

**O PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO  
E UM MODELO INTERMEDIÁRIO DE CONTROLE JUDICIAL**  
ADMINISTRATIVE DISCRETIONARY POWERS  
AND AN INTERMEDIATE MODEL OF JUDICIAL REVIEW

Henrique Montagner Fernandes<sup>1</sup>

**RESUMO**

Este artigo contrasta a doutrina brasileira tradicional sobre a discricionariedade administrativa com a tese doutrinária defendida pelo jurista espanhol Mariano Bacigalupo. Objetiva-se, em última análise, desenvolver um novo modelo de controle judicial dos atos administrativos fundados no poder discricionário da Administração Pública, conciliando, de um lado, o império do direito e, do outro, a primazia da Administração no exercício da função de execução das determinações políticas estabelecidas pelos órgãos legislativos. Da perspectiva da filosofia da linguagem, é indiscutível a diferença entre texto normativo e norma jurídica – aquele, criação do legislador; a última, reconstruída argumentativamente pelo intérprete. Ao reconhecer na interpretação uma atividade necessariamente valorativa e decisória, é possível cogitar de preferências em favor da interpretação realizada por determinados órgãos constitucionais no desempenho de suas funções, mantendo-a submetida ao devido controle de juridicidade norteado pela ideia de razoabilidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poderes discricionários; Discricionariedade administrativa; Controle dos atos administrativos; Filosofia da linguagem; Separação dos poderes; Democracia

**ABSTRACT**

This article contrasts the traditional brazilian doctrine on administrative discretion with the doctrinal thesis defended by spanish jurist Mariano Bacigalupo. Ultimately it aims to develop a new model of judicial review of administrative action based on Public Administration's discretionary powers, reconciling, on the one hand, the rule of Law and, on the other, Administration primacy on its function of implementing political determinations established by legislative bodies. From philosophy of language perspective, the difference between normative text and legal norms is indisputable – the former is created by legislators; the last is

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2012-2013). Mestrado Acadêmico na área de Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, com bolsa CNPQ (2013-Atual).

argumentatively rebuilt by interpreters. By acknowledging interpretation as an inescapable evaluative and judgmental activity it becomes possible to consider preferences in favor of interpretations held by certain constitutional instances in the performance of their functions, while keeping them under due judicial review guided by reasonableness.

**KEYWORDS:** Discretionary powers; Administrative discretionarity; Judicial review of administrative action; Philosophy of language; Separation of powers; Democracy

## INTRODUÇÃO

A discricionariedade administrativa, bem como a possibilidade de seu controle por órgão jurisdicional, é tema por excelência do direito administrativo. Talvez seja questão emblemática do próprio fenômeno jurídico, ao ilustrar o esforço teórico-racional empreendido contra os focos de arbitrariedade remanescentes na atuação estatal; da crise da política, quando o combate aos centros de poder esbulha essa atividade-arte de seu *locus* institucional; e da falibilidade do jurista, porque humano, ao arrogar para si mais do que lhe cabe.

Para tornar possível o controle do exercício da discricionariedade pela Administração, o órgão jurisdicional competente para tanto deve, primordialmente, identificar um parâmetro objetivo com o qual possa contrastá-lo. Esse, na verdade, é o cerne da questão.

Inicialmente, a atribuição de poder discricionário à Administração convertia-se em verdadeira “carta branca” para a livre tomada de decisões pelo administrador. Em um segundo momento, porém, veio a reação contra a insindicabilidade dos atos administrativos resultantes do poder discricionário, a qual invocou os princípios jurídicos como parâmetro de controle da validade jurídica da conduta administrativa, como se sempre fosse possível deduzir de preceitos de baixíssima densidade semântica uma única resposta correta.

Nesse cenário, poder-se-ia, com o objetivo de atingir um ponto de equilíbrio, pensar em duas máximas: se houver parâmetro normativo objetivo, o órgão controlador deve observá-lo e indicá-lo em sua fundamentação; se, entretanto, não houver parâmetro objetivo algum, o órgão controlador não pode, por princípio, sequer iniciar o controle.

A sutileza está no seguinte detalhe: adotada tal proposta, continuam a existir zonas livres do direito, atos não sujeitos a controle, o que, indubitavelmente, contraria a essência do Estado de direito. Não basta o dever de observância das leis pelos poderes públicos. São necessários mecanismos normativo-institucionais aptos a tornar efetivo o primado do direito.

Considerando essas premissas teóricas, analisar-se-á a tese de doutoramento do professor doutor Mariano Bacigalupo, comercializada sob o título *La discrecionalidad*

*administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, atentando, especificamente, aos tópicos relativos à estrutura normativa da discricionabilidade administrativa e do controle judicial de seu exercício. Acredita-se que a abordagem do autor espanhol contribuirá para a construção de uma solução mais consentânea com a exigência de supremacia do direito na atual quadra do constitucionalismo.

