

INGRID DE CARVALHO TEIXEIRA

DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JURISDICIONAL

**CURITIBA
2003**

INGRID DE CARVALHO TEIXEIRA

DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JURISDICIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Angela Cassia Costaldello

CURITIBA

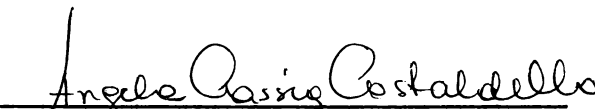
2003

TERMO DE APROVAÇÃO

INGRID DE CARVALHO TEIXEIRA

DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JURISDICIONAL

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: 
Prof.ª Ângela Cássia Costaldello
Departamento de Direito Público, UFPR


Prof. Romeu Felipe Bacellar Filho
Departamento de Direito Público, UFPR


Prof. Elizeu de Moraes Correa
Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 07 de outubro de 2003.

**Agradeço aos meus pais
pelo apoio durante estes anos de estudo.**

SUMÁRIO

RESUMO	vi
1 INTRODUÇÃO	1
2 ESTADO DE DIREITO E DISCRICIONARIEDADE	3
2.1 ESTADO E LEGALIDADE.....	3
2.2 A CONFIGURAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	4
2.3 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA.....	5
2.4 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	7
2.4.1 Princípio da Legalidade.....	7
2.4.2 Princípio da Impessoalidade.....	9
2.4.3 Princípio da Publicidade.....	10
2.4.4 Princípio da Eficiência.....	11
2.4.5 Princípio da Moralidade Administrativa.....	12
2.4.6 Princípio da Motivação.....	13
2.4.7 Princípio da Razoabilidade.....	14
2.4.8 Princípio da Proporcionalidade.....	15
2.5 A CONFIGURAÇÃO DO ESTADO E DISCRICIONARIEDADE.....	16
3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	19
3.1 FUNDAMENTO.....	19
3.2 LOCALIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE.....	21
3.2.1 Pela análise da norma.....	22
3.2.2 Pelos elementos do ato administrativo.....	24
3.2.2.1 Sujeito.....	25
3.2.2.2 Objeto.....	26
3.2.2.3 Forma.....	27
3.2.2.4 Motivo.....	28
3.2.2.5 Finalidade.....	29
3.2.3 Breves considerações acerca da discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.....	30
4 CONTROLE JURISDICIONAL E LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	34

4.1	NOTAS INTRODUTÓRIAS À ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL.....	34
4.2	EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS DE CONTROLE.....	35
4.3	PRINCÍPIOS COMO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE.....	38
5	CONCLUSÃO.....	41
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43

RESUMO

Esta monografia tem como objetivo analisar a discricionariedade e o controle jurisdicional num contexto atual. Para se alcançar o objetivo proposto, parte-se do surgimento do Estado de Direito e efetua-se uma análise da atividade administrativa inserida num Estado Democrático de Direito, avaliando que toda a atividade desempenhada pela Administração Pública deverá estar em consonância com as características de tal configuração estatal e com os valores consagrados em nossa Constituição, inclusive quando se tratar de atuação discricionária. Feitas estas considerações, inicia-se a compreensão da discricionariedade e um controle jurisdicional que reflitam estas considerações.

1 INTRODUÇÃO

No exercício da atividade administrativa várias tarefas devem ser cumpridas para o atingimento dos fins do Estado.

Para que haja esta atuação é imprescindível a existência de previsão legal, pois a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Ocorre que nem sempre a lei prevê de forma minuciosa a conduta que deve ser adotada, deixando um espaço de apreciação ao administrador para que este, diante do caso concreto, possa avaliar qual a conduta adequada a atingir a finalidade legal. É neste campo de atuação que reside a discricionariedade.

O presente trabalho focalizará a atuação discricionária da administração, buscando demonstrar em que consiste a discricionariedade e qual a sua importância em nosso ordenamento.

Ao lado do estudo da discricionariedade, fez-se necessário analisar como deve ser efetuado o controle jurisdicional do ato praticado no exercício de competência discricionária, tendo em vista que a atuação da Administração Pública está sujeita ao controle do Poder Judiciário, consoante o que prescreve o art. 5º, XXXV da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Para atingir os objetivos propostos, no primeiro capítulo será demonstrada a íntima relação entre discricionariedade e a configuração do Estado, ressaltando a compreensão da função administrativa inserida num Estado Democrático de Direito.

Neste momento, fez-se necessário adotar a concepção ampla do princípio da legalidade, estando a Administração Pública subordinada não apenas à lei em sentido formal, mas ao Direito como um todo. Adotando-se tal concepção a discricionariedade, por conseguinte, não estaria limitada apenas pelos ditames da lei em sentido formal, mas pelo Direito.

É neste contexto que serão apresentados os princípios orientadores da Administração Pública, de forma que estes também deverão ser observados.

No segundo capítulo apresenta-se como a discricionariedade é estudada por parte da doutrina, demonstrando como são sustentados o seu fundamento e sua localização, ressaltando o papel fundamental que desempenha em nosso ordenamento.

No terceiro capítulo será exposta uma sugestão de como deve ser efetuado o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, demonstrando sucintamente algumas técnicas de controle que foram sendo elaboradas para limitar a discricionariedade administrativa, chegando-se à técnica dos princípios como limites.

2 ESTADO DE DIREITO E DISCRICIONARIEDADE

2.1 ESTADO E LEGALIDADE

É de essencial importância para o presente estudo a noção de Estado submetido à lei. Portanto, será tomado como ponto de partida o surgimento do Estado de Direito.

SILVA ensina que o Estado de Direito em sua origem era um conceito tipicamente liberal, apresentando como características: a submissão ao império da lei, sendo esta considerada ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo; a divisão de poderes, implicando na separação independente e harmônica dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário e, por último, o enunciado e a garantia dos direitos individuais.¹

Da mesma forma tratou DI PIETRO ao asseverar que o Estado e Direito é estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes com o objetivo de assegurar a proteção dos direitos individuais.²

ROCHA ao expor suas considerações sobre o Estado de Direito, salienta que este é fruto "... da elaboração histórica das idéias e das instituições e, principalmente, da demonstração que se foi fazendo no curso dos séculos da imprescindibilidade de se dotar o Poder do Estado de limites racionalmente postos e expostos, a fim de assegurar-se a segurança jurídica e política dos indivíduos."³

Vê-se, assim, que o Estado de Direito visa à limitação do poder do Estado pela lei como garantia dos direitos individuais, sendo apenas legítimo o que for resultado da lei.

Afirma QUEIRÓ que com o surgimento do Estado de Direito a atividade administrativa "... realiza-se por intermédio de órgão próprio, regulado o seu

¹ SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 112-113.

² DI PIETRO, M.S.Z. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1998**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 14.

³ ROCHA, C.L.A. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 70.

exercício pela lei. Este princípio da submissão à Lei por parte da Administração é o fundamento do Estado de Direito moderno.”⁴

Ao se estabelecer que a ação do Estado deveria ser limitada pela lei, há a consagração do princípio da legalidade.

DI PIETRO ressalta que duas idéias principais servem de base para este princípio, quais sejam: o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo, representada pela lei e a separação de poderes.⁵

A administrativista demonstra ainda que o princípio da legalidade surgiu como garantia de equilíbrio entre os poderes da Administração e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico.⁶

É de se observar a grande importância deste marco histórico, pois a partir deste momento que se colocou limites à ação estatal, prevendo a necessidade da vinculação da Administração Pública à lei.

2.2 A CONFIGURAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO: ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

De acordo com o artigo 1º da Constituição Federal o Estado Brasileiro constitui um Estado Democrático de Direito:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – o pluralismo jurídico.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

DI PIETRO ensina que o Estado de Direito abrange dois aspectos: o da participação popular (Estado Democrático de Direito) e da justiça material (Estado de Direito).⁷

⁴ QUEIRÓ, A.R. A teoria do ‘desvio de poder’ em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, v. VI, out. 1946, p. 40-78, p. 48.

⁵ DI PIETRO, M.S.Z. op cit, p. 15.

⁶ Ibid., p. 40.

⁷ Ibid., p. 29.

Na mesma linha escreve ROCHA ao sustentar que o Estado Democrático de Direito é marcado por dois elementos: o reconhecimento da garantia dos direitos fundamentais pelo Direito do Estado e a participação do cidadão na elaboração e aplicação deste Direito.⁸

SILVA, por sua vez, nega que a configuração do Estado Democrático de Direito signifique apenas a união formal dos conceitos de Estado Democrático de Direito e Estado de Direito. Defende que se trata de um conceito novo, “que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”⁹

Apresenta os seguintes princípios do Estado Democrático de Direito: princípio da constitucionalidade; princípio democrático; sistema de direitos fundamentais; princípio da justiça social; princípio da igualdade; princípio da divisão de poderes; princípio da independência do juiz; princípio da legalidade e princípio da segurança jurídica.

É necessária a exposição do Estado Brasileiro como Estado Democrático Brasileiro porque é partir deste contexto que serão analisadas as questões inerentes a este trabalho.

2.3 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Para a conceituação de função administrativa será utilizado o posicionamento de MELLO, o qual entende que função designa:

... um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que *deve ser* obrigatoriamente atendida por alguém, mas *no interesse de outrem*, sendo que, este sujeito – o obrigado – *para desincumbir-se de tal dever*, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do interesse alheio que está a seu cargo prover.¹⁰ [grifo do autor]

Diante de tal conceito, conclui o referido administrativista que a função não está relacionada com a idéia de poder, mas de dever.

⁸ ROCHA, C.L.A. op cit., p. 75.

