

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA NÃO VINCULADA

Oriana Piske de Azevedo Magalhães Pinto*

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

Introdução

O 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 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 mutações sofridas pela lei têm levado a alguma indefinição acerca das matérias que devem receber a qualidade de constitucionais e de outras

* Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE.

*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 Estado Social, levaram a uma reação do Poder Judiciário contra os abusos dos administradores e dos legisladores²

Em consequência, valoriza-se a jurisdição constitucional, passando os legisladores a serem, também, destinatários do princípio da legalidade que se estende para alcançar a constitucionalidade³

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 alçarem 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 judicial⁵

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

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*.

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 discricionários 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 descritos 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

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.

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 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 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

¹¹ *Idem, ibidem.*

¹² *Idem, ibidem.*

¹³ *Idem*, p. 180.

¹⁴ *Idem, ibidem.*

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 controle 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 Bacelar 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 flutuantes 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

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

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

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Vasconcelos, *op. cit.* 1996.

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

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 de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser

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

²⁰ Moraes, *op. cit.* 1999.

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 banda, 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.

²¹ *Idem*, p. 179-180.

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

²³ Canaris, *op. cit.* 1996.

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 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

²⁴ Mello, *op. cit.* 2000.

²⁵ Vasconcelos, *op. cit.* 1996.

²⁶ Moraes, *op. cit.* 1999.

²⁷ *Idem.*

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 insitos 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 constitucional os critérios de controle jurisdicional; 2º) fixar as fronteiras da sindicabilidade judicial da atividade administrativa não vinculada; 3º) ditar 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 “discricionarieidade 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-teóricos (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 dos conceitos indeterminados é utilizada como critério de atribuição de discricionarieidade.”³¹

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem*, p. 193.

³⁰ *Idem.*

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

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, 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).

³² Moraes, *op. cit.* 1999, p. 195.

³³ *Idem, ibidem.*

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.

Conclusão

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 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 administrativo, 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.

Bibliografia

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.