A definição do parâmetro de controle exige uma prévia compreensão, ainda que em linhas gerais, da noção de direito e de como se dá a produção normativa. Com a axio-orientação da experiência jurídica ocorrida em meados do século XX, o direito, a política e a ética (re)fusionaram-se, mantendo suas respectivas autonomias, em um trílogo interdependente. Ao direito cabe o equacionamento das outras duas esferas, barrando quaisquer pretensões de uma ou outra totalizarem a ordem jurídica.

Nesse contexto, falar-se em princípios jurídicos, metaforicamente equiparados a pontes entre o direito e a ética ou, ainda, a veículos normativos pelos quais a ética adentra o domínio jurídico, demanda certa prudência, sob pena de apequenamento ou eliminação da área política necessária para o acertamento das diferenças em uma sociedade que se reconhece pluralista.

O presente texto melhor organizará, se bem sucedido, algumas ideias e noções prévias a qualquer discussão em torno do poder discricionário da Administração. Trata-se de enunciar aquilo que de tão fundamental é pressuposto do debate, mas cuja não menção termina por conduzir-lhe ao esquecimento, o qual, inevitavelmente, resulta em questionamentos e proposições incoerentes com a tradição juspolítico-filosófica ocidental, na qual estamos inseridos e à qual damos continuidade.

## **1 A LEI COMO INSTRUMENTO DEMOCRÁTICO DE ORDEM**

Mesmo distante das primeiras revoluções liberais desencadeadoras da vaga constitucionalista, a democracia continua a ser o modo ideal da civilização ocidental organizar-se para alcançar, promover e garantir o valor da justiça. A fórmula “governo do povo, pelo povo e para o povo” cunhou um modelo específico de Estado, o qual tornou-se parâmetro de aferição da real legitimidade de todas as organizações juspolíticas que se intitulem, justamente, democráticas.

Esse referido modelo compreende um modo de ser próprio das relações entre o homem e o poder político institucionalizado, cuja presença define dado regime de governo – isto é, esse relacionamento – como democrático. Assim, a democracia exige que, na dinâmica travada entre

o homem e o Estado, este último esteja a serviço daquele. O Estado, portanto, tem por finalidade propiciar as condições essenciais para o homem desenvolver-se e realizar seus fins. O homem, contudo, não participa apenas do fundamento e da finalidade do Estado, mas, também, de seu funcionamento: metaforicamente, a criatura não possui vontade própria, sua vontade é sempre a expressão da vontade soberana do povo ao qual serve.

A inarredável participação dos cidadãos, como membros da sociedade política, no fundamento e no funcionamento do poder estabelecido se dá pelo consentimento. Em relação aos fundamentos, de duas formas: a) pela adesão à Constituição instituidora do Estado, traçando-lhe a organização juspolítica, e b) pela sujeição dos poderes constituídos às normas dessa Constituição, o que configura o Estado de direito. Quanto ao funcionamento, pela aprovação, por meio do exercício dos direitos políticos, do governo e da linha política por esse adotada.

A presença desses instrumentos do processo político caracterizam a democracia instrumental ou formal, a qual apenas se completa com um conteúdo material, qual seja, a realização do bem do povo, o bem comum, ou seja, proporcionar “as condições necessárias aos membros das comunidades, [naquilo que todos têm em comum] para que tenham suas exigências básicas (direitos fundamentais) respeitadas e promovidas” (SOUZA JUNIOR, 1978, p. 14), o que implica o reconhecimento, o respeito e a promoção dos direitos fundamentais da pessoa humana – liberdades públicas e direitos econômicos e sociais. Eis a democracia substancial.

Tratam-se, pois, de dois aspectos de uma mesma e única democracia, que exige, para ser completa, a realização dos fins democráticos através de instrumentos também democráticos, porquanto, “na verdade, somente a filosofia democrática confere sentido à democracia instrumental e esta é o instrumento mais adequado à efetivação daquela” (SOUZA JUNIOR, 1978, p. 23).

Em suma, o ideal democrático exige a concatenação equilibrada de um trílogo: ética, política e direito (SOUZA JUNIOR, 2002, pp. 35-38), três vetores básicos do poder político, entendido como o conjunto das atividades de último mando da sociedade (BOBBIO, 2000, p. 216), os quais iluminam, respectivamente, a finalidade, o funcionamento e o fundamento do próprio Estado.

Assim, pode-se dizer que o Estado tem por fim último ou mediato a realização de um mínimo ético, representado pelos direitos fundamentais, o que é alcançado mediante escolhas políticas acerca do bem comum (fim próximo ou imediato), de acordo com e por meio do direito. Não é outra a lição de Cezar Saldanha Souza Junior, quando sustenta que

“a democracia é o ideal contemporâneo de organização institucional do Estado que, pressupondo e envolvendo todo um processo de representação e de participação da comunidade na esfera do poder, consegue substantivamente respeitar a autonomia da ética e da política, articulando-as de forma legítima” (2002, pp. 41-42).