⁹ SILVA, J. A. da. op cit., p. 119.

¹⁰ MELLO, C.A.B. de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 13.

Assim, os institutos de direito administrativo são articulados em torno da idéia de dever de cumprir a finalidade. Nas palavras de MELLO: "... o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico."¹¹

Semelhante é o posicionamento de NOVAIS ao definir a função administrativa como um dever-poder atribuído a determinados órgãos, objetivando a concretização dos fins do Estado, sendo necessária a previsão destes em lei, consoante a noção de Estado de Direito.¹²

Necessário ainda registrar que a função administrativa não é exercida somente pelo Poder Executivo.

MELLO ensina que as funções estatais não são exercidas com exclusividade pelos poderes, havendo apenas uma predominância da função que lhe é típica.

Neste sentido é que GRAU escreve que "no vocábulo 'administração', evidentemente, alusão à soma dos atos de gestão que, embora praticados de modo quantitativamente prevalente pelo Executivo, também são cometidos pelo Judiciário e pelo Legislativo."¹³

Assim, não só o Poder Executivo exerce função administrativa, podendo-se verificar a ocorrência de atividade administrativa quando, por exemplo, o Poder Legislativo e/ou Poder Judiciário realiza licitações ou quando há promoção de seus funcionários.

A função administrativa deve estar submetida à lei, só podendo atuar quando houver previsão legal.

MELLO a define como "a função que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais vinculados, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário."¹⁴

¹¹ MELLO, C.A.B. de. **Discricionariedade e ...**, p. 14.

¹² NOVAIS, R.C.R. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In: CUNHA, T.M. (Coord.). **Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**, 1996, p.19-47, p. 21.

¹³ GRAU, E.R. Poder Discricionário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v.93, p. 41-46, jan./mar. 1990, p. 41.

¹⁴ MELLO, C.A.B. de. **Discricionariedade e ...**, p. 34

São necessárias estas considerações acerca da função administrativa, pois é no exercício desta que se verificará a discricionariedade.

2.4 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nos sub-itens seguintes não serão apresentados todos os princípios expostos pela doutrina, mas optou-se por citar aqueles expressamente previstos no texto constitucional, como também outros que a doutrina tem elencado como importantes – senão essenciais – para a realização do controle jurisdicional.

2.4.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade significa a submissão da Administração às leis, de forma que a atividade administrativa é uma atividade sublegal, infralegal.

Sustenta MELLO que em nosso país, “o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV, da Constituição Federal.”¹⁵

A partir da leitura de tais dispositivos, tem-se a diferença do princípio da legalidade para os particulares e para a Administração Pública.

A legalidade a que está sujeita a Administração é diversa da legalidade a que estão sujeitos os particulares, pois enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, a Administração só pode fazer o que lhe é permitido.

Sobre o princípio da legalidade expresso no art. 37 da Constituição Federal alguns autores têm sustentado uma concepção ampla.

Assim trata FIGUEIREDO, pois ensina que o princípio da legalidade é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, devendo estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.¹⁶

¹⁵ MELLO, C.A.B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. ref. amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.85.

¹⁶ FIGUEIREDO, L.V. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40

Ao desenvolver o seu entendimento referente a esta temática, DI PIETRO demonstra que a Constituição revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função administrativa, estando, portanto, a Administração Pública sujeita não apenas à lei em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição.¹⁷

MEDAUAR também afirma que o princípio da legalidade não significa apenas a submissão da Administração à lei, mas a todo ordenamento.¹⁸

Neste mesmo sentido posiciona-se ROCHA, afirmando que no Estado Democrático de Direito o administrador público não se submete apenas à lei, mas ao Direito, o qual pode ser instrumentalizado por outros meios diversos da lei formal.¹⁹

No entanto, a referida autora propõe a substituição da legalidade administrativa pelo princípio da juridicidade, o qual vincula todas as funções desempenhadas pela pessoa estatal, expressando-se como "... princípio-garantia do cidadão, afirmando um conteúdo positivo a obrigar o Estado a atuar pelo Direito, segundo o Direito e, ainda, no sentido negativo, estabelecendo um limite de atuação permitida ao Poder do Estado, restringindo-lhe o espaço de ação."²⁰

É de se notar a importância do princípio da legalidade, pois é a partir dele que deve estar pautada a atuação da Administração Pública.

Para os fins deste trabalho será adotada a concepção ampla do princípio da legalidade, de forma que a Administração Pública não está sujeita apenas à lei em sentido formal, mas ao ordenamento jurídico como um todo.

¹⁷ DI PIETRO, M.S.Z. op. cit., p. 34.

¹⁸ "A Constituição brasileira de 1988 determina que todos os entes e órgãos da administração pública obedeçam ao princípio da legalidade (art. 37, *caput*); a compreensão do princípio deve abranger não somente a lei formal, mas também os preceitos decorrentes de um Estado democrático de direito, que é o modo de ser do Estado brasileiro, conforme prevê o art. 1º *caput* da Constituição; e ainda, deve incluir os demais fundamentos e princípios de base constitucional. Desse modo vincula-se a atividade administrativa aos valores que informam o ordenamento como um todo, associando-se, de modo mais estreito, o direito administrativo às disposições constitucionais." (MEDAUAR, O. **Direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 147).

¹⁹ "Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou com Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como 'princípio da juridicidade'." (ROCHA, C.L.A. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79).

²⁰ ROCHA, C.L.A. op. cit., p. 80.

2.4.2 Princípio da Impessoalidade

Tal princípio está previsto expressamente na Constituição Federal em seu artigo 37.

DI PIETRO demonstra que este princípio pode ser visto a partir de dois aspectos: com relação aos administrados e à própria Administração Pública.

De acordo com o primeiro aspecto estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa, não podendo esta atuar para prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas. No segundo aspecto significa que a atuação da Administração Pública deve ser realizada de forma impessoal, de sorte que os atos administrativos não seriam imputáveis ao funcionário que o praticou, mas à entidade administrativa.

Para MELLO significa que a Administração tem que tratar todos os administrados sem discriminações, assim, seria o princípio da isonomia. O autor cita como exemplo da aplicação deste princípio a exigência de concurso público para ingresso em cargo, função ou emprego público, conforme artigo 37, II da CF.

FIGUEIREDO apresenta o seguinte entendimento sobre tal princípio: “a impessoalidade caracteriza-se, pois, na atividade administrativa, pela valoração objetiva dos interesses públicos e privados envolvidos na relação jurídica a se formar, independentemente de qualquer interesse político.”²¹

A autora diverge do entendimento de MELLO, pois para ela impessoalidade não se confunde com igualdade.

ROCHA sustenta que “o princípio constitucional da impessoalidade tem como objeto a neutralidade da atividade administrativa, fixando como única diretriz jurídica válida para os comportamentos estatais o interesse *público*.”²² [grifo do autor]

Para esta autora o princípio da impessoalidade busca assegurar:

... a ausência de subjetividade e voluntarismo do administrador público, para que ele exerça a sua função com vistas ao interesse de todo o povo, voltando-se à finalidade pública. Por este princípio o que se busca impedir é o benefício obtido pela condição pessoal privilegiada política e administrativamente, em detrimento de toda a sociedade, o que é juridicamente inválido.²³

²¹ FIGUEIREDO, L.V. op. cit., p. 59.

²² ROCHA, C.L.A. op. cit., p. 147.

²³ Ibid., p. 153.

Assim como o faz FIGUEIREDO, ROCHA critica a conceituação do princípio da impessoalidade como sinônimo de princípio da igualdade. Indica que "... ambos são princípios de observância obrigatória da Administração Pública, mas o da impessoalidade o é em caráter exclusivo, vale dizer, não desborda da esfera estatal, tendo aí o seu espaço de incidência."²⁴

Para TÁCITO "o princípio da impessoalidade repele atos discriminatórios que importem favorecimento ou despreço a membros da sociedade em detrimento da finalidade objetiva da norma de direito a ser aplicada."²⁵

O princípio da impessoalidade é de suma importância, devendo nortear a atuação da Administração Pública, a qual deverá dispensar tratamento imparcial aos administrados.

2.4.3 Princípio da publicidade

Este princípio também está previsto de forma explícita em nossa Constituição no art. 37, exigindo, assim, a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública.

Segundo MELLO "não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida."²⁶

Neste sentido entende FIGUEIREDO ao dizer que "é a publicidade, enfim, que possibilita as formas de controle admitidas constitucionalmente, tanto internas quanto externas..."²⁷

Sobre o princípio da publicidade merece atenção também o pensamento de MEIRELLES: A publicidade, como princípio de administração pública (CF, art. 37, *caput*), abrange toda atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de

²⁴ Ibid., p. 153.

²⁵ TÁCITO, C. Vinculação e Discricionariedade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**, v. 205, p. 125-130, jul./set. 1996, p. 129.

²⁶ MELLO, C.A.B. de. **Curso...**, p. 96.

²⁷ FIGUEIREDO, op. cit., p. 57.

seus atos como, também, de propiciação de conhecimento de conduta interna de seus agentes.²⁸

ROCHA salienta a importância de tal princípio em nosso Estado "... para que os direitos conferidos constitucional e legalmente ao cidadão possam ser mais que letra de norma jurídica, mas tenham efetividade jurídica e social."²⁹

Assim, tem-se que a publicidade dos atos administrativos representará transparência na atuação administrativa, permitindo realizar um controle sobre esta.

2.4.4 Princípio da Eficiência

Este princípio foi inserido dentre aqueles princípios constitucionais expressos no art. 37 através da Emenda Constitucional nº 19 de 04/06/1998.

