SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

S472
Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI [Recurso eletrônico on-line] organização Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI;

Coordenadores: Beatriz Souza Costa, Lívia Gaigher Bosio Campello, Yuri Nathan da Costa Lannes – Belo Horizonte: ESDH, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-383-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos nacionais. 2. Direito Constitucional. 3. Direito ambiental. 4. Direito Administrativo. 5. Direito Civil. 6. Direito Penal. 7. Direitos Humanos. 8. Direito Tributário. 9. Filosofia Jurídica. 10. Gênero. 11. Diversidade Sexual. I. Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito da FEPODI (1:2016 : Belo Horizonte, MG).

CDU: 34

FEPODI
FEDERAÇÃO NACIONAL DOS PÓS-GRADUANDOS EM DIREITO

SEMINÁRIO NACIONAL DE FORMAÇÃO DE PESQUISADORES E INICIAÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITO DA FEPODI

Apresentação

É com imensa satisfação que a Escola Superior Dom Helder Câmara e a Federação Nacional dos Pós-graduandos em Direito – FEPODI apresentam à comunidade científica os Anais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito. Tal produção resulta do exitoso evento sediado nas dependências da Escola Superior Dom Helder Câmara, em Belo Horizonte-MG, nos dias 10 e 11 de outubro de 2016, que contou com o valioso apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito – ABEDi.

Trata-se de obra coletiva composta por 263 (duzentos e sessenta e três) resumos expandidos apresentados no seminário e que atingiram nota mínima de aprovação dentre os 318 (trezentos e dezoito) trabalhos submetidos ao evento. As comunicações científicas estão organizadas em 21 (vinte e um) Grupos de Trabalho ligados a diversas áreas do direito, inseridos num ambiente de ricos debates e profundas trocas de experiências entre os representantes das mais diversas localidades do Brasil.

Os referidos Grupos de Trabalho contaram, ainda, com a contribuição de proeminentes docentes ligados a renomadas instituições de ensino superior do país, os quais indicaram os caminhos para o aperfeiçoamento dos trabalhos dos autores, afim de que eles estejam aptos, após desenvolvimento, a serem publicados posteriormente nos periódicos jurídicos nacionais.

Neste prisma, os presentes anais, de inegável valor científico, já demonstram uma contribuição para a pesquisa no Direito e asseguram o cumprimento dos objetivos principais do evento de fomentar o aprofundamento da relação entre pós-graduação e graduação em Direito no Brasil, bem como de desenvolver os pesquisadores em Direito participantes do evento por meio de atividades de formação em metodologias científicas aplicadas.

Uma boa leitura a todos!

Beatriz Souza Costa

Lívia Gaigher Bosio Campello

Yuri Nathan da Costa Lannes

Coordenadores Gerais do Seminário Nacional de Formação de Pesquisadores e Iniciação Científica em Direito.

CONCEITOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: UM ENFOQUE NA TOMADA DA DECISÃO ADMINISTRATIVA

CONCEPTS INDETERMINATE AND ADMINISTRATIVE DISCRETION: A FOCUS ON ADMINISTRATIVE DECISION MAKING

Sérgio Henriques Zandona Freitas [1]
Thaís Campos Maria
Felipe de Almeida Campos

Resumo

O presente artigo científico trata dos conceitos indeterminados no campo do Direito Público, sobretudo, no âmbito do Direito Administrativo. Correlaciona-se com o instituto da discricionariedade administrativa e consequentemente na tomada da decisão administrativa. Neste sentido, a presente pesquisa teve por objetivo discutir a utilização de tipos abertos, os chamados conteúdos indeterminados, na elaboração das normas jurídicas definidoras de condutas da Administração Pública, que acabam proporcionando uma maior liberdade por parte do agente público no momento da tomada de decisão administrativa. Utilizar-se-á o método jurídico dedutivo na pesquisa bibliográfica, com marco teórico no processo constitucional participativo democrático.

Palavras-chave: Conceitos indeterminados, Discricionariedade administrativa, Decisão administrativa

Abstract/Resumen/Résumé

This scientific paper deals with indeterminate concepts in the public law field, especially in the Administrative Law. It correlates with the Institute of administrative discretion and thus in making the administrative decision. In this sense, this research aimed to discuss the use of open type, called indeterminate content, in the preparation of the defining legal rules of conduct of Public Administration, which end up providing a greater freedom by the public official at the time of decision-making administrative. Use will be given to the legal method deductive in literature with theoretical framework in the democratic participatory constitutional process.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Indeterminate concepts, Administrative discretion, Administrative decision

[1] Professor Orientador PPGD Universidade FUMEC

1 INTRODUÇÃO

As controvérsias originadas a partir da análise da discricionariedade administrativa, bem como dos conceitos indeterminados no âmbito da ciência do Direito Administrativo brasileiro, faz surgir amplas indagações quanto aos atos administrativos discricionários e o comportamento do ente administrativo no momento da aferição desses atos para a tomada de decisão.