Para o mesmo autor, a supremacia do direito significa “a sujeição ao ordenamento jurídico vigente, por meio de técnicas normativas adequadas, da organização e do funcionamento do Estado e de toda a vida social”, à luz de um mínimo ético acolhido na Constituição por consenso da comunidade, cujo conteúdo, deduzido da dignidade da pessoa humana ou, se se preferir, os direitos fundamentais dela derivados, foi elevado a valor supremo do direito (SOUZA JUNIOR, 2002, 59). A conclusão é uma só: a democracia, na atual quadra histórica, exige a efetiva supremacia do direito, que representa, de um lado, o fundamento e, de outro, o asseguramento da finalidade desse regime de governo.

A supremacia do direito, em razão das diferenças de fundo sociológico e histórico entre os dois grandes sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, manifestar-se-á de modos igualmente diversos, segundo dois modelos principais: o *rule of law* e o *Estado de direito* (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 63). Tanto um como o outro são arquétipos da operatividade conformativa das normas jurídicas, principalmente das de índole constitucional, em relação tanto às normas jurídicas de nível inferior quanto, por consequência, da vida estatal e social

Às diferenças responsáveis pela cunhagem da dicotomia *civil law* e *common law* pode ser acrescentada uma outra, fundamental no Estado democrático de Direito, qual seja, a matiz democrática com a qual foi impregnado o processo criativo do direito filiado à tradição romano-germânica, notadamente como um dos subprodutos da Revolução Francesa.

Esse aspecto, por vezes negligenciado, teve de ser ressaltado por jurista imerso na cultura do *common law*, Antonin Scalia, *Justice* da Suprema Corte estadunidense, ao abordar a vinculação do juiz ao texto normativo a ser aplicado (1995). Notório textualista e originalista, assim autodenominado, Scalia defende não a mera interpretação literal, mas o reconhecimento da relevância democrática no apego do magistrado aos termos do diploma analisado e na consideração do significado emprestado ao ato normativo à época de sua edição.

A despeito das críticas que lhe são formuladas, inegável o intento de Scalia em manter o Congresso como o espaço adequado para os grupos de pressão mobilizarem-se para a consagração de novos direitos, os quais, por sua vez, serão, posteriormente, reconhecidos e protegidos por juízes e tribunais.

A estreita vinculação do juiz ao conteúdo textual das leis decorreria de um imperativo democrático, na medida em que, dada o caráter definitivo das decisões judiciais, a interpretação

do juiz pode resultar na criação de uma norma jurídica geral exclusiva para o caso concreto contrária ao disposto e votado pela maioria dos representantes da opinião política reunidos em assembleia.

Nessa perspectiva, a supremacia do direito parece mesmo assegurar o núcleo instrumental do regime democrático, na medida em que o julgamento dos casos concretos conforme as determinações democraticamente formuladas significa, precisamente, respeitar a deliberação parlamentar, legitimada, previamente, pelo sufrágio popular.

Por essa razão, a lei formal é o instrumento técnico por meio do qual se manifesta a soberania política e com o qual se garante a supremacia do direito. Assim, o princípio da legalidade avulta como elemento de fundamentalidade estruturante do direito na tradição romano-germânica. Fala-se, inclusive, em um princípio da legalidade juridicamente devida (SOUZA JUNIOR, 2002, p. 94), para expressar o necessário atrelamento de algumas adjetivações (proporcionalidade, prospectividade etc.) ao princípio da legalidade em sentido estrito ou formal.

Ocorre que em sua origem ainda turbulenta, envolta nas brumas do movimento revolucionário francês, os Poderes Executivo, que ainda cumulava ou concentrava as funções de governo, administração e chefia de Estado, e Judiciário sofriam aguda desconfiança, como se fossem os ramos de continuação da aristocracia monárquica.

Diferentemente do sucedido na Inglaterra, em que o *rule of law* evoca a luta vencida pelo parlamento inglês – defensor dos privilégios e liberdades tradicionais dos ingleses – contra o absolutismo real, a Revolução Francesa rompeu com o *Ancien Régime*, mas, não, com aquela tradição.

Em termos categóricos: “o absolutismo real foi derrotado, em um caso, como poder real; em outro, como poder absoluto” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 25). No primeiro caso, o absolutismo real foi substituído pelo absolutismo da Assembleia soberana por meio da lei, no segundo, a lei não expressa a manifestação de um poder normativo supremo e irresistível, antes, apresenta-se como mais um elemento de um sistema jurídico mais amplo, o *common law*, resultante de um complexo conjunto de decisões judiciais constituintes do direito do país (*the law of the land*).