No entanto, a sua existência ainda é discutida entre os doutrinadores.

MELLO, por exemplo, defende que "... tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência."³⁰

Para DI PIETRO este princípio deve ser visto sob dois aspectos: "...pode ser considerado em relação ao **modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação de serviço público."³¹ [grifo do autor]

Ao estudar o princípio da eficiência, MOREIRA informa que foi inserido no texto constitucional num contexto que se denominou reforma gerencial do Estado. Defende que a sua existência deve ser interpretada em exclusivo benefício do cidadão.

²⁸ MEIRELLES, H.L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 87.

²⁹ ROCHA, C.L.A. op. cit., p. 241.

³⁰ MELLO, C.A.B. de. **Curso...**, p. 104.

³¹ DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 83.

Acredita o autor que tal princípio deve ser entendido como estritamente vinculado aos demais princípios previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, assim escrevendo:

... o princípio constitucional da eficiência pode ser compreendido como a necessidade de o ato administrativo atingir e produzir o efeito útil ou adequado, tal como previsto em lei, de forma transparente, moral e impessoal. É o cumprimento da finalidade normativa, adequada a gerar os efeitos esperados pelo ordenamento. Trata-se do contraste entre os resultados atribuíveis à ação administrativa em vista das previsões normativas; relação entre o concretamento realizado e a perspectiva ideal da atividade administrativa.³²

Ressalta ainda que este princípio busca a maximização do respeito à dignidade da pessoa humana, de forma que “em um Estado Democrático de Direito não vale a regra do *atingimento da eficácia a qualquer custo*, mas é essencial que tal objetivo seja alcançado em respeito ao cidadão.”³³ [grifo do autor]

2.4.5 Princípio da Moralidade Administrativa

Este princípio vem consagrado no *caput* do art. 37 da Constituição.

DI PIETRO assinala que haverá ofensa ao princípio da moralidade administrativa quando “... o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a idéia comum de honestidade.”³⁴

Dessa forma conclui a autora que o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato ilegal e que aquele poderá ser apreciado pelo Poder Judiciário.

ROCHA conceitua o princípio da moralidade administrativa da seguinte maneira: “A moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais, submete o administrador público.”³⁵

³² MOREIRA, E.B. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Dialética, 1999, p. 141.

³³ MOREIRA, E. B. op. cit., p. 142.

³⁴ DI PIETRO, M.S.Z. **Direito...**, p. 79.

³⁵ ROCHA, C.L.A. op. cit., p. 192.

BERTONCINI defende a observância do princípio da moralidade, afirmando que a legalidade do ato administrativo é insuficiente para avaliar a validade do ato, devendo este também ser moral.³⁶

Observa-se, assim, que os doutrinadores sustentam que a atividade administrativa deve estar vinculada ao princípio da moralidade administrativa.

2.4.6 Princípio da Motivação

Este princípio traduz a obrigação da Administração Pública motivar os seus atos, apresentando os fundamentos de direito e de fato.

É de extrema importância para o controle dos atos administrativos. Diz MELLO que "... o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do 'porquê' das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar àquelas que forem ajustadas às leis."³⁷

Esclarece que o princípio da motivação estaria implícito nos art. 1º, II e parágrafo único e no art. 5º, XXXV da Constituição Federal.

FIGUEIREDO sustenta ser a motivação da atividade administrativa algo imprescindível, negando que a motivação seria necessária apenas nos casos em que a lei assim dispusesse.³⁸

CINTRA ensina que a motivação é importante nos casos de atos administrativos discricionários, pois permite ensejar o controle dos critérios adotados pelo administrador em sua decisão.³⁹

Há de se constar a relevância que este princípio representa no controle de atos discricionários, haja vista que com a motivação se permitirá um maior controle daqueles. Sendo os atos motivados será possível verificar se houve a observância da lei, como também aos outros princípios da Administração Pública.

³⁶ BERTONCINI, M.E.S.N. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 104-115.

³⁷ MELLO, C.A.B. de. **Curso...**, p. 95.

³⁸ FIGUEIREDO, L.V. op. cit., p. 48.

³⁹ CINTRA, A.C. de A. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 189.

2.4.7 Princípio da Razoabilidade

Não obstante este princípio não esteja previsto no art. 37 da Constituição Federal é elencado como princípio orientador da Administração Pública por vários autores de Direito Administrativo, como também consagrado em Constituições Estaduais e leis infraconstitucionais.⁴⁰

Sustenta DI PIETRO que este princípio deverá ser utilizado como mais uma forma de se impor limites à discricionariedade administrativa. Segundo a autora, a “irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa.”⁴¹ Assim, evidenciada a desproporção entre o motivo e o objeto, o ato deverá ser considerado inválido, sem que isso signifique o exame de mérito.

MELLO também defende a aplicação do princípio da razoabilidade no controle do ato administrativo discricionário, alegando que seriam inválidas “as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.”⁴²

Para ele este princípio enuncia à Administração o dever de obedecer “... a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.”⁴³

FIGUEIREDO afirma que o princípio da razoabilidade traduz a relação lógica entre o fato e a atuação concreta da administração pública.

No mesmo sentido sustenta NOVAIS, asseverando que a adoção do princípio da razoabilidade possibilita a apreciação, diante de uma dada situação de fato, da

⁴⁰ O princípio da razoabilidade é previsto, por exemplo, no art. 27 da Constituição Estadual do Paraná, assim como na Lei Federal 9.784/99.

⁴¹ DI PIETRO, M.S.Z. *Discricionariedade...*, p. 147.

⁴² MELLO, C.A.B. de. *Curso...*, p. 91.

⁴³ *Ibid.*, p. 91.

pertinência e eficácia dos meios para atingimento dos fins contidos no ordenamento jurídico.⁴⁴

O princípio da razoabilidade desempenha relevante papel no controle dos atos administrativos, especialmente nos atos administrativos discricionários.

2.4.8 Princípio da proporcionalidade

MELLO ressalta a necessidade da observância de tal princípio, salientando que foi categorizado como princípio da Administração Pública no art. 2º da Lei federal 9.784/1999.

Segundo o ensinamento de MELLO este princípio enuncia a idéia de que "... as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas."⁴⁵ [grifo do autor]

De forma que, "... atos desproporcionais são ilegais, e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado."⁴⁶

MOREIRA defende que "... o princípio da proporcionalidade determina que a aplicação da lei seja congruente com o exatos fins por ela visados, em face da situação concreta."⁴⁷

Da mesma forma escreve LUSTOSA JÚNIOR, ressaltando que a administrador só poderá agir na extensão e na intensidade proporcionais ao que seja estritamente necessário para a consecução da finalidade legal.⁴⁸

Assim como o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade vem sendo utilizado como limite à discricionariedade administrativa.

⁴⁴ NOVAIS, op. cit., p. 40.

⁴⁵ MELLO, C.A.B. de. *Curso...*, p. 93.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ MOREIRA, E.B. op. cit., p. 71.

⁴⁸ LUSTOSA JÚNIOR, H.D. Ato Administrativo e Discricionariedade. In: CUNHA, T.M. (Coord.). *Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello*, 1996, p.225-265, p. 256.

2.5 CONFIGURAÇÃO DE ESTADO E DISCRICIONARIEDADE

Foram feitas breves observações acerca do surgimento do Estado de Direito e da configuração do Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito, pois guardam estreita relação com a discricionariedade administrativa para fins deste estudo.

Inicialmente acerca do surgimento do Estado de Direito DI PIETRO salienta a importância do princípio da legalidade como marco para se compreendê-la, procurando demonstrar também como a noção de discricionariedade está intimamente relacionada com a configuração do Estado.

MORÓN também apresenta a submissão do Estado à Lei como elemento essencial para a compreensão da discricionariedade administrativa, pois como defendeu o professor espanhol “ la discricionalidad administrativa tiene su función y su justificación propia em el Estado de derecho.”⁴⁹

É imprescindível constar a relação entre o surgimento do Estado de Direito e a discricionariedade, pois foi com o Estado de Direito que houve a redução das faculdades discricionárias da Administração, assim escreve QUEIRÓ:

“O regime do Estado moderno, ou o Estado de Direito, ao mesmo tempo que trouxe garantias aos particulares relativamente ao agir da administração, isto é, ao mesmo tempo que fez dos administrados titulares de direitos subjetivos públicos, reduziu na mesma medida as faculdades discricionárias daquela.”⁵⁰

Com a consagração do princípio da legalidade não poderá existir atuação administrativa que não esteja em conformidade com a lei, sendo que qualquer ato proveniente de atividade administrativa deve estar de acordo com a lei, seja tal ato vinculado ou discricionário.

Ao se salientar a importância do princípio da legalidade em nosso ordenamento e da idéia da discricionariedade inserida neste contexto, é interessante desde já estabelecer a distinção desta da arbitrariedade.

Há arbitrariedade quando a atuação do agente ofende a ordem jurídica, agindo fora do que lhe permite a lei, sendo seu ato ilícito e, portanto, suscetível de

⁴⁹ MORÓN, M.S. *Discricionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 91.

⁵⁰ QUEIRÓ, A.R. op. cit., p. 42.

correção judicial. A discricionariedade, por sua vez, trata-se de uma liberdade de agir que é conferida por lei ao administrador para que este cumpra a determinação legal, atendendo ao interesse público.

DI PIETRO diz que “a arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei.”⁵¹

É essencial a separação entre discricionariedade e arbitrariedade, pois tal separação está intimamente relacionada com o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.

