



**Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**

FERNANDA MACHADO DA SILVA DUTRA

**CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE
TÉCNICA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Brasília
2010

FERNANDA MACHADO DA SILVA DUTRA

**CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE
TÉCNICA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-graduação
Lato Sensu em Direito Administrativo.

Orientador: João Braga

Brasília
2010

FERNANDA MACHADO DA SILVA DUTRA

**CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE
TÉCNICA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília
(UniCEUB/ICPD) como pré-requisito
para a obtenção de Certificado de
Conclusão de Curso de Pós-
graduação *Lato Sensu* em Direito
Administrativo.

Orientador: Prof. João Braga

Brasília, ____ de _____ de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Nome completo

Prof. Dr. Nome completo

**Dedico este trabalho aos meus queridos filhos,
por serem meus companheiros, amigos, anjos
em minha vida.**

AGRADECIMENTO(S)

Agradeço ao Professor João Ferreira Braga a dedicação, o apoio, a educação e a paciência na orientação, permitindo que esse trabalho se tornasse realidade. O seu empenho e sua instrução possibilitaram o avanço na pesquisa e confiança na ideia inicial.

“[...] Da condição de súdito, de mero sujeito subordinado à Administração, o administrado foi elevado à condição de cidadão. Essa nova posição do indivíduo, amparada no desenvolvimento do discurso dos direitos fundamentais, demandou a alteração do papel tradicional da Administração Pública. Direcionada para o respeito à dignidade da pessoa humana, a Administração, constitucionalizada, vê-se compelida a abandonar o modelo autoritário de gestão da coisa pública para se transformar em um centro de captação e ordenação dos múltiplos interesses existentes no substrato social.” Patrícia Ferreira Baptista em Transformações do Direito Administrativo. (2003, p. 129-30).

RESUMO

Este trabalho visa a uma melhor compreensão do alcance jurisdicional no controle dos atos discricionários administrativos, especificamente no que diz respeito àqueles cujos critérios são oriundos de conhecimentos especializados, sejam técnicos ou científicos.

Para alcançar esse objetivo, procedeu-se ao estudo de revisão bibliográfica, mediante o qual foi traçado um panorama amplo sobre a discricionariedade administrativa e seus limites, bem sobre sua evolução no tempo, seguida, ainda, das transformações da atuação do Poder Judiciário no seu controle.

Foi necessário demonstrar a mudança de paradigma no que diz respeito aos critérios para atendimento do princípio da legalidade, princípio este autorizador de revisão dos atos administrativos.

Foram citados também como limitadores de atuação administrativa, os princípios constitucionais administrativos da razoabilidade e da proporcionalidade, pelo que, foram inseridos como integrantes do próprio princípio da legalidade, exemplificando no cenário administrativo o que atualmente é permitido dentro deste campo de ação.

Para se definir a discricionariedade técnica administrativa, tornou-se indispensável conceituar, em paralelo, os conceitos jurídicos indeterminados, de forma a verificar a relação existente entre os institutos e fixar, nesse universo, a atuação do Poder Judiciário.

Como influência dos estudos doutrinários, constatou-se que os Tribunais têm se posicionado, em grande maioria, a favor da possibilidade de análise do mérito dos atos administrativos, com base nos princípios e regras que regem a atuação da Administração Pública.

O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, técnicos ou não, os quais são consequência de valoração subjetiva da Administração Pública, sujeita à falibilidade humana, o que por este motivo, autoriza a avaliação jurisdicional, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração Pública, de forma a coibir atuações administrativas arbitrárias.

Palavras-chave: [Discricionariedade técnica. Atos administrativos. Controle judicial.]

ABSTRACT

This work aims to reach a better understanding of the judicial control of administrative discretionary acts, specifically with regard to those whose criteria are drawn from expertise, whether technical or scientific.

To achieve this goal, we carried out the literature review, which was traced by a wide panorama on administrative discretion and its limits, and on its evolution in time, then also the transformation of the judicial power in its control.

It was necessary to demonstrate the paradigm shift with regard to the criteria for care of the legality principle, a principle authorizing review of administrative acts.

Also cited as limiting administrative action, were the constitutional principles of administrative fairness and proportionality, therefore, were inserted as part of the very principle of legality, the administration scenario exemplifying what is currently allowed in this field of action.

To define the technical administrative discretion, it became necessary to conceptualize, in parallel, the vague legal concepts in order to assess the relationship between the institutes and set in that universe, the performance of the judiciary.

As the influence of doctrinal studies, it was found that the Courts have positioned themselves to a large majority in favor of the possibility of examining the merits of administrative actions based on the principles and rules governing the operation of public administration.

The court may control and must focus on the elements of the act, technical or otherwise, which are the result of subjective valuation of Public Administration, subject to human fallibility, which for this reason, authorizes judicial review in the light of the principles governing the performance of public administration in order to restrain arbitrary administrative actions.

Key words: [Discretion technique. Administrative acts. Judicial control].

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AC- Acórdão

Ag – Agravo

AgRg- Agravo Regimental

Art. - Artigo

Arts. - Artigos

DJ- Diário de Justiça

DJe- Diário de Justiça Eletrônico

Doc- Documento

DOU- Diário Oficial da União

Edcl- Embargos de Declaração

Eresp- Embargos de divergência no Recurso Especial

Inc- Incisos

INMETRO- Instituto Nacional de Metrologia

MS – Mandado de Segurança

n. – Número

p.- Página

Resp – Recurso Especial

TRF- Tribunal Regional Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1 A Discricionariedade Administrativa	11
1.1 Evolução conceitual	12
1.2 Campo de atuação	14
1.3 A discricionariedade administrativa e os princípios da legalidade e razoabilidade	16
2 A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA	20
2.1 Critérios conceituais	20
2.2 A discricionariedade técnica e os atos administrativos	22
2.3 A discricionariedade técnica e os atos normativos de órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta	24
3 CONTROLE JUDICIAL	27
3.1 Critérios em relação à discricionariedade administrativa	28
3.2 Critérios em relação à discricionariedade técnica	31
3.3 A atuação exegética do Poder Judiciário e os conceitos indeterminados	35
PRECEDENTES	37
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

Como é sabido, um dos atributos concernentes à Administração Pública é o seu poder de discricionariedade, que é conferido a determinados atos, os quais a Administração tem certo grau de liberdade na escolha de, no caso concreto, optar entre duas ou mais alternativas viáveis. É de se registrar, entretanto, que esta escolha é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade e interesse público. Esta é a chamada discricionariedade administrativa, em seu aspecto amplo.

Assim como o Estado moderno e juntamente com este, a discricionariedade administrativa evoluiu, passando a ser vista como um poder jurídico, o que acarretou conseqüentemente uma maior limitação no seu campo de atuação, ampliando, ainda, a possibilidade de controle judicial desses atos.

Nesse processo evolutivo do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade passou a não mais abranger somente a lei em sentido formal, mas todos os valores e princípios contidos implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico. Isso significou uma maior restrição à discricionariedade administrativa, ficando aquela liberdade limitada entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, e não mais perante a lei.

Na discricionariedade técnica, a discricionariedade está adstrita aos aspectos de avaliação técnica, quais sejam aqueles onde haja pareceres ou opiniões de profissionais relacionados à área de atuação administrativa.

Nesses casos, o controle judicial obedece a alguns critérios, os quais serão estudados de forma a avaliar qual o grau de liberdade administrativa nas questões que envolvem discricionariedade técnica e a possibilidade de controle judicial desses mesmos atos.

Traçadas essas linhas, o presente trabalho visa a uma melhor compreensão da discricionariedade administrativa e suas limitações, sobretudo quando ela está orientada por pareceres técnicos. Para tanto, é necessário esclarecer alguns pontos dentre os quais:

- 1- A evolução da discricionariedade administrativa.

2- A abrangência atual do Princípio da legalidade.

3- Os limites do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

4- A definição de discricionariedade administrativa técnica e sua aplicabilidade no Direito brasileiro.

5- A definição de conceitos jurídicos indeterminados e sua relação com a discricionariedade administrativa

6- As diferenças entre discricionariedade técnica dos atos administrativos e discricionariedade técnica dos atos normativos de órgão ou entidades da Administração Pública Direta ou Indireta.

7- Os limites de controle judicial da discricionariedade técnica dos administrativos e da discricionariedade técnica dos atos normativos de órgão ou entidades da Administração Pública Direta ou Indireta.

Para alcançar esses objetivos, procedeu-se ao estudo de revisão bibliográfica, onde foi traçado um panorama geral sobre a discricionariedade administrativa, chegando ao estabelecimento do limite de atuação do Poder Judiciário no controle da discricionariedade técnica administrativa.

Demonstrar-se-á, ainda com esse estudo, a importância de se garantir a efetividade dos princípios basilares do Direito Administrativo (Legalidade, Razoabilidade, Proporcionalidade, Impessoalidade e Moralidade) e do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O presente trabalho foi então estruturado em 3 capítulos.

No primeiro capítulo, é apresentada a discricionariedade administrativa em seu aspecto amplo, sua evolução conceitual, campo de atuação e relação com os princípios da legalidade e razoabilidade.

O segundo capítulo proporciona uma análise sobre a discricionariedade técnica, seu conceito, campo de atuação e sua relação com os conceitos jurídicos indeterminados.

No terceiro capítulo, é apresentada a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos, estabelecendo um panorama de limitações, sua

relação com a discricionariedade administrativa e com os conceitos jurídicos indeterminados.

1 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A discricionariedade administrativa é aquele atributo conferido pela lei à Administração Pública, que lhe dá certo grau de liberdade na definição de elementos essenciais à prática de atos voltados ao atendimento de um interesse público.

Conforme preceitua o ilustre professor Hely Lopes Meirelles (2009, p.120), quando se refere ao poder discricionário: “Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei.”

A discricionariedade administrativa é “ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades de cada momento.” (MEIRELLES, 2008, p. 171)

O agente administrativo, quando em sua atividade discricionária, pode eleger entre várias condutas possíveis, a que mais lhe sugere conveniência e oportunidade para o interesse público. A conferência dessa atribuição à Administração encontra plena justificativa, diante da impossibilidade de o legislador prever os atos que a prática administrativa exige.

A globalidade de escolhas concretiza-se segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, razoabilidade, interesse público, ou seja, trata-se de escolha puramente de mérito.

Leciona Diógenes Gasparini (2008, p.98):

Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou outro modo.

