



UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA – UFJF
FACULDADE DE DIREITO
GUSTAVO MARTINS DE ABREU

CONTROLE JUDICIAL DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Juiz de Fora – MG
2017

GUSTAVO MARTINS DE ABREU

CONTROLE JUDICIAL DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Artigo científico jurídico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, na área do Direito Administrativo, sob orientação da Professora Dra. Elizabete Rosa de Mello, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

**Juiz de Fora – MG
2017**

TERMO DE APROVAÇÃO

GUSTAVO MARTINS DE ABREU

CONTROLE JUDICIAL DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Artigo científico jurídico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, na área do Direito Administrativo, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, submetido à Banca Examinadora, composta pelos seguintes membros:

Orientadora: Professora Dra. Elizabete Rosa de Mello
Universidade Federal de Juiz de Fora

Professora Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte
Universidade Federal de Juiz de Fora

Mestranda Kélvia Faria Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora/MG, 26 de junho de 2017.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais e à Lari, que sempre caminharam ao meu lado, oferecendo carinho, amor e todo o suporte necessário à realização deste sonho que me acompanha desde os 12 anos de idade: a graduação em Direito.

Minha mais sincera gratidão a todos os familiares e amigos que, mesmo de longe, deram todo o incentivo para que eu seguisse firme nesta caminhada, cujo final se aproxima. Faço uma menção especial à minha querida avó, que olha e reza por mim todos os dias. Te amo, vovó!

Rendo homenagens aos amigos da graduação, especialmente ao Chips, ao BBBila e ao Direito ao Provolone. Talvez vocês não tenham a exata dimensão da importância que cada um tem para mim, mas saibam que a companhia de vocês foi fundamental para que eu chegasse até aqui.

À minha maior companheira, Carol, por sempre ser ombro amigo, ponto de apoio, amor e compreensão nas fases mais difíceis e importantes dos últimos anos e por me proporcionar momentos de imensa felicidade e amor. Além disso, agradeço por me ensinar, direta ou indiretamente, várias lições importantes que me acompanharão durante toda a vida. Obrigado, princesa!

Agradeço aos amigos da 1ª Vara Federal de Juiz de Fora, sobretudo aos do GAJUS, Dra. Marina, Mirtes, Sandra, Paula e Guilherme, que me ajudaram a ressignificar o Direito, oferecendo um olhar mais humano e empático às pessoas que necessitam da prestação jurisdicional.

Aos professores e funcionários desta casa, que, diuturnamente, transformaram em realidade o que antes era um sonho. Um agradecimento especial à Professora Dra. Luciana Gaspar Melquíades Duarte e à Mestranda Kélvia Faria Ferreira, que aceitaram o convite para avaliar e enriquecer este trabalho.

Por fim, ofereço minha gratidão à orientadora deste artigo, Professora Dra. Elizabete Rosa de Mello, a quem muito admiro pela excelência profissional e acadêmica. Muito obrigado, professora, por ter acreditado em mim e neste projeto.

CONTROLE JUDICIAL DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Gustavo Martins de Abreu¹

RESUMO

A questão central do presente artigo consiste em analisar os limites do Poder Judiciário no controle da discricionariedade administrativa gerada pelos conceitos jurídicos indeterminados. Isso porque, estes conceitos estabelecem um elevado grau de imprecisão, conferindo ao agente público um espectro quase infinito de atuação, abrindo-se espaço até para a prática de arbitrariedades. Daí surge a necessidade da utilização de instrumentos que promovam redução do grau de incerteza e de insegurança jurídica que estes conceitos trazem. A hermenêutica jurídica exerce este papel. A relevância deste estudo está na delimitação do âmbito das possibilidades de interferência jurisdicional nos atos administrativos discricionários. Utilizou-se, para tanto, da metodologia bibliográfica crítico-dialética. O marco teórico é o pós-positivismo. Ao final do artigo, conclui-se que os atos administrativos discricionários podem ser revisados não só quanto aos aspectos de legalidade, pois há que cogitar-se de um controle de juridicidade, de conformação do ato com todo o sistema de direitos, ainda que isso implique em exame das questões concernentes à tradicional noção de mérito administrativo. Mais especificamente quanto aos atos administrativos discricionários que a lei permite por meio de conceitos jurídicos indeterminados, a hermenêutica jurídica assume papel de centralidade, uma vez que a sua aplicação possibilita estabelecer com clareza os limites do controle jurisdicional da discricionariedade, colaborando com a redução do grau de insegurança jurídica destes atos.

Palavras-chave: controle judicial; discricionariedade administrativa; conceitos jurídicos indeterminados; hermenêutica jurídica.

ABSTRACT

The central question of this article is to analyze the limits of the Judiciary in the control of the administrative discretion generated by the indeterminate legal concepts. This occurs because these concepts establish a high degree of imprecision, giving the public agent an almost infinite spectrum of performance, opening up space even for the practice of arbitrariness. Hence the need to use instruments that promote the reduction of the uncertainty's degree and juridical insecurity that these concepts bring. Legal hermeneutics plays this role. The relevance of this study in the scope delimitation of possibilities of jurisdictional interference in discretionary administrative acts. For this purpose, critical-dialectical bibliographical methodology was used. The theoretical framework is post-positivism. At the end of the article, it is concluded that discretionary administrative acts can be reviewed not only in terms of legality aspects, since it is necessary to consider judicial control of legitimacy, of conformity of the act with the entire system of rights, even though this implies the examination of questions concerning administrative merit. More specifically, as regards the discretionary administrative acts that the law allows by means of indeterminate legal concepts, legal hermeneutics assumes the role of centrality, since its application makes it possible to

¹Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora

establish clearly the limits of jurisdictional control of discretion, helping to reduce the degree of legal uncertainty of these acts

Key-words: *judicial control; administrative discretion; indeterminate legal concepts; legal hermeneutics.*

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 O ATO ADMINISTRATIVO NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A PARTICIPAÇÃO COMO GARANTIA DE LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE PÚBLICA. 3 A RELAÇÃO ENTRE DISCRICIONARIEDADE, MÉRITO ADMINISTRATIVO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. 3.1 A discricionariedade e o mérito administrativo. 3.2 A discricionariedade administrativa gerada pelos conceitos jurídicos indeterminados. 4 O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. 4.1 O princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos. 4.2 Controle de juridicidade da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário. 4.3 Critérios para o controle judicial da discricionariedade administrativa gerada pelos conceitos jurídicos indeterminados: a hermenêutica jurídica. 5. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por escopo analisar a relação entre a atuação administrativa, materializada pelo Poder Executivo, e as possibilidades de controle dessa atuação pelo Poder Judiciário.

Mais especificamente, o objetivo central consiste em encontrar os limites a que o juiz está adstrito ao realizar o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa gerada por conceitos jurídicos indeterminados, considerando o elevado grau de incerteza e insegurança jurídica que estes conceitos trazem em seu bojo.

A relevância deste estudo justifica-se na medida em que a precisa delimitação do âmbito de interferência do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa serve como efetivação ao equilíbrio estabelecido pelo sistema de freios e contrapesos, vigente na Constituição, que prevê mecanismos de controle mútuos entre os Três Poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário).

