Nº 24 – outubro/novembro/dezembro de 2010 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

URGÊNCIA E RELEVÂNCIA – DISCRICIONARIEDADE - A CONTRIBUIÇÃO DO STF PARA A PERMANÊNCIA DO "CAVALO DE TRÓIA" DENTRO DO ESTADO DE DIREITO.

José Sérgio Monte Alegre
Professor de Direito Constitucional e Administrativo na UNIT/SE; Procurador do Ministério Público Especial junto ao TCE; Presidente do Instituto Sergipano de Direito Administrativo e Coordenador Científico do Instituto Sergipano de Estudos da Constituição.

Palavras-chave: Discricionariedade. Conceitos jurídicos indeterminados. Controle jurisdicional. Extensão. Jurisprudência do STF. Crítica. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

São conhecidas as íntimas relações que aproximam o Direito Administrativo do Direito Constitucional. Tão íntimas que a seu respeito já se disse que estão no Direito Constitucional os títulos dos diversos capítulos do Direito Administrativo. Não é diferente, no Brasil. Deveras, as noções, os institutos, as categorias que habitam o Direito Administrativo, somente podem ser adequadamente compreendidas e aplicadas se bem apreendido for o modo pelo qual se institui, organiza e atua o Estado, de cuja existência aquele depende. Pois bem. A instituição, a organização e a atuação do Estado são tarefas entre nós tradicionalmente cometidas à Constituição escrita, enquanto expressão do poder constituinte originário, cuja titularidade radica no povo, e de cujo consentimento depende a legitimidade do exercício do mando.

Vai daí que a Constituição de 5 de outubro de 1988, logo no seu título inaugural, substancializa decisão política fundamental. Escolheu como adequado para o seu projeto de busca da felicidade a República Federativa, que se constitui em Estado Democrático de Direito, fundamentado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. Contudo, não só isso. Revelando

compromisso com a democracia de feitio liberal, absorveu como técnicas de *limitação jurídica* do poder político a separação dos poderes e a garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana, ou simplesmente direitos da pessoa humana, ou direitos humanos, exatamente, sem tirar nem por, o que está no famoso Art.16 daquela Declaração.

Nesta temática, como sucede em tantas outras que não convém aqui enumerar, a Constituição faz uso dessas expressões como *sinônimas*, desatada de preconceitos doutrinários. Então, veja-se que a epígrafe que individualiza o primeiro título é *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*; logo a seguir, ao inventariar os princípios que regerão a República do Brasil nas suas relações internacionais, inclui a prevalência dos *direitos humanos* (Art.4º, inciso II); mais adiante, ao cuidar da criação, criação, fusão, incorporação e extinção dos partidos políticos, afirma serem livres tais atos, mas, cuidados, condiciona o exercício dessa liberdade ao resguardo dos *direitos fundamentais da pessoa humana*, além da obrigatória observância dos preceitos que desde logo antecipa (Art. 17); a seguir, ao enumerar os princípios sensíveis, cuja transgressão enseja a intervenção da União nos Estados, refere aos *direitos da pessoa humana* (Art. 34, inciso VII, alinea "b"); enfim, ao tratar das competências dos juízes federais, prefere a expressão *direitos humanos* (Art. 109, inciso V, e §5º). Segue-se que não é exata, da perspectiva da Constituição, a doutrina que reserva a locução *direitos fundamentais* para o direito interno e direitos da *pessoa humana* ou *direitos humanos* para as convenções ou tratados internacionais.

Mais ainda: ciosa do compromisso assumido com o liberalismo democrático de que fez profissão de fé a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e antes dela a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América e a Declaração de Direitos (do Bom Povo) da Virgínia, 1776, a Constituição -cidadã *primeiro* declarou os direitos fundamentais, da pessoa humana ou humanos e *só depois* organizou o Estado, conforme ressai da cronologia dos seus títulos, o que, sem dúvida séria, *não* é um indiferente jurídico. Na história acidentada do nosso constitucionalismo, que vai da exaltação à tragédia, foi a única Constituição que agiu assim. E assim deve ser interpretada. Nela, o Estado foi organizado para *garantir* os direitos estampados no caput do Art.5º, com a extensão admitida no §2º. No impressionante catálogo de direitos, definiu um verdadeiro "parágrafo régio" do nosso Estado Democrático de Direito, residente no direito à jurisdição, no direito ao processo, no direito de acesso ao Judiciário em caso de ameaça ou efetiva lesão a direito, certo que essas são expressões costumeiramente utilizadas para chamar a atenção ao que se contém no Art.5º, inciso XXXV.