No entanto, tal prerrogativa conferida à Administração não é absoluta, de forma a evitar que o agente administrativo aja movido de arbitrariedade. Dentro de tal contexto, a liberdade passa a sofrer menor ou maior limitação, levando em consideração o processo evolutivo do Estado Moderno.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.47) pondera que:

[...] não se deve cogitar da discricionariedade como um poder absoluto e intocável, mas sim como uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas

dos administrados. Fora daí, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade e também do Judiciário [...]

1.1 Evolução conceitual

Para que se torne possível a análise da evolução conceitual da discricionariedade administrativa, necessário se faz expor em um breve relatório, o contexto histórico e social da evolução do Estado Moderno.

A primeira etapa do Estado Moderno inicia-se logo após o Renascimento. Esse período foi caracterizado pelo Estado de Polícia, no qual a forma de governo adotada era a monarquia. Não existiam atos administrativos, mas atos de autoridades. Nesse regime, o grau de liberdade do Administrador era bastante amplo, pois o mesmo agia sem o lastro do ditame legal.

Posteriormente, surge a segunda etapa do Estado Moderno, na tentativa de se garantir a segurança jurídica e política dos indivíduos. Essa fase foi marcada pela instauração do Estado de Direito, o qual visava à busca da justiça para o cidadão, e foi nesse momento histórico que se consagraram os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes.

Em atenção à justiça social, o Estado passou a sofrer limitações em sua atuação, estas advindas da implementação da legalidade em seu sentido amplo, no intuito de se coibir arbitrariedades. Como nos ensina Falla (1954, p.20) “La historia del Estado moderno contemporáneo es en esencia la historia de la lucha contra la arbitrariedad y en favor de la legalidad en todas las esferas de la actuación estatal.”

Ainda na mesma fase, o Estado não podia violar os direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo, nem interferir na ordem social e econômica vigente. A lei era resultante da vontade geral e o princípio da separação de poderes retirou a liberdade do Poder Executivo de estabelecer normas gerais, a ele antes conferida, e lhe impôs obediência aos ditames do Poder Legislativo.

Conforme descreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p.20-21):

[...] Como consequência dessa preocupação com a liberdade do homem, ao Estado foi atribuída à missão apenas de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos, como se verifica pelos artigos 2 e 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. A posição do Estado era fundamentalmente negativa, pois ele não devia ofender os direitos e

liberdades inalienáveis do indivíduo, nem interferir na ordem social ou na economia [...]

Ainda na segunda etapa do Estado Moderno, o princípio da legalidade orientava a conduta da Administração, que podia fazer tudo o que a lei expressamente determinasse e, também, o que ela não proibisse. No entanto, existiam, ainda, atividades desenvolvidas pela Administração Pública que estavam isentas de qualquer vinculação à norma jurídica e, conseqüentemente, de qualquer controle judicial, ou seja, a discricionariedade administrativa atuava nos espaços livres da lei.

Nesse aspecto, anotou a referida autora:

[...] Estava, pois, consagrado o princípio da legalidade. [...] As duas idéias principais que servem de base para esse princípio são, de um lado, a de que o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo, manifestada pela lei; acima dessa vontade nenhuma outra se coloca, nem mesmo a do monarca; de outro lado, a idéia de separação de poderes, que dá primazia ao Poder Legislativo, colocando os dois outros sob a égide da lei. O Executivo e o Judiciário apenas executam as normas emanadas do Legislativo, deixando de ser vistos como expressão da soberania e perdendo qualquer margem do poder normativo. Só o legislativo pode editar leis, sendo-lhe vedado delegar esse poder. (2001, p. 22).

Na tentativa de solucionar os conflitos sociais, o Estado evoluiu para o Estado Social de Direito e passou a intervir na ordem econômica e social, por este motivo, o ideal de igualdade sobressaiu ao de liberdade e os direitos individuais foram limitados em benefício do bem-estar coletivo.

A esse processo evolutivo acrescentou-se a participação popular e efetiva no processo político, nas decisões do governo e no controle da Administração Pública e a discricionariedade, mesmo sendo elemento necessário de atuação administrativa, além de limitar-se ao princípio da legalidade, passou a se submeter também aos princípios que regem a Administração Pública.

Odete Medauar salienta que (2005, p. 5220):

[...] Nós partimos de um poder que na construção clássica era praticamente livre, para um exercício de um poder pleno de requisitos e pleno de parâmetros. Esses parâmetros aumentam paralelamente a amplitude do controle jurisdicional sobre a atuação da administração esbarrando de maneira muito acentuada numa esfera que antigamente era considerada esfera do poder discricionário, onde o poder judiciário não podia chegar. [...]

Seguindo a linha de interpretação que almeja um Estado de Justiça Material, esclarece Di Pietro (2001, p.22):

Inseparável dos princípios da legalidade e da igualdade, no Estado de Direito, é o controle judicial dos atos praticados pelo poder público ou, falando de modo mais amplo, é o princípio da justicialidade, referido também por Manoel Gonçalves Ferreira Filho. Com base na lição de Carl Schmitt, diz ele que esse princípio significa que, no Estado de Direito, “deve haver, sempre, um procedimento contencioso para decidir “toda espécie de litígio”, sejam estes entre autoridades superiores do Estado, ou entre autoridades e particulares, ou, num Estado Federal, entre a Federação e um Estado-membro, ou entre Estados-membros. [...]

Constata-se, portanto, que, acompanhando o movimento histórico da evolução do Estado Moderno, evoluiu, também, o conceito de discricionariedade administrativa.

Do ponto de vista da administrativista Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p.15), “A administração pública constitucionalizou-se, se o velho Estado de Direito do liberalismo, fazia o culto da lei, o novo Estado de Direito de nosso tempo faz o culto da Constituição.”

Percebe-se, assim, que a discricionariedade administrativa, antes inalcançável sob os âmbitos legislativo, administrativo e judicial, torna-se limitada pela lei e, por fim, por todo arcabouço constitucional. É o que se absorve das lições de Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 34) “[...] passo a passo, verifica-se a juridificação da discricionariedade administrativa [...] base e fundamento material da possibilidade de intervenção jurisdicional [...]”

Acrescentando este postulado, contribui Gustavo Binenbojm (2005, p.87):

Como agente condutor básico da superação dogmática de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a idéia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico apontado no capítulo anterior, pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos – traduzidos em parâmetros jurídicos – a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo.

1.2 Campo de atuação

Seguindo as orientações de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se concluir que é a previsão normativa que define qual é o campo de atuação da discricionariedade administrativa, bem como a imposição de seus limites. Por este motivo, necessário é o exame da própria norma jurídica responsável pela existência dessa liberdade.

Cita o mesmo autor que a discricionariedade, inserida na norma jurídica, está presente quando a lei expressamente a confere à Administração; quando a lei é insuficiente na disposição de situações supervenientes ao momento de sua promulgação; quando a lei prevê determinada competência, mas não esclarece a conduta a ser adotada e quando a mesma usa conceitos indeterminados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p.79) bem esclarece o assunto:

A discricionariedade está na hipótese da norma quando os pressupostos de fato por ela enunciados (motivos do ato administrativo) são descritos mediante os chamados conceitos práticos, ou seja, determinados por meio de palavras vagas, imprecisas, como pobreza e notável saber. A discricionariedade está no mandamento quando a norma facultar um comportamento, ao invés de exigí-lo. E está na finalidade, quando esta é expressa por meio dos referidos conceitos práticos, como moralidade pública [...]

Quando a discricionariedade está relacionada com as etapas de formação do ato administrativo, Di Pietro esclarece que, quanto à competência, a autoridade administrativa não tem possibilidade de atuar discricionariamente, pois se trata de critério vinculado à lei.

Segundo a referida autora, quanto à valoração, só haverá discricionariedade quando a autoridade deva avaliar as consequências que possam ser produzidas em razão do fato real, e não quando apenas tenha que estabelecer a medida de existência dos fatos e sua conformidade com o definido no ordenamento jurídico.

Quanto às medidas adequadas frente à situação de fato, Di Pietro entende que a autoridade tem discricionariedade para deliberar quais as medidas que melhor se adequarão, levando em conta o fato e a lei.

Quanto à finalidade, sustenta ainda Di Pietro que a discricionariedade estará sempre limitada aos fins públicos, que justificam sua interferência. E, **quanto** à forma, ressalta que há divergência doutrinária no sentido de se definir se a forma será sempre vinculada, ou se pode ser discricionária, dependendo do que dispuser a lei.

Quanto ao momento da prática do ato, em regra, caberá a discricionariedade, pois se a lei nada dispõe, ao administrador cabe decidir qual o melhor momento para sua atuação.

A discricionariedade pode, ainda, estar situada em alguns dos elementos do ato, são eles, sujeito, objeto, motivo, forma e finalidade.

Acolhendo, mais uma vez, os critérios utilizados por Di Pietro (2001, p.80), com relação ao sujeito, não existe discricionariedade, “pois a competência para a prática de atos administrativos é, por princípio, fixada em lei, embora esta mesma competência possa ser delegada ou avocada.”

Quanto ao objeto ou conteúdo do ato, quando se refere à produção de efeitos jurídicos, pode deixar, ou não, certa margem de discricionariedade para a Administração, quando a lei conferir mera faculdade de agir ou mais de uma opção para agir.

Quanto aos motivos, dependendo de como a lei defina os fatos ensejadores de determinada conduta da Administração, poderá haver discricionariedade ou vinculação. Haverá vinculação, quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva. Será discricionário se a lei não definir o motivo, deixando-o a critério da Administração, ou ainda, quando a lei definir o motivo utilizando noções vagas.

Quanto à finalidade, existe novamente dissenso entre os doutrinadores, que, mesmo unânimes em reconhecer que a finalidade de um ato administrativo é sempre o interesse público, divergem quanto a estabelecer se o “interesse público”, de modo geral, seria, ou não, uma expressão vaga, que geraria certa discricionariedade para o administrador público.

Com relação à discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, tema bastante controverso na doutrina, leciona Maria Sylvia Di Pietro (2001, p. 98):

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

1.3 A discricionariedade administrativa e os princípios da legalidade e razoabilidade.

Para se definir os limites da atuação discricionária administrativa, convém que seja feita a análise dos princípios da legalidade e da razoabilidade, pois, desde o surgimento do primeiro e acompanhando o seu desenvolvimento, o grau de liberdade administrativo foi se modificando com o tempo, o que está sendo novamente questionado, ao se enfatizar o princípio da razoabilidade.

Da obra *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, afere-se que foi no Estado de Direito formal, ainda no século XVIII, que o princípio da legalidade surgiu. Ele representava a fonte normativa legitimadora de todas as condutas públicas e fez nascer, com o culto à lei, a esperança de se acabar com os governos tiranos.

Em sua primeira etapa, o princípio da legalidade administrativa era entendido como a obrigatoriedade de adequação entre um ato administrativo e a previsão legal na qual ele tivesse a sua fonte.