A metodologia utilizada para a pesquisa foi bibliográfica crítico-dialética, pois, por meio de construções doutrinárias publicadas em livros e periódicos, visa-se refletir criticamente acerca dos limites do Poder Judiciário no controle dos conceitos jurídicos indeterminados.

A pesquisa foi orientada pelo viés teórico do pós-positivismo. No contexto pós-positivista, o conjunto de valores e princípios ordenados pelas Constituições dos Estados Democráticos de Direito adquire um caráter de centralidade no ordenamento jurídico, constituindo base para a hermenêutica jurídica, um dos objetos centrais deste estudo, já que se trata de conceitos jurídicos indeterminados.

Assim, proceder-se-á, num primeiro momento, à conceituação dos atos administrativos, com vistas também ao processo administrativo, haja vista a necessidade de participação dos cidadãos interessados, envolvidos e afetados pela prática de determinado ato administrativo como meio de se legitimar a atividade administrativa.

Posteriormente, será abordada a relação entre discricionariedade, mérito administrativo e conceitos jurídicos indeterminados. Neste capítulo, serão explicados os motivos pelos quais se considera que os conceitos fluidos geram discricionariedade à Administração Pública.

Por fim, estudar-se-á o princípio da separação dos poderes, o sistema de freios e contrapesos, e os limites do controle judicial da discricionariedade administrativa gerada pelos conceitos jurídicos indeterminados, à luz da juridicidade e da hermenêutica jurídica.

2 O ATO ADMINISTRATIVO NO CONTEXTO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO: A PARTICIPAÇÃO COMO GARANTIA DE LEGITIMAÇÃO DA ATIVIDADE PÚBLICA

Não há definição legal que preveja o que são os atos administrativos, o que traz dificuldades quanto à objetividade da conceituação. Diante da inexistência de previsão legal, cumpre à doutrina edificar o conceito.

Neste sentido, Di Pietro entende o ato administrativo como “[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário” (2016, p. 239).

Noutro giro, conceituando de forma mais ampliativa, haja vista não incluir apenas os atos que produzem efeitos jurídicos imediatos, mas sim efeitos jurídicos em sentido amplo, Carvalho Filho define o ato administrativo como sendo “[...] a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (2014, p. 101).

Meirelles, por sua vez, traz um novo elemento constitutivo do conceito de ato administrativo, qual seja, o da manifestação unilateral de vontade da Administração Pública. Para ele:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (2016, p. 173).

Coadunando alguns elementos de todas as definições mencionadas, tem-se que o ato administrativo é entendido por parte da doutrina administrativa tradicional como uma manifestação de vontade unilateral da Administração Pública ou de quem a represente, no exercício da função administrativa, que produz efeitos jurídicos, visa o interesse público e submete-se ao controle do Poder Judiciário. Acrescente-se que o ato administrativo é praticado sob o regime jurídico de direito público.

Entretanto, sobretudo a partir do Segundo Pós-Guerra, com o amplo desenvolvimento do constitucionalismo na segunda metade do século XX, também ocorreu o movimento de constitucionalização do Direito Administrativo, cuja influência revelou a necessidade de maior participação dos administrados na atuação administrativa, como meio de legitimação da Administração Pública (BAPTISTA, 2003).

No Estado liberal, a legitimidade da Administração estava atrelada à própria lei. A partir do Estado-providência, diversamente, “[...] a sobrecarga da Administração com atribuições normativas potencialmente autônomas e com tarefas de programação [...] impõe o questionamento acerca dessas novas funções” (BAPTISTA, 2003, p. 112). Já sob a égide do Estado Democrático de Direito, diante da complexidade das relações jurídicas estabelecidas atualmente, a lei tornou-se insuficiente para, solitariamente, legitimar a atuação administrativa, uma vez que a crise das instituições da democracia representativa, bem como as novas configurações da atuação da Administração Pública, evidenciam o déficit de legitimidade democrática que atinge a atuação pública, sobretudo quanto à discricionariedade (BAPTISTA, 2003).

Nesse contexto, desenvolveu-se, então, a ideia da “participação administrativa” (BAPTISTA, 2003). Neste sentido:

Na medida em que, por exemplo, a implementação de programas teleológicos sobrecarrega a administração com tarefas relacionadas com o

aprimoramento do direito e com a aplicação da lei, a base de legitimação das estruturas administrativas tradicionais não é mais suficiente. Então a lógica de divisão dos poderes precisa ser realizada em estruturas modificadas – por exemplo, através de formas de comunicação e participação correspondentes ou através de processos judiciais ou parlamentares, de processos de formação de compromissos (HABERMAS, 1997, p. 239-40).

A crise de legitimação da atuação pública pode ser superada por meio da participação administrativa, pois “[...] o envolvimento dos cidadãos nos processos administrativos, através da introdução de estruturas dialógicas, aumentará o nível de legitimação, hoje tão baixo, das decisões administrativas” (BAPTISTA, 2003, p. 128).

Dessarte, diante do já elevado déficit de legitimação da atuação administrativa, torna-se inadequado conceber o ato administrativo como uma manifestação de vontade unilateral da Administração Pública, ou mesmo como uma prerrogativa do Estado para, isoladamente, impor obrigações aos cidadãos. Isso porque, a participação dos administrados na atividade administrativa erige-se como condição necessária à legitimação dessa atuação.

Por este mesmo fundamento, não mais há que se cogitar de uma supremacia do interesse público sobre o privado, já que a “[...] pluralidade dos interesses existentes na sociedade deve convergir para a formação de um novo *interesse público*, que não se confunde com aquele fixado pelo legislador [...]” (BAPTISTA, 2003, p. 204). Nesta senda, Baptista continua:

Torna-se útil e necessário, assim, transpor para o direito administrativo e, sobretudo, para as práticas administrativas, a técnica da ponderação de interesses desenvolvida pela jurisprudência constitucional. A supremacia do interesse público dá lugar à *máxima realização dos interesses envolvidos* como *fundamento* e como *fim* da atividade administrativa (2003, p. 204).

Ainda a esse respeito, Binenbojm assevera:

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e *maleável* dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação *a priori* de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto de coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de *ponderar* os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização (2014, p.31).

Assim, o ato administrativo passa a ser compreendido em conjunto com a noção de processo administrativo, sendo que este assume papel de centralidade no estudo do direito administrativo contemporâneo. A justificativa para isso ocorre na medida em que o processo administrativo serve, a um só tempo, à legitimação, à eficiência da atividade administrativa e, por outro lado, à garantia dos cidadãos frente ao Estado, uma vez que, por meio dele, poderão estabelecer-se relações dialógicas, de aproximação entre a Administração Pública e os administrados.

A legitimação da atuação administrativa ocorre com o processo administrativo, pois, por meio deste, permite-se maior envolvimento das partes, mais possibilidades de consenso na tomada de decisão (BAPTISTA, 2003), bem como maior racionalização da atividade administrativa (LUHMANN, 1980).

Além disso, a processualização da atuação administrativa viabiliza a composição de interesses e a diminuição dos conflitos, conduzindo, inexoravelmente, a uma maior eficiência administrativa (BAPTISTA, 2003).

