

NATÁLIA BROTTTO

**O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO
FRENTE AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Bacharel em Direito, apresentado à Banca Examinadora de Monografia Jurídica da Universidade Federal do Paraná.

**Orientador: Prof. Dr. Egon Bockman
Moreira**

**CURITIBA
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

NATÁLIA BROTTTO

O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO FRENTE AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, na Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Doutor Egon Bockman Moreira
Departamento de Direito Público, UFPR

Prof.^a Doutora. Ângela Cássia Costadello
Departamento de Direito Público, UFPR

Prof. Bernardo Strobel Guimarães
Departamento de Ciências Jurídicas, UNIBRASIL

Curitiba, 18 de setembro de 2007

SUMÁRIO

RESUMO.....	05
1 INTRODUÇÃO.....	06
2 O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL E DA SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES.....	09
2.1 O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL..	09
2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	11
2.3 DA LIMITAÇÃO/INGERÊNCIA RECÍPROCA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES.....	14
3 O ATO ADMINISTRATIVO E SUA ESTRUTURA.....	16
3.1 O ATO ADMINISTRATIVO: SEU CONCEITO.....	16
3.2 O ATO ADMINISTRATIVO: SEUS ELEMENTOS OU PRESSUPOSTOS.....	19
3.2.1 Sujeito.....	20
3.2.2 Objeto.....	22
3.2.3 Forma.....	24
3.2.4 Motivo.....	26
3.2.5 Finalidade.....	28
4 O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E SEU CONTROLE JUDICIAL..	31
4.1 O ATO ADMINISTRATIVO DISCRIMINÁRIO E O ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO.....	.31
4.1.1 Discricionariedade Administrativa e Legalidade.....	.34
4.1.2 Discricionariedade Administrativa e sua Justificativa.....	40
4.2 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	.43
4.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEU CONTROLE JURISDICIONAL.....	49
5 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO.....	.53
5.1 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: NOÇÕES GERAIS.....	.53
5.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	57
5.3 RAZOABILIDADE E MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO.....	62

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 65
REFERÊNCIAS..... 68

RESUMO

Trata-se o presente de exposição que tem por fulcro principal discorrer acerca do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário levando-se em consideração para tanto, como instrumento de efetivação e concretização deste controle, o chamado princípio da razoabilidade. Neste contexto, procura-se demonstrar primeiramente as mais basilares noções do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário para, posteriormente, buscar uma interligação entre referido controle e o princípio da razoabilidade acima mencionado, onde restará demonstrada a insofismável proficuidade de sua utilização nomeadamente no que diz respeito à necessária correlação entre a análise dos fatos apreendidos pelo administrador público, o caso concreto propriamente dito, e a solução adotada, apresentando-se desta maneira como ferramenta de concreção dos desígnios expressados pelo sistema normativo como um todo. Não se pode olvidar da grande divergência doutrinária que toca todo o assunto do ato administrativo discricionário, uma vez que se trata de disciplina que sufragará conseqüências que inadvertidamente irão atingir todo e qualquer administrado, cingindo-se a controvérsia do presente tema, em breves linhas, na concreta e exata determinação dos limites e balizas do intervencionismo jurisdicional no que diz respeito ao controle do ato administrativo discricionário, utilizando-se do princípio da razoabilidade como instrumento para tanto, de maneira tal a perseguir o interesse público como um todo, coibindo toda e qualquer utilização arbitrária das prerrogativas da administração pública.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública; Ato Administrativo Discricionário; Controle Judicial; Direitos Fundamentais; Estado Democrático de Direito; Princípio da Razoabilidade; Poder Judiciário.

1 INTRODUÇÃO

A fim de principiar o presente trabalho que tem por tema cardeal o estudo pormenorizado do controle jurisdicional do ato administrativo frente ao princípio da razoabilidade, mister se faz proceder a uma digressão da situação jurídica atual que torna o estudo do presente tema de relevante importância para a sistemática jurídica pátria hodierna.

Neste contexto, importa atentar para o fato de que o Estado, tal qual se conhece atualmente, passou por períodos de maior ou menor interferência ou ingerência na vida dos particulares, seja no bojo do estado dito liberal, social ou, ainda, pós-social.

É no exato momento em que o exercício do poder pelo Estado se torna submetido aos estritos contornos legais, nomeadamente no que diz respeito ao princípio da legalidade, que se afirma a inviabilidade de seu exercício sem o devido controle, com o claro intuito de salvaguardar a esfera jurídico-patrimonial dos cidadãos em relação a essa referida intervenção estatal.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio e considerando-se que se vive em uma sociedade contemporânea, sob a égide do chamado “Estado Democrático de Direito”, em que pese todas as medidas estatais se darem supostamente em favor do interesse público em geral, estas medidas devem passar pelo crivo do judiciário a fim de que este possa ponderar, de acordo com a normatização atinente ao caso concreto, não só a legalidade e ilegalidade de determinado ato administrativo, mas também a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, a eficiência do ato administrativo, dentre vários outros requisitos relevantes.