Seguindo os ensinamentos de Di Pietro (2001, p. 20-26) entende-se que embora o Estado de Direito adotasse, como um de seus dogmas fundamentais, o princípio da legalidade, ao qual se submetia a Administração Pública, é de se ver que, no período do Estado liberal, esse princípio teve uma concepção diversa daquela que prevalece atualmente. Era uma concepção mais restrita, tentando adaptar a **idéia** de discricionariedade administrativa, advinda do Estado de Polícia, com o princípio da legalidade. A discricionariedade era vista como um tipo de atividade administrativa que não admitia o controle judicial.

Com o surgimento do princípio da legalidade, a Administração Pública passou a sofrer limitações em sua atuação, ou seja, ela só poderia fazer o que a lei determinasse, vinculando seus atos ao pleno controle judicial.

No Brasil, o princípio da legalidade está consubstanciado nos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, inc. IV, todos da Constituição da República, que, interpretados sistemicamente, demonstram sua atuação rigorosa e restrita, bem como a completa submissão da Administração à ordem legislativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 103) refere-se à subalternidade da Administração à lei quando acentua:

[...] a administração é atividade subalterna à lei; que se subjugue inteiramente a ela; que está completamente atrelada à lei; que sua função é tão-só a de fazer cumprir lei preexistente, e, pois, que regulamentos independentes, autônomos ou autorizados são visceralmente incompatíveis com o Direito brasileiro.

A tendência atual do Estado Democrático de Direito é considerar o princípio da legalidade numa dimensão muito mais ampla que a mera subordinação à lei, e sim, ao ordenamento jurídico considerado como um todo. Por esse motivo, muitos autores preferem denominá-lo de princípio da juridicidade.

Conforme preceitua Seabra Fagundes (2006, p. 119):

[...] Dentro da busca de um novo escopo para a legalidade, fundamenta-se a atividade administrativa na vinculação à ordem jurídica como um todo (princípio da juridicidade), o que se reforça com a ascensão do constitucionalismo, englobando os princípios e valores consagrados na Lei Maior.

[...] Verifica-se, assim, o surgimento de uma verdadeira Constituição administrativa, que, por um processo de autodeterminação constitucional, emancipou-se da lei na sua relação com a Administração Pública, passando a consagrar princípios e regras que, sem dependência da *interpositio legislatoris*, vinculam direta e imediatamente as autoridades administrativas.

No que se refere ao princípio da razoabilidade, pode-se considerar que ele integra o princípio da juridicidade administrativa, pois além de estar inserido no princípio da legalidade, traz em seu bojo, valores que devem ser observados pelo Administrador Público.

Será razoável a medida quando o senso comum puder admitir a solução adotada pelo administrador como a medida pertinente para o caso concreto. E, “ainda que a administração goze de discricionariedade para escolher quando agir, essa escolha não pode violentar o senso comum nem as regras técnicas.” (MOREIRA NETO, 2005, p. 35).

Como ensina Lúcia Valle Figueiredo (2006, p. 50), “a razoabilidade atua como critério, finalisticamente vinculado, quando se trata de valoração dos motivos e da escolha do objeto para a prática do ato discricionário.”

Cármem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 112-113) posiciona-se sobre o tema:

[...] pode-se conceber a razoabilidade como a qualidade dos valores buscados pela conduta estatal, ou como o fundamento do valor Justiça que ela dever realizar e a coerência, racionalmente demonstrada, entre aquele desempenho e a transformação da realidade por ela provocada e que deve ser justa e concretizadora do interesse público específico para ser considerada válida juridicamente [...]

A coerência entre as necessidades sociais e a resposta administrativa para o caso concreto deve demonstrar razoabilidade na aplicação da norma jurídica pela pessoa estatal, para que o princípio da razoabilidade seja atendido. Isso porque o princípio da razoabilidade faz garantir que o ente estatal não se obrigue somente ao atendimento formal das normas, mas também a comportamentos formalmente válidos e materialmente justos.

Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.108):

[...] pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis-, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez, e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.

Quanto à função fundamentadora dos princípios constitucionais, importante evidenciar:

Pela função fundamentadora da ordem jurídica – elementos fundantes -, os princípios ostentam uma eficácia derogatória e diretiva. Essa função ocupa enorme importância no Direito Público, mormente no Direito Constitucional contemporâneo. Por ela, as normas que se contraponham aos núcleos de irradiação normativa assentados nos princípios constitucionais, perderão sua validade (no caso da eficácia diretiva) e/ou sua vigência (na hipótese de eficácia derogatória), em face de contraste normativo com normas de estalão constitucional. Esse quadro não se aplica somente aos casos *sub constitutione*, mas também às hipóteses *sub lege*, a exemplo de atos administrativos [...] (ESPÍNDOLA, 1999, p. 67).

O que se percebe dessa transcrição, é que os princípios constitucionais norteiam a atividade administrativa, e, como bases fundamentadoras que são, não podem ser violadas pelo administrador, mesmo que lhe seja conferida por lei certa

margem de liberdade. Pois, seguindo os ensinamentos de Paulo Modesto (1997, p. 80) e reforçando esse entendimento por Espíndola, é possível concluir que:

[...] A legalidade não se compreende dissociada dos valores substanciais integrados no ordenamento jurídico, nem tampouco destacada da sua função própria e histórica de contenção do arbítrio. Manipulada isoladamente, desviada de sua finalidade instrumental, contrasta com a própria segurança jurídica, princípio voltado à proteção da confiança e da boa-fé e a garantia da previsibilidade das situações jurídicas.

[...] Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são anunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito [...] (ESPÍNDOLA, 1999, p. 55).

2. A DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA

As modificações tecnológicas atingiram elevado grau de complexidade e, por esse motivo, passou-se a exigir mais do processo criativo na instituição de normas, bem como do próprio acompanhamento da normatização existente.

Das lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é possível constatar que o processo de instituição de normas não acompanha, com a mesma velocidade, as mudanças sociais e tecnológicas, o que gera no âmbito administrativo um maior grau de liberdade na complementação da atividade legislativa e na escolha das opções que melhor atendam ao interesse público.

A discricionariedade técnica, seria, então, a possibilidade administrativa de se escolher a solução mais adequada para o caso em concreto, adotando-se critérios oriundos de conhecimentos especializados, sejam técnicos ou científicos.

2.1 Critérios conceituais

Di Pietro, fazendo referência aos estudos de António Francisco de Sousa (2003, apud SOUSA, 1994, p. 105-106) cita que a expressão “discricionariedade técnica” foi utilizada pela primeira vez na Escola de Viena em 1864 e era conceituada como todo tipo de decisão que, não sendo discricionária, deveria ser pela sua alta complexidade técnica. Eram elas consideradas como atividades fora do controle judicial.

Tanto na Áustria, onde surgiu, quanto na Alemanha, o conceito e a aplicação da discricionariedade eram tidos como controversos, pois, para alguns, o conceito indeterminado conferia à Administração uma liberdade de opções, o que as tirava do controle judicial, enquanto, para outros, o emprego do conceito indeterminado constituía problema de interpretação, o que poderia ser questionado pelo Poder Judiciário.

O direito alemão serviu de influência ao direito espanhol, no qual prevaleceu o entendimento de que os conceitos indeterminados não gerariam discricionariedade, mas processo de interpretação, de responsabilidade da Administração.

Segundo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández (1988, p.433-439) a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados nos casos concretos não admite mais de uma solução, ou seja, para os autores o conceito no caso concreto deixa de ser indeterminado para ser determinado.

Renato Alessi menciona que (1970, p.195-198), no direito italiano, o tema foi tratado da seguinte forma: existiam casos onde a apreciação do interesse público exigia, exclusivamente, a utilização de critérios administrativos, casos estes de discricionariedade administrativa e casos onde a referida apreciação exigiria a utilização de critérios técnicos, e para estes casos, não existiria discricionariedade, mas vinculação.

Demonstra-se claro, portanto, que, no direito italiano, as expressões discricionariedade e técnica seriam inconciliáveis, pois ao administrador não existiria propriamente liberdade de opção e sim vinculação, segundo critérios técnicos.

No direito francês, o Conselho de Estado adota a teoria do erro manifesto, que significava que, na apreciação dos fatos, se fosse utilizado o caráter técnico, seria reconhecida a faculdade discricionária da Administração, a qual estaria excluída do controle judicial, a não ser que se tratassem de atos arbitrários, utilizados com abuso de poder, os quais poderiam ser revistos.

Di Pietro (2003, p.84-85) assinala que, no direito norte-americano, o tema teve importância fundamental na delimitação de competência das agências reguladoras. Reconhecia-se a essas agências um amplo grau de discricionariedade técnica, e seus atos, por envolverem conhecimentos específicos, ficavam fora também do controle judicial, a não ser que se tratasse de atos arbitrários e abusivos.

Segundo a mesma autora (2003, p. 88-89), no direito brasileiro, a discricionariedade técnica é vista sob um duplo aspecto; em relação aos atos administrativos propriamente ditos, em que é cabível a diferenciação entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica, e em relação aos atos normativos de órgãos ou entidades da administração direta ou indireta, onde se questiona o tipo de ato gerado pela Administração Pública, se ato discricionário ou ato vinculado ao critério técnico.

Quanto a essa última, Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 31) expõe:

No sistema normativo brasileiro, o setor em que mais de perto se encontra a aplicação da discricionariedade técnica é o que diz respeito à função exercida pelas agências reguladoras quando no desempenho da atividade técnica que lhe foi atribuída pela respectiva lei – a denominada função regulatória. Nesta, permite-se que o ente administrativo escolha uma dentre várias técnicas igualmente válidas e eficientes para a consecução dos objetivos que lhe foram cometidos.

2.2 Discricionariedade técnica em relação aos atos administrativos

A discricionariedade técnica vista sob o aspecto dos atos administrativos, remete à questão dos conceitos jurídicos indeterminados, e não há uniformidade doutrinária, no que diz respeito ao tema e seu reflexo no controle judicial.

A primeira corrente doutrinária entende que, se a lei emprega conceitos vagos, imprecisos, à Administração caberá interpretá-los a fim de que chegue a uma solução possível, e, nesses casos, caberá ao Judiciário rever e corrigir essa interpretação, se necessário.

A segunda corrente entende que o emprego na lei de conceitos jurídicos indeterminados pode, ou não, gerar discricionariedade, dependendo do tipo de conceito e de sua aplicação nos casos concretos.