Por fim, o processo administrativo funciona como proteção dos administrados perante o poder público, pois se garante a colaboração dos cidadãos que serão afetados com o ato administrativo no processo decisório (BAPTISTA, 2003).

Em que pese o protagonismo assumido pelo processo administrativo, Baptista adverte acerca do real escopo do instituto:

Não há, de qualquer forma, que se descuidar do papel do processo administrativo como meio de processamento das informações e de preparação da decisão final pela Administração. O processo administrativo, considerado assim de forma objetiva, deve funcionar como ponto de encontro dos interesses, públicos e privados, suscetíveis de reconhecimento e de tutela pela Administração (2003, p. 247).

O processo administrativo significa, portanto, maior possibilidade de participação e de influência dos cidadãos no ato administrativo. Trata-se do momento anterior à exteriorização da vontade por parte da Administração Pública, cujo estudo é de suma relevância, considerando-se que a participação administrativa é imprescindível, no contexto do Estado Democrático de Direito, à legitimação da atividade administrativa.

O ato administrativo externado após o processo administrativo deve ser sempre analisado sob o império da ordem jurídica, por força do princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Constituição (BRASIL, 1988).

Entretanto, diante da impossibilidade material de o legislador prever com especificidade todas as situações ensejadoras da atuação administrativa, em razão da complexidade e da dinamicidade das relações humanas, e considerando a inviabilidade jurídica de o Poder Legislativo estabelecer exatamente como a Administração procederá, tendo em vista o princípio da separação de poderes (MELLO, 2013), em determinadas situações a lei permite graus de liberdade de atuação ao administrador, que, diante do caso concreto, mediante sua escolha ou interpretação, dentro da margem de atuação conferida pelo ordenamento jurídico, materializará a atividade administrativa.

Estudar-se-á, no próximo capítulo a discricionariedade administrativa e a sua relação com o mérito administrativo e com os conceitos jurídicos indeterminados.

3 A RELAÇÃO ENTRE DISCRICIONARIEDADE, MÉRITO ADMINISTRATIVO E OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Neste capítulo, inicialmente serão abordados os conceitos de discricionariedade e mérito administrativo, bem como se analisará a relação entre estes, com o escopo de clarificar quais situações desafiam o juízo de oportunidade e conveniência do administrador na prática de um ato administrativo.

Posteriormente, demonstrar-se-á as razões pelas quais se concebe a ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariedade à Administração Pública. Esta análise é relevante porque a doutrina diverge fortemente acerca da relação entre os conceitos fluidos e a discricionariedade administrativa.

3.1 A discricionariedade e o mérito administrativo

Tradicionalmente, entendia-se que a lei conferia determinados graus de liberdade de atuação à Administração Pública, conforme fosse o ato discricionário ou vinculado. Das lições de Bandeira de Mello, extrai-se que os atos vinculados “[...] são os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante da hipótese prefigurada em termos objetivos” (MELLO, 2013, p. 428). Por outro lado, os atos discricionários são “[...] os que a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo” (MELLO, 2013, p. 428).

A margem de escolha conferida ao agente público que é responsável pela materialização do ato no mundo jurídico concretiza-se por meio de critérios de oportunidade e conveniência do ato a serem feitos pelo próprio agente público, sempre em atenção ao interesse público. Aos aspectos ligados à oportunidade e conveniência do ato dá-se o nome de mérito administrativo. Pode-se “[...] considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto do ato, inspiradoras da prática do ato discricionário” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 125).

Entretanto, resta ultrapassada a concepção positivista de completude da lei quanto ao conteúdo, de tal forma que o Estado, ao atuar, não mais se vincula somente à lei, mas à ordem jurídica amplamente entendida, envolvendo princípios gerais ou setoriais do direito contidos na Constituição. Supera-se um modelo de Estado de direito formal, em prol de um Estado de direito material. Assim, a atuação administrativa fundamenta-se na juridicidade administrativa (BINENBOJM, 2014), que significa justamente a vinculação da Administração Pública não somente à lei, mas a todo o sistema de direitos, envolvidos os princípios.

Neste cenário, não há mais que se cogitar de uma estanque separação entre atos administrativos vinculados e discricionários. Isso porque, ainda que a lei permita liberdade de agir ao administrador diante de determinada situação, a atuação administrativa será balizada e, via de consequência, limitada pelos princípios constitucionais e pela ordem jurídica amplamente compreendida. Torna-se adequado, do ponto de vista técnico, conceber a noção de diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade (BINENBOJM, 2014).

Isso porque, a tradicional classificação entre atos vinculados e discricionários leva à impossibilidade de controle jurisdicional dos aspectos de mérito destes, haja vista que o juízo de oportunidade e conveniência é, de fato, privativo do administrador. No entanto, conforme se analisará posteriormente, diante da juridicidade, os princípios adquirem relevância na atuação administrativa, de forma que o ato administrativo violador da ordem jurídica amplamente entendida também deverá ser revisado pelo Poder Judiciário, ainda que isso implique em controle dos aspectos do juízo de oportunidade e conveniência do administrador, antes tido como inatingível (FAGUNDES, 2010).

A vinculação da Administração Pública ao princípio da juridicidade, rompendo o dogma positivista da legalidade, também influi diretamente na noção de mérito administrativo: há a incidência direta dos princípios constitucionais, dos mandamentos da ordem jurídica sobre o mérito dos atos administrativos, reduzindo sensivelmente as

possibilidades de atuação administrativa e conformando esta atuação ao sistema de direitos (BINENBOJM, 2014).

Tem-se, portanto, que modernamente é adequado conceituar a discricionariedade como:

[...] a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que possa proceder à concretização do interesse público indicado no caso concreto, para, à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios extrajurídicos de conveniência e oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais e uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito (OLIVEIRA MORAES, 2004, p. 199-200).

Entretanto, é cediço que não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade: um ato é arbitrário quando exorbita os limites impostos pelo sistema jurídico, ao passo que o ato discricionário significa justamente a submissão ao sistema legal, à ordem jurídica, mas com certa margem de liberdade para a atuação administrativa (MELLO, 2013).

Com o estudo das relações entre discricionariedade e mérito administrativo sob o viés da juridicidade, erigido modernamente sob a égide da constitucionalização do Direito Administrativo, proceder-se-á à análise das razões pelas quais se entende que os conceitos jurídicos indeterminados podem gerar discricionariedade à Administração Pública.

3.2 A discricionariedade administrativa gerada pelos conceitos jurídicos indeterminados

O conceito jurídico indeterminado representa “[...] um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos” (ENGISCH, 1996, p. 208).

Diante de uma enorme margem de escolha, com alta carga valorativa e de pessoalidade do agente, pode-se abrir espaço para que a atuação administrativa revele-se por demasia autoritária, ficando quase que exclusivamente ao alvedrio daquele que materializa a atividade da Administração Pública, uma vez que a lei estabelece conceitos jurídicos indeterminados, com elevado grau de imprecisão. Em outras palavras, a lei confere um espectro quase infinito de possibilidade de ação administrativa. Assim, mais uma definição dos conceitos jurídicos indeterminados:

Conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que se sucede com expressões do tipo “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse público”, “segurança nacional” e outras do gênero (CARVALHO FILHO, 2014. p. 55-56).

