

DIANA BORBA COELHO

A VINCULAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS
NÚCLEO DE APOIO SANTA CRUZ / SÃO PAULO
JABOTICABAL – SP
2012**

DIANA BORBA COELHO

A VINCULAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Educação São Luís, como exigência parcial para a conclusão do curso de Pós-Graduação *Latu Sensu* em Direito Administrativo.

Orientadora: Profª. Paola Alves Martins dos Santos

**FACULDADE DE EDUCAÇÃO SÃO LUÍS
NÚCLEO DE APOIO SANTA CRUZ / SÃO PAULO
JABOTICABAL – SP
2012**

Dedicamos

a Deus que me deu força para vencer essa árdua batalha. A meu esposo que sempre me apoiou nessa conquista. A minha mãe (*in memoriam*) e meu pai, incansáveis incentivadores. Aos meus tios, primos, sobrinhos e amigos, enfim a todos que de alguma forma contribuíram para essa conquista.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida e pela força.

A meu marido, pelo apoio e incentivo.

Aos meus pais, pelo auxílio e carinho.

Aos amigos, por tudo.

À professora orientadora Paola Alves Martins dos Santos, da Faculdade São Luís, pela atenção e disponibilidade.

[...] partindo-se do princípio que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (competência e finalidade em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário (DI PIETRO, 2004, p. 209/210).

RESUMO

Ao desenvolver esse trabalho de pesquisa, o desafio foi o de estudar e entender de maneira simples e objetiva dos poderes vinculado e discricionário na orientação da administração pública na tomada de suas decisões. O poder vinculado, como o próprio nome diz, advém da aplicação da lei ao caso concreto, não cabendo ao administrador a escolha da melhor opção para o alcance do interesse público, haja vista que a lei já escolheu e definiu o único caminho a ser seguido para atingir o objeto almejado pela prática do ato administrativo. Já o poder discricionário, deixa ao administrador uma pequena margem de ação na escolha do caminho a seguir, sem perder de vista o interesse público, porém cabendo a esse (administrador) a análise da conveniência e oportunidade para a prática do ato discricionário. É bem verdade que a forma, a competência e a finalidade são sempre vinculados, restando ao administrador a avaliação da conveniência e oportunidade somente com relação ao motivo e o objeto, estando ainda o administrador vinculado ao motivo que declinar para a prática do ato. O administrador público necessita de muito cuidado ao lidar com os conceitos jurídicos indeterminados, haja vista que a administração não tem poder de fixar, um conteúdo a um dado conceito indeterminado segundo sua própria convicção, mas deve orientar-se pelo que é socialmente reconhecido, em determinado tempo e lugar. Portanto, o ato administrativo está sujeito à verificação do poder judiciário que poderá anular o ato vinculado se esse não estiver de acordo com os ditames legais e o discricionário se verificar o desvio de finalidade ou quando o motivo declinado não for compatível com o ato praticado, ficando, portanto, imune a conveniência e oportunidade se os demais atributos do ato estiverem vinculados.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| INTRODUÇÃO..... | 08 |
| 1. PODER VINCULADO..... | 09 |
| 2. PODER DISCRICIONÁRIO..... | 11 |
| 3. DISTINÇÃO ENTRE PODER DISCRICIONÁRIO E VINCULADO..... | 12 |
| 4. O MÉRITO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA..... | 21 |
| 4.1. Desvio de Poder..... | 28 |
| 4.2. Teoria dos Motivos Determinantes..... | 30 |
| 5. O PROBLEMA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS..... | 33 |
| 6. A VINCULAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO EM EXEMPLOS PRÁTICOS...37 | |
| CONCLUSÃO..... | 39 |
| REFERÊNCIAS..... | 44 |

INTRODUÇÃO

O objetivo desse trabalho de pesquisa é analisar os elementos do ato administrativo e demonstrar de forma simples a relatividade entre a vinculação e discricionariedade do poder administrativo.

Ao se falar em poder discricionário a primeira impressão é que o administrador público tem ampla liberdade de escolha entre as opções que lhes apresenta para resolver o caso concreto, porém, a orientação jurídico-normativa inserta no artigo 37 da Constituição Federal do Brasil (BRASIL, 1988) submete o administrador público a uma série de análises e comparações antes de adotar uma decisão.

Os princípios constitucionais, sejam os explícitos, sejam os implícitos, são comparados e sopesados antes da tomada de decisão, vez que na maioria dos casos em que o administrador público faz uso do poder discricionário quase sempre sacrificará um princípio para prestigiar outro.

O Poder Discricionário no ponto de vista de esmagadora maioria doutrinária só se aplica com relação ao motivo e ao objeto, vez que a competência, a forma e a finalidade são sempre vinculados, mesmo assim o administrador fica vinculado ao motivo que justificar a aplicação do poder discricionário.

Outro aspecto importante é a questão dos conceitos jurídicos indeterminados que é muito difícil de serem justificados e ao mesmo tempo oferecem ao administrador público um imenso leque de possibilidades de aplicação do poder discricionário.

É como o intuito de verificar o ponto de vista de renomados doutrinadores e a aplicação prática desses conceitos que nos propomos a desenvolver essa singular análise sobre a vinculação que pode sofrer o poder discricionário.

1. PODER VINCULADO

Acerca do Poder Vinculado, cabe apresentar, inicialmente, as disposições de Carlos Eduardo Guerra (2002):

Poder Vinculado, também denominado de regrado, é aquele que a lei confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.

No ponto de vista de Di Pietro (2004), para a execução de suas funções no organismo estatal, a Administração Pública é constituída de poderes que lhe conferem posição de supremacia sobre o particular e sem os quais ela não conseguirá atingir a finalidade a que se dirige. Contudo, no Estado de Direito, considerado postulados básicos, em especial o princípio da legalidade, esses poderes são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.

Ademais, no que tange ao Poder Vinculado, ainda complementa a doutrinadora Di Pietro (2004):

Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade. No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma (p. 218-219).

Assim, verifica-se que a atuação administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato, com fixação de todos os requisitos necessários para a execução do ato, cuja existência a

Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. É a lei que regula completamente o comportamento a ser seguido, impondo ao administrador a obrigação de conduzir-se rigorosamente em conformidade com os parâmetros legais. Por isso mesmo diz-se que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

2. PODER DISCRICIONÁRIO

Na visão de Guerra (2002), “Poder Discricionário é aquele que o direito concede à Administração Pública para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.

Complementando tal lição, esclarece Di Pietro (2004):

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí porque se dizem que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei (p.218-219).

Dessa forma, de acordo com o acima exposto, verifica-se que há a ocorrência de uma atuação discricionária quando o agente público, ao decidir diante do caso concreto, tem a possibilidade de optar e escolher a melhor solução dentre as várias possíveis, permitidas por lei, agindo segundo critérios de oportunidade e conveniência.

3. DISTINÇÃO ENTRE PODER DISCRICIONÁRIO E VINCULADO

Para introduzir tal tópico, cabe ressaltar a exposição de Carlos Eduardo Guerra (2002), em estudo sobre o assunto:

O Poder Discricionário distingue-se do Poder Vinculado pela maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à lei em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário é livre, no âmbito em que a lei lhe concede essa faculdade.

O administrador público tem de realizar uma apreciação subjetiva. Mister destacar que, para o administrador público assim agir, o juízo de oportunidade tem de estar expressamente previsto em lei, haja vista toda atuação administrativa subordinar-se ao princípio da legalidade.

Para se delinear o conteúdo da discricionariedade faz-se necessária breve análise dos elementos do ato administrativo, que, não obstante a controvérsia existente na doutrina acerca da terminologia, é composta por cinco elementos: competência, motivo, objeto, forma e finalidade.

A competência define o órgão ou agente público que executará a função estatal por meio do ato administrativo.

O motivo, por sua vez, refere-se aos pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam a prática do ato. Subdivide-se em motivo material - situação jurídica subjetiva ensejadora do ato - e motivo legal - previsão abstrata do fato jurídico-administrativo. Em decorrência desta divisão, o motivo legal é sempre elemento vinculado, ao passo que o motivo material pode ser discricionário. Porém não se há

confundir motivo com motivação, já que esta é concernente à pertinência lógica entre o motivo legal e o motivo material.

O objeto diz respeito ao efeito prático visado com a realização do ato administrativo.

A forma constitui o revestimento exterior do ato administrativo por meio do qual este ingressa no ordenamento jurídico, e a finalidade nada mais é que o interesse público visado.

A finalidade é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade dos atos administrativos.