Relembre-se, todavia, ser o absolutismo da lei caudatário da infalibilidade da nação, entendida como a projeção ideal dos interesses da coletividade, cuja vontade havia de ser expressa pelos titulares do poder político, o povo, quando escolhesse seus representantes. Ainda que turvo, se observado à luz dos paradgmas vigentes, trata-se, sem dúvida, do surgimento da matriz democrática ocidental.

Contudo, por melhor elaborada que seja, a lei escrita não cobre o mundo dos fatos por inteiro, sempre sobra algo “de fora da lei”, descoberto. Não importa quão racionalmente sólidas as construções teóricas, o direito é um fenômeno cultural, por isso humano. O homem, por sua vez, não obstante dotado de racionalidade, é, ao mesmo tempo, um ser aberto ao transcendente, com vocação ao universal. Seu senso de justiça não tolera iniquidades, ainda que resultantes de um procedimento técnico e formalmente indefectível.

Pelas mesmas razões, o raciocínio vale para os atos da Administração Pública. Houve, realmente, uma substituição do centro de emanção do poder – do Executivo para a Assembleia ou Parlamento, com o que se retira todo poder originário do Executivo. Na França, a lei predeterminava a atividade administrativa, sendo requisito formal e material dessa atuação – “leis de autorização”. Na Alemanha, a atividade administrativa era delimitada pela lei, reservando a iniciativa ao órgão de execução, na medida em que a ausência de uma “lei de delimitação” não inviabilizava a Administração de perseguir seus fins. Porém, havia “reserva de lei” para qualquer atuação que se imiscuisse nos direitos individuais de liberdade e propriedade.

A lei tinha por objetivo precípuo a disciplina (mediação) dos pontos de colisão entre os interesses públicos e os particulares. Essa seria a lei em seu sentido material. As meramente formais poderiam ser deixadas a cargo do governo, enquanto as demais restariam reservadas ao Parlamento. A diferente posição da Administração face a lei, relativamente ao particular, resulta justamente da ausência de autonomia desse órgão estatal, convertido em executor de autorizações legislativas, de modo que lhe é vedado mover-se senão no campo material legalmente estabelecido (ZAGREBELSKY, 2011, pp. 42-44).

A grande questão a ser enfrentada pelo moderno direito administrativo, ramo científico autônomo do direito, voltado ao estudo das coisas atinentes à função estatal de administração, é o grau de vinculação da autoridade administrativa ao conteúdo predeterminado por preceitos legais, incluindo a possibilidade de atuação da Administração fora do âmbito material fixado por lei, porém sem contrariá-la.

## **2 A DISCRICIONARIEDADE NA DOUTRINA BRASILEIRA TRADICIONAL**

A doutrina administrativa sempre reconheceu como decorrência do Estado de direito a existência de limites inerentes à atuação estatal e, em consequência, a possibilidade de controlar essa mesma atuação segundo aqueles limites (MAFFINI, 2006, p. 28).

Como no Brasil vige o princípio da unidade de jurisdição, o mais importante instrumento de controle dos atos administrativos é o controle realizado pelo Poder Judiciário, com fundamento no Estado de direito e no princípio da legalidade (MEDAUAR, 2008, p. 392).

Doutrina e jurisprudência, por outro lado, sempre divergiram a respeito do alcance do controle jurisdicional dos atos administrativos. A função administrativa, atividade do que não é senhor absoluto (LIMA, 2007, p. 37), que de poder converte-se em dever sob o influxo de uma vontade cogente (LIMA, 2007, p. 105), tem como móvel o interesse público, cuja realização deve ser buscada nos múltiplos e variados casos concretos que se desenvolvem perante a Administração, sob o império da lei.

Ocorre que as normas jurídicas, não obstante todas sejam vinculantes, vinculam em diferentes graus a atuação pública, de modo que da observância de certos regramentos não exsurge automaticamente a conduta específica que deve ser adotada pela Administração. Para além, em incontáveis ocasiões faz-se necessário que a Administração disponha de certa margem de atuação para que possa decidir, à luz das circunstâncias do caso concreto, a melhor solução. Esse juízo administrativo veio a ser denominado de mérito administrativo, cuja avaliação envolve questões de oportunidade e conveniência na feitura de determinado ato.

Nesse sentido, o princípio da legalidade exige que a Administração justifique cada uma de suas decisões em disposição legal, na medida em que só pode agir se houver norma que a habilite para tanto. Para Odete Medauar, essa fórmula rege, de modo geral, a Administração pública brasileira (MEDAUAR, 2008, pp. 123-124).

Todavia, essa fórmula, como dito, admite gradações. Assim, a norma legal habilitante pode: i) ser apenas norma de competência, ou seja, atribui poderes para adotar determinadas medidas, restando à autoridade certa margem de escolha quanto ao conteúdo da medida; ii) expressar um vínculo estreito do conteúdo do ato ao conteúdo (hipótese) da norma.