E aí é que está o desafio: como justificar a preferência pela discricionariedade administrativa, com todas as conseqüência dai resultantes, a mais grave delas a que interfere na extensão do controle judicial, diante do direito/garantia expresso no inciso XXXV, sobretudo dos atos originários daquele Poder do alto do qual se tornou tristemente celebre a frase "O Estado sou eu"? Como sublinhar a sua importância com a invocação da separação dos Poderes, se esta foi *concebida* como refinado mecanismo de frenagem do Executivo na sua tendência história para o descomedimento? Pior ainda, quando se sabe que dentro dessa paliçada de contenção, ao Judiciário se conferiu o relevantíssimo encargo de derradeiro guardião dos direitos que a Constituição garante a brasileiros e estrangeiros residentes no País. E como explicar a decidida e decisiva

contribuição do Supremo Tribunal Federal na manutenção desse "Cavalo de Tróia" dentro do Estado Democrático de Direito, conformado por uma Constituição da qual é o precípuo guardião (Art.102, caput)? Finalmente, como justificar razoavelmente essa contribuição ao mesmo tempo em que se senta praça de princípio especificamente de interpretação constitucional, segundo o qual as normas da Constituição, sobremodo as que definem e garantem direitos fundamentais, de aplicação direta e imediata (art.5º, §1º) devem ter a sua eficácia expandida, a traduzir-se no princípio da *máxima efetividade* das normas constitucionais?

2. A DISCRICIONARIEDADE enquanto capacidade de precisar uma noção que na lei restou imprecisa.

A seu respeito, é freqüente confrontá-la com a vinculação, integrando ambas o que parte da doutrina chama de os poderes da Administração Pública, ou, em fórmula reducionista, poderes administrativos. Esses poderes seriam, dentre os mais sublinhados, o hierárquico, o disciplinar, de polícia administrativa, o regulamentar, o vinculado e o poder discricionário (HELY LOPES MEIRELLES, no seu Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 32ª edição, p.117). Autores há que preferem – no que fazem bem - inverter o eixo metodológico do Direito Administrativo, para colocar em primeiro plano a idéia de *dever,* realçando-a, e dispensando ao poder o caráter *serviente* do cumprimento dele – o dever. Inspira-se essa doutrina, de apurado corte hermenêutico, na idéia de função, que perspassa a noção de administração, e entendida como a atribuição a alguém do dever de atuar em proveito de finalidades que são de outrem, no caso, a coletividade, para o que recebe da ordem jurídica uma determinada soma de poderes. Assim, tais poderes são funcionais, no sentido de que se destinam, somente, ao cumprimento de um específico dever legal (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no seu Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, edição..... p.....).

Seja como for, a discricionariedade sempre é mencionada. Nunca, entretanto, é conceituada com os mesmos termos, o que chama a atenção do leitor, causando-lhe forte espanto. Afinal, como um conceito que todos mencionam é definido ora em uns termos, ora em outros, e, a despeito, todos que assim o fazem parecem dar a impressão de que estão dizendo o mesmo?

Para o fim a que se propõe este ensaio, a discricionariedade será tomada como o uso, pela lei, de expressões vagas, fluidas, imprecisas, elásticas, equívocas, indeterminadas, citando-se como exemplos urgência, relevância, grave insegurança jurídica, interesse público, calamidade de grandes proporções, boa conduta, atos obscenos, embriaguês habitual, notável saber, notórios conhecimentos, reputação ilibada, perigo público iminente, dentre tantas mais. A preferência por esse significado resulta de ser ele utilizado freqüentemente pelo Supremo Tribunal Federal. E já não de hoje, depois da reconstrução do Estado Democrático de Direito, da (re) valorização da liberdade como expressão da dignidade da pessoa humana, mas que vem desde época de triste lembrança, inaugurada em 1964, com a subversão da ordem então vigente, e a severa imposição do "manda quem pode e obedece quem tem juízo".

Ora, bem. Por aqueles tempos, de cheiro e sabor autoritários, em que na ponderação entre o *valor* da liberdade e o princípio da *autoridade* se dava quase sempre prevalência ao segundo em detrimento do primeiro, a Colenda

Corte Suprema acolheu a discricionariedade como a utilização pela lei dessas expressões de maior ou menos vacuidade, e, além disso, *firmou a competência da Administração para fixar o sentido delas*, no caso concreto. Assentou-se, por aqueles dias, que

> "Entre nós, entretanto, prevalece o conceito de poder discricionário abrangente da hipótese em que a lei, formulando uma noção imprecisa, deixa ao administrador a faculdade e determinar o seu sentido." Invocou-se, àquela época, a doutrina de Stassionopoulus, citado por Themístocles Brandão Cavalcanti (Revista de Direito Administrativo, 101/1, de acordo com a qual "poder discricionário é a capacidade de determinação do sentido de uma noção deixada imprecisa pela lei".

Tudo aconteceu no seguinte caso: Francisco Dualiby havia sido aprovado e classificado em concurso público para o cargo de Oficial de Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Bem sucedido nos exames médicos, para aferir-lhe a aptidão física, foi nomeado pelo Governador do Estado, mas a posse lhe restou recusada pelo Corregedor-Geral daquele Tribunal, fundado em que lhe faltaria o requisito da boa conduta, porque no passado houvera sido indiciado em dois inquéritos policiais, apesar de todos terem sido arquivados. Contra esse ato Francisco Dualiby impetrou mandado de segurança, inacolhido naquela instância. Da denegação, houve recurso extraordinário ao Supremo, onde, após conhecido, foi improvido. No julgamento, veio à baila, com expresso registro, a publicação de recente (estávamos em 1972!) artigo do professor português, Afonso Rodrigues Queiró, ao qual pertencia o seguinte excerto:

