

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NÃO VINCULADA

Oriana Piske*

Sumário: Introdução. 1. Jurisdificação da discricionariedade administrativa. 2. Definição de Discricionariedade. 3. Discricionariedade e mérito do ato administrativo. 4. Valoração administrativa dos conceitos indeterminados. 5. Extensão do controle jurisdicional. 6. Controle jurisdicional da valoração administrativa dos conceitos indeterminados. 7. Controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada no Brasil. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO



presente estudo tem por base a obra de Germana de Oliveira de Moraes – *Controle Jurisdicional da Administração Pública* – sendo que procuramos desenvolver tangenciamentos a partir de suas reflexões. Mantivemos a sua sistemática dos capítulos expostos e as suas expressões jurídicas, a fim de guardar coerência à referida obra, dada a sua especificidade e profundidade.

O tema em apreço é de Direito Administrativo, entretanto encontra-se extremamente jungido ao Direito Constitucional.

As bases do Direito Administrativo foram constituídas sob o ideal do Estado Liberal, tendo como princípio a legalidade, ao passo que o atual Estado Democrático de Direito tem

* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Pós-graduação em: Teoria da Constituição; Direito do Trabalho; e Direito Civil pelo CESAP – UniCEUB. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino* (UMSA).

como fundamento a Constituição.

A fase do constitucionalismo iniciada no final do século XX – pós-positivista – reconhece além da normatividade dos princípios, a hegemonia normativa dos mesmos em relação às regras, tendo como expoentes deste pensamento Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em decorrência, verifica-se a tendência moderna à constitucionalização dos princípios.

Para Jorge Miranda, não é fácil assinalar os limites entre Direito Constitucional e Direito Administrativo, uma vez que o "princípio da legalidade administrativa pressupõe o da constitucionalidade das leis", acrescentando que

*"o alargamento da intervenção do poder público na vida econômica, social e cultural e as mudanças sofridas pela lei têm levado a alguma indefinição acerca das matérias que devem receber a qualidade de constitucionais e de outras que devem ter-se por administrativas. Quando o Estado do século XX apresenta-se como um Estado administrativo, em vez de legislativo (Carl Schmitt), muito do que é administrativo eleva-se a constitucional; inversamente, quando a lei se traduz em medidas concretas, ou emana do Poder Executivo, é esse acto de Direito Constitucional que parece convalidar-se em acto de Direito Administrativo."*¹

1. JURISDIFICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social modificou as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, desenvolvendo uma postura mais ativa, na prestação de serviços públicos, em oposição ao Estado ausente, liberalista. Este fato explica o aumento da competência normativa e da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei concedeu maior discricionariedade. O uso abusivo de tal ampliação da autonomia do Poder e a ofensa aos direitos fundamentais, no

¹ Apud Moraes, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 9.

Estado Social, levaram a uma reação do Poder Judiciário contra os abusos dos administradores e dos legisladores.²

Em conseqüência, valoriza-se a jurisdição constitucional, passando os legisladores a serem, também, destinatários do princípio da legalidade que se estende para alcançar a constitucionalidade.³

De outro lado, os tribunais dos mais diversos países começaram a aceitar novos critérios, para além da legalidade estrita, de exame da atuação do Poder Executivo, com a formulação de princípios da proporcionalidade (países germânicos) e da razoabilidade (países anglo-saxões), passando em alguns Estados a alcançar nível constitucional.⁴

Com efeito, verifica-se que a evolução jurisprudencial das técnicas de controle da Administração Pública está para o desenvolvimento histórico do Direito Administrativo. Os limites entre as funções estatais de administrar e de julgar são demarcados, em última instância, pelos tribunais, e estão em constante processo de redefinição, ora propensa ao justicialismo, ora à maior autocontenção judicial.⁵

2. DEFINIÇÃO DE DISCRICIONARIEDADE

Segundo Germana de Oliveira Moraes, a principalização do Direito, ao invés de suprimir a discricionariedade administrativa, ou de identificá-la à esfera do mérito do ato administrativo, apresentou novos critérios jurídicos, não legais e que antes eram políticos, e destacou o mérito como o “núcleo político” da discricionariedade imune de controle jurisdicional. Assim, proporcionou o controle jurisdicional de aspectos discrici-

² Moraes, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

³ *Idem*. Cf., da mesma autora, *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*, São Paulo: Dialética, 1998.