Compete a Administração Pública, no exercício de suas funções e atribuições, uma série de poderes que buscam assegurar e garantir a suposta supremacia do interesse público sobre o particular. Não obstante, tais poderes encontram no princípio da legalidade, corolário do Estado de Direito, limitações a fim de se evitar abusos e arbitrariedades por parte do ente estatal.

A lei exerce um papel fundamental ao impor limites aos poderes do Estado. Entretanto, o uso de conceitos indeterminados nos preceitos formadores de condutas da Administração Pública reflete diretamente no tema da discricionariedade. Neste sentido, deu-se o interesse em discutir se essa indeterminação dá ao administrador margem à subjetividade e a certa atuação discricionária no momento da tomada de decisão.

A presente pesquisa consiste na verificação do Direito Administrativo brasileiro, não objetivando uma abordagem filosófica e hermenêutica de conceitos e definições amplas. Busca-se responder a problemática inicialmente levantada, partindo de um estudo meramente dedutivo, por meio de um levantamento bibliográfico de autores relacionados a temática proposta. Ressalte-se o marco teórico no processo constitucional participativo democrático.

2 CONTORNOS BÁSICOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O artigo 5º, inciso II da Constituição de 1988 ao dispor que *"*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*"* (BRASIL,1988), trata do princípio da legalidade, assegurando ao particular a liberdade de fazer quase tudo que ele quiser.

No âmbito do Direito Público, mais precisamente do Direito Administrativo, o referido princípio também é observado a partir da leitura do artigo 37, caput da CR/88 ao prever que *"*a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, obedecerá aos princípios

de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]" (BRASIL, 1988). Neste sentido, os atos da atividade administrativa estão vinculados à lei e a atuação dos entes estatais restringe a obrigatoriedade de observância da lei.

O poder da Administração é discricionário a partir do momento em o agente público utiliza-se de critérios de oportunidade e conveniência. Nestes casos, a lei, ao deixar lacunas, permite uma maior liberdade na tomada da decisão do caso concreto. Entretanto, não se pode afirmar que esse poder é totalmente livre, já que a forma, a finalidade e a competência da lei acabam impondo algumas limitações que, uma vez sendo ultrapassadas pela Administração Pública, passam a configurar uma decisão arbitrária e contrária à lei (DI PIETRO, 2010, p. 212).

Consoante ao exposto alhures, Marcus Vinícius Filgueiras Júnior (2007) explica que a discricionariedade corresponde a um espaço decisório, no qual compete a Administração Pública a escolha da melhor solução, tratando-se de uma liberdade que usada de maneira adequada e razoável não se submete ao veto do Poder Judiciário (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2007, p.163).

Ao ente estatal são conferidos certos poderes, mas que encontram na própria lei limites que objetivam afastar abusos e arbitrariedades da conduta do administrador público, além de qualquer desvio de finalidade e comportamento contrário aos interesses da sociedade.

A discricionariedade administrativa passa a ser garantida pelos espaços vazios deixados pela lei, espaços estes que permitem a escolha de uma ou várias soluções para o caso concreto a ser decidido pelo julgador administrativo.

Cumpre dizer que "não há como o Poder Legislativo obter êxito em normatizar toda a conduta que interessa ao Direito, devido à impossibilidade de se prever, *a priori*, todo o rol de aplicações possíveis para determinada norma jurídica" (FERRAZ, 2013, p. 109).

Essas lacunas deixadas pela atividade legislativa acarretam uma maior abstração da norma jurídica e levantam questionamentos na seara da discricionariedade com relação à presença dos conceitos indeterminados nas normas administrativas.

Indaga-se a forma em que deve ser efetivado o controle jurisdicional dos atos administrativos, diante de preceitos dotados de conceitos indeterminados. Se tais conceitos interferem ou não na apreciação do julgador administrativo no momento da tomada de decisão e se ligam diretamente ao conceito de discricionariedade.

3 O USO DE CONCEITOS INDETERMINADOS NOS PRECEITOS DEFINIDORES DE NORMAS DE CONDUTAS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A problemática em torno do estudo dos conceitos indeterminados nas normas de preceito legal é uma celeuma para a dogmática do Direito. Os debates a respeito do tema são necessários diante da complexidade e amplitude que toma, entretanto mostram-se ainda escassos, até mesmo devido à abrangência, sentidos e opiniões que as discussões proporcionam.

A questão dos conceitos indeterminados no âmbito do Direito Administrativo torna-se ainda mais peculiar em relação aos demais ramos do Direito. Primeiramente, devido à dificuldade encontrada pela norma em oferecer os elementos precisos para a regulação das condutas, e também devido à posição ocupada pela Administração Pública dentro da atividade estatal que lhe garante e assegura certa autonomia nas ações exercidas (SICCA, 2011, p.22).

O estudo dos conceitos indeterminados esbarra na própria definição e caracterização da expressão. São conceituados como termos que não fornecem uma significação imediata e precisa, podendo apresentar vagueza ou ambiguidade (SICCA, 2011, p. 18).

