.

³⁶ AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. RT 798/23-50, Ano 91. São Paulo: RT, abril/2002, p.33.

CAPÍTULO III – FINALIDADE DA NORMA E DO ORDENAMENTO JURÍDICO

1. FINALIDADE DA NORMA

Para nós a discricionariedade administrativa só existe quando a norma autorize à Administração Pública a possibilidade de escolher, mediante juízo de oportunidade, entre duas ou mais opções válidas perante o direito, de modo que qualquer delas seja albergada pelo sistema. Portanto, a discricionariedade tem como essência o critério político para a efetivação do interesse público. Ademais, não admitimos a hipótese de que conceitos jurídicos indeterminados ensejem discricionariedade, pois para nós é caso de interpretação jurídica.

Celso Antônio Bandeira de Mello admite a possibilidade de discricionariedade decorrente dos conceitos jurídicos indeterminado; vai além ao acrescentar mais uma situação na qual pode ser verificada a discricionariedade administrativa, pois entende que é possível verificá-la também na finalidade da norma, pois ela aponta valores e por consequência conceitos plurissignificativos¹.

Não obstante o tema deixe de ser analisado por grande parte da doutrina, entendemos ser de grande relevo e interesse tecer algumas considerações acerca dele, pois suas implicações no mundo fenomênico podem ser verificadas a todo o momento, especialmente diante de um ordenamento jurídico tão complexo como o brasileiro, uma profusão de normas legais e infra-legais que confundem sobremaneira o aplicador do direito.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 19.

1.1. Análise do Ordenamento Jurídico

Primeiramente, cabe ao intérprete e aplicador do direito analisar a norma jurídica não como um fim em si mesmo, mas como um meio para potencializar a aplicação dos princípios jurídicos, sendo portanto um conjunto de normas que visam a alcançar uma finalidade estabelecida pelo legislador, seja em sede constitucional, seja por meio de leis que formalizam e cumparam a determinação constitucional.

De modo geral as regras jurídicas são criadas para estabelecer restrições, instituir obrigações ou conferir direitos, cabendo ao agente competente ou ao magistrado a incumbência de aplicá-las ao caso concreto de modo que a finalidade prevista e querida pelo legislador e, por consequência, pela própria sociedade, seja efetivada no caso concreto e alcance o interesse público legítimo.

O Direito identifica a conduta que pretende tutelar, descreve a situação fática a ensejar a sua aplicação e no consequente prescreve o resultado jurídico que deveria ser aplicado em razão da prática prevista; falamos em deveria ser, pois a ciência jurídica vivencia a dicotomia do mundo do ser (ôntico) e o mundo do dever ser (deôntico), que corresponde às normas jurídicas, pois nem sempre verificada a situação fática prevista na norma em abstrato é aplicada a consequência prevista na própria norma.²

Ressaltamos que não acolhemos a possibilidade de existir discricionariedade na finalidade da norma, pois para nós conceitos fluidos não geram essa possibilidade, mas sim interpretação. Ademais, temos ressalvas em

² Para Friedrich Müller, concretizar a norma não significa tornar a norma já prevista no texto mais palpável, mais concreta. Para ele, a norma jurídica só existe diante do caso concreto, ou seja, para ele norma é uma formulação geral, passando a existir verdadeiramente somente no caso concreto (Teoria Estruturante do Direito, p. 305)

aceitar que no caso concreto o agente administrativo possa, ainda que a título de interpretação, afastar a regra jurídica fixada pelo ordenamento, pois somente seria possível em situações excepcionais, devidamente fundamentadas.

1.2. Motivação do Ato e sua Vinculação

A motivação é a própria fundamentação do ato em que a Administração Pública busca evidenciar e convencer os destinatários e controladores do ato que a decisão é correta e de acordo com sua finalidade legal. O ato administrativo expedido no exercício de competência vinculada encontra seu próprio fundamento na lei, e em tese poderia admitir a expedição de tais atos sem motivação.