A doutrina diverge fortemente acerca da relação entre estes conceitos e a discricionariedade: poderia a técnica legislativa dos conceitos fluidos gerar discricionariedade à Administração Pública? Para a compreensão dos aspectos concernentes a este questionamento, recorre-se à teoria do direito.

Neste sentido, Hart (2012) argumentava que a imprecisão, a vagueza dos conceitos eram características próprias dos textos normativos, da linguagem jurídica, e que, diante de casos difíceis, denominados *hard-cases*, haveria diversas interpretações jurídicas razoáveis, que poderiam conduzir a várias respostas possíveis. Hart (2012) aponta a discricionariedade do intérprete como instrumento para a resolução dos *hard-cases*, de modo que, nestes casos, o juiz não estaria aplicando um direito preexistente, mas sim criando um novo direito, uma solução jurídica apta à resolução do caso difícil.

Contrariamente, a teoria de Dworkin rechaça a ideia discricionariedade como instrumento para solucionar os *hard-cases*. Para o jusfilósofo norte-americano, a solução jurídica de um caso difícil deve estar de acordo com o ordenamento jurídico previamente estabelecido. Neste ordenamento pré-estabelecido estariam contidas as respostas para todos os casos, não somente para os *hard-cases*. O papel do aplicador da norma está na interpretação da ordem jurídica previamente estabelecida, para que fosse encontrada, no próprio ordenamento jurídico existente, diante do caso concreto, a resposta correta para os casos difíceis (2010).

Vale destacar que o ordenamento jurídico, na teoria dworkiniana, é composto não apenas de regras, mas também de princípios. Assim, tem-se que “[...] uma sociedade é formada por pessoas que além de obedecerem às regras criadas pelo acordo político, reconhecem também princípios comuns como norteadores de suas práticas” (STRECK, 2013). Assim, mesmo diante da inexistência de regras concernentes ao caso concretos, os princípios orientariam o intérprete, indicando a resposta correta e adequada ao caso (DWORKIN, 2010).

Em suma, a teoria de Dworkin rejeita a discricionariedade do aplicador do direito na medida em que, “[...] dentre mais de uma possibilidade juridicamente defensável, o direito sempre teria (uma) resposta” (STRECK, 2013).

Nesse contexto, o papel do intérprete cinge-se a buscar a resposta, no próprio ordenamento jurídico já existente, para os casos que lhes são confrontados, obtendo a resposta correta dada pela ordem jurídica (DWORKIN, 2010).

Alexy (2008), porém, abre espaço novamente para a discricionariedade diante dos casos duvidosos, em que se evidenciam a textura aberta do direito. O jusfilósofo alemão chega à conclusão de que há casos em que o discurso jurídico não é capaz de gerir respostas aos conflitos postos. Assim, no processo de aplicação do direito, diante da insuficiência de um discurso jurídico apto à solução dos conflitos, há margem para que o intérprete baseie-se em razões externas ao direito, mormente as considerações de justiça, encontradas no discurso prático geral (ALEXY, 2008).

Tal qual ocorre nos casos da aplicação e colisão de princípios, em que o aplicador do direito precisa exercer a ponderação para encontrar qual será aplicável, a solução dos casos duvidosos também deverá perpassar pelo procedimento da ponderação. As questões de justiça assumem a dimensão principiológica característica dos direitos fundamentais (ALEXY, 2015). Tudo isso faz com que se reconheça, na teoria alexyana, uma estrutura discricionária (STRECK, 2013). O próprio autor alemão reconhece a discricionariedade para sopesar como um caminho de sua teoria:

[...] Os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que exclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Nesse caso, então, de fato existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade estrutural tanto do Legislativo quanto do Judiciário (ALEXY, 2015, p. 611).

Vale destacar que Alexy sugere, ainda, uma racionalização da decisão judicial a partir do procedimento da ponderação e da teoria da argumentação jurídica, a fim de conferir um grau maior de legitimidade às decisões judiciais (2008).

Diante disso, do ponto de vista alexyano, contrariamente à Dworkin, não se concebe que o ordenamento jurídico estabelecido previamente contenha todos os pressupostos para que se atinja a resposta correta, adequada ao caso. Em Alexy, diante da insuficiência do discurso jurídico para resolver alguns conflitos, nos casos duvidosos é necessário que o

intérprete assumo uma postura ativa, buscando soluções em critérios que fogem ao discurso jurídico para que, a partir da ponderação e da racionalização da argumentação jurídica, consiga chegar a uma resposta, uma solução adequada ao caso (STRECK, 2013).

Importando as análises realizadas *supra* para a temática dos conceitos indeterminados, utiliza-se dos fundamentos da teoria alexyana para demonstrar que os conceitos jurídicos indeterminados simbolizam a insuficiência do ordenamento jurídico em prever com especificidade todas as situações jurídicas ensejadoras da atuação administrativa. Assim, o legislador estabelece conceitos vagos, imprecisos e indeterminados, que deverão ter o sentido complementado pelo aplicador do direito (juiz ou administrador).

Essa conclusão viabiliza outras duas constatações: 1) diante de conceitos jurídicos indeterminados, o intérprete deve, a partir da ponderação, buscar a solução jurídica mais adequada ao caso; 2) nesse contexto, não há como conceber a tese dworkiniana de que o ordenamento jurídico previamente estabelecido sempre terá a resposta correta, dentre várias soluções juridicamente aceitáveis, ao caso duvidoso posto em análise.

Admitindo-se que a hermenêutica de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados esteja limitada pelos princípios do ordenamento jurídico, poderia conduzir-se à aparente conclusão de que o ordenamento jurídico fornece a resposta adequada ao caso concreto analisado. Entretanto, a ideia de várias interpretações possíveis e válidas remanesce. Isso porque, deve-se ter em conta os princípios também possuem caráter aberto, possibilitando a existência de diversas soluções juridicamente aceitáveis diante do mesmo caso.

Coadunando todos esses elementos, tem-se que os conceitos jurídicos indeterminados geram discricionariedade à Administração Pública. Diante dos conceitos fluidos, o administrador pode dar significação à norma. Além disso, poderão ser atribuídas diversas significações, possíveis e válidas juridicamente, uma vez que a incompletude do ordenamento jurídico, manifestada pela utilização de conceitos indeterminados, e a possibilidade de o intérprete, por meio da hermenêutica, encontrar respostas às questões que lhe sejam postas por meio de um juízo de ponderação, obstam a conclusão de que o ordenamento jurídico sempre oferecerá uma resposta correta, mesmo que dentre várias possíveis, ainda que para isso utilize-se da hermenêutica.

Com isso, conclui-se que os conceitos jurídicos indeterminados não comportam uma resposta única, ou seja, apenas uma solução em conformidade com o direito. Neste sentido:

Prevalecendo a tese de que existe apenas uma solução justa na interpretação das escolhas determinativas de conceitos jurídicos, ter-se-ia de apoiar essa ideia em um conceito transcendental de justiça – e de verdade – e em uma fé absoluta na possibilidade de discernimento humano, idealismo esse de difícil aceitação.