Passando-se à análise da discricionariedade inserida num Estado Democrático de Direito, é imprescindível registrar que será necessária a observância aos princípios expressos ou implícitos na Constituição.

Assim ensina DI PIETRO ao escrever que “a discricionariedade administrativa – como poder jurídico que é – não é limitada só pela lei, em sentido formal, mas pela idéia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes, declarados a partir do preâmbulo da Constituição.”⁵²

FREITAS sustenta a observância dos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito consubstanciados expressa ou implicitamente na Constituição para a compreensão da discricionariedade.⁵³

O entendimento de ROCHA guarda consonância com o apresentado pelos autores referidos acima, registrando que não há espaço para o arbítrio num Estado Democrático de Direito, afirmando que “o que predomina hoje na concepção de discricionariedade é que o administrador público está sempre sujeito ao Direito, e o Direito jamais está sujeito ao administrador público, nem mesmo quando este atua discricionariamente.”⁵⁴

Dessa maneira, observa-se que é essencial para o estudo da discricionariedade a sua inserção num Estado Democrático de Direito.

A partir dessas considerações é possível apresentar qual conceito de discricionariedade que será utilizado no presente estudo.

⁵¹ DI PIETRO, M.S.Z. *Discricionariedade...*, p. 41.

⁵² *Ibid*, p. 34.

⁵³ FREITAS, J. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo; Malheiros, ANO, p. 137.

⁵⁴ ROCHA, C.L.A. *op. cit.*, p. 120.

Como salientado a atividade administrativa vinculada ou discricionária só poderá atuar quando houver permissão legal, sendo, portanto, limitada pelo princípio da legalidade.

Adotando-se a concepção ampla do princípio da legalidade, ou seja, que não há submissão apenas à lei em sentido formal, mas ao Direito como um todo, opta-se pelo conceito proposto por DI PIETRO, segundo o qual a discricionariedade administrativa é “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito.”⁵⁵

⁵⁵ DI PIETRO, M.S.Z. *Discricionariedade...*, p. 41.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Procurar-se-á demonstrar neste capítulo como os autores de Direito Administrativo sustentam a discricionariedade em nosso ordenamento, quais são os fundamentos que a justificam e qual é a sua importância. Faz-se necessária tal exposição, uma vez que para que se possa propor um controle jurisdicional do ato administrativo discricionário são importantes algumas noções acerca da tão mencionada discricionariedade administrativa.

Após, serão apresentadas algumas formas de se localizar a discricionariedade administrativa, procurando-se expor como a doutrina trata da questão.

3.1 FUNDAMENTO

Neste item serão expostos alguns argumentos que os doutrinadores apontam como justificativas da discricionariedade.

LUSTOSA JÚNIOR apresenta três fundamentos para justificar a discricionariedade: material, lógico e jurídico.⁵⁶

O fundamento material representa o reconhecimento de que o administrador por estar mais próximo às situações do mundo empírico, estaria mais bem preparado para tomar decisões referentes a novas situações, de forma que o legislador optaria pela discricionariedade porque desta maneira a vontade normativa seria melhor atendida. Além disso o autor ressalta a impossibilidade material de o legislador prever todas as hipóteses que se colocariam a frente do administrador.

O fundamento lógico é decorrência de alguns conceitos utilizados pelo legislador. Este é o formulado pelo doutrinador português QUEIRÓ ao afirmar que "a discricionariedade surge, assim, circunscrita aos conceitos

⁵⁶ Da mesma forma o faz Régis Fernandes de Oliveira, afirmando que "Justifica-se, assim, a existência do poder discricionário sob três aspectos: a) impossibilidade material de previsão legislativa; b) impossibilidade lógica, e c) impossibilidade jurídica." (OLIVEIRA, R.F. **Ato administrativo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 85).

de valor utilizados na norma jurídica, aos conceitos *práticos* (não teóricos).”⁵⁷ ⁵⁸ [grifo do autor].

Por último, LUSTOSA JÚNIOR apresenta o fundamento jurídico, sustentando que se o legislador regulasse todos os problemas com os quais se depara o administrador público, invadiria sua área de atuação, havendo a supressão da Administração.

Ao expor seu entendimento sobre o tema MELLO ensina que o fundamento da discricionariedade reside no intento do legislador atribuir ao administrador o dever jurídico de buscar no caso concreto a solução apta para satisfazer a finalidade da lei e na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos vagos, fluidos ou imprecisos.⁵⁹

Embora existam vários argumentos para justificar a existência da discricionariedade, será dada ênfase ao fundamento de que através dela se possibilita que se atinja de maneira mais adequada a finalidade legal.

Vê-se que esta representa papel fundamental no desempenho da atividade administrativa, pois através da discricionariedade possibilita-se que se verifique qual a forma mais adequada de se atender à finalidade legal, o que seria dificultado com uma previsão de forma vinculada.

MORÓN menciona a necessidade da discricionariedade, pois a administração pública deve possuir certa flexibilidade para que adote a decisão mais adequada em cada instante e lugar, sendo que esta necessidade pressupõe a existência da discricionariedade administrativa.⁶⁰

⁵⁷ QUEIRÓ, A.R. op. cit., p. 61.

⁵⁸ “... a norma é obra de um *legislador*, e seria insensato negar que a êste legislador é impossível, material e logicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esses conceitos deve fixar-se, devendo agir, em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos.” (QUEIRÓ, A.R. A teoria do ‘Desvio de Poder’ em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. VI, out. 1946, p. 55).

⁵⁹ MELLO, C.A.B. de. *Curso...*, p. 816.

⁶⁰ “La discricionalidad administrativa no es sólo un hecho con el que el derecho tiene que contar necesariamente. No es un mal inevitable que haya que reducir a la mínima expresión. Es más bien una necesidad institucional, una premisa del buen funcionamiento de la Administración cada vez en mayores áreas.” (MORÓN, M.S. *Discricionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 113-114).

No mesmo sentido ensina DI PIETRO ao defender a necessidade de flexibilidade na atuação da Administração Pública para que esta possa procurar os meios adequados para atingir seus fins.⁶¹

ROCHA ressalta "... a imprescindibilidade da porção discricionariiedade que tempera a atividade administrativa, que tem como função precípua conciliar a segurança e o limite jurídico fundamental no desempenho daquela atividade com a eficácia e justa adequação da resposta estatal a ser oferecida segundo o Direito."⁶²

Assim, tendo em vista que a discricionariiedade é prevista para que se possa, diante do caso concreto, verificar qual a forma mais adequada de se atingir a finalidade legal, deve-se considerar que a discricionariiedade está intimamente ligada com o dever de se atingir a finalidade.

É partir desta idéia que alguns autores sustentam a discricionariiedade não como um poder, mas como um dever, chamando de dever discricionário.

É assim o posicionamento de MELLO ao afirmar que o dever discricionário tem que ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Na mesma linha ensina GRAU, estabelecendo que "... a expressão (poder discricionário) não conota poder titulado pela administração, de atuar discricionariamente, mas antes, pelo contrário, um certo modo (discricionário) de atuar, no exercício da função administrativa, ou seja, ao dar cumprimento ao dever-poder de gerir a res publica."⁶³

Apresentadas estas considerações, observa-se que a discricionariiedade não deve ser vista como uma mera liberdade atribuída ao administrador no exercício de sua atividade, é essencial ressaltar o papel que desempenha como uma forma mais adequada de se atingir as finalidades legais.

3.2 LOCALIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

É de se observar que esta é uma das questões mais controvertidas entre os autores de Direito Administrativo, optando-se por expor algumas formas que os doutrinadores têm proposto para a localização da discricionariiedade.

⁶¹ DI PIETRO, M.S.Z. *Discricionariiedade...*, p. 35.

⁶² ROCHA, C.L.A. op. cit., p. 116.

⁶³ GRAU, E.R. op. cit., p. 41.

Verifica-se que as formas de localizá-la, dividem-se entre aquelas que a analisam através da norma, de como esta indica a conduta a ser praticada e entre aqueles que a analisam através dos elementos do ato administrativo. No entanto, é necessário ressaltar que independentemente da forma que se busque localizar a discricionariedade, é sempre a lei que fará a sua previsão, uma vez que a Administração Pública só poderá fazer o que lhe é permitido.

Inicialmente serão expostas algumas formas de se localizar a discricionariedade através da análise da norma, depois será exposto como a discricionariedade é verificada nos elementos do ato administrativo e, por último, será feita uma breve exposição de como a doutrina trata da discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

3.2.1 Pela análise da norma

MELLO ao analisar esta questão entende que a discricionariedade pode decorrer: da hipótese da norma; do comando da norma e da finalidade da norma.⁶⁴

Segundo o autor a discricionariedade residirá na hipótese da norma quando houver a ausência de indicação do pressuposto de fato ou este estiver descrito através de conceitos imprecisos. Estará presente no comando da norma quando há certa margem de liberdade conferida ao administrador quanto à prática ou não do ato, quanto ao momento ou, ainda, quanto à forma que revestirá o ato. Por derradeiro, poderá, segundo o professor, residir na finalidade da norma, pois esta apontaria para valores, apresentados por conceitos plurissignificativos, ou melhor, conceitos jurídicos indeterminados.

LEITE apresenta entendimento semelhante ao de MELLO, pois afirma que há discricionariedade na finalidade da norma e no comando da norma. Em suas palavras: “A finalidade que ditará a emanção do ato administrativo está contida na lei, de forma implícita e portanto, não revestida de contornos precisos, o qual nos leva a afirmar que a discricionariedade nela se aloja, já que o agente escolhe, dentre várias, a solução mais consulte o interesse público.”⁶⁵

⁶⁴ MELLO, C.A.B. de. **Discricionariedade...**, p. 19.