A partir dessa classificação tradicional do direito administrativo, Maffini fala em regra de atribuição de competência vinculada e regra de atribuição de competência discricionária (MAFFINI, 2006, p. 65), ambas concretizações do princípio da legalidade, especificamente da reserva legal, a qual limita o administrador às regras de atribuição de competência outorgadas pelo legislador, vedando atuação sem norma habilitante anterior (MAFFINI, 2006, p. 66).

Tem-se regra vinculada quando a hipótese fático-jurídica prevê como única consequência jurídica uma única solução juridicamente válida, eliminado qualquer outra forma de agir senão aquela prevista na regra jurídica.

Em relação ao controle jurisdicional da atuação administrativa fundada em regra de atribuição vinculada, trata-se de “controle de cotejo”, isto é, apenas verifica-se se houve a

correta aplicação da norma, entre o abstratamente previsto e o concretamente realizado. Considerada adequada a conduta da Administração, esta só poderá ser invalidada se houver vício de inconstitucionalidade que macule a própria regra vinculada, em questões relativas a razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, impessoalidade etc.

As regras discricionárias, por sua vez, são fruto da necessidade prática, eis que impossível ao legislador prever – e com acerto – todas as hipóteses de atuação administrativa em concreto. Assim, a atribuição de competências por meio de regras discricionárias funciona como uma “válvula de escape”, mas não como fuga ao princípio da legalidade, porquanto a discricionariedade é expressão deste, mas, antes, da “metodologia vinculada de atribuição legal de competências aos administradores” (MAFFINI, 2006, p. 68).

Para Maffini, a estrutura da regra discricionária é composta de um suporte fático determinado com mais de uma consequência jurídica, todas elas válidas em princípio, daí haver uma “margem legal de liberdade” a ser manejada segundo os critérios de oportunidade e conveniência (2006, p. 69).

Em termos semelhantes encontra-se a conceituação de Di Pietro, para quem há exercício de poder discricionário quando “a lei deixa à Administração a possibilidade de, no caso concreto, escolher entre duas ou mais alternativas, todas válidas perante o direito”, com base em critérios que compõe o denominado mérito administrativo (PIETRO, 2007).

Estruturalmente, a norma jurídico-administrativa atribuidora de competência discricionária compõe-se de dois elementos: verbo de conexão entre premissa de fato e consequência jurídica tradutor da possibilidade de opção entre diferentes condutas (agir ou não agir e agir de um ou outro modo) e previsão das alternativas. Do ponto de vista jurídico-metodológico, qualquer alternativa seria juridicamente válida, integrando a escolha o mérito administrativo.

Com esse paradigma teórico de fundo, Odete Medauar aponta a prevalência de corrente doutrinária partidária de um controle jurisdicional dos atos administrativos restrito, limitado à legalidade estrita, compreendendo a revisão dos seguintes elementos do ato administrativo: competência, forma e licitude do objeto (2007, p. 394). Para os filiados a esse entendimento, o dogma da separação dos Poderes constituiria obstáculo intransponível, sinalizando, inclusive, o déficit democrático do Poder Judiciário para realizar esse controle.

Di Pietro identifica nessa doutrina características marcantes da influência da filosofia positivista no fenômeno jurídico (PIETRO, 2007). Em outros termos: quanto mais esvaziado de valores o direito (direito axioaspirado), mais forte a discricionariedade, pois o único

parâmetro de controle será a lei em sentido formal. O controle cinge-se a cassar apenas atos aberrantes.

Contudo, com o constitucionalismo de valores, houve uma ampliação do próprio conceito de legalidade – agora, ato jurídico válido deve respeitar a lei e o direito. Com esse supedâneo, surgiu nova doutrina, pela qual o controle jurisdicional deve ser amplo, extrapolando a legalidade formal e alcançando a legalidade ampla ou juridicidade. O fundamento para esse controle seria, igualmente, o dogma da separação dos Poderes, na medida em que um funcionaria como limite ao exercício do poder pelo outro. O controle do ato administrativo seria um dos freios e contrapesos necessários para o adequado funcionamento das instituições democráticas (MEDAUAR, 2007, p. 394-395).

Odete Medauar entende que a Constituição de 1988 consolidou a evolução que desde as décadas de 40 e 50 eram propugnadas por Seabra Fagundes, Victor Nunes Leal e Caio Tácito. Houve verdadeira revolução no sentido de atribuir à legalidade bases mais amplas, o que se reflete num controle jurisdicional de maior escopo. Contudo, mesmo esse controle deve respeitar certos limites, porquanto o juiz não pode se substituir ao administrador (MEDAUAR, 2007, p. 395).