Importante salientar que tais elementos fundam-se, em sede de discricionariedade, na conjugação entre o juízo de oportunidade e o juízo da juridicidade.

Diante da análise dos elementos do ato administrativo e do que vem a ser o poder-dever discricionário, mister distinguir vinculação e discricionariedade.

A vinculação refere-se aos elementos **competência, forma e finalidade** e está presente em todo ato administrativo, pois a lei não deixa de indicá-los. Quando se tratar de poder vinculado restará, ao administrador público, apenas uma opção: realizar o ato administrativo de acordo estritamente com o previsto em lei.

Por outro lado, à medida que for possível, ao agente público, escolher dentre mais de uma opção, desde que utilizados os juízos de oportunidade e juridicidade, estará ele exercendo o poder discricionário.

Competência e forma serão sempre elementos vinculados, pois, no âmbito administrativo, são predeterminadas pela lei.

Entretanto, no que se refere à finalidade, a matéria gera celeuma. Parte da doutrina admite a utilização do juízo de oportunidade uma vez que distingue o fim imediato do fim mediato - a finalidade pública - desde que respeitado, obrigatoriamente, este último.

Restam, portanto, os elementos **motivo e objeto** como residência natural da discricionariedade administrativa, obviamente quando a lei assim o permitir. Desta forma o juízo de oportunidade far-se-á necessário quando, silente o legislador, cabe ao agente público tornar as hipóteses fáticas, ensejadoras do ato administrativo,

enquadráveis no ordenamento jurídico. A oportunidade, por conseguinte, atrela-se ao motivo, enquanto a conveniência ao objeto do ato administrativo.

Questão que tem gerado grande controvérsia, no que tange à zona de apreciação subjetiva pelo legislador e aos limites fixados em lei para tal atuação, é a relação entre discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Estes últimos expressam e qualificam os interesses da coletividade por meio da utilização, por exemplo, das seguintes expressões: utilidade pública, urgência, grave comoção, relevância, etc. Tais termos alcançam objetividade quando há intervenção - interpretação - do juiz ou do administrador.

Em razão de ser impossível, ao legislador, tudo prever e tudo alcançar, adota-se termos dotados de certa fluidez com o intuito de tornar possível ao seu intérprete e, por conseguinte aplicador do direito, fixar seu sentido e alcance no caso concreto.

Todavia não pode o conceito jurídico indeterminado ser considerado fonte necessária da discricionariedade administrativa, pois neste caso o controle jurisdicional é efetivo e tem como limitação tão somente a impossibilidade de apreciar se a atuação administrativa foi correta ou equivocada, ou seja, tem como limitação à área de atuação do administrador.

Problema surge quando o Poder Judiciário verifica que, ao ter o administrador público utilizado conceito jurídico indeterminado, tornou-se impossível delimitar o juízo de oportunidade e o juízo de juridicidade.

Frise-se que no Estado de Direito o juízo de oportunidade não pode prevalecer sobre o juízo de juridicidade, de forma que o órgão controlador, até mesmo o de natureza jurisdicional, ao vislumbrar uma violação à lei, pode invalidar o ato administrativo discricionário.

A discricionariedade administrativa é um processo jurídico-político de decisão que tem como fase vestibular a interpretação e, na hipótese de não ser essa suficiente para a subsunção da norma ao caso concreto, surge ao administrador a faculdade de utilizar o juízo de oportunidade com o fito de solucionar ou concretizar a finalidade pública que lhe foi imputada. O controle de tal atuação, no que concerne ao mérito, caberá à própria administração e, excepcionalmente, ao órgão jurisdicional, desde que invocado, quando o ato ferir os princípios da legalidade isonomia e moralidade administrativa.

Nesse diapasão, cumpre realçar estudo de Juliana Balbinot Lucian (2003) a respeito da matéria:

Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê certa solução para um dado tipo de caso e outra solução para outra espécie de caso, de modo a que sempre seja adotada a solução pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato. O legislador, então, só confere um poder discricionário à Administração, quando convicto que esta elegerá as melhores soluções, e os melhores meios a satisfazer o interesse público, caso contrário, teria preferido, ele próprio, regular por inteiro tais relações.

Ademais, assinale-se que, com relação ao sujeito, a norma jurídica não confere qualquer discricionariedade à Administração Pública, de sorte que a competência vem sempre descrita objetivamente, não restando qualquer dúvida quanto a quem dispõe de poder para a prática do ato. Dessa forma, fica consignada a organização das atividades administrativas, bem como resguardados os direitos dos particulares contra eventuais excessos praticados pelos agentes estatais.

No que tange aos conceitos jurídicos indeterminados, Juliana Balbinot Lucian (2003) declara que a utilização de tais instrumentos decorre das idiosincrasias dos casos concretos, as quais geram dificuldade de se recorrer a conceitos teóricos, válidos universalmente, próprios das ciências empírico-matemáticas.

Por sua vez, Mello (2006, p. 410/411) afirma que a diferença entre ato vinculado e discricionário é nuclear e reside em que, no primeiro, a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto que, no segundo, a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhes e facultando-lhes a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.

Prossegue o autor Mello (2006, p. 410/411), sustentando que já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente

com relação à prática do ato e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmam os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a esse aspecto.

É indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente o interesse público, sob pena de invalidade. Na maior parte das vezes, a apreciação do que é interesse público depende de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma objetividade absoluta. Preferível dizer que o fim do ato é sempre vinculante de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público que comporta certa margem de juízo de discricionariedade.

Ainda, a respeito do tópico, Mello (2006, p. 410/411), com exemplos bem precisos não deixa nenhuma sombra de dúvida sobre o ato vinculado e discricionário. Aposentadoria aos setenta anos de idade. A administração não tem liberdade nenhuma com relação à prática desse ato. Se o funcionário completou setenta anos – situação de objetividade absoluta, insuscetível de qualquer dúvida ou apreciação subjetiva – o Poder Público está obrigado a aposentar o funcionário, isto é, a lei já previu antecipadamente com rigor incontroverso tanto a situação de fato que dá margem ao ato quanto ao conteúdo do ato, que só pode ser no sentido de aposentar. Em outra situação, se o funcionário homem, com sessenta anos de idade, dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo, completa trinta e cinco anos de contribuição e requer aposentadoria, o Estado não pode negá-la. Não lhe cabe examinar nada do ponto de vista do que seria ou não oportuno. Cumpre-lhe apenas proceder à objetiva averiguação da ocorrência do tempo necessário previsto em lei, feito o que, diante do pedido do funcionário, não pode senão tem comportamento, deferir a aposentadoria.

A situação é bastante diversa quando a lei deixa ao Poder Público, certa margem de discricionariedade por ocasião da prática do ato. Assim, considere-se o caso da autorização do porte de arma. Se o particular o solicita, a Administração deferirá ou não, posto que a lei não a constranja à prática do ato, dado que faculta ao Poder Público examinar no caso concreto se convém ou não atender ao pretendido pelo interessado.

Em outra hipótese quando a lei estabelece a possibilidade de a Administração aplicar multas a infratores de normas administrativas, admitindo que devam variar

entre o mínimo e o máximo preestabelecidos em função da gravidade da conduta, é óbvio que haverá, inevitavelmente, certa margem de apreciação subjetiva quanto ao teor da gravidade dela, embora dentro de certos limites de razoabilidade.

Em conformidade com estudo de Juliana Balbinot Lucian (2003), “A discricionariedade reside, portanto, na apreciação valorativa dos motivos por parte do administrador, quando esses vêm expressos por meio dos chamados conceitos práticos”.

Há de se atentar ainda para a hipótese de a norma não descrever antecipadamente os pressupostos fáticos sobre os quais a Administração determinaria a sua conduta. Seria o caso de uma lei que fosse ditada nos seguintes termos: o Presidente da República poderá mudar a Capital do País. Não há indicação do pressuposto, isto é, do motivo, da situação que autoriza a prática do ato.

Nesse caso, conforme lição de Juliana Balbinot Lucian (2003):

“O terreno próprio da discricionariedade é, entretanto, o mandamento da norma. Isso porque a norma, ainda que utilizando conceitos precisos, determinados, pode facultar, ao invés de impor, um comportamento ao administrador, pode exigir uma conduta desse, mas cabendo-lhe eleger uma dentre duas ou mais alternativas. Pode, até mesmo, mostrar-se lacunosa quanto aos seus efeitos jurídicos, exigindo do administrador que invente o conteúdo completo do ato. Trata-se da discricionariedade criativa que é definida pela doutrina como sendo a escolha de uma conduta por parte do administrador diante de uma série ilimitada de opções, que se faz mediante um processo de criação de efeitos jurídicos, contornado tão-somente pelo interesse público a realizar”.

