

## Questão Discursiva 03152

Considerando-se o regime jurídico administrativo e os princípios da separação dos poderes e do controle jurisdicional dos atos administrativos, responda, justificadamente:

- a) Há diferença entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade?
- b) Há competência discricionária no âmbito do direito administrativo sancionador?
- c) É possível o controle jurisdicional para revisão ou substituição da sanção aplicada pela Administração Pública?

### Resposta #002993

Por: **Beatriz Salles Calbucci** 2 de Setembro de 2017 às 16:44

Discricionariedade no direito administrativo é a possibilidade concedida pela lei ao administrador de decidir, nos limites legais, sobre a conveniência e oportunidade de praticar ou não um ato administrativo, ou mesmo decidir sobre o seu conteúdo. É o chamado mérito administrativo. Por outro lado, conceitos jurídicos indeterminados são determinações legais com conteúdo incerto, sem precisão ou objetividade. São conceitos diferentes, sendo que os conceitos jurídicos indeterminados podem levar a possibilidade de discricionariedade administrativa.

Para a corrente dominante, a discricionariedade está presente tanto quando a lei expressamente traz uma margem de atuação para o administrador, assim como seus limites, tanto quando a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados. Importante ressaltar que parte da doutrina nega a possibilidade de discricionariedade na presença de conceitos jurídicos indeterminados, e afirma que, quando presentes tais conceitos, deve-se fazer um trabalho de interpretação, capaz de resultar em somente uma solução.

No direito administrativo sancionador há competência discricionária, com atuação limitada pela legislação e pelos princípios do direito administrativo, como a proporcionalidade e razoabilidade, sendo que a atuação fora de tais limites torna a atividade administrativa arbitrária. Hely Lopes Meirelles afirma que o poder disciplinar da Administração é discricionário, não se aplicando, por exemplo, o princípio da pena específica do direito penal.

Quanto ao controle exercido sobre as sanções aplicadas pela Administração, este pode ser exercido pela própria Administração, uma capacidade decorrente do seu poder de autotutela, e também pode ser exercido pelo Poder Judiciário. O Judiciário, entretanto, ao exercer a função jurisdicional, não pode discorrer sobre o mérito administrativo, devido ao princípio da separação de poderes. Assim, o controle jurisdicional das sanções aplicadas pela Administração é limitado à legalidade das sanções aplicada.

### Resposta #004034

Por: **Mayra Andrade Oliveira de Moraes** 16 de Abril de 2018 às 20:04

O regime jurídico administrativo consiste no conjunto de regras, normas e princípios que estruturam a Administração Pública, tendo por escopo o princípio da supremacia e a indisponibilidade do interesse público, as quais são tidas como pedras de toque do Direito Administrativo.

É cediço que há atos discricionários e vinculados, a depender do grau de liberdade oportunizado ao administrador. A discricionariedade é a possibilidade concedida pela lei, desde que respeitados os limites legais, para a prática de certos atos, com fulcro na conveniência e oportunidade da Administração, nestes casos há uma certa liberdade.

Por sua vez, os conceitos jurídicos indeterminados ocorrem nos casos em que existe a norma para o caso concreto, entretanto o conteúdo é incerto, podendo, por tal motivo, culminar em discricionariedade administrativa.

No âmbito do direito administrativo sancionador incumbe ao administrador a análise da conduta perpetrada pelo agente, bem como de sua penalidade. De fato, em tais casos, há certa discricionariedade, no entanto, é indubitável a observância dos limites legais impostos na norma a ser aplicada.

Ressalte-se que no exercício do poder sancionador o administrador está adstrito as normas constantes no ordenamento jurídico para o enquadramento da conduta, entretanto, a penalidade a ser aplicada deve ser sopesada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, momento em que está presente a discricionariedade.

Com base no princípio da separação dos poderes, previsto no art. 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, o Poder Judiciário, em regra, não pode realizar o controle jurisdicional das sanções aplicadas pela Administração Pública, sob pena de influir, indevidamente na esfera do Poder Público.

Contudo, excepcionalmente, em caso de ilegalidade é possível o controle jurisdicional para a revisão ou substituição da sanção aplicada pela Administração Pública, desde que não desrespeite o mérito administrativo, o qual deve ser resguardado.

### Resposta #004105

Por: **Jessica Raniero Tibery** 9 de Maio de 2018 às 13:44

Considerando-se o regime jurídico administrativo e os princípios da separação dos poderes e do controle jurisdicional dos atos administrativos pode-se afirmar que há diferenças entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa. Neste sentido, o conceito jurídico indeterminado

ocorre quando as palavras ou expressões contidas em uma norma são vagas ou imprecisas, gerando dúvidas em seu significado e não nas consequências jurídicas de sua inobservância, que já estão previstas em lei, tal como ocorre com a expressão "atividade de risco", prevista no art. 927, parágrafo único do CC/02. Diante disso, segundo o Professor e Doutrinador Matheus Carvalho, a conceituação desta espécie deve ser feita com base em juízo de conveniência e oportunidade do agente público, que deve, no caso concreto, analisar a incidência ou não da norma legal, sendo que aqui não há discricionariedade administrativa, mas mera interpretação.