A dificuldade reside em precisar esses limites. Se os princípios jurídicos passaram a ser considerados uma espécie de norma jurídica ao lado das regras, com conteúdo normativo próprio, de observância obrigatória aos poderes públicos e particulares, como precisar a fronteira entre aplicação de um princípio jurídico e inovação jurídica, se ele apresentam conteúdo tão vago que são classificados como de baixa densidade normativa? A mesma problemática geram os conceitos jurídicos indeterminados (muitos dos quais constituem princípios jurídicos).

De certo modo, não se trata apenas de um aprimoramento do conceito de legalidade, mas da mudança do próprio fenômeno objeto de estudo. Parece mais acertado a referência a juridicidade, lado a lado com a legalidade. Talvez a legalidade não deva ser vista como sinônimo de submissão ao direito, mas como submissão aos atos do Parlamento, e que essa seria uma exigência do direito. Não obstante o direito seja composto por regras e princípios, cabe questionar se a vinculação da Administração tanto a princípios como a regras, sem qualquer ordem de preferência, é viável na perspectiva institucional.

Além disso, a exigência de certas condutas com base em princípios tensiona o princípio democrático. Se “na medida em que a lei foi reconquistando o seu sentido axiológico perdido por influência do positivismo jurídico, novos princípios foram sendo elaborados como formas

de limitar a discricionariedade administrativa e, paralelamente, ampliar a esfera de controle pelo Poder Judiciário” (PIETRO, 2007), algumas objeções bastante legítimas podem ser opostas.

A principal delas é que para a lei recuperar seu sentido axiológico não é necessário elaborar princípios que operam por fora e sobre a lei, exigir-se-ia, isso sim, que a lei guarde conformidade com certos valores e, por consequência, o mesmo aconteceria em relação à atuação administrativa. Por isso, o controle jurisdicional da atuação com base em princípios não é decorrência lógica nem necessária, ao contrário, isso ocorre quanto à lei em sentido formal. Se a discricionariedade é atribuída por norma de competência, logo, por lei formal, esta constitui a fonte de controle, a não ser que haja outro fundamento para o exercício do controle.

Na última parte deste trabalho, analisar-se-á a proposta de Mariano Bacigalupo de como devem ser interpretados os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa, a relação entre ambos e o alcance e a intensidade do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

### **3 A DISCRICIONARIEDADE NA DOUTRINA DE MARIANO BACIGALUPO**

Para Mariano Bacigalupo, os conceitos jurídicos indeterminados, não obstante antitéticos aos conceitos jurídicos determinados, também possuem limites (1997, pp. 194-195). Todavia, ao invés de apenas um, encontram dois limites: um positivo e um negativo, entre os quais existe um terreno limítrofe incerto, de mera possibilidade ou de juízo problemático, que gera dúvida razoável em relação à compreensão ou não de certo fenômeno pelo conceito jurídico indeterminado.

Como resalta Bacigalupo, a filosofia analítica da linguagem oferece essa mesma descrição aos ditos conceitos vagos. Apresentam-se como objeto de um conceito vago não só candidatos positivos (certamente abrangidos) ou candidatos negativos (certamente excluídos), a exemplo do que ocorre com conceitos precisos, mas também candidatos neutros (*candidatos neutrales*), isto é, “todos aqueles fenômenos a respeito dos quais não é possível afirmar sem margem a dúvidas se estão compreendidos ou não dentro do conceito” (BACIGALUPO, 1997, p. 195).

Porém, como se explica a existência de um conceito que admita candidatos neutros? Segundo o princípio da unidade de solução justa, é impossível a existência de candidatos neutros, pois ou um fenômeno possuiria as qualidades expressas pelo conceito a ser aplicado ou não as possuiria, sendo, portanto, ou um candidato positivo ou um candidato negativo.

A questão, entretanto, não se afigura tão simples. O significado de um conceito nem sempre se expressa por regras semânticas tradutoras de condições suficientes e necessárias para a aplicação do respectivo conceito. A dificuldade encontra-se justamente nas hipóteses normativas que remetem a condições suficientes, mas não (as únicas) necessárias (BACIGALUPO, 1997, pp. 196-197).

Tratando-se de condições suficientes, a negação da condição para sua aplicação não implica, automaticamente, a afirmação da condição para sua não aplicação. A zona de incerteza constitui o interregno entre as condições suficientes para a aplicação e a não aplicação do conceito: uma zona órfã de regras semânticas que determinem a aplicação do conceito com certeza. Assim, na zona de incerteza dos conceitos indeterminados, não há uma única aplicação correta em face do significado *intensional* (qualidades ou requisitos semanticamente expressos) do conceito (BACIGALUPO, 1997, p. 198).

Deve-se atentar para um jogo de palavras por vezes traiçoeiro: sustentar a existência de uma única resposta correta em face de um conceito jurídico, determinado ou indeterminado, não significa, necessariamente, a existência de uma única resposta correta para aquele conceito jurídico. Sempre terá de ser estabelecido se uma dada resposta é compreendida ou não pelo conceito, mas isso não significará que aquela resposta dada, mesmo correta, seja a única compreendida pelo conceito. Dizer que face a um conceito só uma resposta é possível não significa que só lhes seja possível oferecer, dentre as infinitas possibilidades, uma única solução.