Seguindo em seus ensinamentos, a citada autora declara que a finalidade da norma constitui o elemento norteador da discricionariedade administrativa. Não basta que o agente tenha boas intenções, e pratique um ato visando a um interesse louvável, mas que não se comporta dentro das atribuições legais, e muito menos que se guie por interesses pessoais. É que para cada ato administrativo, há um bem, uma necessidade a tutelar.

Nesse caminho, vários doutrinadores entendem que a finalidade legal não comportaria nenhum juízo discricionário por parte do administrador, o qual deve pautar a sua conduta de acordo com as finalidades públicas, geral e específica de cada ato a ser praticado.

Estão, portanto, todos concordes que o interesse público é um elemento sempre vinculado na norma que confere certa margem de livre apreciação ao

agente público, não podendo este exercer o seu poder discricionário quanto a esse aspecto. Indaga-se: não seria interesse público um conceito indeterminado, fluido, passível de variação no tempo e no espaço? Ou, ao contrário, seria suficiente a norma atribuir determinado comportamento com o fito de atender ao interesse público, para que este, sendo previsto implícito ou explicitamente na redação normativa, não pudesse sofrer qualquer juízo valorativo por parte do administrador?

Assiste razão a Mello (2006, pág. 416), quando afirma que poderá haver discricção resultante da finalidade da norma. Assim como os pressupostos fáticos, quando vêm expressos por meio de conceitos plurissignificativos, conferem ao administrador certa margem de discricção quanto ao sentido a ser dado a esses diante de cada caso concreto, da mesma forma ocorre com a finalidade legal.

Assim, prossegue no tema Juliana Balbinot Lucian (2003), declarando que se uma norma determina que pessoas com vestes de banhos indecorosas sejam expulsas da praia, com o fito de preservar a moralidade pública, a finalidade da norma é a proteção da moralidade pública, salientando que não há dúvida de que o conceito de moralidade pública é variável no tempo e no espaço, cabendo ao aplicador da lei, de ofício, estipular uma definição para esse conceito, para conferir se o motivo – vestes de banho indecorosas – ofende ou não a moral comum. Nesse caso, não é o pressuposto fático que precisa ser determinado, dependendo do conceito que se tenha de moralidade pública, determinado traje poderá ser pouco decoroso ou decoroso.

Ademais, ressalta a supracitada autora que a intenção não é negar a posição, até então defendida, de vincular a atividade do administrador ao interesse público, mas apenas salienta que, em alguns casos, a imprecisão do conceito atribuído à finalidade legal pode implicar numa discricionabilidade no que concerne à determinação desse conceito, obrigando o administrador público a eleger a sua definição perante o caso concreto para se proceder ao comando da norma.

Nesse passo, Juliana Balbinot Lucian (2003), ainda enfatiza a necessidade de se distinguir três aspectos: o princípio da supremacia do interesse público, fonte de inspiração ao legislador no momento da elaboração das leis, que vincula o administrador público quando as aplica; a finalidade determinada especificamente na lei, por meio de conceitos indeterminados de carga valorativa, como moralidade pública, bem comum, ordem pública, etc; bem como a finalidade específica de cada ato administrativo, que procede implícita ou explicitamente da lei.

Seguindo em seus ensinamentos, Juliana Balbinot Lucian (2003) enfatiza que, no que concerne ao princípio da supremacia do interesse público, obviamente há de se ratificar que a Administração sempre está vinculada a fins de interesse público, sendo tal desiderato a própria razão de ser do ente público, tanto que, como já afirmado, para que seja efetivamente cumprida a finalidade pública, são conferidos poderes, como a discricionariedade, ao administrador.

Complementando tal lição, a referida autora destaca que, no que tange ao terceiro aspecto, a finalidade específica de cada ato administrativo, procedente implícita ou explicitamente da lei, também vale afirmar que a Administração pode praticar um ato em desacordo com a sua finalidade específica, em decorrência da tipicidade que reveste os atos administrativos. Assim, se a Administração, com intenção de punir um servidor, promove a sua remoção *ex officio*, claramente executa a hipótese de desvio de poder, já que tal ato administrativo é previsto para fins de conveniência do serviço público e não para satisfazer motivos particulares da autoridade administrativa.

Ademais, Juliana Balbinot Lucian (2003), com relação ao segundo aspecto supramencionado e à respeito da discricionariedade, ainda declara:

A discricção que, ora é defendida, é com relação ao segundo aspecto, ou seja, quando a lei, ao determinar o fim a ser perseguido pela Administração diante da ocorrência de certas circunstâncias fáticas, assim o faz mediante o uso de “conceitos práticos” que exige, por parte da Administração, um juízo valorativo. Não se justificaria a defesa da discricionariedade na valoração dos conceitos indeterminados expressados no motivo do ato, enquanto que a negasse quando os mesmos conceitos fossem utilizados em sua finalidade. A discricionariedade seria, então, uma margem de liberdade conferida à Administração, seja a partir da fluidez que se revestem os pressupostos fáticos, ou a finalidade legal, seja a encontrada no mandamento legal, para que o administrador, diante de cada caso concreto, possa, norteado pelos critérios positivados, tais como as regras jurídicas, e os princípios constitucionais, e pelos não positivados, a oportunidade e a conveniência, adotar a providência que melhor atenda ao interesse público geral e o específico de cada norma.

Portanto, verifica-se que doutrinadores defendem que o judiciário deverá invalidar atos que incorram em vícios, pois nesses casos não há realmente discricção, mas vinculação, ou a discricção não se estende até onde se pretendeu que exista, já que – discricionariedade é margem de liberdade que efetivamente exista perante o caso concreto. Discricionariedade ao nível da norma pode ou não engendrar

discrição em face de uma específica situação ocorrente na realidade empírica, e, de toda sorte, estará sempre restringida aos limites que a situação vertente comporta.

4. O MÉRITO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

É assente na doutrina administrativista que o mérito do ato administrativo é intocável pelo Poder Judiciário, o qual só deve analisar se a Administração, no exercício de apreciação discricionária com relação a alguns elementos do ato administrativo, observou os mandamentos legais, não cabendo perquirir sobre a conveniência e a oportunidade do ato, sob pena de ofensa ao princípio da separação de poderes.

Márcio Maia (2003, *apud* Hely Lopes Meirelles) separa o mérito do ato administrativo em duas vertentes distintas, discorrendo, da seguinte forma, sobre as mesmas:

Uma de caráter técnico-científico (eficácia, eficiência e resultado do ato administrativo); outra de caráter político-administrativa (conveniência e oportunidade). O aspecto técnico-científico, por depender de análise especializada, pode sofrer controle por órgãos estranhos à administração, como sucede com o controle externo a cargo do poder legislativo, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, nos termos da Constituição Federal de 1988 (fiscalização contábil, financeira e orçamentária). Nessa sede, vigoram os já mencionados princípios da economicidade (custo-tempo-benefício) e legitimidade (ordem de preferência do plano plurianual). Já o aspecto político-administrativo (conveniência e oportunidade administrativas), constitui parte insindicável do ato da administração pública, insuscetível mesmo de qualquer apreciação por órgão estranho à administração pública, sob pena de ruptura com o postulado magno da separação dos poderes, bem erigido ao status de cláusula pétrea. No informativo número 188, o Supremo Tribunal Federal reafirmou essa linha de entendimento, ao julgar que não cabe ao poder judiciário, em matéria de concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e avaliação de questões, mas apenas verificar a ocorrência ilegalidade no procedimento administrativo.

Já o administrativista José Cretella Júnior (2001, p. 221 a 224), se manifesta sobre o tema:

O livre pronunciamento da autoridade administrativa, traduzido em ato, desvinculado de qualquer prévia regra de direito condicionante de seu modo de agir, define poder discricionário da Administração Pública. Possibilita o poder discricionário certa margem de desvinculação do agente, permitindo-lhe a formulação de juízos de valor, síntese convergente de uma série infinita de operações emotivo-intelectivas, que dão como resultado, na prática, ao pronunciamento administrativo, ação ou inércia, palavra ou silêncio, consubstanciada, muitas vezes, a conduta no ato administrativo discricionário. O agente administrativo deve mesmo ter sensibilidade para ajustar a ação administrativa ao meio.