> "O poder discricionário – aduz o eminente jurista – não se confunde com toda e qualquer margem de imprecisão, ainda a mais ampla, na formulação dos comandos legais. Noutras palavras: não se confunde com os chamados conceitos vagos ou conceitos indeterminados, de que o legislador administrativo tão largamente lança mão para exprimir as suas previsões. Estes são, simplesmente, o produto da impossibilidade prática ou simples dificuldade técnica, em que o legislador freqüentemente se encontra, de enunciar, com toda a nitidez, com todo o rigor, quer as circunstâncias ou pressupostos de fato em que os órgãos da Administração hão de exercer a sua competência no futuro, quer as finalidades a realizar pelos órgãos da Administração. Por muito que, no exercício dessa tarefa,

> intervenham necessariamente elementos subjetivos, por muito que a interpretação envolva elementos pessoais ou autônomos, esta liberdade interpretativa nunca poderá confundir-se com o poder discricionário da Administração. Estamos aí – conclui o citado mestre – no domínio do poder vinculado" (Revista de Direito Administrativo, 97/1).

Feita a transcrição da doutrina do eminente professor da Faculdade de Direito de Coimbra, ficou-se, para decidir a causa, com os ensinamentos do não menos ilustre Stassionoupoulos, acima mencionados. É bem verdade que se fez reparo quanto à eventual suposição de imunidade do ato expressivo da discricionariedade, com a ênfase de que, a despeito de discricionário, o ato *não* estava imune ao controle do Judiciário. Contudo, os limites de tal investigação eram bem modestos e se acantonavam no exame dos motivos e, ainda assim, *só para saber* de sua realidade material, se haviam de fato ocorrido ou não. Significa dizer: "A única concessão, no sentido de ampliar o conceito de legalidade, é o exame dos motivos, mas, ainda aqui, não quanto ao conteúdo dos motivos, mas à sua existência", chamando-se à colação, novamente, o Ministro do STF, Themístocles Brandão Cavalcanti.

Então, a verdade *da época* era a de que o Judiciário examina o ato discricionário da perspectiva da legalidade, *estendido* esse conceito ao exame da *existência material* dos motivos. "Boa conduta" comparecia, pois, como aquilo que a Administração *entendesse como tal*, uma vez verificada a ocorrência dos motivos invocados para configurá-la ou não. O Judiciário ficava *alheio* a tal conceituação, pois isso dizia com o mérito ou justiça do ato, privativos da Administração. E isso era tudo (RE 73.296/SP, Rel. o Min. DJACI FALCÃO, 1ª Turma, em 14/04/1972). O impacto do espírito do tempo foi devastador.

Anteriormente, sob a vigência dos primeiros cinco anos da Constituição de 1946, o STF preferia dizer que

> "Cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade *e a legitimidade* dos motivos em que se inspira o ato discricionário da administração [...]" (RE 17.126/MG, Relator o Ministro Hanhneman Guimarães, 2ª Turma, em 31 de agosto de 1951).

O exemplar - RE 73.296 - não é único. Com efeito, embora sem o desenvolvimento do RE 73.296/SP, mas coincidindo na questão da apreciação da *ocorrência material dos motivos*, limite para o controle do Judiciário, o quê decidido no Recurso Ordinário no Mandado de Segurança n.º 17.999/SP, Rel. o insigne VICTOR NUNES LEAL, 1ª Turma, unânime, em 12/02 1968. As datas, aqui, são eloqüentes...

Fazia-se a mesma leitura no tocante ao pressuposto da urgência para edição de Decretos-leis. Urgente era o que S.Exª. o Presidente-militar entendesse como tal; o Judiciário nada podia fazer.

> "A apreciação dos casos de urgência ou de interesse público relevante, a que se refere o artigo 58 da Constituição de 1967, assume o caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juízos d oportunidade ou de valor do Presidente da República, ressalvada a apreciação contrária e também discricionária do Congresso Nacional [...]" (RE 62730/SP, Rel. o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, em 23/08/1967, no DJU de 20/12/67).

No RE 74.096/SP, em 13/06/1972, Relator o Ministro OSVALDO TRIGUEIRO, unânime o julgamento, o STF reforçou:

> "[...] Os pressupostos de urgência e relevante interesse público escapam ao controle do Poder Judiciário [...]."

No RE 75.935/SP, Relator o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, em 9/10/1073, a tese foi mitigada, embora com extremos e cautela:

> "A urgência e o interesse público relevante são aspectos políticos entregues ao discrecionismo (sic) (não ao arbítrio) do Congresso e do Presidente da República, como o Supremo tribunal decidiu por unanimidade no RE 52.739 (RTJ 44/173), exibido pelas próprias Recorrentes. O controle do Judiciário nesse caso só poderá ocorrer excepcionalmente se o dicrecionarismo (sic), praticado já no campo do absurdo, tocar ao arbítrio [...]."