É inevitável uma margem de apreciação que há de se conceder à Administração na aplicação de certos conceitos normativos indeterminados, de modo que parece ser incompatível seguir afirmando que em sua aplicação existe uma unidade de solução justa. Quando se admite uma margem de apreciação em favor da Administração na aplicação de um conceito normativo indeterminado, se está admitindo que podem existir distintas interpretações lícitas e, em consequência, que não cabe falar em uma única solução justa (GUERRA, 2008, p. 151-52).

Há também quem argumente que a técnica dos conceitos indeterminados difere da discricionariedade, uma vez que nesta há uma liberdade de escolha permitida pela lei, ao passo que naqueles existe uma hipótese de aplicação da lei, de interpretação, o que revelaria uma aguda diferença (GARCÍA DE ENTERRÍA E FERNÁNDEZ, 2001). Tal diferenciação é concebível, porém não pode servir para justificar uma diferenciação completa entre os institutos. Isso porque, os efeitos jurídicos da apreensão do significado de um conceito indeterminado, dentro da significação comportada por estes, gera, para a Administração, a possibilidade de um juízo de oportunidade e conveniência (MELLO, 2001). Assim, tem-se que os efeitos de direito são idênticos. Neste sentido:

Tanto a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados em sua zona de incerteza como o exercício da discricionariedade consistem em uma mesma tarefa de integração da norma na aplicação de um fato concreto. Ou seja, ambas se concebem como manifestações de um mesmo fenômeno de natureza materialmente normativa. Desse modo fica difícil admitir que se possa estabelecer alguma distinção entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados em vista do grau de vinculação normativa e, em consequência, a intensidade de sua sindicância judicial (GUERRA, 2008, p. 151).

Portanto, a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados gera discricionariedade à Administração Pública, uma vez que o emprego destes conceitos pelo legislador confere margem de interpretação que permite possibilidade de escolha ao administrador diante da concretude factual. Essa escolha, por conseguinte, será balizada pelo juízo de oportunidade e conveniência, o que faz com que os efeitos da interpretação dos conceitos fluidos e da escolha discricionária sejam exatamente os mesmos.

Com o estudo da relação entre conceitos indeterminados e discricionariedade, proceder-se-á, no próximo capítulo, ao exame das possibilidades de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa gerada pelo emprego, por parte do legislador, de conceitos jurídicos indeterminados.

4 O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição (BRASIL, 1988), prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata-se da materialização do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Em outras palavras, isto significa que, dentre os Três Poderes que compõem a soberania nacional (Executivo, Legislativo e Judiciário), apenas o Poder Judiciário está investido da jurisdição, ou seja, tem aptidão para proferir decisões que se revestem do caráter de força e de definitividade dado pela coisa julgada.

Do princípio constitucional supramencionado, extrai-se que no Brasil não há, ao contrário do que ocorre em outros países, como na França, uma jurisdição administrativa, competente para proferir decisões imutáveis.

No sistema francês, conhecido como sistema do contencioso administrativo, há uma jurisdição especial administrativa, que existe em concomitância com a justiça comum, responsável exclusivamente por julgar os litígios em que a Administração Pública figure como parte, sendo vedado à justiça comum conhecer dos atos praticados pelo poder público. Há, portanto, uma distribuição de competências entre as duas jurisdições, sendo que a jurisdição administrativa profere decisões exclusivamente nas lides que envolvam o poder público. O controle dos atos da Administração, portanto, é feito unicamente pela jurisdição especial do contencioso administrativo, cujo juízo supremo, no específico caso da França, é o Conselho de Estado Francês (MEIRELLES, 2016).

No Brasil, vigora o sistema da jurisdição única, também denominado sistema judiciário ou sistema inglês, em que todos os litígios são julgados pela justiça comum, ou seja, por uma jurisdição una, independentemente da natureza pública ou privada da lide (MEIRELLES, 2016). Nesse sentido, Meirelles continua:

Para a correção judicial dos atos administrativos ou para remover a resistência dos particulares às atividades públicas a Administração e os administrados dispõem dos mesmos meios processuais admitidos pelo

Direito Comum, e recorrerão ao mesmo Poder Judiciário uno e único – que decide os litígios de Direito Público e de Direito Privado (CF, art. 5º, XXXV). Este é o sentido da jurisdição única adotada no Brasil (2016, p. 62).

Os atos da Administração Pública estão sujeitos ao controle jurisdicional, uma vez que vigoram no direito brasileiro, concomitantemente, o sistema de jurisdição única e o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim, as decisões administrativas não fazem coisa julgada material, podendo ser levadas ao Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, ainda que tenha havido decisão a respeito da questão na seara administrativa.

A despeito disso, o Poder Judiciário não pode, a pretexto de exercer a jurisdição, interferir de todo e qualquer modo nos atos privativos da Administração Pública, sob pena de restarem frustrados tanto a teoria da divisão de poderes quanto o sistema de freios e contrapesos, que vigoram no direito brasileiro por expressa previsão constitucional (art. 2º da Constituição – BRASIL, 1988). Isso porque existe a característica de independência entre os poderes, também prevista no art. 2º da Constituição (BRASIL, 1988).

No próximo tópico, estudar-se-á o sistema de freios e contrapesos, com o intuito de obter-se outro fundamento que explica a possibilidade de o Poder Judiciário intervir nos atos administrativos. Adverte-se, entretanto, acerca da necessidade de se estabelecer os limites para a intervenção judicial, que também será alvo de análise nas próximas linhas, com vistas à garantia do próprio sistema de freios e contrapesos e do princípio da separação dos poderes.

4.1 O princípio da separação dos poderes e o sistema de freios e contrapesos

O art. 2º da Constituição (BRASIL, 1988) estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A disposição constitucional, que possui status de cláusula pétrea (art. 60, §4º da Constituição – BRASIL, 1988), traz o princípio da separação dos poderes, que tem por objetivo:

O princípio da separação (ou divisão) dos poderes, que assume papel central desde a origem do constitucionalismo, tendo sido erigido à condição de elemento essencial e determinante da própria noção de Constituição, mediante o famoso art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (se a divisão dos poderes não estiver assegurada e não forem respeitados os direitos individuais não haverá Constituição), tem por escopo – na esteira do ideário iluminista e liberal-burguês dominante na época (com destaque para as concepções de John Locke e, especialmente, Montesquieu, que nos legou a formulação ainda atual em seus contornos

gerais) – a limitação jurídica do poder estatal mediante a desconcentração, divisão e racionalização das suas respectivas funções [...]. De todo modo, em rigor, cuida-se de uma distribuição e/ou divisão entre as funções do poder estatal, visto que o poder do Estado como tal é uno e indivisível, assim como é una e indivisível a soberania (SARLET, MARINONI E MITIDIERO, 2015, p. 448-449).

O clássico Montesquieu estabelece, então, diferentes funções para cada um dos três Poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, respectivamente:

[...] Pelo primeiro, o príncipe ou o magistrado faz leis para um certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos (1995, p. 211).