Prossegue o administrativista José Cretella Júnior (2001, p. 221 a 224), afirmando que é o poder discricionário que apresenta a possibilidade ou faculdade de edição do ato discricionário. Assim, defende que tal ato surge como uma concretização do poder discricionário, que lhe define os limites, salientando que o ato discricionário é um momento pontual, fase final, acabada, resultado exteriorizado do poder do qual procedeu, reunindo, ao nascer, os requisitos impostos para existência eficaz, e que sem o poder discricionário, inexistiria o ato administrativo discricionário.

Destarte, verifica-se que o poder discricionário não é causa do ato, mas sua condição vital de existência. Não lhe dá origem, condiciona-lhe o aparecimento, assegurando ao agente uma possibilidade de agir dentro de uma esfera balizada, prepara a Administração, com sua discricionariedade, o terreno para que se justifique o pronunciamento exigido.

Em suma, defende José Cretella Júnior (2001, p. 221 a 224) que:

No ato discricionário, o administrador orienta-se de maneira livre no que diz respeito ao binômio conveniência-oportunidade, percorrendo também livremente todo o terreno demarcado pela legalidade. Assim, atendendo apenas, ao elemento fim, o agente seleciona o modo mais adequado de agir, autodetermina-se, volta os olhos sobre si mesmo, inspeciona o caminho percorrido e os efeitos produzidos ou a se produzirem, retrata-se, se for o caso, reexamina os atos praticados, desfazendo ou reafirmando o seu pronunciamento. Dessa forma, as leis foram seguidas, sem transpor uma fração sequer das barreiras estabelecidas pela legalidade, caso em que seria controlado por outro poder que o fiscaliza, e não se afastou do fim previsto, nenhum de seus atos será suscetível de revisão, no que tange à oportunidade e à conveniência das providências tomadas.

Contudo, cumpre asseverar que arbítrio não se confunde com discricção, do mesmo modo que arbitrário e arbitrariedade não se confundem com discricionário e discricionariedade. Ambos os grupos de palavras encerram, em sentido técnico, a idéia de liberdade, mas ao passo que *discricção-discricionário-discricionariedade* designam liberdade condicional, confirmada em determinados limites, *arbítrio-arbitrário-arbitrariedade* são cognatos empregados para definir a liberdade ilimitada, sem fronteiras balizadas.

Dessa maneira, surge o termo arbítrio como a faculdade de execução sem qualquer limite, em todos os sentidos, sem a observância de qualquer norma jurídica, ao passo que discricção é a possibilidade de operar dentro de certos limites, um tipo de poder concedido ao agente público de agir ou deixar de agir dentro de um âmbito demarcado pela regra jurídica.

A consideração da interferência maior ou menor da vontade da administração sobre os atos administrativos é de vital importância no campo do direito público. A manifestação da vontade pode não sofrer limitação jurídica ou social de espécie alguma, como também, ao contrário, condicionar-se estritamente à lei, ou ainda, enfim, locomover-se dentro de um campo balizado por certos limites além dos quais é proibido ultrapassar. Daí, as três modalidades de atos administrativos, classificados segundo o critério de grau de liberdade do poder público responsável pelo aparecimento daquelas manifestações volitivas: arbitrário, vinculado e discricionário.

A demarcação precisa do campo em que se movimenta a Administração é de incontestável relevância no âmbito do direito público. No primeiro caso, incompatível, aliás, com o Estado de Direito, ocorrem os chamados atos arbitrários, que se concretizam através da vontade pessoal do titular de um órgão administrativo, que age impulsionado por paixões, caprichos ou preferência, desamparados, portanto, de qualquer fundamento legal.

Já os atos vinculados ou predeterminados são atos administrativos previamente estabelecidos na lei, que impõem ao administrador a obrigação de se conduzir rigorosamente em conformidade com os parâmetros legais, sem nenhuma margem de liberdade.

Por sua vez, no que concerne ao ato discricionário, cabe enfatizar que a resolução da Administração sobre os critérios de conveniência e conteúdo do ato não é totalmente livre, cabendo-lhe apenas verificar a existência dos motivos e com

base neles, editar o ato. Caso tal não seja praticado, com observância de tempo e objetivo determinado, há a ocorrência de violação da lei, o que permite, desse modo, ao particular, o direito de buscar o Poder Judiciário e de provocá-lo para que o arbítrio seja corrigido. Assim, em alguns casos de ato discricionário, a lei determina especificamente a competência da Administração, no que concerne aos motivos e modos de agir, definindo, que, diante de certas circunstâncias, a atuação seja efetuada dentro de determinado prazo e de determinado modo.

A consequência do poder discricionário da Administração é o ato administrativo discricionário, que tem existência inequívoca no âmbito do direito administrativo, definindo-se como a manifestação concreta unilateral da vontade da Administração que, fundamentado em regra objetiva de direito que o legitima e lhe assinala o fim, se concretiza livremente, independente de qualquer lei que lhe dite, previamente, a oportunidade e a conveniência da conduta, sendo, pois, neste campo, em tese, insuscetível de revisão judiciária.

A respeito do tema, José Cretella Júnior (2001, p. 221 a 224) afirma:

A ciência do direito é construção cultural, com base na realidade. Assentado o alicerce do edifício, em terreno seguro, as demais linhas acompanharão o traçado originário, sem o mais leve afastamento. Ao judiciário é incumbida a limitação da discricionariedade, a fim de que a administração não ultrapasse o campo do terreno que lhe é afeto, as condições internas e externas da legalidade. Só o interesse protegido pela norma jurídica seria passível de controle pelo Poder Judiciário, pois nesse caso, o interesse se identificaria com o direito.

Por sua vez, ratifica Juliana Balbinot Lucian (2003):

Essas lições continuam válidas perante a instauração do Estado Democrático de Direito, porém se faz necessário alguns ajustes trazidos pelas modificações do princípio da legalidade que, com a ordem constitucional de 1988, passou a abranger também os princípios implícitos e explícitos”.

No tópico precedente foi analisado, no plano abstrato, a estrutura da norma jurídica que confere o poder discricionário à Administração. Ocorre que, como bem afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 410-411), a discricionariedade vai transparecer quando o ato for praticado e, *in casu*, é necessário observar se, diante do caso concreto, com as suas especificidades fáticas, ainda remanesceu alguma

margem de liberdade para que o administrador guie a sua conduta segundo critérios de oportunidade e conveniência.

Com efeito, em seu texto, a estudiosa Juliana Balbinot Lucian (2003), declara que, segundo o administrativista Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p.822), “a existência de discricionariedade ao nível da norma não significa que a discricionariedade existirá com a mesma amplitude perante o caso concreto e nem sequer que existirá em face de qualquer situação que ocorra(...)”. E conclui afirmando que “a discricção suposta na regra de Direito é condição necessária, mas não suficiente para que exista discricção no caso concreto”.

Pois bem, quando a norma jurídica expressa o motivo ensejador da prática do ato através de "conceitos práticos", haverá casos em que não restará dúvida que dada infração é grave, que dado comportamento é obsceno, ou que dada aglomeração constitui tumulto. Nesses casos, assevera Juliana Balbinot Lucian (2003):

Qualquer cidadão normal concluirá que dada situação prevista abstratamente na norma se concretizou no mundo real sem que tenha, para tanto, que utilizar qualquer juízo subjetivo. Não será necessário, portanto, utilizar os critérios de oportunidade e conveniência, posto que a razoabilidade, critério positivado, é que guiará o seu comportamento. Assim também ocorrerá nos casos em que a norma jurídica tenha previsto a finalidade do ato a ser praticado, utilizando esses expedientes. Da mesma forma, se a norma tiver conferido, no mandamento, uma faculdade, ao invés de uma imposição de conduta, bem como se abrir à possibilidade ao administrador de escolher uma dentre ao menos duas opções, poderá ocorrer que, diante das peculiaridades do caso concreto, seja admissível uma única conduta razoável a atingir o desiderato legal. Desse modo, o juízo subjetivo do administrador só incidirá naqueles casos em que não seja objetivamente possível apontar qual a melhor solução a atender a finalidade legal, e, em se tratando de conceitos indeterminados, nas chamadas “*zonas cinzentas*”, onde permeiam as incertezas.