Aqui, uma ressalva parece importante. Na Constituição de 1967/69 não havia um único dispositivo que qualificasse o Decreto-lei ou outro qualquer como ato político e o excluísse da apreciação do Poder Judiciário, ao contrário do que sucedeu com a Constituição de 1934 (Art. 59) e a Constituição de 1937 (Art.94). No Ato Institucional nº 5/68, sim, havia, conforme se lê no Art.11, consoante o qual estavam excluídos da apreciação do Judiciário todos os atos praticados de acordo com ele ou atos complementares nele fundamentados. Portanto, sobretudo para guardar a memória e ser fiel à história, foi o STF que se auto-limitou. Não qualquer texto que lhe tenha sido imposto externamente pelo comando revolucionário. Tudo foi o resultado de pura e simples obra de interpretação. Dele, STF.

Segue daí que, naquela atmosfera densa e sombria, era até compreensível que entre duas alternativas de interpretação, ambas sustentadas por bem nutridos argumentos, a preferência recaísse naquela que melhor obséquio prestava ao espírito do tempo.

Todavia, superados aqueles anos, dissipadas as nuvens do viés autoritário, não parece aceitável que a leitura da discricionariedade pela Suprema Corte continue praticamente inalterada. Decididamente, não. O que serve ao despudor de regimes de exceção não pode servir ao Estado Democrático de Direito, o seu contraponto exato. Não a qualquer Estado Democrático de Direito, tal como o entenda o engenho, a arte e o talento de doutrinadores intelectualmente afortunados e criativos, e sim como conformado, como tatuagem marcada a ferro e fogo, na pele da Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988. Estado Democrático de Direito do qual se possa dizer, sem o risco da contrafação, da dissimulação, da redução do discurso constitucional a mera e triste figura de absurda retórica:

> "1. A Constituição brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano da nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A **rule of law**, mais do que simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder.
> É preciso evoluir, cada vez mais, no sentido da completa justiciabilidad (sic) da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, com expressivo efeito conseqüencial, a interdição de seu exercício abusivo [...]." (MS 20.999-2/DF, Relator o Ministro CELSO DE MELLO, Pleno, unânime, em 21 de março de 1990no DJU de 25/05/1990).

Círculos de imunidades do Poder é expressão atribuída ao Professor espanhol, da Universidade Complutense de Madrid, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, em conferência proferida em 1962 – há mais de quarenta e sete anos - na Faculdade de Direito de Barcelona, e que viria a transformar-se no ensaio sobre "La lucha contra las inmunidades del poder", 3ª edição, Madri, Cuaderno Civitas, 2004. Essa luta, historicamente, se deu sempre em três dimensões: a do ato político, a do ato discricionário e a do ato normativo, tudo resumido na frase de raiz monárquico- absolutista de acordo com a qual "todas as presunções militam em favor do ato régio", que, modernizada, passou a significar entre nós presunção de legitimidade do ato

administrativo e presunção de constitucionalidade das leis. Mudança houve, sem dúvida. Ao invés de ato régio, ato do Estado, o que chega a ser bizarro em uma Constituição que exalta a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art.1º, inciso III) e não dele, Estado! A propósito, qual presunção milita em favor do ato do indivíduo?...

Infelizmente, estava certo JOAQUIM NABUCO, ao escrever o Abolicionista. Difícil não seria extinguir a escravidão; difícil seria remover os seus escombros. Aplicada hoje, a frase seria mais ou menos a seguinte: difícil não foi superar a ditadura; difícil é descontaminar mentes e corações.

Vejamos.

A mesma urgência, conjugada à relevância do interesse público, enquanto condicionantes da expedição válida de Decretos-leis, No regime decaído, retornam hoje como *pressupostos de legitimidade* da edição de medidas provisórias com força de lei, da competência exclusiva do Presidente da República, embora devam ser submetidas ao Congresso Nacional (Art. 62 da CF). Urgência combinada com relevância, ambas compondo o elenco dos conceitos vagos, fluidos, elásticos, equívocos, imprecisos, indefinidos, indeterminados. Pois bem. Quem é o juiz da urgência e da relevância? Qual a *natureza* da atividade de desvendar o que sejam?

Na ADI 162/DF, em 14/12/1989, no DJU de 19/09/1997, escreveu o Ministro MOREIRA ALVES na ementa do acórdão:

> "Os conceitos de relevância e de urgência a que se refere o artigo 62 da Constituição, como pressupostos para a edição de Medidas Provisórias, decorem, em princípio, do Juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República, mas admitem o controle judiciário quanto ao excesso do poder de legislar, o que, no caso, não se evidencia de pronto [...]."

Na ADI 526, em 12/12/1991, no DJU de 05/03/1993, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, leia-se o seguinte excerto do seu voto:

> "Certo, no julgamento liminar da ADIn 162, de 14.12.89, atinente à Med. Prov. 111 (prisão temporária), solidarizei-me expressamente com o relator, em, Ministro Moreira Alves, quando S.Exa. – afastando-se dos precedentes, que referiu (RREE 62.739, 74.096, 75.935) , a propósito de questão similar relativa aos decretos-leis da ordem decaída -, admitiu que os pressupostos de relevância e urgência para a emissão de medidas provisórias não eram de todo imunes ao controle jurisdicional, o que, entretanto, não retira o caráter discricionário do

> juízo político, que os afirma, restringindo-se, pois, o controle jurisdicional aventado à verificação, em cada caso, de abuso manifesto [...].”