Ricardo Marcondes Martins, ao contrário do que foi afirmado acima, entende que todos os atos devem ser motivados, sejam eles expedidos no exercício de competência discricionária, ou vinculada, ao asseverar que

Em síntese, portanto, a não-motivação do ato, tanto em caso de vinculação quanto em caso de discricionariedade, gera uma razão *prima facie* de invalidação ou, em outras palavras, uma carga argumentativa em favor dos princípios que justificam a invalidação; nos casos de discricionariedade, porém, essa carga é muito maior que nos casos de vinculação.³

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁴, em se tratando de atos expedidos no exercício de competência vinculada, a motivação é relegada a segundo plano, pois o importante seria verificar se de fato o motivo previsto na norma está presente no mundo fenomênico. Uma vez comprovada essa

³ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 251. O autor, contudo, considera haver três hipóteses em que não estará configurada a razão *prima facie* pela invalidação do ato: quando a motivação é inerente ao próprio conteúdo do ato; quando o cumprimento do ato é imediato a sua edição e; quando há princípios incidentes no caso concreto que exigem e até mesmo obrigam o agente público a não revelar a fundamentação para a prática de determinado ato. (Ob. cit. p. 252-253).

⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 395.

correspondência, a motivação seria apenas um acréscimo e, portanto, o vício estaria sanado. Já para os atos expedidos no exercício de competência discricionária, salvo hipótese excepcional, a não-motivação é justificativa para a invalidação do ato.

Para nós, se o exercício é de competência vinculada não haveria razão para exigir a motivação do ato administrativo a ponto de invalidar o ato, pois basta verificar a existência do fato e estabelecer a relação com a norma. Se a atuação é vinculada a motivação já foi pré-estabelecida pelo legislador, independentemente da intenção ou da vontade do agente competente. Se a compulsória deve ocorrer completando-se setenta anos de idade, pouco importa se o agente competente tem a intenção de prejudicar o servidor nessas condições, praticando o ato que irá aposentá-lo com outra intenção que não a prevista em lei. Tampouco a falta de motivação nessas hipóteses deveriam gerar razão de plano pela invalidação, pois comprovado que o servidor completou de fato setenta anos, pouco importa a motivação dada pelo agente competente.

Nessa senda, Ricardo Marcondes Martins afirma em outro ponto de sua obra que

Pacificou-se que o elemento volitivo é absolutamente irrelevante no exercício de competência vinculada. Se não há liberdade de escolha para o agente, não importa que ele seja deficiente mental e não tenha discernimento algum: se o ato praticado foi o exigido pelo Direito, é irrelevante o vício de vontade.⁵

Se motivar é fundamentar, justificar a correção da decisão tomada e se a vontade no exercício de competência vinculada é irrelevante, um nada jurídico, não conseguimos visualizar como a falta de motivação, cujo objetivo é justamente convencer os destinatários da norma sobre a correção da decisão, possa ensejar a invalidação do ato *prima facie*. Nesse sentido, adotamos o posicionamento de

⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 56.

Bandeira de Mello, na qual a falta de motivação é um elemento secundário na verificação do ato expedido no exercício dessa competência.

Evidentemente, a falta de motivação no exercício de competência discricionária é inadmissível, assim como ela é obrigatória nos casos em que o agente competente aplica o direito de norma que emprega conceitos jurídicos indeterminados e, especialmente nos casos em que ele afastará a regra jurídica estabelecida em virtude de princípios incidentes no caso concreto, como medida para concretizar o interesse público. Em tais situações, a motivação é fundamental e a sua inexistência deve, aí sim, gerar razão *prima facie* para a invalidação do ato.

Portanto, o agente público estará vinculado à motivação dada para fins de controle do ato administrativo. Não verificada a exata correspondência dos motivos narrados e que ensejaram a sua prática o ato deverá ser invalidado, pois houve aí desvio de finalidade.

2. PRINCÍPIOS CONFLITANTES

Diante do caso concreto, admitindo-se a possibilidade de afastamento da regra jurídica pela incidência de princípios colidentes, na qual o agente competente deverá efetuar ponderações para que possa conferir a norma sua máxima plenitude e aplicar o Direito em seu grau máximo, pretende-se atender desta forma a finalidade pública prevista no ordenamento jurídico.

Nessa esteira, tanto os princípios do ordenamento jurídico, especialmente os constitucionais, e o chamado consenso social devem nortear a decisão administrativa, para que a decisão atenda efetivamente ao propósito

normativo, ainda que para isso deixe de aplicar a norma incidente no caso concreto, situações essas bastante peculiares e que devem ser tratadas com bastante cuidado.

2.1. Peso dos Princípios Envolvidos

Em tese, se a regra jurídica prevê a solução já desejada pelo legislador (vinculação) não deveria haver nenhuma margem para a edição de atos no exercício de competência discricionária. Verificada a situação prevista em abstrato, dever-se-ia aplicar a solução delineada no próprio ordenamento.