O tema parece, até então, destituído de qualquer profundidade conceitual que justifique a imensa divergência, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, que o circunda.

Nada obstante, a controvérsia surge, precisamente, na delimitação concreta da esfera do controle. Ora, que ao Poder Judiciário é dado o controle dos atos administrativos em geral todos sabem. Da mesma maneira é notório, entre o meio jurídico, o conhecimento de que, apesar da chamada “inafastabilidade do controle jurisdicional” ou, ainda, a despeito do sistema de “freios e contrapesos”, o judiciário

não pode adentrar na conhecida e mencionada área do mérito administrativo, onde deve haver um juízo de oportunidade e conveniência feito única e exclusivamente pelo administrador público.

Assim é que, a falta de definição dos verdadeiros limites desse controle jurisdicional, leva, muitas vezes, a um impreciso e inexato conceito daquilo que se considera por mérito administrativo.

Enfim, o que a observação empírica demonstra é que todas essas ilações funcionam muito bem quando da explanação teórica e genérica do tema. Nada obstante, o grande problema que enfrentam doutrina e jurisprudência pátria no tocante ao controle jurisdicional do ato administrativo é, nomeadamente, a fixação precisa de seus limites quando da análise do caso concreto. Até onde pode o Judiciário adentrar e, por conseguinte, controlar? Até onde o ato administrativo é vinculado ou discricionário? Ou, se discricionário, o que é precisamente e qual é o limite do mérito do ato administrativo?

Com efeito, são muitas as perplexidades encontradas pelos operadores do direito quando do manuseio das questões atinentes ao controle jurisdicional do ato administrativo no caso concreto.

Neste sentido, a relevância do estudo que presentemente se propõe a enveredar se dá, precisamente, na defesa dos direitos individuais de cada um dos cidadãos, em face de ações estatais veiculadas por meio de atos administrativos e que gerarão efeitos que alterarão de sobremaneira a esfera jurídica de cada um dos administrados isoladamente considerados.

Especialmente quando se leva em consideração a grande fragilidade a qual se submete o cidadão quando se conscientiza dos mecanismos que a máquina estatal tem de ingerência na vida privada.

Estas são, enfim, as ponderações e as preocupações que afligem e que levam tanto a doutrina pátria, quanto a alienígena, a se debruçarem com tamanho afincamento sobre o tema.

Em decorrência dessa problemática ou dessa situação percebe-se a grande importância que o tema assume seja no campo doutrinário, seja no campo jurisprudencial.

Assim, diante dessa problemática, intenta-se abordar o tema de maneira a esclarecer suas principais características, peculiaridade e, nomeadamente, os pontos de conflito na doutrina.

Neste diapasão, desenvolve-se esse estudo em cinco capítulos, versando-se primeiramente sobre, O princípio da inafastabilidade do controle judicial e da separação dos poderes, abordando-se uma breve síntese sobre os princípios que tangenciam o estudo dessa matéria, quais sejam: o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o princípio da separação de três poderes, a fim de entender a necessidade da correta conjugação entre ambos, haja vista a sua patente ingerência recíproca.

Posteriormente, se estuda os pormenores do Ato Administrativo Discricionário e sua estrutura, incluindo-se neste item todos os elementos que lhe dão formação, sendo eles: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

Na seqüência, analisa-se O Controle Judicial do Ato Administrativo Discricionário, dando-se início ao estudo do ato administrativo discricionário em si e, da discricionariedade como um todo, para finalmente desenvolver-se, Princípio da Razoabilidade e o Controle Jurisdicional do Ato Administrativo, quando se entende a discricionariedade em consonância com o princípio da razoabilidade.

Pretende-se, neste intuito, proceder a uma digressão das várias opiniões teóricas acerca do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário em cotejo com o supra mencionado princípio da razoabilidade, encarando-o como princípio que intenta a concretização dos objetivos de um Estado Social e Democrático de Direito.

Ainda, a fim de não se delongar neste intróito, imperativo acrescentar que não existe na construção do presente estudo qualquer pretensão de se esgotar o tema, ou, ainda, de se fornecer respostas prontas e acabadas, mas antes se apresentar um panorama da situação atual, das diversas opiniões teóricas sobre o assunto e, principalmente, apontar questionamentos a serem respondidos ao longo do tempo, uma vez que opiniões certas e acabadas sobre o tema não existem.

2 O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL E DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No intuito de se adentrar ao estudo do presente tema, importante se faz, preambularmente, tecer alguns comentários de índole propedêutica, para que se possa melhor situar no supedâneo jurídico constitucional que informa o assunto.

Neste sentido, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e da separação dos três poderes são dois princípios que informam o tema do controle jurisdicional do ato administrativo de maneira a lhes oferecer contornos e balizas, motivo pelo qual se torna imperioso atentar às implicações que decorrem de referidos princípios.

