

## FOLHA DE RESPOSTAS

### 1ª QUESTÃO:

O tema da discricionariedade administrativa liga-se intimamente com o princípio da legalidade. Por sua complexidade e pela possibilidade de servir para a concessão de amplos espaços de liberdade ao administrador público, o debate sobre os limites do poder discricionário é uma das grandes das questões controvertidas do direito administrativo.

Desde o século XIX os teóricos do direito administrativo divergem sobre os contornos da discricionariedade administrativa, em especial no que toca à interpretação pelo administrador de preceitos legais dotados de conceitos indeterminados. Hans Kelsen e Adolf Merkl viam a interpretação como uma operação que definia a "moldura" da norma. Para além dessa não seria possível à ciência do direito identificar de forma metódica o juízo decisório do intérprete.

De um lado, surgiu a tese da univocidade legal, também designada no direito alemão como "tese do controle total", e que aponta a existência de uma resposta correta na interpretação de conceitos indeterminados, obtida mediante uma operação lógica passível de revisão judicial. De outra parte, os defensores da tese de que a vagueza conceitual impede a obtenção de uma resposta unívoca veem nessa circunstância o surgimento de uma autêntica discricionariedade, insindicável ou de sindicabilidade limitada pelos tribunais.

A tese da univocidade ganhou ampla repercussão em países europeus, notadamente Alemanha e Espanha. Contudo, até mesmo essa vertente teórica admite o controle limitado em situações especiais, tais como juízos de prognose, avaliações em concursos e seleções públicas e direito urbanístico.

No direito brasileiro predomina a tese que associa indeterminação conceitual a discricionariedade. Vários autores perfilham essa compreensão. Celso Antônio Bandeira de Mello distingue na interpretação dos conceitos uma zona de certeza e uma zona de certeza negativa, surgindo a discricionariedade na chamada zona de penumbra (a tese de Celso Antônio assemelha-se à lição de Otto Bachof no direito alemão, que associou a zona de incerteza a uma margem de livre apreciação). Juarez Freitas também não defende a tese do controle total, mas vincula a discricionariedade aos princípios jurídico-administrativos, para a busca da melhor solução conforme o interesse público.

São raras as vozes que diferenciam discricionariedade e interpretação dos conceitos indeterminados no direito brasileiro. Destacam-se Eros Roberto Grau e Victor Nunes Leal.

Atualmente, prevalece na jurisprudência brasileira a tese que limita a discricionariedade pela aplicação de princípios jurídicos. Essa tese, embora à primeira vista possa transparecer uma ampliação do poder do administrador, eis que diante de incerteza conceitual pressupõe-se sua liberdade de ponderação, traz como risco a aplicação de princípios jurídicos pelo órgão de controle de forma retórica, sem a demarcação adequada do limite do controle, aumentando a possibilidade de que a pluralidade inerente ao Estado de Direito e manifestada pela ação do administrador eleito pelo voto democrático seja solapada pela aplicação arbitrária de princípios dotados de extrema vagueza.

Sob outro enfoque, a tese do controle total apoia-se em um paradigma hermenêutico fundado na ideia de uma única resposta correta, o qual, como se sabe, é objeto de grande controvérsia na teoria do direito.