⁴ Moraes, *op. cit.* 1999.

⁵ *Idem*.

onários dos atos administrativos, distintos do mérito e munuiu a Administração Pública de critérios norteadores de ação, com parâmetros orientadores do exercício daquela liberdade de decisão.⁶

Para Germana de Oliveira Moraes a discricionariedade administrativa apresenta-se, ora

“mediante a ponderação comparativa de interesses, integrando a norma aberta, ora quando procede à complementação, mediante valoração e aditamento, dos pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo (discricionariedade quanto aos pressupostos); ora quando decide se e quando vai editá-lo (discricionariedade de decisão); ora quando escolhe seu conteúdo, dentre mais de uma opção igualmente prevista pelo Direito, compreendido este como o conjunto de princípios e regras (discricionariedade de escolha optativa); ou, ainda, quando colmata o conteúdo do ato administrativo descrito com lacunosidade na lei (discricionariedade de escolha criativa).”⁷

Sérvulo Correia, entende que a discricionariedade, quanto aos pressupostos, consiste na faculdade de “acrescentar aos pressupostos fixados na norma outros que se afigurem indispensáveis para ditar racionalmente o conteúdo da decisão.”⁸ Quanto à discricionariedade da decisão, esta encontra-se na faculdade de agir ou não agir, ou seja, “deixa-se ao órgão titular do poder a decisão sobre se determinados efeitos preditos mas não impostos pela norma serão ou não produzidos no caso concreto.”⁹ Já a discricionariedade de escolha optativa encontra-se na faculdade de optar por uma conduta, prescrita na norma jurídica, dentro de uma série restrita de opções.¹⁰

Finalmente, a discricionariedade de escolha criativa, segundo Germana de Oliveira de Moraes, encontra-se

“na faculdade de colmatar os efeitos jurídicos descri-

⁶ Moraes, *op. cit.* 1999, p. 178.

⁷ *Idem*, p. 179.

⁸ *Apud* Moraes, *op. cit.* 1999, p. 179.

⁹ *Idem, ibidem.*

¹⁰ Moraes, *op. cit.* 1999, p. 179.

tos de forma lacunosa na norma, quando ela estabelecer apenas ‘um núcleo mínimo identificador do gênero da medida’, deixando ao executor a ‘invenção do conteúdo completo’ do ato: A discricionariedade criativa envolve a escolha de uma conduta entre uma série ilimitada de opções, que se faz mediante um processo de criação de efeitos jurídicos, contornado tão-somente pelo interesse público a realizar.”¹¹

Com efeito, a ponderação comparativa de interesses, a ser realizada no exercício do poder discricionário, realiza-se com auxílio dos princípios constitucionais e gerais de Direito, além de outros critérios alheios a esses princípios ou seja – oportunidade e conveniência – que se afastam dos princípios previstos nas normas constitucionais e infraconstitucionais.¹²

3. DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

O exercício da discricionariedade constitui-se no mérito do ato administrativo que é “a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário.”¹³

Atualmente, não mais faz sentido a antítese entre controle de legalidade e de mérito, visto que o Direito apresenta outros critérios de avaliação da revisão do ato administrativo, além da legalidade estrita, ou seja, aqueles advindos dos princípios constitucionais e gerais de Direito, o que limitou, notadamente, a esfera do mérito, sem todavia suprimi-lo, posto que as colocações relativas à oportunidade e conveniência continuam infensas à correção judicial.