Nesses casos, o legislador teria deixado uma lacuna *intra legem* a ser preenchida pelo aplicador da regra jurídica traduzida em texto com conceito indeterminado. Ocorre que nesse vazio semântico a aplicação do conceito a um fato da vida não pode ser deduzida por meio de um juízo silogístico certo, ou seja, não há como proceder a aplicação da norma por um raciocínio de subsunção. Na verdade, o aplicador enfrenta um déficit de conhecimento (cognitivo), em certa medida insuperável, de modo que terá de determinar, minimamente, as premissas normativas faltantes. Antes de subsumir o fato ao suporte fático, que é vago, será necessário densificar ou perfectibilizar o conceito vago.

Essa atividade criadora do intérprete/aplicador será volitiva, inevitavelmente. Contudo, de modo algum caprichosa ou sem critérios (absolutamente livre), pois para Bacigalupo nem mesmo o exercício de poder discricionário pode ser assim qualificado. Se adotar-se um conceito restrito de interpretação, esta como operação cognitiva, o intérprete/aplicador faz mais do que interpretar o conceito indeterminado, pois em seu âmbito de vagueza não há nada propriamente a ser interpretado. Haveria, portanto, uma diferença entre

investigar (para conhecer) o conteúdo semântico de uma norma jurídica e determinar o significado de um conceito jurídico. Se se quiser denominar ambas as atividades de interpretação, deve-se esclarecer a diferença entre a natureza cognitiva (apenas) e volitiva (inclusive) entre uma e outra (BACIGALUPO, 1997, pp. 200-203).

Segundo o exposto até aqui, o exercício da discricionariedade consistiria muito mais na atividade de perfeição ou integração do suporte fático incompleto da norma habilitante. Nas normas habilitantes de poder discricionário, um operador permissivo (autorizador) une o suporte fático à determinada consequência jurídica, enquanto nas normas vinculadas essa união se dá por meio de um operador imperativo (vinculante ou gerador de um automatismo). A ocorrência no mundo dos fatos da hipótese normativa abstratamente prevista em norma discricionária é uma condição necessária, mas não suficiente, para a dedução da consequência jurídica estatuída. A adoção da consequência jurídica dependerá ou da verificação em concreto dos demais requisitos formulados, em abstrato, pela Administração para a conclusão pela atuação da estatuição normativa; ou de nenhum outro fato não previsto no suporte fático, se esse foi o critério adotado para uma atuação positiva (note-se que a deliberação por esse critério evita a atuação administrativa errática e arbitrária).

O estabelecimento dessas condições ou requisitos integram o suporte fático imperfeito, incompleto ou (talvez seja melhor dizer) aberto ou em construção (BACIGALUPO, 1997, pp. 203-205). Diferentemente, as normas de poderes vinculados não dependem de nenhuma outra condição que as previstas em seu suporte fático para a produção de suas consequências ou efeitos jurídicos, daí o preenchimento do suporte fático ser considerado não só necessário, mas suficiente para a produção de efeitos jurídicos. A discricionariedade, portanto, consiste na integração, em sede aplicativa, do suporte fático de uma norma jurídica discricionária pela determinação da consequência jurídica para determinado fato da vida. E nisso há, também, uma atividade volitiva, não cognitiva.

Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade, no entender de Bacigalupo, são manifestações de um mesmo fenômeno de natureza materialmente normativa, porque em ambos os casos há uma atividade criadora, volitiva, em razão da incompletude ou da necessidade de fechamento ou conclusão da hipótese de incidência normativa: em um, por haver zona de incerteza ou de penumbra em relação à verificação em concreto da realização do conceito jurídico, pois indeterminado; em outro, por ser necessário determinar mediante critérios objetivos a necessidade ou não da ocorrência de condições adicionais para a produção de certa consequência jurídica prevista.

Com base nesse raciocínio, Bacigalupo conclui pela ausência de diferença qualitativa entre a aplicação de um conceito jurídico indeterminado e o exercício da discricionariedade administrativa, nem sob o prisma teórico-normativo, isto é, do local de atuação na estrutura lógico-formal da norma jurídico-administrativa (âmbito do suporte fático), nem sob o ponto de vista jurídico-metodológico, ou seja, da teoria do conhecimento e raciocínio jurídicos, porquanto constituem “operações de integração normativa de natureza volitiva e não cognitiva” (BACIGALUPO, 1997, p. 204).

Em relação ao alcance e limites intrínsecos do controle jurídico da aplicação de conceitos normativos indeterminados e do exercício da discricionariedade, cabe questionar se esse controle é positivo ou negativo. A premissa é a de que sendo manifestações de um mesmo fenômeno, o controle jurídico da aplicação de conceitos normativos indeterminados em sua zona cinzenta e do exercício da discricionariedade possui o mesmo alcance e intensidade.