Complementando suas lições, Juliana Balbinot Lucian (2003) declara que:

Na lição de Cretella Júnior (1965, p. 33), o administrador, na prática do ato administrativo deve se fazer dois questionamentos, antes de elaborar juízos de oportunidade e conveniência, quais sejam: “é legal minha decisão? sou obrigado a tomá-la?”. Na primeira indagação, o administrador deve analisar se a decisão a ser tomada preenche os requisitos legais, ou seja, se os elementos vinculados do ato estão de acordo com as prescrições legais, bem como se os princípios constitucionais implícitos e explícitos foram observados, sobretudo, no que concerne aos elementos discricionários do ato.(...) Ademais,

sendo um interesse protegido por uma norma jurídica (os princípios), é de se entender que o administrado tem em face da Administração um direito, suscetível de ser submetido ao Poder Judiciário para que este, na condição de guardião da ordem jurídica, cesse a lesão causada por aquela decisão. Só após esse exame da legalidade, e se for positivo o resultado, é possível passar para a segunda indagação. Nessa segunda etapa, como bem observou Cretella Júnior (1965, p.33), a resposta há de ser negativa, posto que, se positiva, o ato seria vinculado e não discricionário. Ultrapassado pelo agente esse exame, e persistindo a dúvida quanto à aplicação dos conceitos indeterminados constantes quer no motivo, quer na finalidade da norma, ou ainda houver duas ou mais soluções igualmente razoável e suscetível de atender perfeitamente o interesse público, é de se fazer o terceiro questionamento: “atenderei o melhor que eu posso ao interesse público, se tomar tal decisão?” Somente nessa questão estamos diante do mérito do ato administrativo, onde o administrador, irá a partir de valorações comparativas dos interesses em jogo, escolher uma decisão que, é a mais conveniente e oportuna para o atendimento do interesse público. Isso porque, nessa etapa de formação do ato administrativo, é o administrador que se encontra em melhores condições de atender o fim legal, por estar mais próximo das peculiaridades do caso concreto. Com isso não se quer afirmar que a doutrina mais clássica do mérito do ato administrativo não é mais condizente com a realidade jurídico-constitucional, mas enfatizar que, com a posituação dos princípios, e com a consciência de sua normatividade, aspectos que antes pertenciam ao mérito, passam a fazer parte do domínio da juridicidade. Então, a razoabilidade, a proporcionalidade, a igualdade, a moralidade, a impessoalidade, a eficiência que antes poderiam ser considerados aspectos do juízo subjetivo do administrador, agora são aspectos objetivos, da legalidade. Nesse sentido, seguindo a lição de Germana de Oliveira Moraes (1999, p. 45), o controle jurisdicional se exerce em dois momentos: o “controle da legalidade” que consiste na verificação da correspondência dos elementos vinculados com a “moldura previamente fixada na norma”, e o “controle da juridicidade *stricto sensu*”, que viria após o controle da legalidade, e corresponderia o “exame da compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo predominantemente discricionário com os princípios jurídicos outros que não o da legalidade, como por exemplo, com o princípio da proporcionalidade”. Inverso ao controle jurisdicional restaria o controle sobre as regras não positivadas da boa administração que constitui o mérito do ato administrativo. O mérito seria, portanto, a valoração dos motivos e da finalidade, quando expressados por meio de conceitos indeterminados, e a definição do conteúdo do ato administrativo, seja porque a norma jurídica conferiu mais de uma opção de escolha, sejam porque facultou, ao invés de impor um determinado comportamento, através de critérios não positivados da boa administração, expressados através do binômio – oportunidade e conveniência.

Cumprido realçar ainda que, para a autora Di Pietro (2004, p. 209-210):

(...) partindo-se do princípio que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (competência e finalidade em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.

Complementando tal lição, Diogo Fantinatti de Campos (2010) afirma:

Portanto, observa-se que sob essa abordagem estrutural do ato, a distinção entre atos vinculados e discricionários restringia-se objetivamente pela expressa previsão legal de todos os elementos (ato vinculado), ou ainda, da possibilidade ou não de previsão legal dos elementos motivo e objeto (ato discricionário) e nesse aspecto particular, localiza-se a denominada a discricção.

Ensino que é arrematado por Di Pietro (2004, p. 209-210):

Por isso que se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei, e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.

Assim, verifica-se que o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade, ou seja, só existe no ato discricionário.

No que tange ao controle que o Poder Judiciário pode exercer sobre os atos administrativos, cabe destacar que se deve levar sempre em conta a distinção entre os atos discricionários e vinculados.

Nesse diapasão, novamente, recorrendo à insigne professora Maria Sylvia Zanella di Pietro (2004, p. 209-210), temos ensinamentos consentâneos sobre o tema:

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade: nesse caso, pode o Judiciário invalidar (por ilegalidade) o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o

campo da legalidade. Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislado; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto.

Em suma, verifica-se que muito se tem discutido a respeito dos limites que devem ser fixados ao exercício do poder discricionário, com a finalidade de ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

4.1 - Desvio de Poder

De acordo com ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 203-204), quando determinada autoridade se utiliza do poder discricionário com o fito de alcançar um fim diverso do fixado pela lei, estamos diante de um caso de desvio de poder. Nesse caso, o Poder Judiciário tem a autonomia para decretar a nulidade do ato, diante do uso indevido da discricionariedade realizado pela Administração, ao se desviar dos fins de interesse público definidos na lei.

Por sua vez, para o estudioso Adilson Dallari (2006):

Desvio de poder é uma ilegalidade disfarçada; é uma ilicitude com aparência de legalidade. Ao vício propriamente jurídico agrega-se o vício ético; o embuste, a intenção de enganar. Pelo desvio de poder violam-se, simultaneamente, os princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Em razão dessa intenção do agente, diversa da finalidade com a qual se anuncia que o ato foi praticado, a doutrina costuma designar o desvio de poder também como desvio de finalidade(...). O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um contrário ao direito, exigindo um especial cuidado por parte do Poder Judiciário. A única forma de desvendar a ocorrência de desvio de poder é pelo exame dos motivos alegados para a prática do ato. Por isso é que a motivação (explicitação dos motivos) deve ser concomitante ao ato, pois, mais tarde, posteriormente, sempre será possível apresentar uma justificativa, mais ou menos consistente. Daí a importância do princípio da motivação, em qualquer processo administrativo, em qualquer tomada de decisão administrativa,

inclusive e principalmente em matéria de licitações e contratos. (...). É preciso insistir que a falta de motivação é vício autônomo, ensejando, por si só, a nulidade do ato praticado. Pelo menos há de ficar perfeitamente claro que a motivação serôdia, a apresentação dos motivos depois de praticado o ato, deve ser objeto de exame especialmente cuidadoso. Em qualquer caso, porém de alegação de desvio de poder, é dever do juiz esmerar-se no exame da consistência dos motivos invocados, não sendo suficiente apenas constatar que motivos foram apresentados. (...). Preocupados em realmente fazer justiça, setores mais avançados e mais preparados do Poder Judiciário já abandonaram a apreciação meramente formal (“burocrática”, no pior sentido) para investigar as razões pelas quais os atos administrativos são produzidos e a pertinência lógica entre a ação e o motivo invocado, valendo-se, para isso, da apreciação da razoabilidade.

Segundo Di Pietro, em texto de palestra apresentada no Seminário de Direito Administrativo – TCMSP, realizado no período de 29 de setembro a 03 de outubro de 2003:

Desvio de poder ou desvio de finalidade está definido na lei de ação popular; ocorre quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.” Acrescenta a referida autora que “hoje o desvio de poder é um ato de improbidade administrativa. O artigo 12 da lei de improbidade, quando fala dos atos que atentam contra os princípios da administração, sem usar a palavra desvio de poder, dá um conceito que equivale ao de desvio de poder. Uma autoridade que pratica um ato com uma finalidade diversa, está praticando um ato de improbidade administrativa.”

Por fim, sobre o tópico, prosseguindo em seus ensinamentos no texto da mencionada palestra, Maria Sylvia Zanella Di Pietro declara:

Todos sabem que a grande dificuldade do desvio de poder é a prova, pois é evidente que a autoridade que pratica um ato com desvio de poder, procura simular, procura mascarar; ela pode até fazer uma justificação dizendo que está praticando o ato porque quer beneficiar tal interesse público, está removendo funcionário para atender à necessidade do serviço; ela não vai dizer que é por uma razão ilegal. Então, o desvio de poder é uma simulação, porque mascara a real intenção da autoridade. Existem casos de desvio de poder confessos, mas são meio raros. Eu sempre conto a esse propósito o caso de um Governador, que, perguntado por que construiu um teatro tão grande e tão oneroso numa cidade tão pequena, respondeu: pedido de sogra não se rejeita. Ele quis construir porque a sogra era daquele município e sonhava em ter um teatro. Isto é um caso de desvio de poder, em que o seu autor confessou o ato e sua declaração saiu em

todos os jornais; mas é evidente que isto é uma coisa difícil de acontecer.