Neste aspecto, há de se considerar que o controle de juridicidade dos atos administrativos se compõe de controle de

¹¹ *Idem, ibidem.*

¹² *Idem, ibidem.*

¹³ *Idem, p. 180.*

legalidade e controle de juridicidade *stricto sensu*. O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos compreende “o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle de juridicidade *stricto sensu*).”¹⁴

Ressalte-se que, atualmente, os parâmetros não positivos consistem em *standards* de conveniência e de oportunidade acerca da prática do ato administrativo. Os critérios de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, elevados a princípios constitucionais, no Direito brasileiro, antes componentes do mérito do ato administrativo, migraram para o domínio da juridicidade, ou legalidade em sentido amplo.

Para Diogo Freitas do Amaral, por conveniência do ato compreende-se “sua adequação ao interesse público específico que justifica a sua prática ou à necessária harmonia entre esse interesse e os demais interesses públicos eventualmente afectados pelo ato.”¹⁵ O juízo de oportunidade é a ponderação de diversos interesses que necessitam se harmonizar, tendo em vista a finalidade prevista na norma que confere discricionariedade.

Neste passo, o controle judicial da aplicação da lei administrativa não pode invadir a seara a que não foi legitimado para agir e não pode se descurar das tarefas as quais, constitucionalmente, se encontram sob a sua incumbência. Assim, é inaceitável uma *indiscriminada* intrusão do poder judicial na atividade administrativa, posto que seria negação ao princípio da separação dos poderes e à limitação do sentido da representação política.¹⁶

De outra face, no que concerne ao poder judicial, observa-se, atualmente, que aos tribunais competem, além do con-

¹⁴ *Idem, ibidem.*

¹⁵ *Apud* Moraes, *op. cit.* 1999, p.180.

¹⁶ Vasconcelos, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público*. Lisboa: Cosmos, 1996.

trole da constitucionalidade, a garantia direta contra lesões dos direitos fundamentais, a defesa de interesses difusos e enfrentar a obscuridade e ambigüidade dos textos legislativos, por vezes deliberada, face aos difíceis processos de negociação. Em decorrência, o Judiciário enfrenta a articulação de um direito positivo, conjuntural, evasivo, transitório, complexo e contraditório, numa sociedade de conflitos crescentes. Para tanto, impõe-se a diversificação do judiciário para atender às necessidades de controle da norma positiva e dos atos administrativos.¹⁷

Comungamos com o entendimento de Pedro Carlos Baccelar de Vasconcelos, no sentido de que não há como dispensar o discurso argumentativo/persuasivo, conjugado com a ponderação prática (critério de proporcionalidade/razoabilidade), visando à compatibilização de valores contraditórios e tão flu tuantes que a realidade em freqüente mudança apresenta.¹⁸

E, ainda, lembramos a lição de Canaris quando alerta que, no confronto das insuficiências do formalismo e do positivismo, o discurso tem de ampliar a sua base de incidência e que todos os fatos, que justificam as decisões judiciais, devem ser incluídos no discurso juscientífico. É de fundamental importância que a especialização dos juristas seja complementada com novas sínteses que permitam obter as perspectivas necessárias para a concretização do Direito.¹⁹

Na solução do problema, deve-se lidar com os diversos ramos do Direito articuladamente, com especial destaque à constituição, aos variados dados normativos que são relevantes, aos níveis instrumentais (processo), bem como aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade.

4. VALORAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Vasconcelos, *op. cit.* 1996.

¹⁹ Canaris, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

A problemática em questão cinge-se na extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, bem como dos decorrentes da valoração administrativa dos conceitos indeterminados. Dentre estes últimos, nem todos os atos estão sujeitos à revisão judicial limitada, apenas as decisões que contêm certa categoria de conceitos indeterminados – conceitos cuja indeterminação resulta da avaliação da situação concreta e demandam um método de *prognose* no processo de complementação de seu conteúdo: os denominados conceitos-tipo, conceitos de *prognose* ou verdadeiramente indeterminados.²⁰

Vale registrar que, atualmente, não se concebe a visão da discricionariedade imune à apreciação judicial. O administrador, ao exercer a competência discricionária, sujeita-se não apenas aos limites fixados na lei, mas também aos princípios constitucionais da Administração Pública e aos princípios gerais de Direito.