2.1 O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL

O referido princípio surgiu com a Constituição de 1946 e, hodiernamente, está plasmado no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal com a seguinte redação: “Art. 5º - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Com efeito, à função jurisdicional cabe um importante papel de fazer valer o ordenamento jurídico, de forma coativa, toda vez que o seu cumprimento não se dê sem resistência.¹

A importância desse princípio está, obviamente, na vedação de que qualquer matéria, sob qualquer pretexto, possa ser sonegada da apreciação do Poder Judiciário o que ensejaria arbítrio.

Proíbe, por conseguinte, que certas decisões de qualquer esfera da administração pública que devam necessariamente estar subsumidas à lei, em virtude do princípio da legalidade, escapem ao império desta, eventualmente, sem a possibilidade de reparação.

Assim é que a garantia da tutela jurisdicional, de acordo com a sistemática impressa pela Constituição Federal, se torna, de acordo com os ensinamentos de Rogério Laura Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, “um direito público subjetivo,

¹ Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 2º Volume. São Paulo: Saraiva, 1988-1989. pg. 170.

universalmente consagrado e decorrente da assunção, pelo Estado, do monopólio da administração da Justiça [...]”².

Note-se, por conseguinte, que se trata o princípio ora sob análise de sustentáculo basilar de qualquer Estado Democrático de Direito, caracterizando-se como princípio garantidor dos direitos subjetivos de ambos administrados e administradores públicos, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos, intentando impedir atuações arbitrárias deste.

O que convém ponderar-se é, precisamente, o alcance que deve ser dado ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional quando se trata de controlar atos da administração pública e, mais especificamente, atos administrativos. É precisamente neste ponto que reside a controvérsia e o núcleo deste estudo.

Com efeito, cumpre-se avaliar a amplitude com que o texto constitucional assegura proteção a toda lesão ou ameaça de direito quando da análise de pontos controvertidos tais como o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos, nomeadamente os atos administrativos discricionários.

Primeiramente, há de se considerar que o próprio judiciário é órgão competente para averiguar se houve ou não o regular exercício do poder discricionário e, ainda, se de fato este poder foi exercitado de forma regular, se dele não surge nenhuma lesão de direito.

Neste contexto, de acordo com o entendimento de Rogério Laura Tucci e José Rogério Cruz e Tucci, se porventura isso acontecer abrem-se regularmente as portas do judiciário para o seu controle. Pois nenhum autor sustenta que a discricionariedade administrativa é abrigo para o cometimento de arbitrariedades e ilegalidades³.

Assim é que, de igual maneira, consoante Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins:

A predominância absoluta da lei dentro do Estado de Direito e o papel que cabe ao Judiciário, na preservação da sua incolumidade, no fundo eliminam a possibilidade, no nosso sistema, da existência dos chamados atos *interna corporis*. É dizer: daqueles atos que praticados pelos dois

²TUCCI, Rogério Laura; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 10.

³BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.p.173.

outros poderes estariam imunes ao controle pelo Judiciário em nome da independência e da separação de Poderes⁴.

É precisamente neste momento que se dá a ligação entre os dois princípios objeto de estudo do presente capítulo. A idéia nuclear é, com efeito, demonstrar que, a despeito da superficial incongruência entre os dois princípios, quais sejam, inafastabilidade do controle jurisdicional e a separação dos três poderes, há, em verdade, uma correlação óbvia que se vislumbra com o mais pueril esforço sistemático.

2.2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO⁵ DOS TRÊS PODERES

Consoante já previamente explanado o objetivo precípua da análise dos dois princípios ora sob enfoque é, precisamente, estabelecer a correlação entre eles existente e a demonstração de sua completude recíproca.

Neste contexto, importa inicialmente proceder a ponderações acerca do que seria exatamente este já mencionado princípio da separação dos três poderes, a fim de que posteriormente possa-se realizar uma digressão de cunho mais crítico.

Com efeito, é princípio geral inscrito na Constituição Federal em seu art. 2º que assim dispõe: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Javier García Roca, ao discorrer acerca da importância do princípio ora em comento, assim elucida:

*La separación de poderes forma parte inexcusable de la arquitectura del Estado Liberal de Derecho que, com transformaciones sucesivas, há llegado hasta nuestros días, y que todavía hoy, superando problemas contingentes, permite asegurar a los ciudadanos su libertad política.*⁶

Aludido princípio encontra seu arcabouço teórico primário nas teorizações de Aristóteles, John Locke e Rousseau, teoria esta que, posteriormente, passou a

⁴ Idem.

⁵ Apesar da expressão divisão dos três poderes, é necessário se fazer uma ressalva no que concerne à indivisibilidade do Poder do Estado. É preciso se considerar, antes de tudo, que este poder é uno e indivisível. Ele é exercido por meio de muitos órgãos, mas a unidade do poder soberano estatal não se desfaz por isso.