Na ADI 1753/DF, em 16/04/98, no DJU de 12/06/98, da relatoria do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, foi destacado que a Eg. Corte nunca tenha reconhecido a imunidade jurisdicional da urgência e da relevância. Leia-se, sem o destaque no original:

> “O caso faz retornar à mesa do tribunal a questão da sindicabilidade jurisdicional da concorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medida provisória.
> *Jamais lhes conferiu a Corte a carta de total imunidade à jurisdição*, pelo contrário, desde a primeira vez – malgrado lhes reconhecendo o inegável coeficiente e discricionariedade – o tribunal advertiu a possibilidade de controlar o abuso de poder, que no ponto se manifestasse (ADInMC 162, 14.12.89, Moreira, e também in ADInMC 1130, 21.9.94, Velloso, Lex 196/69), fácil compreender, no entanto, que se cuide de reserva para hipóteses excepcionalíssimas (cf. Moreira Alves in ADIn 1130, 10.8.95, Resek) - o que explica – malgrado a existência de votos vencidos em casos diversos (v.g., Celso, Néri e Pertence, na ADInMC 1576, 16.4.97; Marco Aurélio) – jamais haja o Plenário admitido a relevância das argüições a propósito suscitadas.
> Sem desafiar essa tendência auto-restritiva do tribunal – que é de louvar – não tenho dúvida de que, na espécie, a afirmação da urgência à edição da medida provisória questionada raia pela irrisão [...]”

Na ADI 525/MC-DF, Relator o Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, em 12/06/1991, no DJU de 02/04/2004, consta da ementa:

> “II – Medida provisória: requisitos de relevância e urgência (CF, art.62): limites do exame jurisdicional: [...] 1. A ocorrência dos pressupostos de relevância e urgência para a edição de medidas provisórias não estão de todo imunes ao controle jurisdicional, restrito,

> porém aos casos de abuso manifesto, dado o caráter discricionário do juízo político que envolve, confiado ao Poder Executivo, sob censura do Congresso Nacional (ADIn 162, de 14-12-89) [...].”

Na ADI 1700, em 19/12/1997, no DJU DE 31/05/2002, Relator o Ministro NELSON JOBIM, o recado veio logo na ementa do acórdão:

> “[...] NÃO CABE AO STF O EXAME RELATIVO À URGÊNCIA E À RELEVÂNCIA DA MEDIDA PROVISÓRIA [...].”

Para prevenir mal entendido, esclareço que o acórdão foi lido na íntegra, assim como disponível no site do STF. Mais: Ao votar, o Relator afirmou que rechaçava a argumentação genérica da ausência de urgência e relevância, “*na linha das decisões majoritárias*” da Corte, nada obstante não tenha indicado quais e quantas (s/o itálico). *Não foi contrariado*. Ao menos, não consta do exemplar. Vencido, somente, o Ministro MARCO AURÉLIO, porém na questão de fundo. Portanto, pertinentemente ao exame da urgência e da relevância, a decisão foi unânime.

Prossegue o STF na sua caminhada por trilhas que já não mais se deviam percorrer, empoeiradas pelo tempo. Assim é que na ADI 11/MC, Relator o Ministro CÉSAR PELUSO, reforçou-se a tese de que os requisitos legitimadores de medida provisória, vertidos nos conceitos indeterminados da urgência e da relevância, apenas em caráter excepcional se submetem ao crivo do Poder Judiciário, por força da regra da separação dos Poderes. Como precedentes são citadas a ADI 2.213, relator o Ministro CELSO DE MELLO; ADI 1647, Relator o Ministro CARLOS VELLOSO.

Na ADI 2527-9/DF, a Relatora, Ministra ELLEN GRACIE, em 16/08/2007, no DJe de 23/11/2007, deixou consignado(grifo não é do original):

> “2. Esta Suprema Corte somente admite o exame jurisdicional do mérito dos requisitos de relevância e urgência na edição de medida provisória em casos *excepcionalíssimos*, em que a ausência desses pressupostos seja evidente.[...]”

Nessa ADI 2527, inútil a advertência feita pelo Ministro MAURÍCIO CORRÊA, sem ser contraditado, acerca da extrema tolerância do STF com a faculdade de o Presidente da República valer-se das medidas provisórias, partindo sempre da perspectiva de que somente a ele incumbe mensurar o conteúdo político da existência da relevância e da urgência da matéria disciplinada. É do ilustre Ministro:

> “Como é sabido, tem agido esta Corte com extrema tolerabilidade quanto à faculdade

> subjetiva de o Presidente da República valer-se de medidas provisórias, partindo sempre da perspectiva de que somente a ele incumbe – porque dá impulso a esse ato legislativo extraordinário que o Congresso depois confirma, modifica ou rejeita – mensurar o conteúdo político acerca da existência de relevância e urgência da matéria disciplinada. Basta para isso cotejar os vários julgamentos proferidos pelo Tribunal em que a questão envolvendo instrumentos legislativos dessa ordem foi abordada (ADIs 162, Moreira Alves, DJ 19/09/97; 1754, Sydnei Sanches, DJ 06/08/99; Velloso, DJ 26/03/99; 1667, Ilmar Galvão, DJ 21/11/97, entre outros) [...]"