⁶⁵ LEITE, L.F. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981, p. 61.

LEITE também sustenta a ocorrência da discricionariedade no comando da norma, quando "... se conferir validade a opções diversas de fazer, deixar de fazer. Nesses casos, não haverá, de modo algum, apenas uma decisão querida pela lei, sendo possível, pelo contrário, pluralidade de decisões igualmente válidas."⁶⁶

Para OLIVEIRA, a discricionariedade também pode residir na hipótese normativa, no mandamento da norma e no fim da norma.⁶⁷

DI PIETRO também apresenta as hipóteses em que há discricionariedade através da análise de como a norma é exposta, afirmando que a discricionariedade quando: a lei expressamente confere discricionariedade à Administração; a lei é insuficiente ante a impossibilidade de prever todas as hipóteses; a lei não indica a conduta a ser adotada e, por último, a lei faz uso de conceitos jurídicos indeterminados.⁶⁸

Apesar de descrever que a discricionariedade estaria presente nestes três fatores, MELLO indica que não são nestes que a discricionariedade se expressa, mas no conteúdo do ato. "Por força da imprecisão do pressuposto, por força da liberdade do comando ou por força da imprecisão da finalidade – não importa – a discricção vai se expressar exatamente naquele ato que foi praticado."⁶⁹

Ressalta que a discricionariedade na norma é maior do que a no caso concreto, devendo-se avaliar o caso concreto para que se possa chegar efetivamente à discricionariedade, sendo esclarecedor desta idéia o seguinte trecho:

... mesmo que a norma diga que um agente administrativo pode fazer ou não fazer ou pode adotar o ato A ou B, este ato deve ser confrontado com as circunstâncias fáticas existentes para que o Poder Judiciário (ou qualquer órgão controlador de sua legitimidade) verifique se ele guarda ou não guarda com elas a correlação lógica necessária e se tem, pois, idoneidade para alcançar a finalidade. O resultado deste confronto pode levar, inclusive, à total desaparecimento de discricionariedade, que *embora existente ao nível da norma deixa de sustentar-se ante as peculiaridades de alguma situação em concreto.*⁷⁰ [grifo do autor]

No mesmo sentido entende NOVAIS, afirmando que a indeterminação contida na norma é condição necessária, mas não suficiente para emanação de um ato discricionário.⁷¹

⁶⁶ Ibid., p. 64-65.

⁶⁷ OLIVEIRA, R.F.de. op. cit., p. 90-91.

⁶⁸ DI PIETRO, M.S.Z. *Discricionariedade...*, p.47-48.

⁶⁹ Ibid., p. 21.

⁷⁰ MELLO, C.A.B. de. *Discricionariedade e...*, p. 38.

⁷¹ NOVAIS, R.C.R. op. cit., p. 42.

Seguindo o entendimento dos autores acima citados, DI PIETRO ensina que a discricionariedade no caso concreto pode ser mais reduzida do que aquela prevista em lei.⁷²

O entendimento de que a discricionariedade é menor na norma do que no caso concreto é essencial para que se possa compreender os princípios funcionarão como limites à discricionariedade.

3.2.2 Pelos elementos do ato administrativo

Antes de se analisar a discricionariedade através do ato administrativo, é imprescindível que se defina antes de que ato se trata.

Inicialmente deve-se constar que não são todos os atos praticados pela Administração Pública que são atos administrativos.

Há atos que são praticados pela Administração que não são atos administrativos porque são regidos pelo Direito Privado, como um contrato de locação. Também não são atos administrativos atos materiais, como é o caso do ministério de uma aula. Além disso, mister retomar a idéia de que não só a Administração Pública praticará ato administrativo. Apresenta exemplos de tal assertiva FAGUNDES: "... existem atos materialmente administrativos, que não são praticados pela Administração Pública e sim pelos órgãos legislativo e judicante. Assim, quando a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal nomeiam funcionários de suas secretarias, praticam atos tipicamente administrativos."⁷³

Pode-se sintetizar estas considerações na seguinte frase de MELLO: "... de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública."⁷⁴

Efetuada estas considerações o autor apresenta o seguinte conceito de ato administrativo: "declaração do Estado (ou de quem às vezes – como, por exemplo,

⁷² "O que nos parece verdadeiro é que a discricionariedade, diante do caso concreto, pode ser mais reduzida do que aquela prevista, em tese, na lei. O legislador, como não tem condições de prever todas as situações possíveis, deixará uma esfera de apreciação para a Administração fazer diante dos casos concretos que tenha que decidir, Ocorrendo estes, pode acontecer que a situação de fato permita reduzir o leque de opções previstas na lei." (DI PIETRO, M.S.Z. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 150).

⁷³ FAGUNDES, M.S. *Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 29.

⁷⁴ MELLO, C.A.B. de. *Curso...*, p. 3

um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.⁷⁵

Passando-se efetivamente a análise da discricionariedade nos elementos do ato administrativo, é relevante registrar que não há uma única formulação sobre os elementos do ato administrativo. Há discordância com relação a expressão a ser utilizada, alguns chamam de elementos, outros de requisitos. Também não há concordância acerca da identificação e número de elementos. Segundo MELLO "... a divergência (ou, pelo menos, parte dela) procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados."⁷⁶

MELLO entende que nem todos os elementos que são elencados pela doutrina tratam-se de fato de elementos. O autor sustenta que há os elementos do ato administrativo – conteúdo e forma – , os pressupostos de existência do ato – objeto e pertinência à função administrativa – e os pressupostos de validade – sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização.

FIGUEIREDO separa os requisitos extrínsecos dos elementos do ato administrativo, apresentando como requisitos extrínsecos do ato: a competência, o motivo, as formalidades legais, a finalidade e a causa. E como elementos: o conteúdo e a forma.

Para o presente trabalho, optou-se por considerar apenas cinco elementos, são eles: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. Esta é a orientação de DI PIETRO, optando por estes cinco elementos, sendo estes os consagrados no art. 2º da Lei n º 4.717/65 (Lei da Ação Popular).

3.2.2.1 Sujeito

O sujeito faz referência a quem pratica o ato. Alguns autores, todavia, apresentam outras designações para esse elemento. FAGUNDES, por exemplo, chama de manifestação da vontade. Por sua vez, MEIRELLES chama de competência.

⁷⁵ Ibid., p. 339-340.

⁷⁶ Ibid, p. 344.

DI PIETRO prefere a denominação sujeito, pois competência seria um atributo que o agente deve possuir para a validade do ato.

TÁCITO, por sua vez, indica que a competência é a primeira condição de validade do ato, afirmando que “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito.”⁷⁷

Com relação à presença da discricionariedade no sujeito não há muitas discussões, entende-se que o ato é sempre vinculado porque só poderá praticar um ato administrativo, como antes referido, aquele a quem a lei atribuiu competência, não havendo aqui nenhuma margem de discricionariedade. “A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.”⁷⁸

OLIVEIRA afirma que o sujeito será sempre vinculado, não havendo possibilidade de ser ou não ser competente.

Vê-se, assim, que os autores são unânimes em afirmar que o sujeito é um elemento vinculado do ato administrativo.

3.2.2.2 Objeto

Quanto ao objeto, há divergências doutrinárias, realizando alguns autores a distinção entre objeto e conteúdo do ato.⁷⁹

“O objeto do ato está na modificação, que por meio dele se vise trazer à ordem jurídica”.⁸⁰ Assim, o objeto do ato é o efeito jurídico imediato que o ato produz.

É em relação ao objeto que se sustenta o núcleo da discricionariedade. Este é o posicionamento de TÁCITO: “A autoridade age para alcançar o *objeto*, ou seja, o efeito do ato jurídico. Este é, por excelência, o terreno do poder discricionário. Não existindo na lei uma obrigação certa de fazer ou não fazer, o administrador, decidindo sobre a oportunidade e conveniência dêle. A livre determinação do objeto é, em suma, o núcleo do poder discricionário.”⁸¹

⁷⁷ TÁCITO, C. **O abuso de poder administrativo no Brasil** (Conceito e Remédios). [s.l.]: Departamento Administrativo de Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959, p. 27.

⁷⁸ Id.

⁷⁹ Esta é, por exemplo, a orientação de MELLO e R.F. OLIVEIRA.

⁸⁰ FAGUNDES, M.S. **Controle...**, p. 23.

⁸¹ TÁCITO, C. **O abuso de poder...**, p.28.

Com relação ao objeto, DI PIETRO sustenta a presença da discricionariedade quando existirem vários objetos para o mesmo fim, todos válidos perante o Direito, citando como exemplo o fato de a lei prever para a mesma infração a punição pela pena de multa ou de suspensão.

Dessa maneira, observa-se que o objeto é, por excelência, o elemento discricionário do ato administrativo.

3.2.2.3 Forma

No tocante a este elemento também há divergências doutrinárias quanto à separação da forma da formalidade.⁸²

DI PIETRO adota uma concepção ampla da forma, salientando que este elemento engloba o modo pelo qual a declaração se exterioriza e todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração.⁸³

MELLO considera a forma elemento do ato administrativo, afirmando que “a forma pode, eventualmente, não ser obrigatória, isto é, ocorrerá, por vezes, ausência de prescrição legal sobre uma forma determinada, exigida para a prática do ato. Contudo, não pode haver ato sem forma, porquanto o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente.”⁸⁴

Quanto à presença de discricionariedade no elemento forma DI PIETRO afirma que os atos são geralmente vinculados porque a lei previamente a define. Porém, pode ser discricionária quando a lei não impor à Administração a escolha de determinada forma e quando a lei prevê mais de uma forma possível para atingir o mesmo efeito jurídico, podendo o ato ser praticado pela forma que lhe parecer mais adequada.⁸⁵

⁸² MELLO, por exemplo, entende que forma é um elemento do ato administrativo, enquanto que formalização é um pressuposto formalístico.