⁶ ROCA, Javier García. *Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorías, controles*. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 3, n. 27, p.7, 1999.

ser definida, sistematizada e publicizada por Montesquieu, vindo a se tornar, com o advento da Revolução Francesa, um dogma constitucional⁷.

Montesquieu, partindo da idéia de que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele, concebeu sua teoria da separação dos três poderes que, em última análise, propugnava pela divisão do poder estatal de maneira a opor suas respectivas partes para que se refreiem reciprocamente. Dizia ele que aquele que faz as leis não deve ser encarregado de aplicá-las e nem de executá-las; aquele que as executa não pode fazê-las nem julgar da sua aplicação; e aquele que as julgue não pode de igual maneira, fazê-las ou executá-las.

Seguindo esta linha de pensamento, de modo geral, e consoante à sistemática posta na Constituição Federal, pode-se distinguir três tipos ou funções do Estado, quais sejam: poder legislativo, judiciário e executivo.

De acordo com o já previamente explanado coube à Montesquieu, autor do de *D L'Esprit dès Lois*, sistematizar a doutrina da separação de poderes e difundi-la mundialmente. Acerca da referida teoria preleciona Mario Brockmann Machado:

Que não se trata, portanto, de uma discussão abstrata sobre como organizar o governo, mas sim de como melhor garantir a liberdade dos indivíduos contra os abusos de poder. Para tanto, 'é preciso que, pela disposição das coisas o poder contenha o poder', pois a liberdade estaria perdida 'se o mesmo homem, ao mesmo corpo de notáveis, ou de nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as decisões públicas, e o de julgar os crimes ou as pendências entre particulares⁸. [grifo do autor]

Neste sentido, pode-se afirmar que o principal foco da teoria de Montesquieu foi estabelecer um sistema que preservasse a liberdade dos cidadãos sem, contudo, provocar o engessamento da máquina estatal, sendo necessário, para tanto, que estes fossem harmônicos entre si, que se limitasse reciprocamente sem que isso pudesse gerar o engessamento destes poderes.

Neste sentido afirmam Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco Pasquino:

Mais que a teoria da clara distinção das funções do Estado, Montesquieu apresenta a teoria de um Governo balanceado, em que os diversos órgãos,

⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.109.

⁸MACHADO, Mario Brockmann. Separação de poderes e controle externo do Judiciário. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 3, n. 9, p. 82, 1994.

num sistema de pesos e contrapesos, realizam um equilíbrio constitucional, capaz de obstar a consolidação de um poder absoluto⁹.

Este raciocínio, no entanto, não foi mantido pelos teóricos que, posteriormente, enveredaram pelo campo da teoria da separação dos três poderes. Não foi este, por exemplo, o pensamento de Kant que se focava numa autonomia e independência muito maior dos poderes ou funções.

Nada obstante, esta noção que foi de escassa utilidade prática foi, ao longo do tempo, sendo dirimida e sopesada com outros critérios tais quais eficiência da máquina administrativa que levaram a concepção moderna do princípio da separação dos poderes. Neste sentido menciona-se as palavras de José Afonso da Silva:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário¹⁰.

E de igual maneira, corroborada por Javier García Roca:

Por otra parte, la separación de poderes, concebida de forma rídida y absoluta, como algunos pudieron entenderla em Montesquieu, jamás há dejado de ser sino um mito o uma ilusión desprovista de sentido histórico, Leon Duguit, a finales del XIX, y, luego, Charles Einsenmann, em el primer tercio del XX, pronto denunciaron el error del que arrancaba esa lectura, tras analizar la experiencia de la Constitución francesa de 1789 y evidenciar que ina separación de poderes absoluta resultaba inviable¹¹.

É exatamente este o ponto que se pretende chegar com os comentários acima tecidos. O ponto principal a que se deve ater, quando da análise dos dois princípios presentemente elucidados, é o ponto de convergência entre eles, o equilíbrio perfeito que deve existir entre ambos, para que a máquina estatal possa funcionar de maneira tal que nenhum dos dois princípios tenha primazia total sobre o outro. É exatamente este equilíbrio entre os princípios da separação dos três

⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. De João Ferreira, Carmen C. Varriale *et al.* 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 249.

¹⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 109.

¹¹ ROCA, Javier García. *Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorias, controles*. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 3, n.27, p.9. 1999.

poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional que se presta a analisar no próximo tópico.

2.3 DA LIMITAÇÃO/INGERÊNCIA RECÍPROCA ENTRE OS PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL E DA SEPARAÇÃO DOS TRÊS PODERES.

Consoante previamente explanado é possível se verificar que numa primeira e superficial análise, aludidos princípios têm sentidos diametralmente opostos, conforme observa-se na seqüência.