Já aí temos, novamente, os contornos da discricionariedade como abrangentes do uso de conceitos vagos, indefinidos, em textura constitucional. E como do Executivo a atividade de precisá-los. Como arremate, ora se disse caber o controle jurisdicional, marcado, contudo, com o selo da excepcionalidade, quando não apenas em situações *excepcionalíssimas.* Não mais uma excepcionalidade, pura e simples, e sim uma excepcionalidade qualificada! E ora se disse que tal controle (mesmo excepcional) não cabia ao Judiciário.

A ressalva condicionante da válida interferência do Judiciário, modesta ou modestíssima, quando não ausente, parece ressuscitar o que dizia a Lei 221, de 30 de novembro de 1894, a propósito do controle judicial dos atos praticados no exercício de competência discricionária (grifo meu): "A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário sòmente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou *do excesso de poder*" (Art.13, §10).

E, então, hoje, como ontem, na Democracia tanto quanto no seu oposto, o STF reconhece ao Executivo, de chefia unipessoal, às vezes tripartite como em trechos do golpe militar de Março de 1964, a competência para *precisar* noções que na lei, mesmo a fundamental, restaram imprecisas, indefinidas ou indeterminadas, e reconhece nessa atividade a *discricionariedade*, salvo casos excepcionais ou excepcionalíssimos de excesso de poder (isso sem esquecer da ADI 1700, em que se entendeu que nenhuma atribuição cabia ao Judiciário de rever o exame de urgência e relevância feito solitariamente pelo Presidente da República).

Então, desde o RE 62.730, 1967, Rel. o Ministro ALIOMAR BALEEIRO, sobre "urgência e relevância" e de quem é a competência para o seu exame, e do RE 73296/SP - caso FRANCISCO DUALIBY -, sobre "boa conduta" e de quem é a competência para precisar o que se entende como tal, até os dias de hoje, o STF manteve a sua jurisprudência, não importando o contexto histórico e político-institucional. Vale aqui o ditado; "a madeira que dá em Chico dá também em Francisco"... Neste tema, o pêndulo manteve-se sempre de um único lado, sem oscilar para o outro extremo, a despeito da

impermanência do curso da História dos acontecimentos humanos. Atualmente, o seu arco avizinha-se do inaceitável da perspectiva do aprimoramento do controle jurisdicional em um País infelicitado por Constituições democráticas que morrem na infância da idade ou na adolescência, e de Executivo sempre propenso à hegemonia do Poder.

3.**A CAPACIDADE DE PRECISAR O SIGNIFICADO DE EXPRESSÕES IMPRECISAS NA LEI**, enquanto conceitos jurídicos indeterminados como técnica distinta da discricionariedade.

No âmbito do Direito Administrativo, espaço primeiro da discricionariedade, que deita as suas raízes mais profundas no solo da democracia liberal, enquanto filho legítimo do Estado de Direito, cujos traços mais salientes estavam na separação dos Poderes e na garantia dos direitos da pessoa humana, a luta contra a imunização judicial do ato discricionário, primeiramente entendida a discricionariedade como significando a ausência de lei, de espaço por esta preenchido, a traduzir simples *vinculação negativa*, e só muito depois como situação de *vinculação positiva*, segundo a qual a Administração exerce só os poderes que lhe são conferidos por lei (princípio da legalidade), essa luta, retome-se, é das mais realçadas na historia da sua evolução. Não à-toa o jurista HANS HÜBER comparou a discricionariedade, sugestivamente, ao "Cavalo de Tróia dentro do Estado de Direito." O que se temia, e se queria mudar, era exatamente o predomínio do subjetivismo incontrolável do administrador, a mercê do qual ficava o administrado, lembrança de uma época em que se dizia que o "Rei não erra, o Rei não pode errar." O que se queria, agora, era afirmar que o controle judicial tinha em mira proteger o indivíduo diante do Estado, e, dentro dele, do Executivo, historicamente o mais inclinado à demasia, ao excesso, à extravagância. Do Legislativo não havia razão para desconfiar, pois nele estava a representação do povo e não se havia de presumir que o povo deseja o seu próprio mal (Rosseau). Do Judiciário também não havia o que temer, pois era a "boca que pronunciava s a palavras da lei." Restava, pois, somente o Executivo, escolhido este nome precisamente para demarcar a sua função de estrita execução de uma lei emanada de outro Poder – o Legislativo.