Sobre o tema, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 131):

No direito brasileiro, os poucos autores que já se dedicaram ao exame da discricionariedade sob esse aspecto enquadram-se nessa segunda tendência, embora com a preocupação de colocar a discricionariedade dentro de determinados limites, apelando para princípios como o do interesse público e o da proporcionalidade ou razoabilidade.

Nota-se, portanto, que a utilização de conceitos indeterminados leva a controvérsias doutrinárias, no sentido de se estabelecer se eles gerariam ou não discricionariedade administrativa e, a partir de que momento o trabalho do administrador deixaria de ser interpretativo e passaria a ser discricionário.

Nesse contexto, afirma Di Pietro a importância em se distinguir o que seriam os conceitos de experiência e de valor.

Para o conceito de experiência ou empírico, o administrador, após interpretar determinada norma, torna preciso o conceito, não lhe restando margem

de liberdade para escolha de seu significado, porque existem critérios objetivos, de experiência comum, trazidos pela lei, para que lhes sejam atribuídos o sentido usual.

Para o conceito de valor, terminado o processo de interpretação pelo agente administrativo, resta espaço no campo de liberdade, o que enseja discricionariedade, pois o processo interpretativo não é suficiente para sanar o conceito.

Conclui-se, portanto, que, seguindo essa linha de interpretação, em muitos casos, o processo de interpretação não é suficiente para afastar a indeterminação do conceito e a Administração Pública poderá optar entre mais de uma significação possível.

No entanto, em outros casos, mesmo quando haja possibilidade de opção entre duas ou mais alternativas, é possível chegar-se a uma única solução válida. Sendo assim, necessária a análise específica do caso em concreto para verificar se houve discricionariedade, ou se a atuação limitou-se a um trabalho de interpretação.

Respeitando esse critério de diferenciação, é de se avaliar se a mencionada distinção se torna necessária para o estabelecimento do respectivo controle judicial, já que o trabalho do administrador, tanto quando atua na interpretação da norma, quanto na complementação delas, envolve valoração, e, portanto, critério discricionário ou subjetivo.

(Fernanda, o trecho acima – grafado de vermelho - precisaria de, pelo menos, uma (ou duas) referência bibliográfica, caso seja possível, por favor, inserir).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p.121):

[...] Em posição intermediária situam-se aqueles que reconhecem poder discricionário para a Administração Pública em face dos conceitos indeterminados; todavia, essa discricionariedade não implica livre apreciação. A autoridade administrativa deve utilizar todos os métodos possíveis de exegese para alcançar o interesse público que o legislador quis proteger ao conferir-lhe discricionariedade. Esta começa onde termina a interpretação [...]

Segundo a mesma autora:

[...] Também devem ser afastadas as teorias extremadas que veem apenas atividade de interpretação sempre que a lei utilize conceitos técnicos, em que realmente se afasta a discricionariedade administrativa, porque existem meios que permitem à Administração transformar em determinado um

conceito aparentemente indeterminado utilizado pelo legislador [...] (DI PIETRO, 2001, p. 122).

Cabe ressaltar que se trata de questão bastante sutil, saber se determinada manifestação administrativa baseou-se em critério interpretativo ou discricionário.

Odete Medauar (2004, p. 131), comentando sobre a discricionariedade técnica, afirma a existência de discricionariedade pelo administrador, em que pese à limitação técnica em sua liberdade de atuação:

[...] Nem sempre a técnica e a ciência implicam certeza absoluta; no campo da técnica e das ciências exatas, biológicas, matemáticas também há diversidade de entendimentos, controvérsias. [...] Pode existir conhecimentos técnicos aceitos amplamente pela comunidade científica; há juízos prováveis oscilantes, há alternativas técnicas e científicas igualmente válidas para o direito, que justificam a escolha.

Ensina José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 51):

[...] Mas, enquanto o conceito jurídico indeterminado situa-se no plano de previsão da norma (antecedente), porque a lei já estabelece os efeitos que devem emanar do fato correspondente ao pressuposto nela contido, a discricionariedade aloja-se na estatuição da norma (conseqüente), visto que o legislador deixa ao órgão administrativo o poder de ele mesmo configurar esses efeitos. Nesta, portanto, o processo de escolha tem maior amplitude do que o ocorrente naquele.

Importantes, também, os esclarecimentos feitos pelo mesmo autor em suas notas:

[...] Entre os estudiosos do tema, há aqueles que entendem que não há processo de escolha nos conceitos jurídicos indeterminados. *Concessa vênia*, não parece verdadeiro o entendimento, porque, por mais que o intérprete se esforce em delimitar a área de aplicação de tais conceitos, sempre restará uma zona de incerteza que lhes é imanente pela própria razão de ser indeterminado o conceito legal. (2009, p. 51).

Com essas considerações, é possível concluir que a doutrina não se encontra pacificada, no que se prende aos conceitos jurídicos indeterminados e à possibilidade de se gerar ou não discricionariedade no processo interpretativo dessas normas.

2.3 Discricionariedade técnica em relação aos atos normativos de órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta.

No que se refere à discricionariedade técnica em relação aos atos normativos de órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta, já é adotada, no Brasil, em sua normatização, a utilização de conceitos indeterminados, para que, a cargo da Administração, fique a incumbência de defini-los.

Com a criação das agências reguladoras, a discricionariedade técnica passou a ter maior destaque, e buscando encontrar um fundamento jurídico para este processo de delegação de função normativa, a doutrina expõe algumas questões consideradas relevantes.

José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.52) define assim o poder regulamentar:

[...] Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação. A prerrogativa, registre-se, é apenas para complementar a lei; não pode, pois a Administração alterá-la a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá abuso de poder regulamentar, invadindo competência do Legislativo.

É necessário observar que, na linha de raciocínio de Carvalho Filho, só se considera poder regulamentar aquele típico poder conferido à Administração para atuar complementando as leis. Trata-se, pois, de poder derivado, somente exercido, considerando a pré-existência de uma lei.

Para a análise do tema, necessário distinguir os dois tipos de atos normativos baixados pelas agências reguladoras, seguindo as lições de Di Pietro (2003, p. 94-95), são eles os que produzem efeitos concretos e os propriamente ditos. Os segundos teriam a natureza de verdadeiros regulamentos.

Os atos normativos de efeitos concretos são aqueles que, quanto ao conteúdo, são verdadeiros atos administrativos, utilizados para decidir ou disciplinar situações concretas. É a típica função reguladora, observando-se o conteúdo das normas superiores e adaptando-as ao caso concreto.

Trata-se de trabalho característico da função reguladora, dentro da qual, a lei permite a discricionariedade, seja ela técnica ou não, da agência, para decidir qual a melhor solução que atenderá ao interesse público.

Leciona Silvio Guerra (2006, p. 876-884) que, na discricionariedade técnica, a delegação regulamentar é mais uma vez aquela em que o legislador reserva, para si, competência para o regramento básico, transferindo a competência para a regulação técnica, a qual deverá guiar-se pelos parâmetros enunciados na lei. Para esses casos, há criação de normas técnicas não contidas na lei, no entanto, submissas a elas.

Seguindo o entendimento de Di Pietro, nos atos normativos propriamente ditos, a agência baixa normas com caráter de generalidade, à semelhança da lei, e não há fundamento no direito brasileiro que justifique essa competência, já que a Constituição Federal delimita em seu corpo toda a competência normativa do direito brasileiro.

Feita essa distinção, quanto aos atos normativos de efeito concreto, é possível concluir que se pode falar em discricionariedade técnica administrativa através da delegação regulamentar, pois o órgão regulamentador passa a definir um conceito contido na lei geral, adequando-o ao caso concreto, e cria normas técnicas não contidas na lei.

Alguns autores entendem que a discricionariedade técnica não constitui verdadeira discricionariedade e justificam esta afirmativa sob o fundamento que não existe decisão política ou liberdade de escolha para a Administração nestes casos.

É o caso de Maria Sylvia Di Pietro (2005, p. 35), que se posiciona nesse sentido:

[...] De fato, se de um lado há aspectos da área técnica que se revestem de absoluta precisão quanto à hipótese a ser empregada – e nesse caso a atuação do administrador não pode senão caracterizar-se como vinculada.

Em que pese à orientação no sentido de que a discricionariedade técnica levaria à atuação administrativa vinculada, deve-se questionar que, por mais que a lei imponha critérios objetivos a serem observados pelo Poder Executivo, é ele quem irá fazer a escolha da melhor solução que atenda ao interesse público, mesmo

quando o grau de discricionariedade é menos amplo, como acontece com a utilização de critérios técnicos.

A discricionariedade técnica administrativa não deixa de ser “discricionariedade”, mesmo que limitada a critérios objetivos técnicos, os quais poderão ser objeto de controle judicial, assim como a discricionariedade administrativa, em seu aspecto amplo.

Cabe ressaltar, ainda, que, quando o enfoque está voltado aos atos normativos propriamente ditos das agências reguladoras, estas não podem baixar regras de conduta, que afetem direitos individuais, impondo deveres e criando obrigações, pois se trata de matéria de reserva de lei, a qual não lhe foi permitida constitucionalmente.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1993 apud CARVALHO FILHO, 2009, p.56) assevera que:

[...] só por lei se regula a liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos, de modo que são inconstitucionais regulamentos produzidos em forma de delegações disfarçadas oriundas de leis que meramente transferem ao Executivo a função de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade as pessoas.

3. CONTROLE JUDICIAL.

O controle judicial é aquele poder de fiscalização que o Poder Judiciário exerce sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário.

Quando relacionado aos atos administrativos, “a finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública.” (FAGUNDES, 2006, p. 135).

Trata-se de controle externo, porque não integra a estrutura da Administração Pública, provocado, porque só excepcionalmente o Judiciário atua de ofício, e direto, porque incide imediatamente sobre os atos e atividades administrativas. Extraordinariamente, poderá ser preventivo, como nas ações declaratórias, no *habeas corpus* e no mandado de segurança.

No Brasil, vigora o sistema de jurisdição única, ou seja, ao Judiciário assiste o poder de decidir, em caráter definitivo, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do direito ao caso concreto.

Ao poder Judiciário foi conferida a missão de examinar a legalidade e a constitucionalidade de atos e leis, é o consagrado controle de legalidade.

A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, inc. XXXV, estabelece que toda e qualquer questão será passível de ser apreciada pelo Poder Judiciário, desde que lesione ou ameace lesionar algum direito.

O Poder Judiciário não pode furtar-se em analisar a consonância do ato tido como violador com o ordenamento jurídico. Por consequência, se um ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário deve declarar sua invalidação, de modo a impedir que ele continue produzindo efeitos ilícitos.