A atividade administrativa é desempenho de função, ou seja, o cumprimento obrigatório do dever jurídico-funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei.

Segundo Germana de Oliveira de Moraes a discricionariedade é

“a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios extrajurídicos de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valorações e aditamento, os pressupostos

²⁰ Moraes, *op. cit.* 1999.

*de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.*²¹

O mérito compreende os processos de valoração dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo tendo como parâmetros critérios não positivados.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a Ciência do Direito Administrativo tem se equivocado ao articular institutos em torno da idéia de poder, quando, entende, que o correto seria articulá-los em torno da noção de dever, de fim a ser cumprido; para obter-se o cumprimento deste dever, surgiria o poder, como mera decorrência, como mero instrumento com o escopo de que se cumpra o dever.²² Com a devida *venia* ao aludido mestre, entendo que não haveria uma diferença substancial entre o enfoque do poder-dever, a que a Ciência do Direito Administrativo tem se firmado na seara da discricionariedade, e o enfoque dado em sua obra *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, em apertada síntese – dever-poder – posto que todo poder impõe deveres que lhe são atinentes e todo o dever de atuação administrativa impende a necessária competência para agir, ou seja poderes para concretizar seus objetivos finalísticos.

Entretanto, essa concepção de "deveres-poderes" tem como mérito realçar a responsabilidade do administrador diante da "coisa pública", bem como lembrar que além da existência de um poder, há um dever diante dos princípios democráticos de observar com rigor a finalidade da lei, sujeitando os atos administrativos aos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade, para que possam ser válidos e legítimos. De outra ban-

²¹ *Idem*, p. 179-180.

²² Mello, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 14-15.

da, impõe-se a adoção de conduta administrativa em harmonia com a norma.

No entendimento de Canaris, o juiz deve lidar com as conseqüências da decisão em uma visão sinéptica (conjunto de regras que habilita o intérprete-aplicador a "pensar em conseqüências") e observar o escopo utilitário da decisão, desenvolvendo-se o fator teleológico da interpretação.²³ Acrescente-se não ser diferente a obrigação do administrador de desenvolver uma visão sinéptica quanto aos atos administrativos.

Quanto ao tema – motivo – é tido como a situação de direito ou de fato que autoriza a prática do ato.

No que concerne à causa do ato administrativo, esta é a relação de pertinência lógica entre o motivo e o conteúdo do ato.

No que tange à motivação, esta é instrumento de garantia dos administrados; é necessária nas hipóteses em que a ausência de motivação contemporânea ao ato impede posterior certeza de que o ato foi expedido consoante os termos e requisitos estabelecidos na norma.²⁴

Atualmente, há mais do que uma exigência jurídica de que o ato administrativo contenha uma “motivação”, trata-se de uma exigência política a fim de assegurar o consenso democrático e legitimar o exercício do poder. O ideal é que todo ato administrativo, discricionário ou não, seja motivado obrigatoriamente, da mesma forma que as decisões judiciais devem ser sempre motivadas, a propósito, a Constituição brasileira de 1988, no art. 93, inciso X, prescreve a necessidade de motivação das decisões administrativas dos tribunais.

Neste contexto, vale recordar Pedro Carlos Bacelar de Vasconcelos, no sentido de que o dever de fundamentação dos atos decisórios demonstra responsabilidade, tendo como efeito

²³ Canaris, *op. cit.* 1996.

²⁴ Mello, *op. cit.* 2000.

o controle dos mesmos, garantia da sociedade.²⁵

No que concerne aos princípios como critérios de controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, observa-se que a constitucionalização dos princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do Direito trouxe para o Poder Judiciário a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz dos princípios da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em consequência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública.²⁶

5. EXTENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL

A atividade administrativa não vinculada imune ao controle judicial pleno compreende a discricionariedade e a valoração administrativa dos conceitos de *prognose* (conceito verdadeiramente indeterminado ou conceito-tipo).²⁷

Com a moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o decorrente da valoração de conceitos de *prognose*, é passível de revisão judicial, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de Direito e os aspectos vinculados do ato.²⁸

O controle jurisdicional dos atos administrativos não vinculados está condicionado aos *standards* principiológicos os quais ensejam a invalidação do ato impugnado, quando contrários aos princípios e à finalidade ínsitos na norma.