Só mesmo o estágio ainda insatisfatório de evolução do Direito Administrativo, no Brasil, assim como aconteceu em Portugal e Espanha, eles também vítimas da mesma experiência de mando ditatorial até mais intensa extensa do que a nossa, permite que a doutrina – destaque-se nela nomes de reconhecida estatura intelectual, de grande cultura, engenho e arte -, ainda não se tenha dado conta de que entre as *técnicas de redução e controle judicial da discricionariedade* se inclui, precisamente, a *dos conceitos jurídicos indeterminados.*

E isso quer dizer exatamente que discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados *não são* absolutamente o mesmo. Excluem-se mutuamente. Por primeiro, veja-se que discricionariedade *e* vinculação nada mais são senão técnicas diversas de *atribuição legal* de poderes à Administração. No primeiro caso, o emprego dessa técnica atribui ao executor da norma uma margem de liberdade, dentro da qual, e diante da fisionomia do caso concreto, haverá de escolher (para uns) *qualquer* das soluções comportadas na norma de atribuição da competência, orientando-se

para tanto por critérios extra-jurídicos, de oportunidade, conveniência, utilidade, necessidade, justiça, e quejandos, enquanto para outros, já mais exigentes, haverá de escolher, não uma qualquer soluções dentre as admitidas na lei, mas, somente, *a melhor* solução. Entre os estrangeiros, FRITZ FLEINER, para quem à autoridade administrativa cabia, "entre as diversas possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, à intenção da lei." (apud MIGUEL SEABRA FAGUNDES, no seu O Controle do Ato Administrativo pelo Pode Judiciário", Forense, 5ª edição, p. 99).

Entre nós, jurista de excepcional nomeada – o mesmo MIGUEL SEABRA FAGUNDES -, entendia que o que se pode sindicar é se o uso que a Administração fez do poder estava previsto na lei de competência, *mas não* se o uso foi o *melhor*. Leia-se: "Compreende – o autor refere-se ao mérito do ato administrativo – os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, eqüidade, razoabilidade, moralidade, etc. de cada procedimento administrativo" (ob, cit., p. 146). Mais à frente, escreve o autor a propósito de exames de legalidade que se avizinham do mérito: "Há, porém, um sutil limite que se não deve esquecer. O julgamento examina se o ato se conteve dentro do poder do administrador, isto é, se foi praticado segundo os seus fins, em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fez do poder foi o *melhor*. Enquanto se discute se o fim do ato foi o querido pela lei, há uma simples questão de *legitimidade.* Só haveria exame de mérito se se quisesse discutir o acerto do ato pelo bom uso da competência, em face das necessidades coletivas", conclui o aplaudido doutrinador, citando RANELLETTI (ob cit. p.156).

Essa temática dos conceitos jurídicos indeterminados, cujo desenvolvimento coube à doutrina alemã de direito público do século passado, aparece exatamente para remarcar o campo próprio da discricionariedade da discrição administrativa, restringindo-a quase a ponto de eliminá-la completamente, segundo lições recolhidas em EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA E TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, no seu clássico Curso de Direito Administrativo, 1991, edição brasileira, Editora Revista dos Tribunais, pp.391, 392 e 395, e 10ª edição espanhola, Civitas, 2001, pp.457 a 459). Na escrita dos autores:

> "Para determinar com precisão o âmbito de liberdade estimativa que comporta a discricionariedade, resulta capital distinguir esta da hipótese de aplicação dos chamados "conceitos jurídicos indeterminados". A confusão de ambas as técnicas supôs na história do Direito Administrativo um gravíssimo peso, que só recentemente começou a liberar-se. É um mérito da doutrina alemã contemporânea do Direito Público ter levado esta distinção até as últimas conseqüências [...] A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou, se se prefere, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão se

fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc), não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da Administração. Pelo contrário, a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal (configurada, não obstante sua imprecisão de limites, com a intenção de demarcar uma hipótese e concreta) umas circunstâncias reais determinadas: justamente por isso é um processo regulado, que se esgota no processo intelectivo de compreensão de uma realidade no sentido que o concito legal indeterminado tem pretendido, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio de quem exerce uma potestade discricional.

As conseqüências desse contraste são capitais. Sendo a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados um caso de aplicação e interpretação da lei que criou o conceito, o juiz pode fiscalizar sem esforço algum tal aplicação, avaliando se a solução a que com ela tem-se chegado é a única solução justa que a lei permite. Esta avaliação parte deuma situação de fato determinada, a que a prova lhe oferece, porém sua apreciação jurídica é feita desde o conceito legal e é, portanto, uma aplicação da lei. Entretanto, o juiz não pode fiscalizar a entranha da decisão discricional, já que, seja esta do sentido que for, caso se tenha produzido dentro dos limites da remissão legal à apreciação administrativa (e com respeito aos demais limites gerais que veremos) é necessariamente justa (como o seria igualmente a solução contrária). (pp.394/395 da edição brasileira, tradução de ARNALDO SETTI). E, dentre os exemplos apontados de conceitos jurídicos indeterminados, e nunca de discrição administrativa, estão precisamente a urgência e o interesse público (p.395, idem)! Vai daí que, quando se depara com conceito indeterminados estampados em lei, a Administração deles faz uma primeira e inicial interpretação/aplicação, mas a última interpretação/aplicação é sempre do Judiciário, á instância dos interessados, pela simples

> razão de que esses conceitos integram a estrutura da norma, fazem parte dela, são seus elementos inseparáveis que definem ora uma hipótese de incidência, ora uma medida a dotar, ora um fim a alcançar. E a função de todo juiz não é outra além da interpretação/aplicação da lei. Curioso é que, na Espanha, sentença de 12/12/79 tendo diante de si caso envolvendo a interpretação/aplicação de "boa conduta", tenha assinalado rotundamente que "a apreciação de boa conduta em forma alguma supõe uma avaliação discricional da Administração, senão a aplicação de um conceito indeterminado" (ob. cit., p. 399, edição brasileira).