O controle judicial só abrange os casos concretos, ou seja, aqueles decorrentes da aplicação da lei. Na apreciação das leis em tese, o Poder Judicial só fará o controle em caráter excepcional. Quanto às leis e medidas provisórias de efeitos concretos, o controle jurisdicional é atuante.

São instrumentos judiciais de controle da legalidade dos atos e atividades administrativas o mandado de segurança, a ação popular, o *habeas data*, o

mandado de injunção, a ação civil pública, a ação declaratória, a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão, os interditos possessórios, a ação de nunciação de obra nova e o *habeas corpus*.

O ponto crucial, objeto de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, está na profundidade da análise feita pelo Poder Judiciário no caso concreto. Questiona-se se o mesmo estaria ferindo a Teoria da Separação dos Poderes, ou se quando atua no controle destes atos, para verificar o atendimento aos princípios constitucionais, às normas gerais e ao interesse público, estaria apenas exercendo sua função precípua.

O que se pretende, no Estado de Direito, “é evitar que as condutas dos agentes públicos, sejam do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, causem lesão ou ameaça a direito. Nesta hipótese, sim, autoriza-se a interferência de um poder sobre a atuação do outro.” (MORAES, 2004, p. 110).

3.1 Critérios em relação à discricionariedade administrativa

De forma geral, acompanhando a doutrina clássica do direito administrativo, era vedada ao Judiciário a apreciação do que se denomina de mérito administrativo, ou seja, não poderia reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos administrativos.

Muitos doutrinadores ainda se atêm a esse entendimento, em que pese à moderna inclinação doutrinária no sentido de se ampliar o controle judicial dos atos discricionários.

É o que se percebe do trecho extraído da obra de José dos Santos Carvalho Filho (2009, p.50) “[...] o controle judicial alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador.”

A autoridade do Poder Judiciário, no controle dos atos administrativos, restringia-se ao controle de legalidade desses atos, no entanto, visando adequar sua atividade aos princípios positivados no ordenamento jurídico, viu-se a necessidade de se ampliar essa competência, de forma a comportar, em sua atividade, o controle, também, dos atos administrativos discricionários.

Nesse sentido e complementando o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p.616) assevera que:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (artigo 5º, inciso LXXIII e 37).

Como antes referido, hoje se fala em princípio da juridicidade, e para seu atendimento, deverá a Administração Pública, quando atuar na complementariedade de leis, observar não só a legalidade, mas o direito como um todo, ou seja, a todos os princípios constitucionais.

Ainda assim, a discricionariedade administrativa é relativa, no sentido de que a liberdade conferida à Administração Pública só pode ser exercida visando à finalidade legal, em vista da qual lhe foi atribuída à competência.

A Administração Pública não pode mais valer-se do princípio da separação dos poderes do Estado, para praticar atos discricionários, cujo mérito seja impenetrável. Necessário que aja possibilidade de análise desse mérito pelo Poder Judiciário, para que ele possa ser confrontado com os princípios constitucionais e com o interesse público.

Pondera Celso Antônio de Mello, (2009, p. 967) quando se refere à extensão do controle judicial: “[...] nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato.”

O papel do Judiciário, ao controlar a discricionariedade, não é o de anular a atuação administrativa ou de fazer suas vezes, mas o de complementar sua atividade, indicando o que atende aos princípios constitucionais, e, invalidando aquilo que confronte sua ordem.

É o que se conclui das lições de Celso Antônio (2009, p. 953-954):

Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da

norma aplicada. [...] não se suponha que haveria nisto invasão do chamado “mérito” do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricção, deve exercer sobre a conveniência e oportunidade de certa medida.

Ensina também Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 114-115):

[...] o Poder Judiciário a exercer a sua função jurisdicional sobre os comportamentos administrativos que desbordem ou desatendam a razoabilidade objetivada pelo sistema, devendo ele chegar, se preciso for, ao coração do ato administrativo questionado, sem que esta “cirurgia jurídica” comprometa a independência do poder estatal ou a autonomia do órgão autor do cometimento, pois a imperiosidade do controle jurisdicional guarda relação direta e imediata com a manutenção da saúde e eficácia do sistema normativo do Estado Democrático de Direito, em nome dele e para o resguardo justo de que aquela intervenção jurisdicional é feita.

Importante frisar que, para a análise jurisdicional dos critérios discricionários utilizados pela Administração Pública, necessária e indispensável é a motivação dos atos administrativos, pois é na exposição dos motivos ensejadores da conduta administrativa que o Poder Judiciário encontrará as reais intenções da atividade e poderá verificar se ela coaduna com a finalidade pública.

A motivação da conduta, formalmente traduzida, será critério de base para verificação da correta subsunção entre o que foi exposto como motivo ensejador e o que foi feito na prática, bem para verificar se suas consequências estão conformes à finalidade pública.

Consoante o entendimento de possibilidade do controle dos atos administrativos discricionários e citando o princípio da razoabilidade expõe, ainda, Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 117):

A racionalidade e a razoabilidade administrativa, que se tornaram matéria jurídica, fizeram com que a subjetividade, que inicialmente se pretendia vislumbrar e aceitar como característica da discricionariedade, cedesse lugar a elementos que objetivassem a prática dos comportamentos públicos, e estes, pudessem ser controlados social e institucionalmente.

Contribuindo nesse mesmo sentido, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.109):

É obvio que a providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em conseqüência,

será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado [...] Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Verifica-se, portanto, que vem sendo recorrentemente exposto na doutrina como critério precípua na verificação dos motivos ensejadores da conduta administrativa, o atendimento ao princípio da razoabilidade, que traduz de forma consistente o que se pretendeu atingir e qual a real finalidade da atuação estatal.

3.2 Critérios em relação à discricionariedade técnica.

Conforme se desprende de todo o contexto, é visível perceber que vem surgindo uma mudança significativa na abrangência do controle judicial dos atos administrativos, antes limitado à análise dos critérios legais, e modernamente, abrangendo a investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato.

Conclui-se, assim, que a discricionariedade administrativa não é um poder absoluto, incontestável, impenetrável, e que também não o é a discricionariedade técnica dos atos administrativos, como liberdade outorgada que é.

A conveniência e oportunidade dos atos também devem estar sujeitos à legalidade em seu sentido amplo, cabendo ao Poder Judiciário verificar esta correspondência.

À medida que se percebe que a legalidade dos atos não está apenas vinculada ao atendimento das normas jurídicas, mas a todo o contexto principiológico constitucional, alcança-se que a discricionariedade administrativa, seja ela técnica ou não, poderá ser revista pelo Poder Judiciário.

Pondera, assim, Maria Sylvia Di Pietro (2003, p. 95):

[...] Mesmo assim, não pode negar ao Judiciário a possibilidade de apreciar a validade dessas normas, seja com auxílio de peritos, quando se tratar de conceitos puramente técnicos, seja pela aplicação dos princípios da razoabilidade das normas e do devido processo legal substantivo.

Nota-se que não é necessário diferenciar os atos administrativos discricionários dos atos administrativos discricionários técnicos, no que se refere aos seus controles jurisdicionais. Ora, se é possível a análise do mérito pelo Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários, porque não poderia ser feita naqueles atos onde a liberdade está limitada a critérios técnicos.

Isso porque no que se refere à discricionariedade técnica, conforme verificado, a norma estabelece um critério geral, deixando certa margem de liberdade ao administrador para que ele possa escolher qual a melhor opção técnica, de forma a complementar esta norma. Nesse processo de escolha, mesmo quando não envolva mais de uma opção, o administrador formula novo conceito, e, nesta disposição, necessária será a análise da conveniência e oportunidade deste ato.

Trata-se de assegurar o atendimento aos princípios constitucionais e garantir aos administrados que os atos administrativos abrangidos pelo critério discricionário técnico, estarão em plena conformidade com a ordem constitucional.

Não há que se falar em violação da separação dos poderes, pois atuando assim, o Poder Judiciário não estará substituindo a vontade do administrador, mas verificando a relação de pertinência lógica entre ato construído e a norma, bem como o atendimento aos princípios constitucionais.

Como bem observa Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 91): “[...] Acresce, ainda, que a defesa da insindicabilidade acaba se devendo a uma teimosa e distorcida concepção de separação de poderes que “impediria” que um poder do Estado obstasse o livre exercício da competência “exclusiva” do outro.”

No momento dessa análise, tem sido constante a citação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, o poder Judiciário não apenas examina a proporção entre meios e fins do ato, mas também na relação entre o ato e seus motivos, tal qual declarados na motivação.

Citando novamente a questão de motivação dos atos administrativos, observa Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 102):

[...] Bem por isso, decisões imotivadas, sigilosas, entregues ao exclusivo e irreversível “arbítrio” ou “juízo de consciência” dos próprios autores do ato são radicalmente inconvivalentes com o “Estado de Direito”, além de se chocarem com o simples senso comum, que postula naturalmente a aceitação da falibilidade humana e conseqüentes mecanismos de seu controle.

Em referência à importância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verifica José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 50):

Modernamente, como já tivemos a oportunidade de registrar, os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de que seja verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou o fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio, como, por exemplo, o da igualdade, ou ainda se a conduta era realmente necessária e gravosa em excesso.

Com o surgimento das agências reguladoras, tornou-se ainda mais latente a necessidade de controle jurisdicional dos atos administrativos praticados em virtude desta delegação legislativa. Este controle deverá se dar com a aplicação dos princípios da motivação, racionalidade e razoabilidade dos atos normativos e da proporcionalidade da medida adotada.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 965) explicita: “Não há comportamento administrativo tolerável perante a ordem jurídica se lhe faltar afinamento com as imposições normativas, compreendidas sobretudo no espírito, no alcance finalístico que as anima. E, sobre isto, a última palavra só pode ser do Judiciário.”

Caio Tácito (1951 apud MELLO, 2009, p.968), por sua vez, **preconiza**: “Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle de legalidade por um processo de referenda extrínseco.”

A atividade administrativa discricionária, seja ela baseada em critérios técnicos ou não, não pode servir de pretexto para atuações ilegais, incoerentes, desarrazoadas, desmedidas e desproporcionais. Nesse contexto, os princípios gerais de direito tornam-se barreiras para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites e evitar as diversas formas de violação indireta da legalidade.

Isso porque o comportamento administrativo não é mais aquela atividade inquestionável, com presunção absoluta de legitimidade, mas aquela atividade questionável sob os aspectos gerais de atendimento ao interesse público e

legalidade, e ainda, mais especificamente, no que se refere a sua adequação ao princípio da razoabilidade.