A primeira idéia que se pode reputar central do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional é de uma primazia do poder judiciário sobre os outros, uma vez que não poderiam escapar de sua área de atuação quaisquer atos que se mostrassem lesivos, fossem eles provenientes do executivo, do legislativo ou do próprio judiciário.

Existiria, por conseguinte, uma ingerência direta do judiciário em todos os planos do poder toda vez que ocorresse uma lesão ou ameaça a direito.

Já com relação ao princípio da separação dos três poderes, a idéia que se percebe, num primeiro olhar, é que cada um dos poderes tem uma área de ingerência exclusiva e absoluta, sendo que nenhum outro poder deverá nele interferir, sob pena de incidir numa agressão a esse princípio que se mostra de capital importância para qualquer sociedade que se repute democrática.

A partir dessas perspectivas é que alguns poderiam considerar existir uma incongruência lógica entre estes princípios. Não é, no entanto, o que acontece. Explica-se.

Mister considerar que existe necessariamente uma ingerência recíproca entre os três poderes, o que significa que cada um deles possui mecanismos de interferência e de controle que podem e devem ser utilizados para influir diretamente nos outros poderes.

Esta concepção abarca precisamente a idéia teorizada por Montesquieu dos mecanismos de *checks and balances* ou “freios e contrapesos”. Qualquer idéia em sentido contrário implicaria, inadvertidamente, no engessamento total da máquina estatal como sua necessária e conseqüente ineficiência.

Esta teorização toda é deflagrada doutrinariamente com bastante facilidade, sendo aceita pela unanimidade da doutrina. O problema se localiza quando da análise das limitações concretas a este poder de ingerência recíproca.

Com efeito, e retomando-se ao cerne do presente estudo propriamente dito, não se sabe ao certo, até que ponto o judiciário pode interferir previamente nos referidos atos administrativos.

Consoante já previamente esposado, é tênue a linha que cinge os atos administrativos vinculados, plena e completamente controláveis pelo Poder Judiciário, dos administrativos discricionários.

E, ainda mais tênue, é a delimitação do que seria em cada caso concretamente considerado como mérito do ato administrativo, onde o judiciário não poderia interferir.

Enfim, são muitos os questionamentos feitos e, a fim de não se antecipar ao estudo de conceitos que serão posteriormente devidamente pormenorizados, mister passar à análise do ato administrativo em si considerado, para que, somente depois de conhecer suas particularidades, adentrar-se ao estudo do seu controle jurisdicional, foco principal do presente trabalho.

3 O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E SUA ESTRUTURA

Neste momento, após análise acerca das referências principiológicas que regem o tema ora sob consideração, importa passar-se ao exame mais detido do objeto nuclear do presente estudo.

Nesta toada, implica analisar-se os pormenores do ato administrativo, instrumento pelo qual a administração pública realiza sua função executiva, nomeadamente o ato administrativo discricionário uma vez que é a sua estrutura que interessa quando da tentativa de estabelecer parâmetros para o seu controle, haja vista ter o ato administrativo vinculado um controle jurisdicional muito mais amplo que não importa ao foco principal do presente trabalho.

Com efeito, é nesse âmbito que aparece uma grande diferença entre os atos ditos vinculados, emanados dentro da idéia de severa subsunção aos termos específicos da lei, e os atos administrativos discricionários, que dependem muito do que se convencionou chamar critérios de conveniência e oportunidade a serem ponderados única e exclusivamente pelo administrador.

A importância de se estudar o ato administrativo nesse momento é que se trata esse de uma categoria fundamental no direito administrativo e o não conhecimento de suas características e estrutura importaria numa deficiência insofismável quanto ao estudo de seu controle jurisdicional.

3.1 O ATO ADMINISTRATIVO: SEU CONCEITO

Destarte, tendo-se em vista que o desenvolvimento do tema levou ao cerne da definição de ato administrativo, necessário acrescentar-se que, em razão de não existir um conceito legal pré-definido de ato administrativo, os autores deste segmento divergem muito quanto a esta concepção, amparados por divergências sistemáticas e metodológicas.

Neste contexto, necessário fazer-se alusão aos ensinamentos dos mais célebres doutrinadores da área no que tange ao conceito de direito administrativo, começando pela conceituação do tratadista Celso Antônio Bandeira de Mello:

A declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de suas prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei

à título de lhe dar cumprimento, e sujeitos ao controle de legitimidade por órgãos jurisdicionais¹².

É de se ressaltar, consoante corrobora Maria Cuervo Silva Vaz Cerquinho, que referido conceito realça com lucidez o princípio da legalidade, princípio cardeal do regime jurídico-administrativo, bem como a posição de supremacia a que ocupa a Administração Pública ao emanar os atos administrativos, frisando ainda a finalidade precípua de atendimento do interesse público¹³.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, afirma que, para proceder-se a uma escoreta definição de ato administrativo, é preciso se considerar quatro aspectos do conceito: constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça às vezes; se sujeita ao regimento jurídico de direito administrativo, pois a administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; produz efeitos jurídicos imediatos, o que afasta o ato administrativo do ato legislativo; e é sempre passível de controle judicial¹⁴.