Contudo, para Celso Antônio Bandeira de Mello não deve ser assim. Se o agente competente estiver diante de uma norma anacrônica, em desacordo com os princípios mais mezinhos do ordenamento jurídico, ele não somente poderia afastar a incidência da norma como deveria fazê-lo⁶. Uma vez que a finalidade normativa é na maioria das vezes designada por meio de conceitos jurídicos indeterminados, haveria discricionariedade para o afastamento da regra e aplicação de outra solução, extraída do próprio ordenamento e que atenderia em grau superior a finalidade inicialmente prevista na norma.

O afastamento da regra jurídica editada pelo legislativo, que a princípio detém a competência para realizar ponderações no plano abstrato de modo a concretizar os princípios e programas constitucionais, deve ser recebido com cautela. Ao admitir que o agente competente afaste no caso concreto a incidência da regra, entendemos que o controle do ato deve ser ainda mais rigoroso e a

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 46.

fundamentação deve ser ainda mais precisa e detalhada. Ademais, não entendemos a possibilidade de considerar essa situação como discricionariedade administrativa, pois não há possibilidade de escolha entre duas opções válidas: ou a regra se aplica (situação típica), ou ela é afastada para concretizar outro princípio com maior peso (situação atípica). É juízo de legalidade.

Toda regra jurídica é a concretização de um princípio jurídico (mandado de otimização) e, portanto, ao aplicar a regra prevista pelo legislador o agente competente estaria concretizando-o. Há situações em que, diante da dinâmica do Direito, a aplicação da regra pode se mostrar ilegítima e ilegal, pois atentará contra a finalidade do próprio ordenamento jurídico. Incide no caso outros princípios jurídicos que conflitam com o princípio prestigiado pela regra e o agente competente deverá ponderá-los de modo a obter a solução que melhor atenda ao interesse público.

Em assim sendo, levando-se em conta o princípio formal que confere primazia à ponderação realizada pelo legislativo, o que significa dizer que o princípio conflitante deve ter maior peso do que o princípio concretizado pela regra mais o princípio formal que garante a primazia da ponderação legislativa, a regra poderá ser afastada. Nessa esteira, a fundamentação da decisão deve ser rica em detalhes, demonstrando o raciocínio utilizado para chegar-se a determinada conclusão, com vistas a demonstrar a sua correção.

Por ocasião do controle do ato administrativo é fundamental fazê-lo por meio da regra da proporcionalidade, de modo que se possa averiguar a correção da medida tomada. Conforme exposto alhures (supra, Cap. I – 2.4), é possível ao Judiciário utilizar dessa ferramenta para sindicatizar a decisão sob os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por meio dele

será possível aferir se o afastamento da regra e a concretização de princípio colidente foram de fato a melhor solução ou se não houve uma ponderação equivocada dos princípios incidentes.

2.2. Consenso Social

Devidamente sublinhada a necessidade de ponderação de princípios no caso concreto, iremos nos ater a partir de agora a aspecto relevante quando falamos em interpretação da finalidade da norma, pois, para considerar o peso de um princípio maior que o de outro, o intérprete deverá se basear em padrões extraídos da própria sociedade em que está inserido e que fornecerá subsídios para a sua decisão, ou seja, deverá demonstrar a razoabilidade da interpretação no caso. É o que a doutrina de Ricardo Martins chama de consenso social.

Para o autor “[...] *razoável* é aquilo que a esmagadora maioria das pessoas considera conforme à razão, decorre de um consenso social.”⁷ Portanto, há um padrão na sociedade sobre os mais diversos assuntos e eles podem ser levados em consideração no momento da aplicação de uma regra ou princípio. Ressaltamos mais uma vez que o afastamento da regra só deverá ocorrer em casos excepcionais, devidamente justificados e fundamentados.

O interprete deverá levar em consideração para afastar qualquer norma em vigor nos casos em que há dúvidas sobre a melhor solução a ser adotada, o que a sociedade em sua maioria esmagadora pensa a respeito de determinado assunto. Logo, a decisão deve ser pautada pelos princípios incidentes e, na

⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 172.

ponderação sobre eventuais conflitos, deverá prevalecer aquele que a maioria esmagadora da sociedade preza, sob pena de ilegalidade do ato administrativo.