Germana Oliveira Moraes leciona:

A construção jurisprudencial e doutrinária e a conseqüente normatização dos princípios jurídicos suscitaram a eclosão de diversas abordagens da discricionariedade administrativa, tendentes ora a alargar os aspectos vinculados dos atos administrativos, ora a subtrair do âmago da discricionariedade, situações tradicionalmente nela inseridas, como, por exemplo, a formulação teórica dos conceitos jurídicos indeterminados, inclusivamente em sua variante da “discricionariedade técnica”, para finalmente desembocar nas teorias referentes “a redução da discricionariedade a zero”. Ao mesmo tempo, viabilizou, conforme já se destacou, a possibilidade de um controle jurisdicional nos redutos indevassáveis e intocáveis, antes intangíveis da discricionariedade administrativa, para além dos limites da legalidade estrita, com a adoção de outros critérios, como, por exemplo, os da proporcionalidade e da razoabilidade. (MORAES, 2004, p. 36).

Complementa Gustavo Binbenbojm (2005, p. 88):

[...] a discricionariedade deixa de ser um espaço de livre escolha do administrador para convolar-se em um resíduo de legitimidade, a ser preenchido por procedimentos técnicos e jurídicos prescritos pela Constituição e pela lei com vistas à otimização do grau de legitimidade da decisão administrativa. Por sua importância no contexto democrático e de implementação dos direitos fundamentais, tem-se dado ênfase à participação e à eficiência como mecanismos de legitimação das escolhas discricionárias da Administração Pública.

Não é por menos que: “hoje assistimos na doutrina o maior destaque às garantias, aos instrumentos de controle do poder, a preocupação com os deveres substanciais e formais da administração, com o afivelamento da conduta do Estado.” (MODESTO, 1997, p. 72).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 981) ainda acrescenta:

Todo este procedimento é não apenas um direito que assiste ao Judiciário, mas, sobretudo, um dever indeclinável, porque corresponde exata e até literalmente à dicção do Direito no caso concreto. É o meio específico e próprio de identificar os confins da liberdade administrativa e assegurar o princípio da legalidade, noção cardeal no Estado de Direito. Ademais, representa a expressão concreta de dois outros princípios magnos: o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de ato fundado precedentemente em lei e o de que nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário.

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 37), ainda ressaltando o controle de atos administrativos técnicos discricionários, aduz:

Assim, como toda a atuação fundada no poder discricionário, o exercício da discricionariedade técnica deve submeter-se a controle de legalidade, aplicando-se, para esse fim, as técnicas e os princípios administrativos que visam enfrentar o abuso de poder. Dentre estes, merecem destaque os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, verdadeiros elementos de contenção contra o emprego indevido do poder discricionário.

O controle do Poder Judiciário deve verificar a inteligência administrativa, de modo a visualizar se ela foi mantida dentro dos limites do razoável, perante o caso concreto, ou se houve imprópria qualificação dos motivos face à lei, abusiva dilatação do sentido da norma, desproporcional extensão do conceito legal.

Como mencionado por Paulo Modesto (1997, p. 72) “a sujeição a controle é algo inerente ao próprio exercício da atividade, pois esta é vista como função, atividade finalista, dirigida ao interesse de terceiros, cometida ao agente se e enquanto prestante à proteção dos interesses tutelados na lei.”

3.3 A atuação exegética do Poder Judiciário e os conceitos indeterminados.

Como visto anteriormente, conceito jurídico indeterminado é aquele conceito que não tem sentido preciso, objetivo. Ele se situa na imprecisão das palavras, sob o seu aspecto lingüístico, o que pode gerar a indeterminação pela imprecisão da linguagem em si ou pela avaliação da situação concreta.

Em que pese tratarem de assuntos diversos, o tema “conceitos jurídicos indeterminados” remete ao tema discricionariedade administrativa. A normatividade deixa a cargo da Administração o processo de interpretação desses conceitos, e neste diapasão, caberá ao intérprete entender qual o sentido que a norma quis revelar dentro de todo o contexto normativo. Neste trabalho, poderá ele recorrer à manifestação de órgãos técnicos ou ao sentido habitualmente utilizado pela expressão.

O conceito legal indeterminado tem como característica a sua mutabilidade, o que gera certa flexibilidade nas interpretações e discordâncias doutrinárias quanto à necessidade de se conferir com este conceito a atuação discricionária administrativa.

A corrente que admite a existência de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados faz distinção entre os conceitos de experiência e os de valor, como demonstrado no capítulo referente à discricionariedade técnica.

Os conceitos de experiência referem-se a fatos, circunstâncias ou àqueles de conhecimento empírico. Os conceitos de valor dizem respeito ao campo da sensibilidade, da valoração. Os primeiros são determináveis através do processo de interpretação e sua definição se dá por meio do juízo de legalidade, o que os torna vinculados. Já os segundos podem apresentar vários significados, o que os impede de determinação pelo simples processo de interpretação, abrindo um leque para a atuação discricionária.

Com essas considerações, é possível concluir que, tanto os conceitos jurídicos indeterminados de experiência quanto os de valor poderão ser objeto de controle jurisdicional, porque em um, a atuação é vinculada, e não resta dúvida quanto à possibilidade de análise da legalidade, e em outro, a atuação é discricionária, e, como visto, não pode ficar fora do crivo jurisdicional, de forma a se coibir as atuações arbitrárias.

Renato Poltronieri (2002, p. 150), baseando-se nas lições de Bandeira de Mello, conclui bem quando se refere a esta distinção e à necessidade de controle pelo Poder Judiciário:

Seguindo o pensamento de Bandeira de Mello (1998:25), a circunstância de que um ato de inteligência e um ato de valoração sejam realidades logicamente distintas não implica que necessariamente tenham, em face do Direito, ressonâncias diversas. Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a administração é uma “liberdade intelectual” ou uma “liberdade valorativa”, tendo em vista que em razão de uma ou de outra, os efeitos para o mundo jurídico são os mesmos idênticos.

Demonstrou-se, portanto, que é ainda recorrente a afirmação de que, nos conceitos jurídicos indeterminados, fala-se em processo interpretativo, e que somente depois de transpassado este nível de trabalho, e, ainda encontrando óbice na aplicação da norma ao caso concreto, falar-se-ia em trabalho de discricionariedade por parte da Administração. No entanto, essa distinção não impede a atuação do Poder Judiciário nos dois aspectos.

Ainda assim, parte da doutrina clássica faz a distinção entre estes conceitos, de forma a separá-los no universo do controle judicial, impedindo a

atuação do Poder Judiciário, nos casos em que se utiliza a discricionariedade administrativa.

Enterría e Ramón Fernández (2001, p. 459) afirmam neste sentido:

[...] As conseqüências desse contraste são capitais. Sendo a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar tal aplicação, valorando se a solução a que com ela se chegou é a única solução justa que a lei permite. Esta valoração parte de uma situação de fato determinada, a que a prova a oferece, mas sua avaliação jurídica já existe desde o conceito legal e é, portanto, uma aplicação da lei. Em compensação, o juiz não pode fiscalizar o âmago da decisão discricionária, porquanto, seja qual for o sentido que transmita, e se foi produzida dentro dos limites da remissão legal à apreciação administrativa (e com o respeito aos demais limites gerais que veremos), é necessariamente justa (como o seria igualmente a solução contrária) [...]

Note-se que, em ambas as hipóteses, tanto na discricionariedade, quanto nos conceitos jurídicos indeterminados, existe uma zona de incerteza, que demanda certo juízo de valoração pelo intérprete, e é este mesmo juízo que torna possível o controle pelo Poder Judiciário. Pois, “a concepção originária e tradicional da discricionariedade, enquanto reduto da atividade da Administração Pública insuscetível de revisão pelo Poder Judiciário, não mais tem guarida na atual fase pós-positivista do constitucionalismo do “direito por princípios”.” (MORAES, 2004.p. 37).

4. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS

Agora, serão analisados os limites do controle jurisdicional dos atos discricionários técnicos administrativos, sob uma perspectiva jurisprudencial, com a apresentação do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Por ser um tema atual, necessário ressaltar que, especificamente relacionado ao controle da discricionariedade técnica administrativa, o universo de pronunciamentos colegiados realizados pelos Tribunais acima citados é escasso.

No entanto, essa análise será baseada no controle jurisdicional do mérito administrativo, o que acabará por refletir no tema em si, pois partindo da tese de que se trata de poder discricionário, e, mesmo dotado de limitações específicas, no que se refere à exigência técnica da lei, pode ainda sim, ser objeto de controle judicial.

Não obstante, necessário frisar que, partindo da tese de que a discricionariedade técnica administrativa não é discricionariedade em si, mas ato vinculado, está ela abrangida pelo manto do controle jurisdicional.

Bandeira de Mello (2009, p. 967-968), quando se refere ao controle do mérito administrativo, bem expõe: “Nossos Tribunais têm modernamente firmado o critério de que a pesquisa da ilegalidade administrativa admite o conhecimento, pelo Poder Judiciário, das circunstâncias objetivas do caso.”

Importante para a compreensão desse estudo é a contribuição do acórdão prolatado no Recurso Especial n. 429.570 – GO (2002/0046110-8), Ministra Relatora Eliana Calmon:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS 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.

[...] 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 [...] (BRASIL, 2004).

Trata-se de recurso especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, proferido em sede de ação civil pública ajuizada pelo

Ministério Público do Estado de Goiás, na qual se objetivou a obtenção de ordem judicial para obrigar o Município de Goiânia a promover obras de recuperação de área degradada por erosões, que estariam causando danos ao meio ambiente e riscos à população.

Na exposição deste julgado, a Ministra Eliana Calmon ressalta o cerne da questão com a seguinte pergunta, naquilo que respeita ao tema: “Pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração [...], no assim chamado mérito administrativo?” (2004, p. 277).

Esta pergunta é respondida sob o mesmo prisma de argumentos trazidos neste trabalho. Fala-se da ampliação na atuação do controle jurisdicional dos atos administrativos, ressaltando a evolução do princípio da legalidade, bem como de sua interpretação, e ainda, da necessidade de proteção aos princípios constitucionais.

Como bem observado, a mudança de interpretação do princípio da legalidade, que o levou a ser entendido como princípio da juridicidade, trouxe à tona a questão de se estabelecer como caráter limitante todo o contexto normativo constitucional, restringindo o campo de atuação discricionário-administrativo e garantindo uma maior atuação do Poder Judiciário no controle desses atos.

A Ministra relata a tendência de se manter fiscalizado o espaço livre da Administração, a fim de coibir os abusos que ficariam acobertados de falsa legalidade, e ressalta, ainda, a necessidade da motivação dos atos administrativos, para que sejam verificadas as razões motivadoras da atuação administrativa.