Ademais, a respectiva autora conceitua o ato administrativo como sendo: “A declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário”¹⁵.

Já Hely Lopes Meirelles entende que o ato administrativo se diferencia do ato jurídico *lato sensu* apenas e tão somente por ser informado por um objetivo maior e intransponível, qual seja, a realização do interesse público. Assim é que, nas palavras do autor, ato administrativo é:

[...] toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria¹⁶.

Uma vez esboçada essa contextualização, ainda que muito superficial, acerca do conceito do ato administrativo, faz-se necessário passar à análise de seus

¹²MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 366.

¹³CERQUINHO, Maria Cuervo Silva Vaz. Conceito e elementos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano IX, n. 47-48, p. 21.

¹⁴ZANELLA, Maria Sylvia Di Pietro. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.p. 205-206.

¹⁵Ibid., p. 206.

¹⁶MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 149.

elementos ou pressupostos para, posteriormente, ponderar-se as peculiaridades do ato administrativo discricionário e seu controle jurisdicional.

3.2 O ATO ADMINISTRATIVO: SEUS ELEMENTOS OU PRESSUPOSTOS

A fim de se elaborar um estudo completo acerca do ato administrativo, nomeadamente o ato administrativo discricionário, imprescindível passar à análise dos elementos ou pressupostos que o compõem, frisando a extensa divergência doutrinária sobre o assunto e ressaltando-se que, por não ser este o tema nuclear do presente trabalho, limita-se a apresentar as principais opiniões sobre o assunto.

Com efeito, a referida decomposição do ato administrativo é feita com o claro objetivo de se especificar o exato conteúdo deste conceito no sentido de que, ao proceder-se uma sistematização desta ordem, o seu estudo fique mais facilitado.

Ainda, no que tange a esta distinção doutrinária, mister se acrescentar que grande parte da doutrina considerando elemento como parte do ato administrativo, diverge dessa denominação uma vez que, segundo estes, os elementos não seriam, em última análise, componentes destes atos.

Esse é, por exemplo, o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello que não utiliza essa denominação elementos, mas a expressão pressupostos objetivos e pressupostos subjetivos do ato administrativo. Outros se referem, ainda, a elementos internos e externos do ato administrativos ou, ainda, aos requisitos do ato administrativo, entre outros.¹⁷

Assim é que, para Hely Lopes Meirelles, existem cinco elementos que compõem os atos administrativos, sendo eles: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello os elementos dos atos seriam apenas e tão somente forma e conteúdo, enquanto que os pressupostos dos atos seriam de existência (objeto e função administrativa), de validade [sujeito, motivo, requisitos procedimentais (pressuposto objetivo), de finalidade (pressuposto

¹⁷ Reilda Meira. Conceito e Elementos do ato administrativo In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano VII, nº 30. pág. 46.

teleológico), de causa (pressuposto lógico) e de formalização (pressuposto formalístico)]¹⁸.

Nada obstante, utiliza-se a classificação mais clássica com a qual a maioria dos doutrinadores concorda e, na qual, são estabelecidos cinco elementos administrativos que se estuda isoladamente, quais sejam: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade que se passa a analisar detalhadamente.

3.2.1 O Sujeito

Uma ressalva que deve ser feita neste tópico diz com o pensamento de Celso Antonio Bandeira de Mello que leciona, em sua particular classificação, consoante já previamente referenciado no presente estudo, que o sujeito do ato administrativo seria, em verdade, pressuposto de validade deste e não um elemento propriamente dito. Uma vez que, segundo ele, o sujeito é o produtor do ato e, por conseguinte, aquele que produz o ato não pode ser confundido com aquilo que é produzido, não podendo, destarte, ser designado como elemento deste ¹⁹.

Nada obstante a observação do tratadista que se mostra de cabal logicidade, consoante previamente esposado, utiliza-se a classificação clássica dos elementos do ato administrativo que considera o sujeito como elemento deste.

Assim é que, nas palavras de Reilda Meire, o sujeito do ato administrativo é: "A pessoa que pratica o ato administrativo; é, como visto o Estado ou quem, lhe faça às vezes. A denominação sujeito é utilizada, entre outros, por Zanobini e Celso Antônio Bandeira de Mello" ²⁰.

É mister, portanto, perquirir que quando se fala do sujeito como elemento do ato administrativo, deve-se ter em mente, seguindo o princípio da legalidade, postulado máximo do Estado Democrático de Direito, que a prática deste ato pelo agente deve estar nos estritos limites de sua competência, consoante expressa previsão legislativa que assim disponha.

¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. ver e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p.199.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 377.

²⁰ MEIRE, Reilda. Conceito e elementos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 7, n. 30, p. 47.