Para Germana de Oliveira Moraes, incumbe ao juiz, ao examinar a juridicidade da atuação administrativa não vinculada, superar as seguintes etapas: “1º) extrair do sistema consti-

²⁵ Vasconcelos, *op. cit.* 1996.

²⁶ Moraes, *op. cit.* 1999.

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

tucional os critérios de controle jurisdicional; 2º) fixar as fronteiras da sindicabilidade judicial da atividade administrativa não vinculada; 3º) ditare as conseqüências de sua atuação revisora.”²⁹

As conseqüências do controle jurisdicional do conteúdo das decisões discricionárias e daquelas decorrentes da valoração de conceitos de *prognose* limitam-se, na maioria das vezes, a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. Entretanto, poderá ocorrer a determinação da substituição total do ato por outro, em casos excepcionais quando o ato ferir frontalmente princípios constitucionais da Administração, reduzindo-se a “discricionariedade a zero.” Tal acontece, quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade entre diversas opções, a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível.³⁰

6. CONTROLE JURISDICIONAL DA VALORAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS CONCEITOS INDETERMINADOS

A *valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados* está delimitada pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito.

Para Sérvulo Correia, da Universidade de Lisboa, a aplicação das normas de Direito Administrativo que contêm conceitos jurídicos indeterminados

“faz-se mediante a adoção de um dos três métodos distintos a seguir: 1) através de raciocínios teórico-discursivos (juízo cognoscitivo), quando a imprecisão do conceito é condicionada pela linguagem (conceitos classificatórios); 2) através de métodos casual-teoréticos (juízo de prognose), na aplicação dos conceitos cuja incerteza deriva da avaliação da situação concreta (conceitos verdadeiramente indeterminados, conceitos-tipo ou de prognose); 3) mediante a decisão de um conflito de interesses, quando a técnica

²⁹ *Idem*, p. 193.

³⁰ *Idem*.

dos conceitos indeterminados é utilizada como critério de atribuição de discricionariedade.”³¹

Para Germana de Oliveira de Moraes,

“cabe ao juiz, por primeiro, verificar se no enunciado da norma aplicanda há conceitos indeterminados. Em caso afirmativo, passa a examinar a indeterminação do conceito: se envolve ou não o exercício de discricionariedade administrativa. Se concluir que se cuida de conceitos discricionários, cuja densificação se faz a partir de juízos comparativos de ponderação, cabe verificar se há redução da discricionariedade a zero.

Nas hipóteses que não se relacionem à discricionariedade, é preciso analisar se a indeterminação do conceito é condicionada apenas pela linguagem (se contém conceitos classificatórios), ou se seu preenchimento semântico carece de avaliação ou valoração da situação concreta (se contém conceitos verdadeiramente indeterminados ou de prognose).

Quando a indeterminação conceptual resulta da imprecisão da linguagem, cabe ao aplicador da norma valer-se de juízos cognoscitivos, isto é, de raciocínios teórico-discursivos, o controle jurisdicional é pleno.

Se a indeterminação conceptual deriva da contextualidade da linguagem, mas o aplicador da norma prescinde de uma valoração prospectiva, mediante juízos de prognose, para preencher seu sentido, a controlabilidade judicial também será plena.

Se a indeterminação do conceito não decorre apenas da linguagem, pois envolve também a avaliação ou valoração de uma situação concreta e faz-se imprescindível o recurso ao juízo de prognose, através de métodos casual-teóricos (juízo de prognose), o controle jurisdicional será apenas parcial.”³²

Verifica-se que as áreas de atuação administrativa nas quais os tribunais alemães adotam a teoria da margem de apreciação, no exercício de auto-limitação, objetivando excluir “o juízo valorativo” proferido pela Administração de seu controle,

³¹ *Apud*, Moraes, *op. cit.* 1999, p. 194.