Para que haja um efetivo controle judicial do mérito administrativo, faz-se necessário esclarecer, fundamentalmente, quais as razões ensejadoras de determinadas ações por parte da Administração.

O Ministro Peçanha Martins, *a contrario sensu*, se manteve fiel às lições antigas de Miguel Seabra Fagundes, no sentido de entender que não cabe ao Poder Judiciário julgar a conveniência e oportunidade dos atos administrativos.

No mesmo sentido do acórdão acima referido, está o Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.16.536/PE, Ministro Relator Celso Limongi:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FISCAL DO TESOUREIRO. LANÇAMENTO DE ICMS A MENOR. DIFERENÇA DE R\$ 150,00 (CENTO E CINQUENTA REAIS).

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO DESPROPORCIONAL E DESARRAZOADA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO.

1.É sabido que em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, fundadas no devido processo legal, decorrem da legalidade, por isso que podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, quando provocado a fazê-lo. (BRASIL, 2010).

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que denegou a segurança ao impetrante, sob o argumento de que a pena demissória que lhe foi aplicada se revelava compatível com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, e que o valor irrisório do prejuízo causado aos cofres públicos não justificava a redução da penalidade administrativa disciplinar.

O ministro relator ressaltou, em seu voto, a ampliação do conceito de legalidade, bem como a necessidade de se entender os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como integrantes daquele, é o que se extrai dos seguintes trechos:

Com o advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o conceito da legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito [...]

[...] Vale dizer, analisar a razoabilidade do ato administrativo, bem como a proporcionalidade não é analisar a conveniência e oportunidade da Administração. É, em termos efetivos, garantir a própria legalidade da decisão [...] (LIMONGI, 2010, doc.940077).

Em consonância ao já exposto, reforça-se o entendimento de que a legalidade hoje não mais se restringe à lei, mas aos princípios e regras que regem a atuação da Administração Pública, atendendo a um fim único, que é a própria condição de Estado Democrático de Direito.

No Supremo Tribunal Federal, mais recentemente tem-se o acórdão referente ao Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.699-9/DF, Relator Ministro Eros Grau:

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.

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. (BRASIL, 2006).

Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que negou ordem à segurança, sob o argumento de que não era possível o reexame do material fático do processo disciplinar, e que seria indevida a análise do mérito efetuado na esfera administrativa.

O ministro Eros Grau salienta que a doutrina moderna administrativa tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, para coibir arbitrariedades, praticadas sob o escudo da discricionariedade, e conferir aplicação do preceito constitucional segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito.

Note-se que ele faz menção ao princípio da inafastabilidade de prestação jurisdicional, ou da jurisdição, princípio este consagrado na Carta Magna, em seu art. 5º, XXXV, que estabelece que o ato de provocar o exercício da função jurisdicional é um direito subjetivo inequívoco de cada indivíduo, devendo, o Estado, em contrapartida, atendê-lo prontamente e com eficiência.

Ainda traz à observação o posicionamento no sentido de diferenciar a discricionariedade administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados. E cita:

Só há efetivamente discricionariedade quando expressamente atribuída, pela norma jurídica válida [...] e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas [...] (GRAU, 2006, p.36).

Não obstante essa diferenciação, o Ministro Eros Grau concluiu que os atos administrativos que envolvem a aplicação de conceitos indeterminados estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário, sendo ele responsável pela análise do seu mérito, na aplicação dos conceitos de proporcionalidade e razoabilidade. Ressalta, ademais, que o exame da proporção não é feito somente entre os meios e fins do ato, mas também entre o ato e seus motivos.

Importante esclarecer que o posicionamento do Ministro Eros Grau (2006, p.36), quando se refere a essa diferenciação, é no sentido de entender que quando a Administração pratica atos discricionários, o faz escolhendo entre indiferentes jurídicos, tornando-os estranhos à legalidade e lhes tirando a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

A administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer.

Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões [...] (BRASIL, 2006).

Seguindo esse método de interpretação, parece muito tênue a linha que separa a discricionariedade administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, pelo menos no que se refere à possível aplicação de um controle jurisdicional. A administração quando atua discricionariamente ou de forma a interpretar conceitos, está utilizando critério valorativo para chegar a um conceito uniforme. É neste ínterim, e avaliando o conjunto motivador do ato, que o Poder Judiciário deverá atuar no seu controle.

O ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2006), fazendo um elo entre o princípio da legalidade e da juridicidade, finaliza, ainda: “[...] se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: administrar é aplicar o Direito de ofício, ao só a lei.”

No Supremo Tribunal Federal, o acórdão prolatado no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24823-1/DF, Ministra relatora Ellen Grace (2006, p.43):

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

[...] 2. Cumpre ao Poder Judiciário, sem que tenha de apreciar necessariamente o mérito administrativo e examinar fatos e provas, exercer o controle jurisdicional do cumprimento desses princípios.[...] (BRASIL, 2006).

Trata-se de Recurso Ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, que denegou a segurança sob o fundamento de impossibilidade de reexame de provas na análise

de controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, para verificação de sua regularidade.

A ministra Ellen Gracie retratou que, quanto ao controle jurisdicional no processo administrativo disciplinar, cumpre ao Poder Judiciário examinar fatos e provas e verificar a regularidade do ato impugnado, no entanto, salienta que não há a necessidade de se apreciar o mérito administrativo.

Note-se que, nesse julgado, a ministra dá abertura para análise do processo administrativo para rever os aspectos legais do ato, mas restringe a apreciação quanto ao mérito desse mesmo ato. É, portanto, entendimento mais restrito daquele referido no acórdão anterior.

No Superior Tribunal de Justiça, necessária é a contribuição do acórdão proferido no Mandado de Segurança n. 8693/DF, Ministra Maria Thereza de Assis Moura (2008, doc.776214):

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA FEDERAL. AGENTE ADMINISTRATIVO DO INSS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. REGULARIDADE FORMAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE FATO NOVO EM SEDE MANDAMENTAL. COMISSÃO PROCESSANTE QUE OPINA PELA PENA DE SUSPENSÃO. AGRAVAMENTO PARA A PENALIDADE DE DEMISSÃO PELA AUTORIDADE COATORA. AUSÊNCIA DE ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO (ART. 168, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.112/90). SANÇÃO DISCIPLINAR QUE, NO CASO CONCRETO, REVELA-SE DESPROPORCIONAL À CONDUTA APURADA. SEGURANÇA CONCEDIDA.

[...] 6. Ademais, no exame da razoabilidade e da proporcionalidade da demissão da impetrante, verifica-se que a autoridade coatora se distanciou de tais postulados, pois, consideradas as particularidades da hipótese em apreço, aplicou penalidade desproporcional à conduta apurada, em desobediência ao comando do art. 128 do Regime Jurídico dos Servidores Federais [...] (BRASIL, 2008).

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro da Previdência e Assistência Social, que demitiu agente administrativo do Instituto Nacional do Seguro Social. Aponta a impetrante a desproporcionalidade e a ausência de razoabilidade na imposição da pena de demissão.

Nesse sentido, é recorrente, no Superior Tribunal de Justiça, o pronunciamento no sentido de tornar possível a análise da razoabilidade e proporcionalidade na imposição de penas administrativas. O entendimento dos vários acórdãos restringe a análise do mérito administrativo à dosimetria da pena.

O Superior Tribunal de Justiça, quando se posiciona dessa forma, está abrindo precedentes no sentido de ampliar esse controle por parte do Poder Judiciário, tendenciando a aplicação dos princípios administrativos constitucionais como integrantes do próprio princípio da legalidade, e instituindo-os como limitadores da atuação discricionária administrativa.

Em oposição aos acórdãos referidos, está o acórdão prolatado no Mandado de Segurança n. 12.629 – DF (2007/0029109-0), pelo Ministro Relator Felix Ficher (2007, p. 244):

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

II- O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. (BRASIL, 2007).

Neste julgado considera-se a posição tradicional de que não cabe ao Judiciário a análise do mérito administrativo. O acórdão citado não faz menção às mudanças de orientação no sentido de se permitir a avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade administrativas. O que parece uma orientação já ultrapassada, principalmente se analisadas questões de maior relevância tais como o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional e a própria satisfação das necessidades sociais.

Especificamente relacionado ao tema “discricionariade técnica administrativa”, como referência, **consta** no Superior Tribunal de Justiça o acórdão proferido nos autos do EDcl no AgRg no Agravo de Instrumento n. 1.161.445- RS, Ministro Relator Mauro Campbell Marques:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ERRO MATERIAL. CARACTERIZAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. ATUORIZAÇÃO. RÁDIO COMUNITÁRIA. DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA CONTROLADA. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA TÉRMINO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO, COM AVALIAÇÃO DO PEDIDO FORMULADO PELO ADMINISTRADO [...]

2. Na linha dos precedentes desta Corte Superior, embora deva ser caso de respeitar a discricionariade técnica nas presentes hipóteses, é fato que a análise dos requisitos para a outorga da autorização de funcionamento não pode perdurar por tempo indeterminado, situação que configuraria verdadeira deferência ao abuso de direito [...]

4. Com base em precedente já citado, impossível falar que o Judiciário não pode se imiscuir no âmbito da discricionariade, considerando que, em caso, existe abuso de poder administrativo.

Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão que negou provimento a agravo regimental interposto contra decisão proferida em agravo de instrumento. Sustenta a embargante ter havido erro material no acórdão que julgou o agravo regimental, uma vez que a controvérsia diz respeito à autorização de funcionamento de rádios comunitárias e não precatórios e discussão sobre juros.

O Ministro Mauro Campbell expõe, em seu voto, que a discricionariedade técnica não pode prevalecer quando é configurado abuso de direito, em que pese ressaltar que a linha de precedentes desta Corte é no sentido de que se deve respeitar o instituto.

No entanto, salienta que o Poder Judiciário pode, quando configurado o abuso de poder administrativo, adentrar no âmbito da discricionariedade e cita precedente que, baseando-se nos princípios da moralidade e eficiência, permite excepcionalmente a intervenção do Poder Judiciário. (REsp 1.100.057/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 10.11.2009).

A título de complementação, cabe acrescentar a esse estudo o acórdão do TRF da 2ª Região, proferido nos autos da Apelação Cível n. 2008.51.05.000763-1, Desembargadora Federal Salete Maccalóz:

ADMINISTRATIVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MULTA. LEI N. 9.933/99. RESOLUÇÃO N. 02/2001 CONMETRO. PORTARIA N. 02/99 INMETRO. LEGALIDADE.

1.É legal a aplicação de multa por infração regulamentada por norma técnica do CONMETRO (Resolução n. 02/2001), o que encontra respaldo na Lei n. 5966/73.[...]