Assim é que, em grande medida, o pressuposto subjetivo do ato administrativo se confunde com a competência deste agente, sendo inclusive esta denominação utilizada por muitos autores.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, apesar de utilizar a denominação sujeito como elemento do ato administrativo, também coloca a questão sob o enfoque da competência deste, uma vez que conceitua o sujeito do ato administrativo como sendo “aquele a quem a lei atribui a competência para a prática do ato”²¹.

Corroborando a já previamente mencionada divergência entre os autores, no que se refere às designações do pressuposto subjetivo do ato administrativo, Hely Lopes Meirelles, diferentemente, já prefere raciocinar referido elemento como competência, assim dispondo sobre o assunto:

Para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade (...) Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta de lei e por ela é delineada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração²².

Apesar de referida controvérsia acerca da nomenclatura do elemento subjetivo do ato administrativo parecer destituída de qualquer funcionalidade aparente, é sintomático notar que, a despeito de tal consideração, nos parece que a adoção de uma nomenclatura que prime por referenciar o elemento subjetivo como sendo a competência do sujeito está a exaltar o caráter estritamente vinculado deste elemento/pressuposto subjetivo aos estritos termos da competência legalmente posta, o que ressalta sobremaneira o princípio da legalidade e parece melhor salvaguardar os interesses dos administrados como um todo.

3.2.2 O Objeto

Quanto ao objeto ou conteúdo do ato administrativo, este é o ato administrativo propriamente dito ou, nas palavras de Américo L. Masset Lacombe

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.p. 213.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.151.

parafraseando Renato Alessi, é a concreta disposição por meio da qual se obtém a direta e imediata realização do interesse concreto²³.

Ou ainda, de acordo com a sintética dicção de Marçal Justen Filho o conteúdo do ato administrativo é aquilo que é determinado ou executado pela Administração Pública²⁴.

Corroborando este pensamento a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello que assim dispõe:

Conteúdo – normalmente designado objeto por, por muitos doutrinadores – é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência²⁵.

E, de igual maneira, os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Sendo o ato administrativo espécie do gênero ato jurídico, ele só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Esse efeito jurídico é o objeto ou conteúdo do ato²⁶.

Como se vê não existe muita divergência doutrinária entre os autores no que tange ao conceito do objeto do ato administrativo que, em última análise, o reputam como sendo o ato em si mesmo considerado. Nada obstante, esta superficial falta de importância do tema é meramente aparente.

Note-se, neste sentido, que, em grande medida, é no objeto ou conteúdo do ato que se pode apreender se este é, com efeito, um ato administrativo vinculado ou um ato administrativo discricionário.

O raciocínio é elementar. Se o objeto/conteúdo²⁷ do ato administrativo está pormenorizadamente descrito pela lei que o cria, que atribui competência ao agente administrativo, por óbvio este ato caracterizar-se-á por ser um ato vinculado.

²³LACOMBE, Américo L. Masset. Conceito, pressupostos, requisitos e aspectos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano VII, n. 33, p. 41.

²⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p 204.

²⁵MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 374.

²⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 216.

²⁷Cumpra-se ressaltar que apesar de se utilizar, no presente capítulo, indistintamente dos significados lingüísticos objeto e conteúdo do ato administrativo como se fossem sinônimos, existem posicionamentos contrários a esta simplificação metodológica. Com efeito, este é o entendimento esposado MEIRE, Reilda. Op.

Já se, ao contrário, a lei outorgar certa margem de liberdade ao administrador público, quando da escolha do conteúdo do ato administrativo, se está diante de um ato administrativo discricionário.

Este é o pensamento veiculado por Américo L. Masset Lacombe que assim dispõe:

Se o ato resulta de uma atividade vinculada da Administração, o seu conteúdo será necessário, será aquele determinado pela lei. O conteúdo será facultativo quando a Administração puder dispor de margem de discricionariedade. Por exemplo, a promoção de funcionário público por merecimento. Poderá ainda o conteúdo ser implícito, quando subentendido²⁸.

Observa-se, portanto, a grande relevância que assume a aferição da vinculabilidade ou discricionariedade do objeto para o tema do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.

3.2.3 A Forma

O próximo elemento do ato administrativo a que se incumbe tratar diz respeito a sua forma. Cumpre-se salientar que, apesar da aparente simplicidade no estudo da forma do ato administrativo, é preciso levar em consideração que este elemento é de extrema relevância quando do controle do ato administrativo.