4.2 – Teoria Dos Motivos Determinantes

A respeito dessa matéria, cabe destacar o entendimento de DI PIETRO (2004, p. 216):

Quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (infração) realmente existiu. Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato.

Ademais, complementando suas lições sobre o tema, DI PIETRO (2004, p. 216-217) acrescenta:

Começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação **às noções imprecisas** que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública, etc.). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de “conceitos legais indeterminados” (...). Alega-se que, quando a Administração emprega esse tipo de conceito, nem sempre existe discricionariedade; esta não existirá se houver elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito. Neste caso, haverá apenas **interpretação** do sentido da norma, inconfundível com a discricionariedade. Por exemplo, se a lei prevê o afastamento *ex officio* do funcionário incapacitado para o exercício de função pública, a autoridade tem que procurar o auxílio de peritos que esclareçam se determinada situação de fato caracteriza incapacidade; não poderá decidir segundo critérios subjetivos. Se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade. É o que ocorre quando a lei prevê a remoção do funcionário para atender a necessidade do serviço. No primeiro caso, o Poder Judiciário pode examinar o ato da Administração, porque ele não é discricionário. No segundo, não pode examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade administrativa, porque estaria penetrando no exame da **discricionariedade**. Mesmo neste caso, alguns autores apelam para **o princípio da razoabilidade** para daí inferir que a valoração

subjativa tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei.

Por fim, arrematando seus ensinamentos, a administrativista DI PIETRO DI PIETRO (2004, p. 217-218) realça:

Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário(...). Por exemplo, o conceito *notável saber jurídico* permite certa margem de discricionariedade na referida zona cinzenta; mas não a permite quando os elementos de fato levam à conclusão, sem sombra de dúvida, de que o requisito constitucional não foi atendido. Dentro desses parâmetros é que caberá ao Poder Judiciário examinar **a moralidade** dos atos administrativos, com fundamento no art. 37, caput, e art. 5º, LXXIII, da Constituição. Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz. Normalmente, os atos imorais são acompanhados de grande clamor público, até hoje sem sensibilizar a Administração. Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da **interpretação** (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da **vontade** do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

Em suma, diante de todo o exposto, verifica-se a preocupação cada vez maior de se limitar a margem de liberdade do poder discricionário. Destarte, pela exigência da apresentação de motivos justificadores para a tomada de determinada atitude administrativa, os atos discricionários podem ser analisados e invalidados pelo Poder Judiciário, caso seja constatada a ocorrência de um motivo que seja falso ou que não se traduza em efetiva realidade na análise do caso concreto. Assim, visualiza-se que a intenção maior dos doutrinadores é tentar proteger o cidadão comum dos prejuízos que pode lhe causar a Administração ao se utilizar

indiscriminadamente e sem limites das ferramentas que lhe são inerentes, tornando o poder Discrecional, de certa forma, vinculado.

5. O PROBLEMA DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A respeito do específico tema, conceitos jurídicos inderteminados, cabe iniciar com os estudos de Juliana Balbinot Lucian (2003), a qual dispõe, em suma, que, a conduta humana é determinada pelas regras jurídicas do Direito e que, para que tal ocorra, a linguagem utilizada nessa empreitada deve ser inteligível a todos os seu destinatários e não apenas aos técnicos jurídicos. Dessa forma, conceitos que fazem parte da linguagem cotidiana, carregados de imprecisão, vacuidade e ambiguidade, são aproveitados no mundo jurídico, que os transformam em linguagem técnica, contudo, padecem os mesmos de certa incerteza quanto ao seu conteúdo e extensão, sendo carentes de um sentido preciso e objetivo. Nesse passo, deparamo-nos com os chamados Conceitos Jurídicos Indeterminados.

Salienta, ainda, referida autora, que paira sobre o tema grande discussão se esse conceitos poderiam ser submetidos ou não ao controle jurisdicional.

Complementando suas lições sobre o tópico, LUCIAN (2003) afirma que existem muitas correntes que debatem o assunto em epígrafe e, nesse diapasão, manifesta:

Bernatzik defende que a aplicação do direito exige um processo interpretativo complexo, não se resumindo a um mero silogismo, o que o levou a concluir que os conceitos jurídicos indeterminados atribuíam discricionariedade à autoridade administrativa. Para esse autor a aplicação do direito exigia sempre certa margem de apreciação subjetiva por parte de seu executor, e à Administração, na qualidade de perito do interesse público, era a quem cabia determinar, segundo suas próprias convicções, quais situações, e medidas eram necessárias para realização desse bem comum. Isso porque, afirma Bernatzik (*apud* Queiró, 1944, p.129): na aplicação do direito, como também em qualquer outra esfera de atividade lógica do espírito, há um limite além do qual terceiras pessoas deixam de poder avaliar da justeza da conclusão obtida. Por conseguinte, essas pessoas podem ser de outra opinião, mas não podem legitimamente pretender que só elas tenham uma opinião justa e que a das outras

peças seja falsa: se o pretendessem, não teriam a generalidade a dar-lhes razão. Desse modo, o agente deveria se guiar, em seu juízo discricionário, pelas suas convicções pessoais acerca do que venha a ser o melhor para a realização do interesse público, assim como pelas concepções sociais dominantes, só podendo o judiciário intervir caso restasse comprovado que o agente dolosamente se afastou dessas duas sortes de juízos (Queiró, 1944, p. 132/133).(...). Tezner parte da seguinte premissa – a diferença entre os conceitos legais determinados e os indeterminados consiste numa diferença de grau de segurança da palavra, numa diferença, portanto, quantitativa, e não qualitativa (*apud SOUSA, 1994, p.35*). Isso posto, afirma que o trabalho a ser perseguido pelo aplicador da lei é no sentido de determinar o sentido desses conceitos, não constituindo óbice à apreciação judicial as dificuldades, e o caráter técnico, porventura existente, dessa investigação. Ressalta que, quando o legislador utiliza conceitos vagos como interesse público, segurança, tranquilidade, ordem pública, perigo, necessidade, possibilidade, torna-se ainda mais urgente a intervenção judicial para garantir a proteção dos direitos dos indivíduos e “à segurança jurídica” (*apud QUEIRÓ, 1944:103*) Nesse sentido, a justiça só seria competente para apreciar questões que envolvessem direitos e deveres dos particulares, estando fora do controle judicial questões outras que não definissem ou garantissem tais direitos e deveres. Nestas dominaria o poder discricionário que, segundo Tezner, era sinônimo de “incompetência do juiz, insindicabilidade, incontrolabilidade, ausência de um direito subjetivo” (*apud QUEIRÓ, 1944, p.104*). Para Tezner, então, o que determinaria o controle judicial seria a presença de direitos dos particulares, independentemente de virem expressos através de conceitos jurídicos indeterminados. Nesse caso, seria de afastar-se qualquer concepção pessoal do agente sobre o caminho melhor para atingir o interesse público, pois somente haveria uma única solução a ser tomada. Ao contrário, se a norma não conferisse qualquer sorte de direitos aos particulares, ainda que veiculada por meio de conceitos indeterminados, os agentes estariam no domínio do poder discricionário, da atividade livre. Esse conflito entre Bernatzik(ANO) e Tezner(ANO) representa justamente o confronto entre duas correntes: a teoria da multivalência, defendendo que, quando da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, é possível a existência de mais de uma decisão correta perante o Direito (poder discricionário), e, por outro lado, a teoria da univocidade que defende existir apenas uma única solução correta diante da interpretação dos conceitos indeterminados, o que acarretaria um poder vinculado. Na Alemanha foi onde mais se desenvolveu a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados, encontrando-se expoente quer da teoria da multivalência, quer da univocidade, sendo esta a que tem prevalecido.

Por sua vez, para ABREU (2004), o conceito jurídico indeterminado é a vaguidade, a imprecisão semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada.

Prosseguindo em seus ensinamentos, ABREU (2004) salienta que o fato de um conceito padecer de vaguidade ou imprecisão não se traduz numa imperfeição linguística, mas apenas em um traço característico que irá desencadear uma busca maior pela perfeição na valoração do sentido, o que gera determinada atualização da norma. É destacado ainda que a delimitação do campo de incidência de uma regra jurídica, ou seja, a descrição pormenorizada de todas as situações do caso concreto a que há de se ligar este ou aquele efeito jurídico, nem sempre é conveniente, sendo, às vezes, impossível. Afirma o estudioso que expressões como “boa fé, perigo iminente ou força maior”, entre outras, podem ser citadas como exemplos desses conceitos, enfatizando que, com a utilização desse recurso, a doutrina passou a estudar os métodos utilizados pelo juiz com o fito de preencher essas zonas cinzentas permeadas de valorações inseridas num dado momento histórico na sociedade, no curso do processo, ou de determinar se a ocorrência singular e concreta com que se depara tem relação ou não com o conceito abstrato cujo conteúdo não está exaustivamente definido.