³² Moraes, *op. cit.* 1999, p. 195.

foram, com o tempo, definidas jurisprudencialmente.³³

No Brasil, observa-se que a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados não obteve grande relevo.

7. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NÃO VINCULADA NO BRASIL

Considerando o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, verifica-se que todo e qualquer ato administrativo causador, ou potencialmente causador de lesão a direito, está sujeito à apreciação do Poder Judiciário, incluindo, todos aqueles resultantes da aplicação de normas que contêm conceitos indeterminados e de atos discricionários. Contudo, deve-se observar o princípio da separação dos poderes a fim de preservar sua independência (art. 2º da Constituição Federal de 1988).

Os princípios da administração pública constante no art. 37, *caput*, na Carta Constitucional, apresentam-se como controles eficazes dos *atos administrativos não vinculados* e como valioso critério de fiscalização dos desempenhos públicos, sejam administrativos, judiciais ou legislativos, à medida que se destinam não apenas aos aplicadores da lei, mas também aos legisladores e administradores.

O ordenamento jurídico brasileiro adota o modelo difuso do controle da constitucionalidade das leis, o que autoriza os juízes e tribunais, a fiscalizar e examinar a constitucionalidade dos atos administrativos.

CONCLUSÕES

A extensão do controle jurisdicional da aplicação dos conceitos jurídicos verdadeiramente indeterminados ou de *prognose*, bem como dos conceitos que envolvem discricionariedade, vai além do controle dos aspectos vinculados do ato

³³ *Idem, ibidem.*

administrativo, à luz do princípio da legalidade, para examinar os aspectos não vinculados desse ato, seja em decorrência dos princípios constitucionais da Administração Pública, de impessoalidade, moralidade e eficiência, seja em função do princípio constitucional da isonomia e ainda dos princípios gerais de Direito da proporcionalidade e da razoabilidade.

Com efeito, a lei apresenta os critérios de verificação da legalidade dos atos administrativos vinculados, enquanto a Constituição enuncia os princípios da Administração Pública que são parâmetros de análise pelo Poder Judiciário da juridicidade dos atos administrativos discricionários.

De todo o exposto, verifica-se que, no Direito brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, posto que é sempre cabível o controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados ou não, frente ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira) e aos demais princípios constitucionais da Administração Pública: da publicidade, da impessoalidade, moralidade e eficiência (art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira) e dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, com o escopo de invalidar ato lesivo ou ameaçador de Direito, e até ir ao extremo de determinar a substituição de seu conteúdo por outro.

Observa-se que não há como dispensar a discricionariedade, como instrumento de concretização do Direito para o bom desempenho e viabilização das funções administrativas ante as constantes mudanças sociais. Esta é razão do controle judicial da atividade não vinculada; contudo, verifica-se o aumento da responsabilidade do juiz ao realizar tal controle nas searas da discricionariedade e da *valoração dos conceitos indeterminados* com fulcro nos *standards* principiológicos constitucionais e gerais de Direito, visando conciliar o ideal de justiça e a segurança jurídica. Acreditamos que o magistrado, nesta tarefa, deverá considerar que as questões de mérito administra-

tivo, concernentes à conveniência e oportunidade das decisões administrativas devem ser confiadas à Administração, sendo que este fato não impede e nem afasta o controle judicial, para salvaguardar qualquer lesão ou ameaça de direitos.



REFERÊNCIAS

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo: lições aos alunos do curso de Direito no ano letivo de 1987-88*. Lisboa, 1998. (Policopiado).
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. Tomo I.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- _____. *Controle jurisdicional da constitucionalidade do processo legislativo*, São Paulo : Dialética, 1998.
- VASCONCELOS, Pedro Carlos Bacelar de. *Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público*. Lisboa: Cosmos, 1996.