Já no tocante a discricionariedade, esta se caracteriza, à luz do Direito Administrativo, quando o comando normativo confere uma possibilidade de escolha ao administrador público. Vale ressaltar que o ato discricionário está determinado em lei, contudo, o dispositivo legal confere margem de escolha ao administrador público (discricionariedade), mediante análise de mérito (conveniência e oportunidade).

No que diz respeito a existência de discricionariedade no âmbito do direito administrativo sancionador, de acordo com a maioria da doutrina, os atos decorrentes do poder disciplinar são praticados, via de regra, no exercício de competência discricionária, que, no entanto, não se encontra na opção do administrador sancionar ou não um agente, mas sim na extensão da sanção, como por exemplo, o prazo de sua duração. Neste diapasão, a autoridade competente poderá, dentro dos limites fixados em lei, definir a intensidade de uma penalidade a ser aplicada de acordo com a gravidade da infração cometida, devendo-se ainda observar o princípio da proporcionalidade. Ademais, a doutrina majoritária, inclusive o ilustre doutrinador Hely Lopes Meirelles, também entende que o poder de polícia é discricionário, salvo exceções, como no caso de concessão de licenças para construção, hipótese que se estará diante de um ato vinculado.

Por fim, é necessário ressaltar que o Poder Judiciário não pode e nem deve revisar ou substituir a sanção aplicada pela Administração Pública, situação que envolve o mérito do ato administrativo e que coincide com o campo de convencimento do administrador público, o que extrapola as atribuições do Poder Judiciário, que somente poderá atuar analisando os atos administrativos no que toca aos aspectos da legalidade (art. 5º, XXXV, CRFB/88), bem como controlar os limites do mérito administrativo, uma vez que são impostos por lei.

## Resposta #004506

Por: EDUARDO MARTINS 5 de Agosto de 2018 às 05:00

a) O conceito jurídico indeterminado não é o mesmo que discricionariedade. A indeterminação de um conceito jurídico ocorre em razão das infinitas possibilidades nas quais determinados institutos podem ser aplicados, sendo inviável o legislador prever todas as hipóteses de sua incidência. Desta forma, tal conceito é dotado de uma certa abstrativização, mas plenamente determinado quando utilizado como paradigma de ponderação em determinadas situações

De toda forma, ele é determinável quando o dever ser ocorre no caso concreto. Assim, na hipótese da ocorrência no mundo dos fatos de uma norma que tenha um preceito indeterminado, vinculado estará o agente público. Assim como ocorre, por exemplo, com o princípio constitucional da moralidade.

Por outro lado, a discricionariedade pressupõe um juízo valorativo do agente público de conveniência e oportunidade de, nas diversas hipóteses previstas na normas, escolher aquelas que serão aplicadas ao caso concreto.

b) Somente há discricionariedade de sanção, tanto no poder de polícia, quanto poder disciplinar, nas hipóteses que a norma sancionadora deixa margem à autoridade administrativa escolher qual a sanção mais apropriada para determinadas situações. Quanto ao dever de sancionar, ele é vinculado em razão do princípio da legalidade, não podendo o agente público deixar de sancionar quando a lei determina.

c) É plenamente possível o controle jurisdicional da sanção, eis que a própria constituição já previu esta possibilidade no seu inciso XXXV do art. 5º, que preceitua que nenhuma lesão ou ameaça ao direito deixará de ser apreciada pelo judiciário. Sendo assim, consante os critérios e princípios da legalidade e proporcionalidade da sanção, poderá o juízo determinar que a administração pública aplique a sanção adequada. No entanto, em razão da separação de poderes e sob pena de usurpação de competência, não poderá o juiz aplicar a sanção, pois esta cabe somente à autoridade dotada de poder sancionador.

## Resposta #006191

Por: RAS 26 de Junho de 2020 às 18:30

Atos administrativos são manifestações de vontade dos agentes públicos destinadas a produção de efeitos, pautados sob o regime jurídico-administrativo.

A discricionariedade reside na margem de liberdade que o agente tem para a prática de determinado ato, isto é, a análise de conveniência e oportunidade a juízo do administrador para a execução do comando abstrato da Lei. Neste ponto reside a distinção com o conceito jurídico indeterminado. Com efeito, segundo a doutrina a discricionariedade pode advir (i) da própria lei que concede espaço para ser preenchido pelo administrador; (ii) bem como do emprego de conceitos jurídicos indeterminados, a serem valorados pelo administrador quando da edição do ato. Constatada-se, portanto, que o conceito jurídico indeterminado compõe a própria noção de discricionariedade, sendo uma de suas hipóteses.

Por sua vez, no âmbito do direito administrativo sancionador não há competência discricionária. Constatada a hipótese de atuação, o administrador deve agir para apurar o ato, sendo possível, entretanto, que a lei de margem para o enquadramento do ato e aplicação da respectiva sanção.

Por fim, é possível o controle jurisdicional quanto a legalidade da sanção aplicada pela Administração, sendo vedado, todavia, imiscuir-se no mérito do ato para rever ou substituir a medida aplicada, ato de indevida ingerência entre Poderes da República.