De sua parte, a doutrinadora DI PIETRO (2004, p. 215-216) enfatiza a ocorrência de grande polêmica a respeito do tema, quando relacionado com a discricionariedade, identificando duas posturas básicas no tocante aos conceitos jurídicos indeterminados:

“(1) a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração porque, diante deles, ela tem que fazer um trabalho de **interpretação** que leve à única solução possível; e (2) a dos que acham que eles podem conferir discricionariedade à Administração desde que se trate de conceito de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas. Esta segunda corrente é a que tem mais aceitação no direito brasileiro. No entanto, a grande dificuldade está em definir aprioristicamente todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade para a Administração. É só pelo exame da lei, em cada caso, que podem ser extraídas as conclusões. Tanto na discricionariedade quanto na interpretação há um trabalho intelectual prévio à aplicação da lei aos casos concretos. Porém, a aparente liberdade do juiz para aplicar a lei ao caso concreto não se confunde com a liberdade da Administração de decidir discricionariamente.”

Portanto, verifica-se que, quando chamado pelo jurisdicionado a aplicar a lei e constatado que esta contenha aquelas vacuidades semânticas, após definido o fato existente sobre o qual a lei deva recair, o juiz se depara com um obstáculo que deve ser transposto com as técnicas de interpretação legal: como preencher o *conceito juridicamente indeterminado* e quais as escolhas que ele tem para definir as consequências que dali advenha.

6. A VINCULAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO EM EXEMPLOS PRÁTICOS

Na prática, o judiciário local deixa claro que o ato administrativo em sua finalidade pode estar vinculado ao edital do certame que traduz a expressão máxima do princípio da legalidade ao decidir na Apelação Cível número 5076898/DF que “... *preenchido pelo candidato o requisito temporal de exercício de atividade privativa de bacharel em direito constante do edital regulamentador do certame, impõe sua inscrição para a etapa subsequente...*” E prossegue o juiz prolator da decisão deixando claro que tal situação não se amolda à discricionariedade do Administrador, mas pela vinculação às regras editalícias, sendo assim passível o ato de exame incontestado pelo Poder Judiciário.

O Ministro Benjamin Zymler, do Tribunal de Contas da União - TCU, em criterioso voto proferido nos autos do processo AC-0022-01/03-P, proveniente de representação formulada por cooperativa em desfavor do Banco Central do Brasil – BACEN, que, no exercício do poder discricionário, incluiu em licitação na modalidade *pregão*, vedação à participação de cooperativas, sob o argumento de que o BACEN poderia ser responsabilizado por encargos trabalhistas em vista de prestação de trabalho continuado pelos cooperados, em razão de possível constituição irregular da cooperativa objetivando burlar a legislação trabalhista.

O Ministro, em análise abalizada, sopesa os princípios constitucionais que regem a administração pública, notadamente os princípios da legalidade, impessoalidade e eficiência, e destaca que o poder discricionário adotado pelo BACEN, ao excluir a participação de cooperativas, não é cabível, vez que fere frontalmente os princípios da legalidade e da impessoalidade. A decisão do Ministro,

em suma, determinou ao BACEN que se abstinhasse de incluir nas licitações que promover vedação à participação de cooperativas, ressalvados os casos em que o objeto social destas seja incompatível com o objeto do certame respectivo.

Com os exemplos acima restou claramente demonstrado que o poder discricionário, na prática, está sujeito a limites que, apesar da discricionariedade, o Administrador Público se vê vinculado a conceitos outros que o impedem de adotar certos procedimentos, sejam contrários ao interesse público, sejam contrários à moral ou ao costume de determinada comunidade (conceitos jurídicos indeterminados).

CONCLUSÃO

Pelas análises teóricas e práticas, é possível notar que o reconhecimento da vontade do legislador é decisivo para aferir se determinado conceito indeterminado lê a ou não à pluridimensionalidade, a uma livre apreciação por parte do legislador, em suma, à discricionariedade.

Ora, apresenta-se de difícil investigação saber quando o legislador quis conferir certa margem de liberdade ao administrador. Parte-se da consideração que nem todos os conceitos jurídicos indeterminados levam à discricionariedade, então se pergunta, quais seriam aqueles através dos quais o legislador quis atribuir discricionariedade? Não é possível chegar objetivamente a uma resposta, senão meras especulações sem nenhum rigor científico.

Não se discute a precisão da definição a respeito dos conceitos discricionários. De fato, se perante o caso concreto persistir dúvidas acerca da aplicação ou não do conceito indeterminado será o elemento pessoal decisivo para a sua solução. É de se observar, entretanto, que não é possível estabelecer, *a priori*, antes mesmo da ocorrência da situação fática a ensejar ou não a aplicação de tais conceitos, a caracterização desses como discricionários ou como normativos (vinculados). Tal conclusão há de ser chegada perante o caso concreto com as especificidades, que poderão ser tais que dispensam, ainda que se esteja perante conceitos de valor, uma apreciação subjetiva por parte do administrador.

Isso porque haverá casos em que dúvidas não terão os agentes administrativos a respeito da aplicação ou não dos conceitos indeterminados. Em outras inúmeras situações, ainda que utilizados todos os esforços possíveis para chegar a uma única solução, restará mais de uma inteligência razoável, não sendo possível afirmar que uma delas é tida como incorreta. É de verificar que, nessas

situações, terceiros podem até ser de outra opinião, mas não podem impor como verdade a sua própria inteligência, considerando as demais incorretas.

Um exemplo prático poderá comprovar tais investigações. A Constituição Federal de 1988 dispõe, em seu artigo 175, parágrafo único, inciso IV, a obrigatoriedade de as empresas concessionárias e permissionárias de serviço público de manter um *serviço adequado*, sob a fiscalização o Poder Público.

Pois bem, que medidas deverão ser tomadas por parte de tais empresas para alcançarem à adequação do serviço, por exemplo, de transporte? Ninguém duvida que medidas relacionadas com a segurança dos usuários contribuem para a manutenção da segurança. Do mesmo modo, como bem observou o Ministro Eros Roberto Grau, a colocação nos veículos, à disposição dos usuários, de bebidas alcoólicas, não pode ser tido como um requisito de adequação do serviço (existem empresas aéreas que em determinadas classes oferecem bebidas alcoólicas para os passageiros).

Agora, se atentarmos para a instalação de ar refrigerado nos veículos, não se pode dizer com vezo de sabedoria que tal medida mantém ou não um serviço adequado. Isso porque a adequação do serviço não se restringe ao conforto, e à segurança, mas também deve levar em consideração as tarifas a serem cobradas do usuário, e não resta a menor dúvida que a adoção dessa medida acarretará um aumento nessas.

Nesse sentido, não nos afigura plausível a doutrina espanhola quando afirma que, diante do caso concreto, os conceitos indeterminados só admitem uma única solução permitida pelo direito.

Agindo o administrador na margem do razoável, reputando necessário que num dado caso concreto se aplique o conceito indeterminado, ainda que outro entendimento também seja permitido, não se pode dizer que tal comportamento violou a lei, sendo sindicável pelo Poder Judiciário. A função deste é manter a ordem jurídica, corrigir situações contrárias a ela, e agindo o administrador dentro de uma liberdade de inteligência permitida pelo direito, não se há de falar em ordem jurídica violada, em decisão contrária ao direito. Nesse caso, como adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, *“:não haveria título jurídico para que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o judiciário, lhe corrigisse a conduta...”*.

Um outro aspecto que pode ser observado, de um modo geral, em vários doutrinadores é o receio dos autores em admitir haver discricionariedade na

aplicação dos conceitos indeterminados, levando em consideração a constante ameaça de lesão que haveria aos direitos dos particulares. Isso se deve ao entendimento desses autores sobre o conceito de discricionariedade. Alguns consideram a discricionariedade como sinônimo de incompetência do juiz, insindicabilidade, incontrolabilidade, ausência de um direito subjetivo, outros atribuem ao poder discricionário uma escolha entre indiferentes jurídicos, sem considerar a necessidade de o Poder Público buscar sempre o melhor resultado; o Ministro Eros Roberto Grau chegou a afirmar que discricionariedade está à margem da legalidade.