3. Não cabe ao Judiciário substituir-se ao administrador na escolha do melhor critério para exercer ato discricionário, exceto quando a Administração viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu na hipótese em comento.[...]

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença proferida nos autos dos embargos à execução fiscal em face do INMETRO, objetivando elidir processo executório movido para cobrança de multa, apurada em processo administrativo por infração de regulamento técnico, aprovado por resolução daquele órgão.

Como bem destacado no acórdão acima referido, “o cerne da controvérsia paira acerca da legalidade da multa administrativa aplicada pelo INMETRO”. (BRASIL, 2010).

É previsto no caput do artigo 8 da Lei n. 9.933/99 que ao INMETRO é conferido o poder de processar e julgar o infrator de normas e regulamentos técnicos

referentes à fabricação e comercialização de produtos no País, aplicando-lhe as penalidades cabíveis. E, não restando dúvidas quanto à prática da infração, caberá ao INMETRO, dentro da discricionariedade técnica que lhe é atribuída, estabelecer a penalidade a ser aplicada.

No tocante à penalidade, o INMETRO possui alguns fatores orientadores de gradação da penalidade, instituídos pela Portaria n. 002/99 deste mesmo órgão, que de certo modo, estabelece critério limitador de liberdade administrativa, com padrões de razoabilidade para o seu estabelecimento.

Nesse contexto, posiciona-se a Desembargadora no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário substituir o administrador na escolha do melhor critério para exercer ato discricionário, no entanto, ressalva as hipóteses onde a Administração viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. O que para o caso em análise não se verificou.

Note-se que, mais uma vez, ressalva-se a violação dos princípios administrativos, autorizando a análise jurisdicional dos atos administrativos quando forem verificadas essas violações.

Importante esclarecer que, em decisões monocráticas, tanto no Supremo Tribunal Federal, quanto no Superior Tribunal de Justiça, os ministros têm reafirmado a possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo. Conforme se observa da transcrição das decisões que ora serão expostas, na parte que lhes cabe:

Processo Ag 1317549. Ministro Herman Benjamin. Data de Publicação 09/09/2010.

[...] tem cabimento a revisão judicial do valor da multa, para melhor ajustá-la ao sentido e objetivo da lei, justificada por isso a submissão da discricionariedade administrativa a controle judicial, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade a resguardo do administrado [...] (BRASIL, 2010).

Decisão Recurso Especial n. 1.088.850 – BA (2008/0205571-8). Relator Ministro Og Fernandes.

[...] 7. A insindicabilidade do mérito do ato administrativo não é princípio absoluto no direito administrativo contemporâneo, mormente em se tratando de aferir a proporção e razoabilidade entre ilícito e sanção.

8. [...] mérito significa uso correto da discricionariedade, ou seja, a integração administrativa. Com observância do limite do legal e o limite do legítimo, o ato tem mérito. Caso contrário, não tem mérito e deixa de ser discricionário para ser arbitrário e, assim, sujeito ao controle judicial [...] (BRASIL, 2008).

Resp 647.417/DF, Primeira Turma, Min. José Delgado, AC. Unânime, DJ 21.2.2005, p. 114).

[...] 10. Não fere o princípio da autonomia das instâncias o exame da razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo, é dizer, a relação de adequação entre o poder manejado pelo agente público e o fim colimado, bem como, no caso do direito administrativo penal, a proporcionalidade e correta individualização da pena em face da infração – ilícito- administrativa – praticada [...] (BRASIL, 2005).

CONCLUSÃO

O estudo permitiu compreender, de uma forma ampla, a tendência de mudança de perspectiva na amplitude do controle jurisdicional do chamado mérito administrativo, e conseqüentemente, de uma forma pormenorizada, da discricionariedade técnica administrativa.

Tornou-se necessário demonstrar a evolução da discricionariedade administrativa, no sentido de salientar a mudança progressiva do grau de liberdade, evidenciada pela passagem de um grau de liberdade administrativo amplo, para um grau de liberdade restrito. Essa mudança vem acarretando, progressivamente, a amplitude do campo de atuação do Poder Judiciário no controle desses atos.

Dentro desse contexto, e juntamente com mudança referida, evidenciou-se que o conceito do princípio da legalidade também evoluiu, o que foi demonstrado com o relato das modificações de orientação relativas às características garantidoras para o seu atendimento. Pois, para o atendimento do preceito, bastava a subsunção do fato à normatividade prevista, no entanto, hoje, fala-se de adequação, também, aos princípios do ordenamento jurídico, previstos explícita ou implicitamente na Constituição. Por este motivo, o princípio da legalidade é atualmente reconhecido, em nível doutrinário e jurisprudencial, como princípio da juridicidade.

De forma a traçar um panorama exemplificativo, além de se referir ao princípio da legalidade, foram citados, como princípios limitadores de atuação administrativa, os princípios constitucionais administrativos da razoabilidade e da proporcionalidade. Estes, como importantes no cenário administrativo, foram inseridos como integrantes do próprio princípio constitucional da legalidade, ou seja, visou-se evidenciar que a atuação administrativa está sujeita não só aos ditames da lei, mas a todos os valores estampados nos princípios constitucionais.

Nesse sentido, restou evidente que os princípios estão ganhando força normativa, deixando a função de meros informadores, para auxiliares no preenchimento das lacunas da lei, o que demanda a redefinição da discricionariedade administrativa e nova amplitude do controle jurisdicional.

Visando descrever a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos, foram inicialmente enumerados, como limites impostos ao controle

do mérito administrativo, os que tradicionalmente a doutrina considerava como tais, no entanto, atendendo às mudanças de orientação que este estudo permitiu demonstrar, foi relatada a tendência em se admitir uma maior atuação jurisdicional no controle dos atos administrativos discricionários, esta, baseada na nova interpretação do princípio da legalidade.

Para se chegar ao tema específico, objeto da presente análise, houve por bem estabelecer a definição da discricionariedade técnica administrativa e questionar em paralelo, a definição dos conceitos jurídicos indeterminados, de forma a verificar a relação existente entre os institutos, e fixar nesse universo, a atuação do Poder Judiciário. O estudo possibilitou, ainda, constatar, que essa diferenciação não pode servir de critério limitativo para a atuação jurisdicional.

Conforme foi observado, a discricionariedade técnica administrativa é tema pouco desenvolvido, no entanto, vem sendo objeto de estudos por parte da doutrina, sendo que o reflexo na jurisprudência ainda é tímido, mas tendencia-se um aumento substancial de julgados, à medida que a sociedade e o próprio poder público percebam que a discricionariedade administrativa, seja técnica ou não, é reflexo da valoração subjetiva da Administração Pública, sujeita à falibilidade humana, e que, por este motivo, deve ser objeto de avaliação jurisdicional.

Por fim, **na medida em visualiza-se** a atuação da Administração Pública como prestação de anseios sociais, e partindo da premissa que qualquer de suas ações não atendeu ao fim social e, ou, aos princípios balizadores de atuação administrativa, necessário será o pronunciamento do Poder Judiciário.

Como reflexo de um estudo doutrinário, constatou-se que os Tribunais têm se posicionado, em grande maioria, a favor da possibilidade de análise do mérito dos atos administrativos, com base nos princípios e regras que regem a atuação da Administração Pública. **A guisa** de entendimentos contrários, é inafastável que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 429.570/GO. Relator: Ministra Eliana Calmon. Diário de Justiça da União, Brasília, 22mar. 2004, p.277.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Edcl no AgRg no Agravo de Instrumento n. 1.161.445/RS. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24ag. 2010, doc.988277.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em MS n. 165.36/PE. Relator: Ministro Celso Limongi. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 22fev. 2010, doc.940077.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 8693/DF. Relator: Ministra Maria Thereza. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 08maio. 2008, doc.776214.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 12.629/DF. Relator: Ministro Felix Fischer. Diário de Justiça da União, Brasília, 24set. 2007, p.244.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em MS n. 24.699-9/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Diário de Justiça da União, Brasília, 24jun. 2006, p.36.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em MS n. 24.823-1/DF. Relator: Ministra Ellen Gracie. Diário de Justiça da União, Brasília, 19maio. 2006, p.43.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 1317549/. Relator: Ministro Herman Benjamin. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 09set. 2010, doc.11098826.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 647.417/DF. Relator: Ministro Franciulli Netto. Diário de Justiça da União, Brasília, 21fev. 2005, doc.1600511.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.088.850/BA. Relator: Ministro Og Fernandes. Diário de Justiça da União, Brasília, 23jun. 2010, doc.10471015.

BRASIL. Tribunal Regional da 2ª Região. Apelação Cível n. 2008.51.05.000763-1/BA. Relator: Desembargadora Federal Salete Macalóz. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 02jun. 2010, doc.10075011.

ALESSI, Renato. **Instituciones de derecho administrativo**. Buenos Aires: Bosch, 1970.

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

BINENBOJM, Gustavo. **Da supremacia do Interesse Público ao Dever de Proporcionalidade**: TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.81-111.

CARVALHO FILHO, J.S. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CARVALHO FILHO, J.S. A discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico. In: GARCIA, Emerson. **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.03-42.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. **Discricionariedade na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. **Direito Administrativo**. 15.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanello. Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 5, n.17, p. 75-96, abr/jun.2007.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FALLA, Fernando Garrido. **La transformaciones del Regimen Administrativo**. Madrid:Institutos de Estudios Políticos, 1954.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 8.ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo**. 10. ed. Madri: Civitas Edic, 2001.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. **Curso de Derecho Administrativo**. 4. ed. Madri: Civitas Edic,1988.

GARCIA, Emerson. (Coord.) **Discricioniedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUERRA, Silvio. **Direito Administrativo: Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. In: SOUTO, Marcos Juruena, OSÓRIO, Fábio Medina. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006, p.869-908.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8. ed. São Paulo: RT, 2004.

MEDAUAR, Odete. O Direito Administrativo em Evolução, **Fórum Administrativo**, Belo Horizonte, ano 5, n.49, p. 5217-24, mar.2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricioniedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da Administração Pública no Brasil, **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n.209, p. 71-80, jul/set.1997.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2.ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Princípios informativos e interpretativos do Direito Administrativo**. In: TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p.03-43.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da discricionariedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

OSÓRIO, Fábio Medina, SOUTO, Marcos Juruena.(Coord.) **Direito Administrativo. Estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública** . São Paulo: Editora Atlas S.A., 2008.

POLTRONIERI, Renato. **Discricionariedade dos atos administrativos e a ambigüidade da norma jurídica positiva**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo Regulatório**. São Paulo: Lúmen Juris, 2002.

TAVARES, Marcelo Leonardo. (Coord.) **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.