⁸³ “Não há dúvida, pois, que a observância das formalidades constitui requisito de validade do ato administrativo, de modo que o procedimento administrativo integra o conceito de forma.” (DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 199)

⁸⁴ MELLO, C.A.B. de. **Curso...**, p. 348.

⁸⁵ DI PIETRO, M.S.Z. **Discricionariedade...**, p. 53-54.

3.2.2.4 Motivo

O motivo é o pressuposto de fato e de direito em que o ato se baseia. “No motivo se compreendem as razões que dão lugar ao ato, isto é, as razões em que ele se baseia.”⁸⁶

O pressuposto de direito é o fato descrito na norma e o pressuposto de fato é o conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.⁸⁷

TÁCITO ensina que o ato administrativo se inicia com a verificação da existência dos motivos, havendo depois a apreciação do valor desses motivos, estando a discricionariedade inserida na sucessão desses dois tempos.⁸⁸

Para DI PIETRO haverá discricionariedade no motivo quando a lei não o definir, deixando-o ao critério da Administração e quando a lei definir o motivo através de conceitos jurídicos indeterminados.

FAGUNDES também ensina que a discricionariedade está presente no motivo. Veja-se o seu ensinamento:

... a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricionariedade se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricionariedade está em poder praticar o ato com objetivo variável, ao seu entender. Nestes casos, a competência é livre ou discricionária.⁸⁹

Dessa maneira, observa-se que os autores sustentam a discricionariedade no motivo do ato administrativo.

⁸⁶ FAGUNDES, M.S. **Controle...**, p. 23.

⁸⁷ DI PIETRO, M.S.Z. **Discricionariedade...**, p. 54.

⁸⁸ “O ato administrativo se inicia, portanto, com a verificação da existência dos motivos. Segue-se, imediatamente, a apreciação do valor desses motivos, que permite ao administrador decidir-se sobre a decisão a adotar. É na sucessão desses dois tempos que se insere o poder discricionário.” (TÁCITO, C. **O abuso de poder administrativo no Brasil (Conceitos e Remédios)**. [s.l.]: Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959, p. 27).

⁸⁹ FAGUNDES, M.S. op. cit., p. 65.

3.2.2.5 Finalidade

A finalidade é o que a Administração Pública visa a alcançar com a prática do ato. “É o resultado prático que se procura alcançar pela modificação trazida a ordem jurídica.”⁹⁰

DI PIETRO menciona que se pode em falar em finalidade em sentido amplo e em sentido restrito. No primeiro sentido menciona que o ato corresponde à consecução de um interesse público, sempre tendo uma finalidade pública e no segundo sentido diz que finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir.

Com relação à presença de discricionariedade no elemento finalidade, os autores não são unânimes.

MELLO indica que tal elemento comportaria uma margem de liberdade. Para ele a discricionariedade está na apreciação do que seria interesse público. “... o fim é sempre vinculante (como aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse público; porém, a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitadora, é certo, de juízo discricionário.”⁹¹

Para DI PIETRO a finalidade seria discricionária quando a lei se referisse a ela com a utilização de noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral e segurança, bem-estar e seria vinculada quando há uma finalidade específica que não pode ser contrariada, cita como exemplo o caso da lei prever a demissão como ato punitivo, não pode ser utilizada para finalidade diversa da punição.⁹²

Em sentido contrário, está o entendimento de MEIRELLES que entende que a finalidade é sempre elemento vinculado do ato, afirmando que “a finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica.”⁹³

Após a análise da localização da discricionariedade nos elementos do administrativo, observa-se que esta é apenas mais uma forma de buscar a sua

⁹⁰ Ibid., p. 23.

⁹¹ MELLO, C. A. B. de. *Curso...*, p. 381.

⁹² DI PIETRO, M.S.Z. *Direito...*, p. 206.

⁹³ MEIRELLES, H.L. *Direito Administrativo*. 19 ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1994, p.

localização, tratando-se apenas de um outro momento, ou seja, da formação do ato administrativo.

3.2.3 Breves considerações acerca da discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Retomando as hipóteses em que se verificaria a discricionariedade, é de se observar que a questão que suscita discussões na doutrina é acerca dos conceitos jurídicos indeterminados.

Serão expostas algumas opiniões acerca deste tema, dividindo-se os doutrinadores entre aqueles que sustentam a discricionariedade em tais conceitos e aqueles que negam esta posição.

Inicialmente serão expostos alguns posicionamentos negando a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

Este é o posicionamento de GARCÍA DE ENTERRÍA, o qual sustenta que não existe identidade entre discricionariedade e os conceitos imprecisos. Defende o autor espanhol que há apenas uma solução justa na aplicação do conceito indeterminado em uma circunstância concreta, fato que não ocorreria nos casos em que há discricionariedade.

... el proceso de aplicación conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado, podemos decir, utilizando el par de conceptos reglado-discricional, porque no admite más que una solución justa, es un proceso de aplicación e interpretación de la Ley, de subsunción en sus categorías de un supuesto dado, no es un proceso de libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o de decisión entre indiferentes jurídicos en virtud de criterios extrajurídicos, como es, en definitiva, lo propio de las facultades discricionales.⁹⁴

No direito brasileiro há também quem negue a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, OLIVEIRA entende que não há discricionariedade quando a lei utiliza conceitos vagos, porém aferíveis objetivamente. “Se a discricionariedade foge à apreciação do Poder judiciário, o mesmo não se pode dizer desses conceitos, quando estão em jogo direitos dos administrados.”⁹⁵

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3 ed. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1995.

⁹⁵ OLIVEIRA, O. F. da Luz. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 116.

Também contrário à tese de que exista discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, está o posicionamento de FIGUEIREDO.

Entende a administrativista que é necessário primeiramente buscar na norma o sentido e o alcance do conceito e após efetuada a interpretação deve-se precisar o conceito pelos princípios e valores do ordenamento jurídico, afirmando claramente que: “estes conceitos, embora indeterminados, podem ser verificados, pelo menos aproximadamente. Não é possível deixar de examiná-los.”⁹⁶

Refuta também a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados GRAU. Para este autor o emprego destes conceitos só permite uma solução justa, enquanto que a discricionariedade pressupõe a liberdade de eleições entre alternativas igualmente justas. O autor separa a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados, afirmando que “no exercício da discricionariedade o sujeito cuida da emissão de **juízos de oportunidades**, na eleição entre indiferentes jurídicos, na aplicação de conceitos indeterminados, o sujeito cuida da emissão de **juízos de legalidade.**”⁹⁷ [grifo do autor]

No entanto, como anteriormente ressaltado tal entendimento está longe de ser pacificado na doutrina.

DI PIETRO defende a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, efetuando a divisão entre conceitos de experiência ou empíricos e conceitos de valor. No caso dos primeiros não há discricionariedade, pois através de critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum pode-se concluir qual seria a única solução possível. Já no caso dos segundos há a discricionariedade. “Onde houver simples interpretação, caberá ao Poder Judiciário a palavra final; onde houver discricionariedade, a decisão administrativa será definitiva e inatacável judicialmente.”⁹⁸

Ao estudar o posicionamento de MELLO, vê-se que este entende que pode ocorrer discricionariedade nos chamados conceitos fluidos, não sendo aceitável a posição de que tais conceitos estariam fora do campo da discricionariedade.

Para o administrativista a liberdade administrativa resulta tanto do uso legal de conceitos vagos, imprecisos, como da possibilidade de opções de mérito

⁹⁶ FIGUEIREDO, L. V. op.cit., 1998.

⁹⁷ GRAU, E.R. op.cit., 93.

⁹⁸ DI PIETRO, *Discricionariedade...*, p. 93.

ensejadas pela lei ou ainda da concorrência desses fatores, sendo a ressonância jurídica desses fatores igual na esfera do Direito.⁹⁹

Vale dizer, tais operações mentais, intelectivas ou volitivas, repercutem indiferentemente para a composição dos *mesmos efeitos jurídicos* que integram o que se entende por discricionariedade. Pouco importa se a liberdade que a lei proporciona para a Administração é uma “liberdade intelectual” ou uma “liberdade volitiva”, porquanto, em razão de uma ou de outra, *os efeitos jurídicos serão idênticos*.¹⁰⁰ [grifo do autor]

Ao tratar da polêmica MORÓN sustenta também a discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, pois se a Administração, ao valorar os fatos a partir de um conceito jurídico indeterminado, chega a várias soluções todas juridicamente aceitáveis é porque se está exercendo um poder discricionário.¹⁰¹

No entanto, MORÓN afirma que a discricionariedade nestes casos será menor do que em outros casos, pois estará condicionada pelo conceito indeterminado.

Entonces, cualquier valoración administrativa que exceda claramente de los límites materiales del concepto, esto es, que incurra en la llamada “zona de certeza negativa” será contraria a derecho, por haber infringido los límites específicos de la discricionariedad. En cambio, en caso de duda razonable la aplicación del concepto jurídico indeterminado por la Administración debe reputarse lícita, sin que pueda el juez contencioso-administrativo sustituir los criterios valorativos de la Administración por los suyos propios, puesto que el ordenamiento no ha conferido la potestad discricional tampoco en estos supuestos a los órganos judiciales, incluyendo en esa potestad la de valorar las situaciones fácticas opinables según su saber Y entender.¹⁰²

Neste mesmo sentido entende MELLO, afirmando também que há uma zona de certeza positiva e uma zona de certeza negativa, havendo apenas a dúvida no intervalo entre ambas. Afirma que “... o administrador, ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde.”¹⁰³

Após a análise das várias formas de se buscar a localização da discricionariedade, vê-se que a grande questão que se coloca é acerca dos conceitos jurídicos indeterminados.