Quanto à intensidade, o controle jurídico pode ser de duas naturezas: negativo ou positivo. Nos termos de Bacigalupo,

“dada a acessoriedade da intensidade do controle jurídico em relação à densidade da programação normativa, a natureza (positiva ou negativa) do controle depende, por sua vez, se a programação da atuação administrativa que se trata de fiscalizar é, precisamente, do tipo positivo ou negativo” (1997, p. 207).

A programação é positiva quando a norma determina exatamente qual deve ser a atuação administrativa. Por outro lado, será negativa quando estabelecer vedações ou restrições à conduta administrativa, não indicando, porém, a conduta específica a ser adotada. Para Bacigalupo, é deste último tipo a programação decorrente dos princípios constitucionais que regem a atuação dos poderes públicos e dos princípios gerais do direito.

O controle jurídico pode ser sintetizado em duas máximas inversamente correlatas: onde há parâmetros de decisão positivos, não cabe um controle positivo; onde somente há parâmetros de decisão negativos, somente cabe um controle negativo (BACIGALUPO, 1997, pp. 214-215).

Na zona de incerteza de um conceito jurídico indeterminado, não há parâmetros positivos de decisão, logo, não há como controlar positivamente a decisão. O órgão de controle não pode, portanto, substituir o critério de decisão do aplicador por outro critério que considere mais adequado. Caberá proceder, apenas, a um controle negativo, tomando como parâmetro o resto do ordenamento jurídico, em especial a principiologia constitucional.

O princípio da igualdade pode ser invocado se a Administração tomava decisões fundada em determinado critério que veio repentinamente a ser alterado, sem justificação

razoável. Nessas hipóteses, deve-se, inclusive, investigar se não houve utilização arbitrária do conceito, de modo a constituir abuso ou desvio de poder, em que a mudança na orientação administrativa tenha sido em razão dos sujeitos envolvidos no caso concreto.

Esse raciocínio é aplicável, integralmente, ao controle do exercício da discricionariedade, eis que, aqui, a liberdade de escolha é da mesma natureza da gerada pela zona de incerteza de um conceito jurídico indeterminado. O controle será negativo, à luz dos princípios jurídicos, em que apenas sua violação manifesta maculará o ato administrativo ou, ainda, se o critério anteriormente seguido fosse oposto, o que poderia indicar conduta discriminatória (BACIGALUPO, 1997, p. 217).

## **CONCLUSÃO**

As três partes que compõem o presente trabalho cumprem objetivos específicos: a primeira situa a pesquisa na tradição democrática ocidental, em que necessariamente deve haver um equilíbrio entre direito, ética e política; a segunda apresenta de forma detalhada o objeto de estudo, na perspectiva da doutrina brasileira; a terceira, por fim, analisa, no que importa para a discussão brasileira, a contribuição estrangeira mais original ao tema, na medida em que evoca um novo entendimento da discricionariedade administrativa.

Mais do que defender uma tese original, o que de modo algum seria possível nos limites deste trabalho, pretendeu-se investigar a possibilidade teórico-científica de controlar do modo mais objetivo possível a validade dos atos administrativos fundados em normas de competência discricionária. Isso porque o controlador, pertencente a instituição organicamente diversa e que exerce função de controle, não pode se substituir ao administrador, a quem deve caber primazia no preenchimento de conceitos normativos cuja vagueza semântica não permita qualquer controle objetivo-positivo do seu conteúdo.

Assim, a principiologia jurídica, destacadamente a de natureza constitucional, deve fundar exclusivamente o controle negativo dos atos discricionários. Em outros termos: a aplicação de um princípio jurídico a um caso concreto exige uma prévia tarefa de determinação de seu conteúdo, a qual, nas democracias ocidentais, é reservada à deliberação parlamentar. As normas de atribuição de competência discricionária, contudo, partilham a tarefa de deliberação com a Administração, que deverá preencher determinado conceito à luz das circunstâncias do caso concreto, sem subverter o conteúdo mínimo ou essencial daquele princípio jurídico que estará sendo concretizado, sob pena de revisão jurisdicional nesse aspecto.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: A Filosofia Política e as Lições dos Clássicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. **Discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa**. REDAE, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 0, fev/mar/abril 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/readae.asp>>. Acesso em: 05.11.2012.

SCALIA, Antonin. Common-law courts in a civil-law system: The role of United States Federal Courts in interpreting the Constitution and Laws. **The Tanner Lectures on human values**. Princeton university, mar. 1995. Disponível em: <<http://tannerlectures.utah.edu>>. Acesso em: 15 out. 2012.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A crise da democracia no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus modelos básicos**. Porto Alegre, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia**. 10ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2011.