A separação da soberania de um Estado em três Poderes, independentes e harmônicos entre si, conduziu, posteriormente, ao desenvolvimento de uma ideia de equilíbrio e controle recíproco entre estes Poderes, de modo a evitar qualquer preponderância de um sobre o outro, ou mesmo o arbítrio estatal sobre os cidadãos. À divisão de funções e ao controle recíproco exercido entre os três Poderes dá-se o nome de sistema de freios e contrapesos, ou, na tradição estrangeira, *checks and balances* (MORAES, 2014).

O Brasil adotou o sistema de freios e contrapesos, pois, além do art. 2º da Constituição (BRASIL, 1988) estabelecer que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si, a própria Constituição previu, em diversos dispositivos, deveres de controle mútuos entre os Poderes da República, de modo a evitar a prevalência de um sobre o outro. Neste sentido:

A constituição, ao determinar que o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são Poderes da República, independentes e harmônicos, adotou a doutrina constitucional norte-americana do *check and balances*, pois ao mesmo tempo que previu diversas e diferentes funções estatais para cada um dos Poderes, garantindo-lhes prerrogativas para o bom exercício delas, estabeleceu um sistema complexo de freios e contrapesos para harmonizá-los em prol da sociedade. Assim, poderá o Poder Legislativo sustar a executoriedade de lei delegada editada pelo Chefe do Poder Executivo que exorbite os limites constitucionais (CF, art. 49, V); o Senado Federal processará e julgará o Presidente da República e os Ministros do Supremo Tribunal Federal em crimes de responsabilidade (CF, art. 52, I e II) e igualmente deverá aprovar por maioria absoluta de seus membros a indicação presidencial para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 52, III). Todos esses instrumentos encontram-se previstos

no sistema de freios e contrapesos constitucionais, visando impedir o arbítrio estatal (MORAES, 2014, p. 188).

Sobreleva-se que, no contexto do Estado Democrático de Direito, não se cogita de uma estanque separação da soberania de um Estado entre Poderes independentes e harmônicos, e sim de uma relação de interdependência entre esses Poderes. Assim:

No estado democrático de direito não há uma completa separação dos poderes, e sim uma relação de interdependência e harmonia entre eles. Isso porque, cada poder tem sua função dominante e não exclusiva, visto que poderá desempenhar, excepcionalmente, uma função material do outro (RIBAS E CASTRO, 2015, p. 92).

Da transcrição, conclui-se que o princípio da separação de poderes não constitui negação à harmonia, à cooperação e à coordenação entre estes, uma vez que a própria Constituição Federal traz que os Poderes da União são independentes, mas também harmônicos entre si, o que denota uma relação de interpenetração, de interdependência (CARVALHO, 2008).

O mecanismo de controle recíproco trazido pelo sistema de freios e contrapesos é relevante na medida em que justifica, dentro do tema ora estudado, a intervenção do Poder Judiciário sobre os atos administrativos. Isso porque, os atos praticados pelo poder público, sobretudo aqueles ligados à discricionariedade gerada pelos conceitos jurídicos indeterminados, necessitam de limitação, de controle e de fiscalização, sob pena de se tornarem instrumentos de arbitrariedades por parte do Estado ou de agentes investidos da função pública, de modo a lesar o interesse público.

Entretanto, é defeso ao Poder Judiciário controlar integralmente o ato administrativo, ou seja, revisá-lo sob todos os seus aspectos. Se assim não fosse, estar-se-ia a violar a autonomia, a independência dos Poderes, tornando o crivo judicial praticamente uma condição de validade de todo e qualquer ato da Administração Pública. O Poder Judiciário seria preponderante sobre os demais, uma vez que as todas as decisões do Poder Executivo poderiam ser integralmente revistas.

No Estado Democrático de Direito, em que vigora o princípio da separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, consagrados inclusive pela Constituição, é indesejado que um dos Poderes assumira uma posição de prevalência sobre os demais.

Nesse contexto, é preciso investigar as maneiras pelas quais o Poder Judiciário pode intervir na atuação administrativa, de modo a não violar o princípio da separação de poderes e o sistema de freios e contrapesos, tão caros à ordem do Estado Democrático de Direito brasileiro.

4.2 Controle de juridicidade da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário

Em uma linha de pensamento doutrinário mais clássica, há uma clara oposição entre legalidade e mérito do ato administrativo, de forma que entre essas duas esferas do ato administrativo não havia qualquer ponto de convergência:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta.

[...]

A análise da legalidade (legitimidade dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico. Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram as prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, a finalidade, e a forma (FAGUNDES, 2010, p. 180-182).

Ainda nesse mesmo sentido, nas lições de Fagundes, “[...] Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão somente, sob o prisma da legalidade” (2010, p. 179).

No entanto, sobretudo após a promulgação da Constituição de 1988, vem ocorrendo um processo de constitucionalização do Direito Administrativo, em que os princípios constitucionais ganharam especial relevo, passando a ser tidos como imprescindíveis para a prática dos atos administrativos (RIBAS E CASTRO, 2015).

Sob esta ótica, não há mais uma estanque separação entre as questões de legalidade e de mérito do ato administrativo, uma vez que a atuação do poder público deve guardar conformidade não só com as prescrições legais concernentes, mas com todo o sistema de direitos, que também envolve princípios orientadores do ordenamento jurídico. Princípios também são normas (ALEXY, 2015) e, como tais, dentro do contexto de constitucionalização do Direito Administrativo, também devem ser respeitados quando da prática e do controle dos atos administrativos. Nesse sentido:

[...] É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2013, p. 975).

Resta ultrapassada, portanto, a lógica de que ao Poder Judiciário só é permitido analisar os aspectos da legalidade estrita no que tange atos administrativos discricionários, ou seja, a mera conformação destes com a lei. Isso porque, o próprio princípio da legalidade recebeu novos contornos com a constitucionalização do Direito Administrativo, de modo que a atuação administrativa não pode guiar-se somente conforme os ditames legais, mas deve guardar pertinência com a ordem jurídica, com o sistema de direitos, ou, ao “sistema jurídico positivo” (MELLO, 2013). A esse respeito:

Vale dizer que, hoje, o princípio da legalidade tem uma abrangência muito maior porque exige submissão ao *Direito*.

A consequência da ampliação da legalidade é a **redução da discricionariedade** e, em consequência do mérito do ato administrativo [...] (grifo da autora - DI PIETRO, 2016, p. 36).

Não se pretende sustentar que o juiz possa, em qualquer hipótese, revisar o mérito do ato administrativo, entendido como juízo de oportunidade e conveniência a ser feito pelo agente público. É que, conforme exposto alhures, a própria discricionariedade e, por conseguinte, o mérito, estão mais restritos, uma vez que devem obedecer à ordem jurídica como um todo (nova conformação do princípio da legalidade), e não apenas ao comando legal. No tocante a isso, Binjenbojm assevera que “[...] O antigo mérito do ato administrativo sofre, assim, um sensível estreitamento, por decorrência dessa incidência direta dos princípios constitucionais” (BINENBOJM, 2014, p. 71). Os princípios devem, portanto, ser respeitados, o que exige maior atenção do administrador.

No entanto, o ato administrativo cujos aspectos de mérito sejam violadores de princípios da ordem jurídica enseja controle jurisdicional, na medida em que afronta o paradigma do princípio da legalidade erigido modernamente.