⁹⁹ MELLO, C.A.B. de. *Discricionariedade...*, p. 25.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ MORÓN, M. S. op. cit. p.119.

¹⁰² *ibid.*, p. 120.

¹⁰³ MELLO, C.A.B. de. op. cit., p. 30.

O presente trabalho não propõe a solução acerca da localização da discricionariedade, principalmente no que diz respeito aos conceitos indeterminados, mas ressaltar qual a importância da discricionariedade em nosso ordenamento e qual a sua compreensão no contexto atual.

4 CONTROLE JURISDICIONAL E LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Para que fosse possível estudar o controle do ato administrativo discricionário, foram feitas breves considerações acerca da configuração de nosso Estado como Estado Democrático de Direito, da função administrativa, dos princípios orientadores da Administração Pública e da discricionariedade administrativa com vistas a possibilitar a compreensão do controle jurisdicional inseridos neste contexto.

4.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS À ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL

Inicialmente mister registrar que o sistema de controle de nosso país é o da jurisdição única, de forma que o Poder Judiciário é responsável para julgar os litígios em que a Administração é parte.

Contrapõe-se a este sistema o da jurisdição dúplice, Justiça Administrativa ou contencioso administrativo, este é o adotado, por exemplo, pela França.

O controle jurisdicional de atos administrativos é assegurado pela nossa Carta Magna em seu art. 5º, XXXV ao dispor que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Tal controle não é uma ingerência indevida do Poder Judiciário na atividade administrativa, mas somente a consagração do princípio da legalidade a que a Administração Pública deve estar sujeita e da lógica da separação de poderes. Assim pondera MEDAUAR: “A proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de Direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos.”¹⁰⁴

CINTRA também salienta que o controle do administrativo discricionário não ofende a separação de poderes, sustentando que esta foi concebida efetivamente para garantir a liberdade individual em face do Estado, e não para assegurar a liberdade absoluta de ação de um poder frente aos demais.¹⁰⁵

¹⁰⁴ MEDAUAR, O. **Controle jurisdicional da Administração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 166.

¹⁰⁵ CINTRA, A.C. de A. op. cit., p. 190.

No mesmo sentido BORGES ressalta a necessidade de um controle jurisdicional eficaz para a realização dos ideais do Estado de Direito, afirmando que: "... é imprescindível à plena realização dos ideais do Estado de Direito o aperfeiçoamento dos controles judiciais sobre os atos da Administração Pública, sempre assim se entendeu."¹⁰⁶

No tocante ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, verifica-se a evolução de técnicas para a realização deste controle com o intuito de cada vez mais precisar o campo de liberdade atribuído ao administrador. Tais técnicas foram sendo elaboradas visando a eliminar a idéia de que atos discricionários não estão sujeitos ao controle jurisdicional. Afirma GARCÍA DE ENTERRÍA: "... el juez, sin más, constatando el hecho de que esta discricionalidad estaba presente en el acto, se abstenía de entrar en el fondo del mismo."¹⁰⁷

Serão apresentadas como limites à discricionariedade administrativa as técnicas de controle: pela finalidade, o que veio a ser chamada de teoria do desvio de poder; pelo motivo e, por último, pelos princípios, sendo esta a que vem sendo sustentada por vários doutrinadores brasileiros.

4.2 EVOLUÇÃO DAS TÉCNICAS DE CONTROLE

De grande importância como limite à discricionariedade é a teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade pela qual não pode ser considerado válido o ato praticado pelo agente para alcançar finalidade diversa daquela que lhe foi atribuída.

MELLO sustenta que ocorre desvio de poder em dois sentidos: um desvio completo em relação ao interesse público genérico, praticando-se atos com propósito estranho a finalidade pública ou um desvirtuamento em relação à finalidade específica do instituto jurídico utilizado.¹⁰⁸ Na primeira hipótese a autoridade administrativa pratica ato movido pela amizade ou inimizade, pessoal ou política, ou até em proveito próprio e na segunda hipótese "...poderá suceder que a autoridade não tenha agido de má fé: isto é, poderá ocorrer que haja

¹⁰⁶ BORGES, A.G. O controle jurisdicional da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 192, 1993, p. 50.

¹⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *op. cit.*, p. 25.

¹⁰⁸ MELLO, C.A.B. de. Discricionariedade – Fundamentos, Natureza e Limites. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 122, 1975, p. 16-17.

equivocadamente suposto que a competência utilizada fosse prestante, de direito, para alcançar a finalidade visada, quando de rigor em verdade não o era.¹⁰⁹

O autor cita como exemplos de ambas hipóteses os seguintes: superior que remove funcionário em razão de inimizade (primeira hipótese) e agente que remove funcionário ao invés de castigá-lo, há aqui o desvio de poder ou finalidade porque a remoção não é categoria punitiva (segunda hipótese).¹¹⁰

Da mesma forma entende DI PIETRO, asseverando que haverá desvio de poder quando ocorrer desvio da finalidade específica do ato ou quando não for atendido o fim de interesse público.¹¹¹

TÁCITO ressalta a importância desta teoria como limite à ação discricionária, pois representa "... um freio ao transbordamento da competência legal, de modo a impedir que a ação unilateral e compulsória da autoridade possa dedicar-se à consecução de um fim de interesse privado ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal."¹¹²

MELLO registra que o mérito da teoria do desvio de poder foi focalizar a noção de interesse público como centro da legalidade do ato administrativo.¹¹³

Deve-se constar que esta técnica proporcionou um avanço com relação ao controle do ato administrativo discricionário, pois se estabeleceu que também neste tipo de ato dever-se-ia atender a uma finalidade pública, sob pena de se constatar um vício de legalidade.

Assim como a teoria do desvio de poder a análise dos motivos da decisão administrativa também significou importante técnica como limite à discricionariedade administrativa.

Possibilitou-se a análise dos motivos do ato, ou seja, os fatos que serviram de fundamento da decisão do agente, podendo-se, assim, constatar se os fatos realmente existiram, se são verdadeiros e foram corretamente qualificados, sendo

¹⁰⁹ MELLO, C.A.B. de. *Discricionariedade e Controle...*, p. 59.

¹¹⁰ MELLO, C.A.B. de. *Curso...*, 359-360.

¹¹¹ DI PIETRO, M.S.Z. *Direito...*, p.202.

¹¹² TÁCITO, C. *Vinculação e Discricionariedade Administrativa*, p. 127.

¹¹³ MELLO, C.A.B. de. *Discricionariedade e Controle...*, p. 67.

esta técnica denominada de teoria dos motivos determinantes.¹¹⁴

MEIRELLES escreveu sobre a teoria dos motivos determinantes nos seguintes termos:

A teoria dos *motivos determinantes* funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.¹¹⁵ [grifo do autor]

DI PIETRO cita exemplo de vício com relação ao motivo o caso da exoneração *ad nutum* em que a Administração pratica ato sob a alegação de falta de verba e depois nomeia outro funcionário para a mesma vaga.¹¹⁶

MEDAUAR ressalta a importância do controle dos motivos como revelador de indícios de desvio de poder, pois a verificação do desvio de finalidade "... encontra muitos obstáculos quanto à prova da intenção da autoridade, à prova de que o fim visado não é o interesse público, mas interesses pessoais, subjetivos, como vingança, represália, favorecimento de pessoas, grupos ou partidos, etc."¹¹⁷

Com propriedade CINTRA tratou do controle jurisdicional quanto aos motivos, afirmando que a grande contribuição da teoria dos motivos foi reduzir a área reservada à discricionariedade, sem com isso conduzir a substituição do administrador pelo juiz.¹¹⁸

Faz-se necessário indicar a relevância desta técnica, pois atenuou ainda mais a noção de discricionariedade como espaço totalmente livre conferido à Administração, pois introduziu o exame da existência e veracidade dos motivos como condição da validade dos atos administrativos, inclusive os discricionários.

Não obstante tais teorias representem um grande avanço no controle

¹¹⁴ "Sendo assim, a invocação de 'motivos de fato' falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciarlos, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam." (MELLO, C.A.B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 357).

¹¹⁵ MEIRELLES, H.L. op. cit., p. 181-182.

¹¹⁶ DI PIETRO, M.S.Z. **Direito...**, p. 203.

¹¹⁷ MEDAUAR, O. **Controle...**, p. 179.

¹¹⁸ CINTRA, A.C. de A. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 188.

jurisdicional, é certo que não se pode esgotar o tratamento do controle jurisdicional dos atos administrativos apenas com a utilização destas técnicas, sustentando-se cada vez mais um controle jurisdicional amplo.

4.3 OS PRINCÍPIOS COMO LIMITES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

No presente item, tentar-se-á demonstrar a necessidade da observância dos princípios para a realização do controle jurisdicional dos atos administrativos, principalmente dos discricionários.

No primeiro capítulo registrou-se que a função administrativa não está apenas submetida à lei em sentido formal, mas ao Direito, ao ordenamento jurídico como um todo, descrevendo brevemente alguns princípios que devem ser necessariamente observados pela Administração Pública.