Tão próxima do caso FRANCISCO DUALIBY, no Brasil! E antes, bem antes, antes, a todas as decisões do STF sobre a quem cabe precisar os conceitos de urgência e de relevância! E, no entanto, tão distante em termos de aprimoramento do controle judicial! Ainda hoje! Aqui, ainda se prefere ficar com a doutrina do austríaco TEZNER, idosa de muitos anos, além de superada em Portugal, Espanha e Alemanha, que identificava a discricionariedade com a utilização pela lei de "conceitos imprecisos", com o que se entendia que a precisão última deles cabia, com exclusividade à Administração (obra e autores citados, p.395, idem). È bem verdade que, excepcionalmente, ou excepcionalissimanente (quando não se nega expressamente essa possibilidade) se admite o reexame do Judiciário. Todavia, adotada que fosse a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, *não haveria* excepcionalidade alguma, tudo faria parte da função jurisdicional, com absoluta normalidade! Teria quando menos o mérito de estar mais consentânea com a "progressiva redução ou eliminação dos círculos de imunidade do Poder" (CELSO DE MELLO, no MS 20.999/DF) e, aí sim, com a teoria da separação dos Poderes, entenda-se, bem compreendida. E,curioso, já sob o domínio dessa jurisprudência compressora do controle da urgência e da relevância, vem do próprio STF acórdão em que se discorre sobre a diferença entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, com *impressionante* semelhança com a doutrina exposta pelos professores espanhóis. Logo na ementa do acórdão se lê: "[...] Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário [...]. Concisa, sem dúvida, mas o voto é analítico e não deixa margem a dúvida séria. Veja-se:

> "De mais a mais, como tenho sustentado, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é conseqüência da utilização, nos textos normativos, de "conceitos indeterminados". Só há efetivamente discricionariedade quando

> expressamente atribuída, pela norma jurídica válida, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito. A Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolha entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer.Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essa decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos hão de ser objeto de controle judicial [...]" (RMS 24.699/DF, 1ª Turma, Relator o Ministro EROS GRAU, em 30/11/2004, no DJU de 01/07/2005).

Parece que o arrependimento veio rápido. O acórdão e a boa doutrina que nele se contém, *já no curso* da cláusula da impossibilidade do exame (NELSON JOBIM) ou na do exame excepcional ou excepcionalíssimo da urgência e da relevância, submergiu e não retornou à superfície, embora proferido à unanimidade de votos, o que significa, na Turma, cinco Ministros! À exceção do Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, ausente por motivo justificado, os outros estiveram presentes à sessão de julgamento, como registra o extrato da ata. Mais ainda: nenhum deles discordou do Relator. Então, ora expressões vagas, indefinidas, indeterminadas são expressão de discricionariedade administrativa e ora são conceitos jurídicos indeterminados, com todas as diversas conseqüências das duas técnicas acercada extensão e da normalidade do controle judicial???

Enfim, e nos limites deste ensaio, parece chegada a hora de fechar um ciclo histórico e iniciar outro, nessa trajetória evolutiva do controle jurisdicional dos atos estatais, venham de onde vierem. Especialmente em matéria de edição de medidas provisórias, pois é de função excepcional que se trata, cometida ao Executivo sob circunstâncias estritas – urgência e

relevância. E disposições excepcionais se interpretam/aplicam estritamente, sem condescendências, sem ampliações, nem invocação, muito menos, da separação de Poderes que, na sua origem, e hoje ainda, foi concebida para o resguardo do indivíduo e não para gáudio do Estado. Aliás, a invocação da separação de Poderes, neste tema, se faz em detrimento dele, indivíduo, porque desfavorece o Judiciário na sua missão constitucional de interpretar e aplicar o Direito, inclusive e sobretudo o de índole constitucional, precisamente para proteger a pessoa humana, cuja dignidade é alçada a fundamento da República Federativa do Brasil.

Quem sabe (?) o STF fará a revisão de sua própria anacrônica e renitente jurisprudência, e dará seqüência à trilha aberta no julgamento do RMS 24.699, 1ª Turma, no DJU de 1/07/2005, Relator o Ministro EROS GRAU, acima. o original.

Afinal, a Suprema Corte já deu exemplos anteriores, vários deles – o mandado de injunção talvez seja o mais recente e importante – de que resiste, mas muda. Ou seria mais adequado dizer muda, mas resiste?

Certo que as expressões urgência e relevância, para efeito de edição válida de medidas provisórias estão no repertório da Constituição. Todavia, deixarão de ser indeterminadas só por isso?

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

ALEGRE, José Sérgio Monte. Urgência e Relevância - Discricionariedade - A Contribuição do STF para a Permanência do "Cavalo de Tróia" dentro do Estado de Direito. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 24, outubro/novembro/dezembro de 2010. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-24-OUTUBRO-2010-SERGIO-MONTE-ALEGRE.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais:

ALEGRE, José Sérgio Monte. Urgência e Relevância - Discricionariedade - A Contribuição do STF para a Permanência do "Cavalo de Tróia" dentro do Estado de Direito. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 9-25, out./dez. 2009