Outra característica inerente aos conceitos indeterminados é a mutabilidade. "Ou seja, a sua possibilidade de variar no tempo e no espaço. Vale dizer, o significado comportado pelo conceito pode sofrer variações conforme o tempo e o espaço em que é apreendido" (GROTTI, 1998/1999, p.67). Diante disso, torna-se passível de questionamentos, sendo possível encontrar entre os juristas administrativistas brasileiros duas correntes que tratam do assunto:

> a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de i**nterpretação** que leve à única solução válida possível, e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas (DI PIETRO, 2010, p. 215; grifo do autor).

Neste contexto, a fim de se garantir o atendimento do interesse público, o legislador confere ao Estado normas dotadas de certa amplitude, o que para muitos juristas tende por ensejar a discricionariedade administrativa e, portanto, confirmar a

aceitação da segunda corrente dentro do direito brasileiro, já que a impossibilidade de vinculação do caso a lei configura-se, em sede de Direito Administrativo, um ato discricionário.

Pode-se dizer que a utilização dos conceitos indeterminados pela atividade legislativa na formação das leis é pouco discutida e enfrentada. A discricionariedade sofreu uma mitigação que acaba concedendo à Administração Pública liberdade na resolução dos casos não delimitados pela lei e que, portanto, não exigem vinculação legislativa. Dessa forma, os tipos abertos do direito administrativo acabam encontrando respaldo e justificativa, partindo-se de um critério de oportunidade e conveniência.

Não obstante, os novos estudos do Direito Público, sobretudo do Direito Administrativo, apontam para um (re)pensar de assuntos inerentes ao interesse público, termo que apresenta um conteúdo vago e abrangente e assim acaba por ligar-se a discricionariedade, segundo entendimento majoritário. Neste sentido, os administrativistas contemporâneos fazem uma crítica ao instituto da discricionariedade administrativa ao afirmarem que:

> os pilares qu e sustentam o mérito da escolha – oportunidade e conveniência – são incompatíveis com o papel do Executivo no novo modelo (neo) constitucionalista, em que a tendência de diminuição da esfera discricionária de atuação do agente, e, igualmente, maior complexidade das relação cotidianas, que impõem maior atuação e espaço para a escolha administrativa (FERRAZ, 2013, p. 148).

Portanto, convém verificar se essa discricionariedade se sujeita a um subjetivismo por parte do julgador e se esses conceitos indeterminados permitem uma racionalidade e legitimação das decisões administrativas.

É extremamente debatido entre os juristas que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, muito pelo contrário, ela é entendida como uma forma de se evitar abusos e desvios de finalidade por parte do agente público. Entretanto, ao possuir como parâmetro os critérios de oportunidade e conveniência, somando-se também aos de equidade e de justiça, percebe-se que entra em um vazio devido à liberdade que é concedida aos julgadores em decidir. A tomada de decisão acaba se constituindo em uma escolha livre do administrador que se utiliza de normas jurídicas imprecisas e conceitos indeterminados no momento da aferição dos argumentos que lhe são dispostos.

4 CONCLUSÃO

O ordenamento jurídico pátrio é dotado de conceitos indeterminados, configurando em normas de preceitos vagos e imprecisos. Entretanto, pouco há entre os juristas a preocupação em delimitar os contornos desses conceitos indeterminados dentro da atividade jurisdicional.

Em que pese o estudo dos conceitos indeterminados encontrar terreno fértil no Direito Privado, ele também é evidente no Direito Público, sobretudo nas normas de conduta de Direito Administrativo.

Indo de encontro com o instituto da discricionariedade administrativa, conforme pensamento majoritário, a temática dos conceitos indeterminados permite reflexões acerca da tomada da decisão administrativa e, assim, um (re)pensar sobre a ciência do Direito Administrativo entre os juristas contemporâneos.

Percebe-se, que a atividade legislativa contribui para a criação e amplitude de tipos abertos no âmbito do direito administrativo, diante da dificuldade e impossibilidade de delimitar todas as condutas em normas jurídicas. Assim, abrem espaços para os chamados conceitos indeterminados e consecutivamente para a discussão da (ir)racionalidade das decisões tomadas pelos administradores. Percebe-se a dificuldade em se afastar do subjetivismo que certas expressões vagas podem ensejar, diante da imprecisão de um conteúdo exato. Recaindo, portanto, em uma crítica ao instituto da discricionariedade que ao se baseia nos critérios de oportunidade e conveniência, deixa a cargo do julgador a escolha da decisão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 ago. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. **O Administrativismo do século XXI:** por uma visão renovada dos conceitos jurídicos indeterminados. Belo Horizonte: D´Plácido, 2013.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. **Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos**, Bauru, N. 24, p. 61-115, dez./mar. 1998/1999. Disponível em: < http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/20046 > Acesso em: 27 ago. 2016.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa**: conceitos indeterminados e aplicação. Curitiba: Juruá, 2011.