Ao discorrer acerca do conceito e fundamento da discricionariedade, Ricardo Marcondes Martins tece as seguintes considerações acerca do consenso social: “Do pluralismo não decorre, todavia, a impossibilidade de um consenso social. Quando este não existir, o sistema jurídico opta, em princípio, pela posição do agente competente”.⁸

Por tudo o que foi exposto, não há como discordar da conclusão do autor. Os conceitos jurídicos indeterminados permitem uma série de intelecções válidas perante o direito. Somente o caso concreto poderá delimitar o seu alcance. Haverá, contudo, situações nas quais em razão da fluidez do conceito será impossível no mundo fenomênico obter um consenso acerca da decisão que concretizará de forma mais adequada os princípios incidentes (mandados de otimização).

Nessas hipóteses deve prevalecer a decisão do agente competente, inclusive pelo princípio formal que garante primazia à sua ponderação. Contudo, essa primazia não decorre da decisão ter sido emitida no exercício de competência discricionária, mas sim pelo sistema privilegiar a separação e harmonia dos Poderes da República. O agente competente não poderá realizar juízo de oportunidade e conveniência para decidir se a regra é aplicável no caso concreto e atende a finalidade do ordenamento jurídico.

Contudo, não bastaria o consenso social para dar legitimidade à decisão administrativa. É ainda necessário que ela seja justa, o que autorizaria o afastamento da regra e inclusive do próprio consenso social em determinadas situações. Nesse sentido, Ricardo Marcondes Martins afirma que “[...] a

⁸ Idem, 2008, p. 183

razoabilidade gera uma forte razão em favor do consenso social ou, na falta deste, da opinião do agente competente; essa razão não é absoluta; deve ser afastada se considerada injusta”.⁹

Nesse ponto divergimos do propugnado pelo autor. Em que pese admitirmos a possibilidade do afastamento da regra em situações excepcionais e com fundamentação extremamente detalhada na qual fique bem explicitado o raciocínio que levou o agente competente a tomar determinada decisão, consideramos que fere a segurança jurídica possibilitar a esse mesmo agente considerar o que é justo ou injusto. Pode-se não achar justo que após alguns anos corruptos comprovados não tenham seus crimes julgados em razão da prescrição; contudo, a estabilização das relações é um dos pilares da sociedade que está sob a égide de um Estado de Direito, ainda que em algumas situações fique evidenciada a injustiça da decisão.

Logo, não vemos como o senso de justiça do agente competente poderia por si só afastar a aplicação de determinada regra ou o próprio consenso social. Admitimos o afastamento das normas somente quando elas são flagrantemente ilegais ou ilegítimas; para nós, há uma razão *prima facie* em favor da segurança jurídica, de modo que a legislação possibilite ao particular e à própria administração antever as consequências jurídicas de seus atos. Deixar a cargo do agente competente a verificação da justiça de determinada norma a ponto de afastar a sua aplicação, a nosso ver, não observa os princípios democráticos proporciona grande insegurança jurídica.

⁹ Idem, 2008, p. 175-176.

2.3. Afastamento da Regra pelo Agente Competente

Celso Antônio Bandeira de Mello refere-se a um exemplo citado por Jellinek que é bastante relevante e esclarecedor para o estudo desse tópico¹⁰. Em linhas gerais, há a edição de uma lei que determina a dispersão de bando de ciganos e, para evitar qualquer discussão acerca do que seria um bando, o parágrafo único do dispositivo em comento esclareceu que é a reunião de quinze ou mais pessoas. Portanto, verificada a reunião do bando, caberia uma única solução: dispersá-los

Contudo, o autor desenvolve raciocínio bastante interessante ao fazer incidir sobre o caso outro componente que não somente a letra lei, que consiste em encontrar a solução caso o agente competente encontrasse um bando de ciganos e soubesse que todos eram da mesma família. Qual deveria ser a solução a ser adotada, sabendo-se que no ordenamento jurídico há princípio jurídico em favor da família?

Muito provavelmente o espírito da lei buscava evitar badernas, criminalidade e objetivos afins, o que, para o autor, justificaria o afastamento da regra jurídica, já que um grupo familiar não teria o intuito de ocasionar distúrbios e, portanto, impõe-se o seu afastamento de modo que o agente competente não deveria dispersá-los, pois se o fizesse atentaria contra a finalidade da norma, cujo objetivo não é separar famílias, mas sim evitar distúrbios e manter a paz social.