Não é de hoje que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela possibilidade desse controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, conforme se denota da ementa do Recurso Especial nº 429.570/GO, julgado em novembro de 2003:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRA DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido (grifo nosso - BRASIL, 2003).

Conceitualmente, torna-se adequado tratar desse controle não mais como de legalidade, mas sim como um controle de juridicidade da atuação administrativa (BINENBOJM, 2014), uma vez que se abandona a tradicional concepção do princípio da legalidade para adotar-se um novo paradigma de conformação da atuação pública ao ordenamento jurídico amplamente entendido. Neste sentido:

A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação de legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).

[...]

A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineado na Constituição [...], (BINENBOJM, 2014, p. 148-49).

A possibilidade de um controle de juridicidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário assegura, além do respeito à ordem jurídica, o sistema de freios e contrapesos, visto que o Poder Judiciário atua no controle das atividades do Poder Executivo, com vistas à garantia do respeito ao sistema jurídico pátrio.

No entanto, para que a interferência do Poder Judiciário não se torne instrumento de preponderância deste Poder, de forma a frustrar a “balança” do sistema de freios e contrapesos, analisar-se-á, finalmente, os limites aos quais o Poder Judiciário está adstrito na análise da discricionariedade administrativa gerada por meio de conceitos jurídicos indeterminados.

4.3 Critérios para o controle judicial da discricionariedade administrativa gerada pelos conceitos jurídicos indeterminados: a hermenêutica jurídica

Analisou-se que o Poder Judiciário pode interferir no juízo de oportunidade e conveniência do administrador, desde que se atenha à observância da violação à ordem jurídica e aos princípios constitucionais vigentes. Assim:

No uso da discricionariedade, o administrador deve utilizar a hermenêutica para aclarar possíveis dúvidas e valorar os conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos de conveniência e oportunidade relacionados com o mérito do ato administrativo já não são mais vistos como um enigma jurídico, pois vinculados aos dogmas constitucionais. O Magistrado deve verificar, no caso concreto, a conformidade com os princípios constitucionais da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da moralidade dentre outros, constituindo verdadeira restrição da liberdade de escolha do administrador (PEGORARO, 2010, p. 182).

Entretanto, é necessário ressaltar, já que neste capítulo trata-se acerca dos limites da intervenção judicial, que a interferência do Poder Judiciário deve cingir-se à verificação da conformidade do ato analisado com a ordem jurídica. Em outras palavras, se o ato administrativo em nenhum ponto viola o sistema de direitos, se está em conformidade inclusive com os princípios constitucionais atinentes, não pode o juiz valer-se do grau de indeterminação que a lei confere ao administrador para que anule um ato administrativo.

Se assim fosse, repise-se, o Poder Judiciário estaria a controlar o mérito do ato sem nenhum aspecto de juridicidade concernente, em substituição do juízo de oportunidade e conveniência que cabe apenas à Administração Pública pelo do magistrado, e, por conseguinte, em flagrante violação ao princípio da separação de poderes e desequilíbrio do

sistema de freios e contrapesos. O Poder Judiciário invadiria esfera de atuação privativa do Poder Executivo, que é o mérito administrativo propriamente dito. Neste mesmo sentido:

[...] o juiz não pode substituir decisões administrativas que foram tomadas dentro das possibilidades oferecidas no ordenamento jurídico por outras que repute mais convenientes e oportunas em face dos diversos interesses públicos identificados, pois se assim procedesse haveria a substituição da discricionariedade administrativa pela jurisdicional, ou seja, o juiz estaria impondo decisões ao administrador acerca do que reputa melhor ou pior no desempenho da função administrativa (NOHARA, 2010).

Ocorre que não é simples a tarefa de fazer a delimitação dos âmbitos de controle jurisdicional quando se está a tratar dos conceitos jurídicos indeterminados, por conta do elevado grau de incerteza que eles trazem. Então, Barroso busca estabelecer uma forma de tornar menos árdua a tarefa de limitar o âmbito de intervenção do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários permitidos por conceitos jurídicos indeterminados, asseverando que os “[...] conceitos jurídicos indeterminados têm áreas de certeza positiva, de certeza negativa e zonas de penumbra. Somente neste último caso é que o Judiciário deve abster-se de intervir” (2009, p. 314).

Neste sentido, Nohara traz um exemplo prático que facilita a compreensão acerca da classificação das zonas de certeza positiva, negativa e de penumbra do conceito jurídico indeterminado e das possibilidades de controle judicial:

Se uma lei criasse um programa de incentivo à prática desportiva para jovens, sem que houvesse qualquer delimitação de idade quanto ao termo utilizado, e um administrador reconhecesse benefícios legais a uma pessoa de vinte anos, com base na lei, o juiz não poderia substituir a discricionariedade administrativa com a invalidação do ato, uma vez que o caso concreto estaria na zona indeterminada; todavia, se o agente público estendesse o benefício a uma criança de cinco anos de idade ou a um idoso de setenta anos, nesses casos concretos não haveria problema na declaração de nulidade do ato, pois os pressupostos fáticos recairiam sobre zonas de certeza [...] (2010).

A distinção analisada, entre zonas de certeza positiva, negativa e de penumbra, constitui relevante parâmetro orientador para o controle jurisdicional dos atos administrativos que se dão por meio de conceitos jurídicos indeterminados, pois se não houvesse possibilidade de controle judicial sobre tais conceitos, estar-se-ia tornando-os despropósito, uma vez que não oferecer qualquer contorno à sua aplicação prática seria análogo a negar-lhe

a aplicação, tendo em vista que o conceito foi pensado com um objetivo específico. Por outro lado, admitir o controle absoluto e total sobre tais conceitos, em determinadas situações, desvirtuaria os limites e objetivos da norma positivada (BINENBOJM, 2014), objetivos estes que giram em torno justamente de se estabelecer certo grau de indeterminação.

Portanto, a solução para a questão do controle judicial da discricionariedade administrativa gerada pelos conceitos indeterminados perpassa necessariamente pela hermenêutica jurídica, que, no contexto de constitucionalização do Direito Administrativo e do Estado Democrático de Direito, pressupõe um processo de inteligência do magistrado que se dê em atenção ao ordenamento jurídico amplamente entendido e, conseqüentemente, em cotejo com os princípios constitucionais concernentes. Assim:

[...] no controle da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados pela Administração, o juiz não deve controlar se o resultado da operação foi “o correto”, superando a antiga doutrina germânica segundo a qual a interpretação de normas jurídicas se opera através de um processo exclusivamente “intelectivo”, mas foi motivado e justificado, tornando-se “sustentável”. O parâmetro para se verificar se a interpretação e a aplicação dadas foram sustentáveis é construído a partir das circunstâncias fáticas do caso concreto em cotejo com os princípios constitucionais e legais da Administração Pública (BINENBOJM, 2014, p. 236-37).

Estas são, portanto, as possibilidades de atuação do Poder Judiciário na revisão dos atos administrativos discricionários permitidos pela lei por meio de conceitos jurídicos indeterminados: quando os pressupostos fáticos se enquadram nas zonas de certeza dos conceitos fluidos, o ato pode, sem problema algum, ser analisado, conduzindo-se à sua anulação ou confirmação; de outro modo, quando existem dúvidas, incertezas, zonas nebulosas a respeito do enquadramento ou não da situação fática à norma imprecisa, a discricionariedade administrativa não pode ser substituída pelo juízo de oportunidade e conveniência do juiz, haja vista ser o mérito do ato administrativo privativo da Administração Pública.