Se a atividade administrativa deve estar em conformidade não só com a lei, mas também com os princípios, o controle efetuado pelo Poder Judiciário do ato administrativo também deverá observar os mesmos princípios, funcionando como limites à discricionariedade administrativa.¹¹⁹

Vários doutrinadores têm sustentado a aplicação dos princípios no controle jurisdicional dos atos administrativos, pois apenas após esta observância que se poderá precisar efetivamente o campo de liberdade conferido ao administrador, de forma que o controle efetuado pelo Judiciário deverá ser resultado do que deve ser compreendido por discricionariedade administrativa.¹²⁰

MEDAUAR ressalta a utilização dos princípios como uma tendência de uma ampliação do controle jurisdicional em decorrência de a Constituição de 1988 estar impregnada de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder

¹¹⁹ Ao se falar da utilização dos princípios como mecanismos do controle jurisdicional do ato administrativo, deve-se constar a força normativa dos princípios, como bem ensina GRAU, sustentando que os princípios são normas jurídicas estejam ou não explícitos. (GRAU, E.R. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002).

¹²⁰ É diante da aplicação dos princípios que se sustenta a idéia apresentada no capítulo anterior que a discricionariedade na norma é menor do que a discricionariedade no caso concreto.

Público.¹²¹

BORGES também sustenta a necessidade da observância dos princípios no controle jurisdicional, afirmando que “se os princípios constitucionais insculpidos no Capítulo VII do Texto Maior constituem um sistema de valores colocados acima de qualquer norma, não pode o Julgador limitar-se à apreciação apenas da legalidade formal dos atos administrativos, de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico-positivo.”¹²²

Embora a autora faça menção apenas aos princípios constitucionais insculpidos no Capítulo VII da Constituição, verificar-se-á que não são apenas esses princípios expressos que deverão funcionar como limites à discricionariedade administrativa, mas também outros princípios que estão implicitamente previstos no texto constitucional.

FREITAS com propriedade tratou deste tema, também asseverando que o “...o ato administrativo deve estar ligado à totalidade dos princípios, sendo este um ideal irrecusável de que deve cuidar o estudioso e o aplicador do Direito Administrativo.”¹²³ Ao afirmar que os atos administrativos deverão necessariamente estarem vinculados aos princípios, o autor conclui que a discricionariedade também deverá ser vinculada aos princípios sob pena de se configurar arbitrariedade. Nas palavras do autor: “A discricionariedade, no Estado Democrático de Direito, quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais, é de algum modo vinculada aos princípios, sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de subtrair os limites indispensáveis à liberdade e à abertura como racionais características fundantes do sistema jurídico.”¹²⁴

Partindo-se de tal concepção, o autor conclui que também deveriam ser

¹²¹ “Com efeito, a Constituição está impregnada de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros para a atuação, mesmo discricionária da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que permite maior controle.” (MEDAUAR, O. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 174).

¹²² BORGES, A.G. op. cit., p. 52.

¹²³ FREITAS, J. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 129.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 145.

alargados os horizontes do controle dos atos administrativos.¹²⁵

DI PIETRO estudou a aplicação dos princípios no controle jurisdicional, ressaltando que todos os princípios acolhidos explicita ou implicitamente na Constituição de 1988 deverão ser observados, limitando a discricionariedade administrativa e ampliando a ação do Poder Judiciário.¹²⁶

Na mesma linha das opiniões acima transcritas, MELLO defende a observância dos princípios na análise da causa do ato administrativo, afirmando que deve existir pertinência lógica entre a situação tomada como base para a prática do ato e a finalidade que a lei atribui à competência exercitada.¹²⁷

GARCÍA DE ENTERRÍA também trata do controle jurisdicional através dos princípios, afirmando a necessidade da observância aos princípios, haja vista que Administração não está submetida somente à lei, mas aos princípios gerais de Direito.¹²⁸

A partir do exposto, vê-se que há uma tendência na doutrina no tocante à possibilidade e necessidade do controle jurisdicional do ato administrativo através dos princípios orientadores da Administração Pública.

É de se observar que tal orientação guarda total consonância com a concepção de que a Administração Pública não está subordinada apenas à lei, mas ao Direito como um todo, respeitando-se, conseqüentemente, os princípios.

¹²⁵ "... os atos administrativos precisam ser praticados e controlados desde uma ótica mais abrangente e compatível com os tempos em que se reivindica um Estado matizado por uma atuação substancialmente compatível com as suas essenciais e superiores funções, inclusive a de oferecer segurança às relações jurídicas, a par daquela de atender às exigências de uma ordem justa e eficiente." (FREITAS, J. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 143).

¹²⁶ DI PIETRO, M.S.Z. **Discricionariedade...**, p. 173.

¹²⁷ MELLO, C.A.B. de. **Discricionariedade e Controle ...**, p. 94.

¹²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., p. 43.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho pretendeu estudar o controle do ato administrativo discricionário diante de uma compreensão atual do tema.

Para que fosse possível atingir o objetivo proposto, foram abordados vários temas na realização da pesquisa, os quais possibilitaram a formulação de conclusões parciais que contribuíram para a compreensão da discricionariedade e do controle jurisdicional.

Inicialmente, entendeu-se que seria essencial constar o surgimento do Estado de Direito, ressaltando que a Administração Pública está necessariamente vinculada à lei. Esta compreensão é importante para que se pudesse estabelecer a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade. O trabalho proporcionou o reconhecimento de que a discricionariedade em nada se confunde com arbitrariedade, de forma que todos os poderes, ou melhor, deveres desempenhados pela Administração Pública deverão estar vinculados à lei.

Para a análise em nosso contexto atual, levou-se em consideração a sua inserção em um Estado Democrático de Direito, de forma que a discricionariedade não pode ser vista de forma apartada da configuração estatal.

Neste momento, adotou-se a concepção ampla do princípio da legalidade, pela qual a Administração Pública não está subordinada somente à lei formal, mas ao Direito como um todo, explicitando-se a partir desta idéia que a Administração Pública também deverá estar vinculada à observância dos princípios, cada qual com o seu conteúdo, orientando a Administração Pública no seu dever de atingir as finalidades legais. Assim, a discricionariedade administrativa não estaria mais vinculada apenas à lei, mas ao Direito.

Após estas considerações, passou-se a analisar os fundamentos e a localização da discricionariedade administrativa, ressaltando-se a sua importância no desempenho da atividade administrativa. Verificou-se que através da discricionariedade permite-se que a Administração Pública, no seu dever de atingir as finalidades legais, possa atuar com flexibilidade, avaliando qual a melhor forma de se atingir a finalidade legal.

É a partir desta análise da discricionariedade que se deve compreender o controle efetuado pelo Poder Judiciário.

Ao tecer breves observações acerca do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, constatou-se que cada vez mais o espaço de apreciação atribuído ao administrador público foi sendo reduzido.

Importantes técnicas de controle foram elaboradas, os quais funcionam como limites à discricionariedade, como é o caso do controle efetuado pelo motivo do e pela finalidade do ato.

No entanto, a Administração Pública não deve atuar somente de acordo com a lei, mas observando-se todo o Direito, devendo, portanto, também obedecer aos princípios.

É a partir desta concepção que se defende a utilização dos princípios como limites à discricionariedade, pois não poderia existir atuação da Administração Pública que ofendesse o Direito, estando tal técnica em conformidade com a noção de que discricionariedade não é só limitada pela lei, mas pelo Direito.

Vê-se que o controle do ato administrativo discricionário deverá ser reflexo de que a Administração Pública deve estar de acordo com o Direito, possibilitando com isso o atendimento dos objetivos de nosso Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONCINI, M.E.S.N. **Princípios de Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

BORGES, A.G. O controle jurisdicional da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 192, p. 49-60, abr./jun. 1993.

CINTRA, A.C. de. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CRETELLA JUNIOR, J. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, M.S.Z. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FAGUNDES, M.S. Conceito de Mérito no Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, Seleção Histórica, p. 189-202, 1991.

_____. **Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FIGUEIREDO, L.V. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FREITAS, J. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

GARCÍA DE ETERRÍA, E. **La lucha contras las inmunidades del poder**. 3 ed. Madrid: Cuadernos Cívitas, 1995.

GRAU, E.R. **Ensaio e Discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Poder Discricionário. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

LEITE, L.F. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LUSTOSA JUNIOR, H.D. Ato Administrativo e Discricionariedade. In: CUNHA, T.M. (Coord.). **Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo, p. 225-265, 1996.

MEDAUAR, O. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, C.A.B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. ref. amp. e aum. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Discricionariedade – Fundamentos, Natureza e Limites. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 122, p. 1-20, out./dez. 1975.

MOREIRA, E.B. **Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99**. São Paulo: Malheiros, 2000.

MORÓN, M.S. **Discricionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

NOVAIS, R.C.R. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In: CUNHA, T.M. (Coord.). **Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo, p. 19-47, 1996.

OLIVEIRA, O.F. da Luz. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

OLIVEIRA, R.F. de. **Ato Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

QUEIRÓ, A.R. A teoria do 'desvio de poder' em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. v. VI. p. 41-78, out. 1946.

_____. A teoria do 'desvio de poder' em Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**. v. VII, p. 52-80. jan./mar., 1947.

ROCHA, C.L. A. **Princípios constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 75.

SILVA, J.A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

TÁCITO, C. **O abuso de poder administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)**. [s.l.]: Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas, 1959.

_____. Vinculação e Discricionariedade Administrativa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 205, p. 125-130, jul./set. 1996.

_____. O princípio de Legalidade : ponto e contraponto. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 206, p. 1-8, out./dez. 1996.