Ricardo Marcondes Martins¹¹, em raciocínio de bastante clareza, acolhe o posicionamento acima, ou seja, de que a regra jurídica deve ser

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discrecionalidade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 45.

¹¹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 189-190.

afastada, porém com base em outra premissa. Para ele, se a finalidade da lei é preservar a paz social, com muito mais rigor deveriam ser dispersos tais grupos, pois como familiares que são teriam mais disposição e engajamento para cumprirem seus intentos em razão dos laços familiares, de modo que o cumprimento da norma seria obrigatório.

Não obstante, ele afasta a incidência da norma com fundamento em princípio conflitante e de maior peso no ordenamento jurídico, qual seja, a proteção à família. Logo, o afastamento surge da ponderação entre o princípio da proteção a família e o da paz pública, sendo aquele mais caro pela sociedade e, portanto, a decisão do agente competente deve ser considerada razoável uma vez que observa o consenso social e a fundamentação jurídica leva a um resultado admitido pelo Direito.

Nessa linha, acolhemos o posicionamento deste último, já que a não aplicação da regra ao caso concreto desatenderá a finalidade da norma, porém prestigiará o ordenamento jurídico, pois a manutenção do comando normativo será desproporcional e desarrazoada ao ir de encontro ao princípio conflitante de maior peso.

Novamente ressaltamos que o afastamento da regra, especialmente no exercício de competência vinculada só deverá ocorrer em situações de extrema necessidade e desde que a fundamentação seja precisa e demonstre cabalmente que o raciocínio utilizado observou devidamente o peso dos princípios incidentes. Evidentemente que normas flagrantemente inconstitucionais não devem ser observadas, tanto que há o direito de resistência para opor-se ao seu cumprimento. Não sendo o caso, entendemos que as regras jurídicas deverão ser afastadas somente em situações excepcionais.

Para nós, a regra jurídica deverá ser aplicada, exceto nos casos em que se verifique antijuridicidade decorrente de sua aplicação. Somente em situações excepcionais e devidamente justificadas caberia ao agente público aplicar o direito ao caso concreto contrariando o próprio comando normativo. De todo modo, jamais ele o faria a título de discricionariedade administrativa, mas sim por meio da interpretação jurídica, sendo que o ato goza de presunção de legitimidade, aferível em última análise pelo Poder Judiciário.

2.4. Controle Jurisdicional

A Constituição Federal de 1988 prestigiou sobremaneira o papel do Poder Judiciário na solução de conflitos, a teor do disposto no artigo 5º, inciso XXXV, ao prescrever que nenhuma lesão ou ameaça à direito estaria fora do seu alcance.

Cabe a ele, em última análise, decidir no caso concreto qual a solução juridicamente adequada conforme o direito, pois é exatamente de uma pretensão resistida, de uma divergência interpretativa sobre os dispositivos legais, que o Estado de Direito comporta um órgão capaz de decidir de maneira eqüidistante, ou seja, as partes em litígio confiam seus interesses ao magistrado que deverá ponderar os argumentos contrários, confrontá-los com o ordenamento e dizer o direito, a vontade do sistema.

No que toca a atuação estatal na sociedade por meio de atos administrativos, houve época em que o receio de invadir competência exclusiva da Administração Pública levou o Judiciário a uma postura defensiva e não

comprometida com a melhor solução de cada caso, pois, a discricionariedade administrativa serviria de óbice à atuação jurisdicional, sob pena de ferir o clássico princípio da separação dos poderes.

Portanto, durante anos a fio o Judiciário, ao analisar ato administrativo colocado a sua análise, fazia um controle meramente formal desse ato, ou seja, verificava se ele havia sido expedido pelo agente competente e se não contrariava o direito. Não aprofundava a análise para verificar possíveis desvios de finalidade, que poderiam eivar o ato de ilegalidade e, portanto, os tornariam passíveis de anulação.

Hodiernamente essa barreira foi transposta, pois o Judiciário, apesar de ter que efetivamente observar e respeitar as decisões tomadas no exercício de competência discricionária, passou a fazer um controle mais efetivo sobre os atos expedidos nessas condições, especialmente ao sindicat a motivação que ensejou a prática de determinado ato, utilizando-se para isso de mecanismos para identificar eventuais desvios ou até mesmo desproporção que poderia causar a ilegitimidade do ato, passando-o pelo crivo da regra da proporcionalidade ou da razoabilidade, conforme a corrente doutrinária.