Assim, estando a atuação administrativa situada na zona de penumbra dos conceitos indeterminados, a aplicação destes deve passar ao largo da revisão jurisdicional, tendo em conta que, nestes casos, o resultado da atividade de inteligência deve estar privativamente a cargo da Administração Pública, como corolário do princípio da divisão dos poderes. Nesta senda, tem-se que:

Há ainda situações em que, pelas circunstâncias específicas de sua configuração, a decisão final deve estar preferencialmente a cargo do Poder Executivo, seja por seu lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática, seja em deferência à legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão (BINENBOJM, 2014, p. 41).

O Supremo Tribunal Federal entende pela possibilidade de controle jurisdicional dos conceitos jurídicos indeterminados, vide ementa de Recurso em Mandado de Segurança, julgado em 2004:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. **LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE.

1. "Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90.

2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido (grifo nosso - BRASIL, 2004).

Do entendimento do STF, é possível concluir que os atos administrativos que envolvem a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados são passíveis de análise à luz dos princípios que regem a atuação administrativa, sendo exatamente este o limite da atuação jurisdicional: o controle dos aspectos de juridicidade do ato, de conformidade deste com o sistema jurídico pátrio.

Outro limite para a atuação jurisdicional nas atividades administrativas é estabelecido por meio da hermenêutica jurídica a ser exercida pelo magistrado diante do caso concreto, a

fim de delimitar as zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos indeterminados, bem como as zonas de penumbra, esta última não ensejadora de controle jurisdicional.

Nas zonas de penumbra, tem-se que a discricionariedade administrativa deve prevalecer, pois é prudente que sejam mantidos os juízos de oportunidade e conveniência do administrador diante do caso concreto. Do contrário, caso se permitisse a atuação jurisdicional nestes casos, os atos administrativos externados por meio de conceitos indeterminados sempre estariam sob a possibilidade do crivo judicial, tornando a decisão do juiz quase uma condição de validade destes atos.

Eis, portanto, o segundo limite para a interferência jurisdicional no âmbito da discricionariedade administrativa gerada pelos conceitos jurídicos indeterminados: nas zonas de certeza, o juiz poderá, conforme o caso, confirmar ou anular o ato administrativo concernente; nas zonas de penumbra, diversamente, não haverá a incidência de revisão judicial.

5 CONCLUSÃO

Observou-se, inicialmente, que a atuação administrativa deve ser concebida a partir da noção de participação administrativa, uma vez que a crise gerada pela desconstrução do dogma da completude da lei evidenciou um déficit de legitimação democrática da atividade administrativa. Neste sentido, entender o ato administrativo coadunando-o com a noção de processo administrativo é fundamental para que se alcance uma maior participação dos administrados na decisão final e, conseqüentemente, maior legitimidade da atuação administrativa.

Diante da controvérsia concernente à relação entre discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados, as análises ora realizadas permitem o entendimento de que os conceitos jurídicos indeterminados, independentemente do seu caráter interpretativo, e não de escolha, também geram discricionariedade à Administração Pública, uma vez que ensejam mais de uma resposta juridicamente aceitável, possível diante do caso concreto.

Com a constitucionalização do Direito Administrativo e diante do papel de centralidade que os princípios assumiram no ordenamento jurídico, mormente após a promulgação da Constituição de 1988, é imprescindível que as possibilidades de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, permitidas pelo princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição e pelo sistema de jurisdição única adotado no Brasil, não mais

se restrinjam aos aspectos de legalidade estrita destes atos, ou seja, à subsunção do agir materializado pelo agente público à lei.

Assim, este artigo jurídico concluiu que o controle jurisdicional passa a incidir amplamente sobre a atuação administrativa, de modo que o juiz não observará apenas a legalidade do ato administrativo, devendo estar atento também às nuances que envolvam princípios e regras da ordem jurídica amplamente entendida. Trata-se, portanto, de um controle de juridicidade da atuação administrativa.

Ainda foi explicado ser defeso ao juiz analisar a questão *sub judice* para além dos aspectos ligados à juridicidade, ou seja, à conformidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico entendido em sentido amplo, pois, se assim não fosse, restaria frustrado o princípio da divisão dos poderes e o sistema de freios e contrapesos, já que o Poder Judiciário estaria a invadir esfera privativa de atuação do Poder Executivo, assumindo uma indesejada preponderância no contexto do Estado Democrático de Direito.

Quanto à discricionariedade administrativa gerada pelos conceitos indeterminados, concluiu-se que a hermenêutica jurídica a ser exercida pelo magistrado assume fundamental papel, haja vista que a extensão do controle da discricionariedade administrativa gerada por conceitos fluidos pelo Poder Judiciário vai até as zonas de certeza destes conceitos: quando os pressupostos fáticos correspondem às zonas de certeza positiva e negativa dos conceitos jurídicos indeterminados, o juiz pode revisar ou confirmar os atos administrativos, devendo anulá-los diante dos vícios que porventura encontrar; ao contrário, nos casos em que os fatos se localizam nas zonas de penumbra destes conceitos, é prudente que o juízo de oportunidade e conveniência do agente público responsável pela atuação seja mantida. Delimitar com clareza as zonas de certeza e de penumbra dos conceitos indeterminados é a atividade hermenêutica a ser exercida pelo juiz para que encontre as suas possibilidades de intervenção sobre a discricionariedade.

Por fim, sugere-se ser necessário que estes limites de intervenção judicial sobre a atuação administrativa sejam estabelecidos como forma de se garantir o equilíbrio do sistema de freios e contrapesos e o princípio da separação dos poderes, institutos que têm por escopo coibir o arbítrio estatal sobre os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAPTISTA, Patrícia. **Transformações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 mai. 17.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 429.570/GO. 2. T. Relatora Ministra Eliana Calmon. *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 22 mar. 2004. Disponível em: <www.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 12 jun. 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, RMS nº 24699/DF. Rel. Min. Eros Grau, *Diário de Justiça*, Brasília, DF, 30 nov. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.aspx>>. Acesso em: 12 jun. 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito Constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de derecho administrativo**. 10. ed. Madrid: Civitas, 2001.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia entre Facticidade e Validade**. 2. v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. Pós-escrito editado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: UnB, 1980.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Tradução de Fernando Henrique Cardoso. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Conceitos jurídicos indeterminados e delimitação concreta da discricionariedade administrativa no pós-positivismo**. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 7, p. 167-193, jan./jun. 2010.

OLIVEIRA MORAES, Germana de. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 2004.

PEGORARO, Luiz Nunes. **Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Palionelli de. **O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan/abr. 2015.

ROZAS, Luiza Barros. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8715>>. Acesso em: 12. jun. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy**. DOI 10.12957/dep.2013.8350. Disponível em: <http://www.e-publicacoes_teste.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/viewFile/8350/6377>. Acesso em: 04. jul. 2017.