Com efeito, com esse entendimento a respeito da discricionariedade, despida de controle, à margem da legalidade, seria muito perigoso para os direitos dos particulares estenderem o exercício da discricionariedade à aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Levando em consideração, entretanto, o princípio da juridicidade que sujeita toda e qualquer atividade administrativa, submetendo-a desde os princípios explícitos e implícitos albergados na Constituição até os atos normativos expedidos pela autoridade administrativa, não há porque temer a defesa da discricionariedade na aplicação dos conceitos indeterminados.

Além dos mais, estando obrigada a Administração a atuar segundo tais parâmetros legais, cabe ao Poder Judiciário exercer o controle sobre a atividade discricionária, anulando o ato desde que esse desobedeça aos princípios, e às regras jurídicas. Com um mecanismo forte de controle, diminui sensivelmente o risco de serem cometidos abusos em detrimento dos particulares, ao mesmo tempo em que é assegurada a autonomia administrativa. Isso porque, estando a Administração submetida ao princípio da juridicidade, essa deve atuar, de acordo com o artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988, com impessoalidade, e ofendido esse princípio, deve o poder judiciário invalidá-lo.

Parece-nos que, atuando a administração dentro da razoabilidade aceitável, dentro das concepções sociais dominantes a respeito dos bons costumes, não caberia ao Poder Judiciário substituir a decisão administrativa por outra, por julgar mais conveniente. Isso porque, não se pode dizer que a decisão da administração está incorreta, viola a lei, necessitando ser corrigida.

Fazendo um paralelo entre a atividade discricionária tal qual concebida pela generalidade dos autores (discricionariedade no mandamento da norma), e a

aplicação dos conceitos indeterminados, podemos observar que entre ambas existe uma similitude de consequências, o que impede sejam dissociadas, e repelidas.

Com efeito, a discricionariedade e a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados são realidades distintas. Enquanto na primeira realiza-se um ato volitivo, segundo as regras da boa administração, na segunda, está presente um ato de intelecção, de apreensão do significado dos conceitos imprecisos.

Ocorre que, em ambas, a Administração desfruta de certa liberdade de atuação, o que impede o Poder Judiciário de ir além de certo limite, reconhecendo que nesse espaço é competente a autoridade administrativa. Não se perca de vista também, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello, que inexistem em ambas um direito subjetivo de terceiro oponível precedentemente contra o comportamento administrativo adotado.

Desse modo, os efeitos jurídicos produzidos por ambas as atividades são os mesmos, não havendo lógica de aplicar-lhes tratamento diverso. Com isso não se propugna por conferir um ilimitado poder à Administração de fixar, a seu bel prazer, um conteúdo a um dado conceito indeterminado. Todo conceito, por mais indeterminado que seja, possui um conteúdo determinável. Assim é que se compreende no conceito uma zona de certeza positiva, e uma zona de certeza negativa, permanecendo as dúvidas no intervalo entre esses dois extremos.

Além do mais, deve-se procurar trazer para a órbita jurídica a linguagem cotidiana, apreensível pelos sujeitos às normas jurídicas para que esses possam validamente saber de seus direitos e deveres. Em sendo assim, o administrador, ao aplicar um conceito indeterminado, não pode fixar o conteúdo desse segundo a sua própria convicção, mas deve orientar-se pelo que é socialmente reconhecido, em determinado tempo e lugar. Deve interpretá-lo contextualmente, inserindo-o dentro de um sistema jurídico.

Quando o legislador fixa um pressuposto normativo, demarca a competência da autoridade administrativa. Se fosse possível ao administrador conferir ao conteúdo dos conceitos nela expressos de forma indeterminada, sem qualquer limite, segundo sua concepção personalíssima, seu poder seria absoluto, ilimitado, ao invés de ser uma competência, pois teria a extensão que a autoridade administrativa lhe quisesse dar. Cabe, portanto, ao Poder Judiciário delimitar o alcance da discricionariedade administrativa, e invalidar seus atos, desde que transbordem a significação possível comportada pela norma.

Por fim, como bem reconhece alguns doutrinadores, há casos de aplicação dos conceitos indeterminados em que, embora o controle jurisdicional seja legítimo, por estar frente a uma atividade vinculada, não poderá ocorrer, por razões de fato, psicológicas e sociológicas, que impossibilitam por vezes a repetição de situações, já que não existe o *juízo ideal*.

Há de se perguntar então: se está em frente a uma atividade vinculada, onde a Administração deverá necessariamente agir ou não, aplicar dado conceito ou não aplica-lo, não se poderia dizer que, havendo direitos dos particulares envolvidos, estes seriam direitos subjetivos, reclamáveis ao Poder Judiciário? E caso esses particulares fossem exigir certa prestação por parte da Administração ao Poder Judiciário, este poderia simplesmente alegar que, embora fosse legítima a sua atuação, nada poderia ser feito em razão das dificuldades fáticas, psicológicas e sociológicas?

Não há, portanto, como deixar de reconhecer que, diante de conceitos dotados de certa fluidez, e depois de percorrido todo um caminho lógico, interpretativo na fixação de seu conteúdo, pode ainda remanescer inelimináveis dúvidas acerca da aplicação ou não desses conceitos, residindo aí à discricionariedade. Fora desses casos de verdadeira penumbra não há que se falar em atividade discricionária, mas em vinculada.

Dessa forma, mesmo no ato discricionário cabe ao administrador público analisar tão-somente o objeto e o motivo do ato porque os elementos competência, forma e finalidade do ato discricionário são vinculados. Mesmo assim o administrador ficará vinculado ao motivo que declarar para justificar a prática do ato. O Administrador Público para aplicar a discricionariedade deve sopesar os princípios e analisar se aquele privilegiado é naquele fato concreto mais relevante que aquele sacrificado e só depois desse balanceamento é possível adotar a discricionária de forma segura, eis a vinculação do ato discricionário.

REFERÊNCIAS

ABREU, Frederico do Valle. **Conceito Jurídico Indeterminado, Interpretação da Lei, Processo e Suposto Poder Discricionário do Magistrado**. Set. 2004. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674>. Acesso em 13 de junho de 2012 às 14 horas e 40 minutos.

CAMPOS, Diogo Fantinatti de. Controle jurisdicional do ato administrativo. Uma abordagem teórica e evolutiva. **Jus Navigandi**, Teresina, [ano 15, n. 2444, 11mar. 2010](#). Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/14492>>. Acesso em: 13 de junho de 2012 às 16 horas.

DALLARI, Adilson Abreu. **Desvio de Poder na Anulação do Ato Administrativo**. Revista Eletrônica de Direito de Estado número 7 – julho/setembro 2006 – BA. Disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-7-julho/setembro/2006>. Acesso em 25 de maio de 2012 às 21 horas e 20 minutos.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade e Vinculação in Atos Administrativos**. Direito Administrativo, 17ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Pressupostos do Ato Administrativo – Vícios, anulação, revogação e convalidação em face das leis de Processo Administrativo**. Texto retirado de palestra proferida no I Seminário de Direito Administrativo – TCMSP realizado no período de 29 de setembro a 03 de outubro de 2003. Disponível em http://www.tcm.sp.gov.br/legislação/doutrina/29_a_03_10_03/4Maria_Silvia4.htm. Acesso em 05 de junho 2012 às 18 horas e 26 minutos.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. [DOERR 22/04/2010 - Pág. 39 - Diário Oficial do Estado de Roraima](#)

GUERRA, Carlos Eduardo. Direito Administrativo. **Poder Discricionário e Vinculado.** Mai. 2002. Disponível em <http://www.vemconcursos.com/opiniao/index.phtml>. Acesso em 09 de maio de 2012 às 21horas.

JÚNIOR, José Cretella. **Atos Vinculados e Discricionários in Diferente Espécies de Atos Administrativos.** Curso de Direito Administrativo. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LUCIAN, Juliana Balbinot. **A discricionariedade Administrativa e os Conceitos Jurídicos Indeterminados.** Texto elaborado em 2003, extraído do Jus Navigandi. <http://jus.com.br/revista/texto/5299/a-discricionariedade-administrativa-e-os-onceitos-juridicos-indeterminados> ou <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5299>. Acesso em 13 de junho de 2012 às 09 horas e 20 minutos.

MAIA, Márcio Barbosa. **Coleção Resumo de Direito Administrativo.** Brasília: Instituto Processus Editora, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Vinculação e Discricionariedade in Atos Administrativos. Curso de Direito Administrativo.** 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.