O controle deve ser ainda mais rigoroso quando se trata da possibilidade do agente público afastar a regra de incidência no caso concreto, ao considerar que a aplicação da norma naquele caso específico irá desatender a finalidade do ordenamento jurídico ou ainda outro princípio de maior relevância e peso que esteja em conflito com a regra a ser aplicada.

Exemplo prático trazido à colação por Ricardo Marcondes Martins (o exemplo é de Chaïm Perelman) supõe que determinada lei proíbe o ingresso de veículos automotores em parques públicos, a fim de proteger a paz social dos

freqüentadores do local. Contudo, em determinado dia um dos freqüentadores sofre um mal súbito e, diante da situação de exceção, é permitido pelo agente competente a entrada de uma ambulância no parque para atender a ocorrência.¹²

A norma, portanto, tinha por objetivo preservar a paz e a tranqüilidade dos freqüentadores do parque. Ao permitir a entrada de uma ambulância, a norma foi afastada, já que independentemente do motivo que ocasionou a permissão houve a perturbação da paz no local. O princípio concretizado naquela norma foi preterido, pois, no caso concreto, o agente público ao perceber que uma vida estava em risco e frente ao conflito patente entre a paz e a tranqüilidade dos freqüentadores do parque e o direito a vida, optou por esta última, por possuir maior peso para a sociedade e para o sistema.

No caso do exemplo, o autor, aproveitando as conclusões de Antônio Carlos Cintra do Amaral¹³, na hipótese do caso ser levado ao Judiciário deverá o magistrado verificar se a decisão tomada pelo agente foi razoável, se estava dentro das possibilidades admitidas pelo Direito. Ainda que considere que o melhor caminho fosse levar a vítima de maca até a ambulância, preservando assim o comando normativo e atendendo a regra em abstrato no caso concreto, uma vez razoável a decisão do agente deve essa ser prestigiada, pois estaria contida na margem de discricionariedade do agente.

Novamente, cabe ressaltarmos, o princípio formal fundamental garante a primazia da ponderação do agente competente, de modo que ela somente deverá ser afastada na incidência de princípio colidente com peso maior. Pouco importa se A, B ou C tomaria outra decisão; se na motivação for possível aferir a

¹² MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 187-188.

¹³ Idem, 2008, p. 188.

correção no raciocínio jurídico com vistas ao atendimento do interesse público, a decisão deverá ser prestigiada.

Destacamos que neste caso, que reputamos ser interpretação jurídica, o agente competente não tem a sua disposição duas ou mais soluções possíveis, ambas comportadas pelo direito, sendo que quaisquer delas atenderão perfeitamente à finalidade normativa; ou a norma é aplicada ou ela é afastada. Não é uma escolha, é a busca para concretizar a vontade do sistema. Embora haja várias possibilidades de interpretação acerca do mesmo caso, o processo interpretativo levará a fixação daquela que o sistema reputa correta, levada a termo pelo interprete designado pelo ordenamento jurídico.

No caso da discricionariedade administrativa, por tratar-se de possibilidade de escolha entre indiferentes jurídicos, a decisão administrativa deve ser mantida, ainda que haja discordância acerca dela, pois independentemente da escolha feita o magistrado deverá observá-la e mantê-la no sistema, pois o juízo não foi de legalidade, mas de oportunidade, esfera de atuação exclusiva da Administração Pública, salvo comprovado desvio de poder ou finalidade.

Por fim, cabe ressaltarmos que tanto o afastamento da regra válida e vigente no ordenamento jurídico, quanto a sua aplicação extraída diretamente dos princípios são situações excepcionais. Não se trata de discricionariedade administrativa e uma vez ocorrido o fato, o agente público deverá motivar à exaustão as razões pelas quais adotou aquela decisão.

Portanto, nos casos em que o legislador emprega conceitos jurídicos indeterminados ou quando o caso concreto autoriza o afastamento da regra jurídica ou permite a edição de atos administrativos extraídos diretamente dos

princípios jurídicos, ainda que paire dúvidas fundadas acerca da melhor decisão a ser aplicada, é possível ao Judiciário sindicar a motivação, pois não se trata de mérito administrativo, mas de interpretação jurídica, e caso interprete de modo diverso ao considerar que a solução adotada não é comportada pelo direito, prevalecerá sua interpretação, sem que falemos em substituição do administrador pelo magistrado.

