

DA DISCRICIONARIEDADE À TEORIA DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE

Elementos para um controle jurídico-funcionalmente
adequado da Administração Pública

GUSTAVO BINENBOJM

PROF. ADJUNTO DE DIREITO ADMINISTRATIVO DA
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
DOUTOR E MESTRE EM DIREITO PÚBLICO, UERJ
MASTER OF LAWS, YALE LAW SCHOOL (EUA)

Eduardo García de Enterría
(Barcelona, 1962)

“A história do Direito Administrativo tem sido a história da luta contra as imunidades do poder”

A HISTÓRIA OFICIAL

- **Surgimento e desenvolvimento associado às Revoluções liberais** (sobretudo à Revolução Francesa): *Loi 28 Pluviose do ano VIII* (1800).
- **Estado de direito**: juridicização do poder, com a subordinação da Administração ao Direito (princípio da legalidade).
- **Separação de poderes**: repartição funcional de tarefas, apartando-se a função administrativa da legislação e da jurisdição.

NOÇÃO PRIMITIVA DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

- Lógica subsuntiva: a Administração apenas *concretiza* a vontade previamente manifestada pelo legislador.
- Assimilação do ato administrativo à sentença judicial.
- Contradição doutrinária: amplos espaços de liberdade decisória deixados pela lei à Administração Pública.

“A OUTRA HISTÓRIA” DO DIREITO ADMINISTRATIVO

- **Criação jurisprudencial** das normas do Direito Administrativo (produção pretoriana do Conselho de Estado, órgão do Poder Executivo): afastamento do Direito legislado (Código Civil napoleônico).
- **Contradição com o Estado de direito:** insubmissão à lei.
- **Contradição com a separação de poderes:** Administração legisla para si (cria suas próprias normas) e julga seus próprios litígios (jurisdição administrativa).

DUAS NOÇÕES DE LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

- **Legalidade como “vinculação negativa à lei”**
(Stahl e Meyer-Anschutz).

- Resquício privatista: Administração (tal como os particulares) poderia agir autonomamente, sob os limites estabelecidos em lei.

- **Legalidade como “vinculação positiva à lei”**
(Kelsen e Merkl).

- Administração só pode agir consoante o que a lei prescreve ou faculta.

O “ESTREITAMENTO” DO ÂMBITO DA DISCRICIONARIEDADE

- A evolução da discricionariiedade: de “princípio monárquico” a “**margem de liberdade decisória**”.
- Controle dos **elementos vinculados à lei**: competência, forma e finalidade.
- Controle dos **motivos determinantes** e de **conceitos jurídicos indeterminados**.
- A constitucionalização do Direito Administrativo: **vinculação direta** da Administração Pública aos **princípios constitucionais**.

DA DISCRICIONARIEDADE À TEORIA DE GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE

- A dupla vinculação da Administração à lei e ao Direito: a legalidade é uma das formas de juridicidade.
- Os atos administrativos são todos vinculados ao Direito, porém em distintos graus.
- Os graus de vinculação à juridicidade variam conforme a estrutura das normas jurídicas aplicáveis.
- Daí resultam distintos graus de controle judicial sobre os atos administrativos.

OS GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE

- Vinculação por regras: a definição de condutas pela norma aplicável – **controle judicial pleno** (determinação da conduta a ser adotada).
- Vinculação por conceitos indeterminados: a margem de livre estimativa da Administração (na **zona de incerteza**) – **controle judicial parcial** (nas **zonas de certeza positiva e negativa**).
- Vinculação por princípios: a definição da conduta pela Administração – **controle judicial negativo** (**proteção de conteúdos essenciais**).

CONTROLE JURÍDICO- FUNCIONALMENTE ADEQUADO

- Critério não é puramente normativo, mas institucional e procedimental.
- Critério não é binário (vinculação *versus* discricionariedade), mas gradual.
- Critério não é estático, mas dinâmico.
- Fatores a serem levados em conta no controle judicial:
 - elemento normativo;
 - elemento institucional;
 - elemento procedimental.

PARÂMETROS PARA O CONTROLE JURÍDICO-FUNCIONALMENTE ADEQUADO

- (1) quanto maior o grau de **objetividade** da norma (regra, conceito indeterminado, princípio), **maior** a intensidade do controle;
- (2) quanto maior o grau de **restrição a direitos fundamentais**, **maior** a intensidade do controle;
- (3) quanto maior o grau de **tecnicidade da matéria**, **menor** a intensidade do controle;
- (4) quanto maior o grau de **politicidade da matéria**, **menor** a intensidade do controle;
- (5) quanto maior o grau de **efetiva participação social e legitimação democrática**, **menor** a intensidade do controle.

CONCLUSÕES (I)

- 1) O sistema binário (vinculação-discrecionariedade) foi substituído por um sistema multifatorial, que compõem um quadro de diferentes *graus de vinculação da Administração à juridicidade*.
- 2) As categorias básicas deste quadro são: (a) as regras; (b) os conceitos jurídicos indeterminados; e (c) os princípios.
- 3) A intensidade do controle judicial varia conforme fatores normativos (grau de objetividade da norma), institucionais (quem é mais habilitado para decidir, em princípio, sobre a matéria) e procedimentais (grau de legitimidade).

CONCLUSÕES (II)

- 4) Tais critérios podem favorecer a conciliação entre os valores subjacentes aos **princípios da separação de poderes** (especialização funcional, legitimidade democrática) e do **controle judicial dos atos administrativos** (submissão ao Direito, segurança jurídica, proteção de direitos fundamentais).

MUITO OBRIGADO!

gustavo.binenbojm@uol.com.br