CONCLUSÃO

1. A evolução do direito administrativo, desde a época do Estado de Polícia até os dias atuais, demonstra que a discricionariedade administrativa passou por três fases: era um poder político, passou a ser um poder jurídico e atualmente é considerado com um feixe de competências atribuído pelo ordenamento.

2. Os princípios jurídicos são fundamentais na aplicação do direito, não apenas como vetor ou fundamento do ordenamento jurídico, mas como verdadeiras normas jurídicas com aplicação direta no mundo fenomênico, de modo que o direito seja aplicado na maior medida possível, ou seja, são verdadeiros mandados de otimização.

3. Tanto o princípio da proporcionalidade quanto o da moralidade administrativa não são mandados de otimização, mas sim ferramentas poderosas para o controle dos atos administrativos, sejam eles expedidos no exercício e competência vinculada ou discricionária e especialmente daqueles editados com base em conceitos jurídicos indeterminados.

4. A regra da proporcionalidade não deve ser confundida com a razoabilidade, pois esta é uma faceta daquela e está localizada na terceira etapa do critério, qual seja, a proporcionalidade em sentido estrito. Já a moralidade administrativa corresponde aos valores éticos da sociedade, ainda que não tenham sido objetos de normatização jurídica.

5. A discricionariedade administrativa só existe quando a norma confere competência para tanto e no caso concreto o agente administrativo tem a possibilidade de optar por duas ou mais opções segundo critérios de oportunidade e conveniência, ou seja, há juízo de oportunidade.

6. Conceitos jurídicos indeterminados não geram discricionariedade, mas sim interpretação jurídica, pois caberá ao agente competente diante do caso concreto subsumir ou ponderá-lo em face do ordenamento jurídico, conforme a situação assim o demandar, de modo que é realizado um juízo de legalidade.

7. Tanto na interpretação quanto na discrição o agente competente realiza um processo mental muito semelhante. Embora na discricionariedade haja a possibilidade de escolha entre duas situações juridicamente assemelhadas, na interpretação o agente visa a implantar o que o sistema deseja, sendo que para o intérprete do caso concreto específico apenas uma solução é possível.

8. A finalidade da norma não confere ao agente competente discricionariedade administrativa, seja para afastar a regra em virtude da incidência de princípios colidentes, seja para que ele aplique a regra conforme seu entendimento. Assim como no caso de conceitos jurídicos indeterminados, é caso de interpretação jurídica.

9. É possível que se afaste a aplicação de regra jurídica, ainda que haja princípio formal que garanta a primazia da ponderação realizada pelo legislativo, desde que o princípio conflitante tenha peso suficiente para afastar o princípio concretizado pela regra e o princípio formal fundamental, e cabe ao agente competente realizar a ponderação no caso concreto.

10. Na zona de penumbra, a ponderação do agente competente também é garantida pelo princípio formal fundamental, contudo o Poder Judiciário poderá sindicá-lo e, caso entenda que a ponderação foi equivocada poderá substituir a decisão emanada pela Administração Pública e aplicar a decisão correta ao caso, sem que isso configure usurpação de competência.

11. No exercício de competência discricionária legítima, não poderá o Judiciário substituir-se à Administração Pública, pois o critério de decisão não é legal, mas político. Isso não significa que a decisão é apartada do ordenamento jurídico; contudo, se ele oferece duas possibilidades ao agente competente, a decisão deste deve prevalecer, ainda que se discorde dela. O sistema aceita e prestigia esta decisão, sendo considerada a partir de então a única correta.

BIBLIOGRAFIA

- AFONSO DA SILVA, José. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio. **O proporcional e o razoável**. RT 798/23-50, Ano 91. São Paulo: RT, abril/2002.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed., 8 tiragem. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru; Edipro, 2011.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 7. ed. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília; UNB, 1996.
- CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio Constitucional da Moralidade Administrativa e o Exercício da Função Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella di Pietro. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Trad. Nelson Boeira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- FREITAS, JUAREZ. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

- GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- LEITE, Luciano Ferreira. **Interpretação e Discrecionalidade**. São Paulo: RCS, 2006.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de Direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discrecionalidade: Novas reflexões sobre os limites e controle da discrecionalidade**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria Estruturante do Direito**. Trad. Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle Judicial da Discrecionalidade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- VIGO, Rodolfo Luis. **Interpretação Jurídica: Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às nossas perspectivas**. Trad. Susana Elena Dalle Mura. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.