Esta importância foi perfeitamente apreendida por Paulo José Villela Lomar que assim considerou:

A forma é maneira pela qual se exteriorizou o comportamento da autoridade e se confunde com esta própria exteriorização. Com muita propriedade, Cassagne reconhece a importância da forma no direito administrativo em face do sistema de controles mútuos entre os órgãos e da subordinação da ação administrativa ao princípio da legalidade. Possibilita mais facilmente o controle judicial do ato de modo a garantir os direitos do administrado²⁹.

cit., p. 48 que, se valendo das lições de André Gonçalves ao se reportar aos ensinamentos de Zanobini assim dispõe: “Observa-se que para Zanobini, porém, conteúdo e objeto são coisas diferentes: este é o que chamaríamos o objeto mediato, isto é, a coisa ou a prestação acerca da qual o conteúdo dispõe (...) Por outro lado, o conteúdo é aquilo que, com o ato, a autoridade pretende dispor, permitir, atestar, certificar”. MEIRE, Reilda. Conceito e elementos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano VII, n.30, p. 48.

²⁸ LACOMBE, Américo L. Masset. Conceito, pressupostos, requisitos e aspectos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano VII, n. 33, p.41.

²⁹ LOMAR, Paulo José Villela. Ato administrativo – conceito e elementos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XV, n. 61, p.128, jan./mar. 1982.

De igual maneira, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, analisa a forma do ato administrativo e acentua a elevada importância deste elemento no Direito Público, uma vez que constitui garantia jurídica para o Administrado e para a Administração, haja vista que, segundo ela, é pela forma do ato administrativo que se possibilita o seu controle, quer pelos seus destinatários, quer pela Administração Pública, quer por qualquer dos Poderes do Estado³⁰.

Assim, ante a importância que o elemento forma assume perante o tema ora ventilado, cabe-se, escusada a demasia das citações que se faz absolutamente necessária, apresentar as principais definições dos tratadistas pátrios acerca da forma do ato administrativo.

Neste contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello descreve a forma do ato administrativo e sua essencialidade da seguinte maneira:

Forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência. 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 de intenções enquanto não traduzidos exteriormente. Ora, como a forma é o meio de exteriorização do ato, sem forma não pode haver ato³¹.

Por sua vez, Hely Lopes Meirelles, aponta, assim como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, uma essencial distinção entre a forma nos atos praticados sob a égide do direito privado e sob a égide do direito público, como se observa:

O revestimento exteriorizado do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Daí podemos afirmar que, se, no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no Direito Público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal³².

É possível perceber, portanto, segundo o que corrobora Lucia Valle Figueiredo que a forma atribui jurisdicionalidade ao ato administrativo, sendo por meio dela que se corporifica o ato e que se exterioriza a vontade.³³

³⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.p. 218.

³¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 375.

³²MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 152.

³³FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 148.

Assim é que, a partir dos trechos acima colacionados, é possível apreender a notória importância do elemento forma do ato administrativo para o seu controle, considerando-se que a inexistência ou qualquer vício nesta impossibilita qualquer averiguação quanto a, por exemplo, legalidade, motivação, finalidade do ato administrativo, entre outros.

3.2.4 O Motivo

Outro elemento que se reputa de grande utilidade para o controle jurisdicional do ato administrativo diz com os motivos deste. Neste contexto, a fim de melhor entender as peculiaridades e características que o tornam tão relevante, mister passar em revista pelos conceitos utilizados pelos principais administrativistas brasileiros no que tange à sua definição.

Neste contexto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assim define motivo do ato administrativo:

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.
Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato.
Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato³⁴.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello, diferentemente, não abarca esse referido pressuposto de direito no conceito do motivo do ato administrativo, além de, consoante previamente esposado, considerar que este não é um elemento do ato administrativo, mas sim um pressuposto objetivo, haja vista não poder ser considerado como parte deste, como se observa: "Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato"³⁵.

Ainda, convém se ressaltar a posição de Lúcia Valle Figueiredo que, ao conceituar o motivo do ato administrativo, assim o faz: "Podemos conceituar motivo como pressuposto fático, ou acontecimento no mundo fenomênico, que postula,

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.p. 220.

³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p. 374.

exige ou possibilita a prática do ato. Difere do motivo legal, que é o pressuposto descritivo da norma”³⁶.

Outra posição que se deve analisar é a de Maria Cuervo Silva Vaz Cerquinho que, ao discorrer acerca da essencialidade do motivo assim leciona:

Para nós é imprescindível, sempre e em qualquer caso, a configuração do motivo (ou pressuposto fático) na realidade fenomênica a fim de que o administrador possa e deva atuar, lançando mão da competência que lhe é outorgada pela norma legal (...) Estamos convictos da imperiosa necessidade de sua ocorrência no mundo fático, autorizando o uso da competência conferida pela lei ao agente administrativo, com vistas à emanção do ato suscetível de provocar a devida alteração no mundo jurídico, a qual venha a culminar com a concreção da finalidade do interesse público albergada *in abstracto* pelo sistema normativo³⁷.

Ainda, necessário ressaltar a diferenciação entre motivo (elemento constitutivo do ato) e motivação (requisito de validade do ato).

Carlos Roberto Pellegrino aduz que a validade dos atos administrativos, está condicionada à prévia exteriorização dos motivos que levaram a autoridade a determiná-los e a isso chama de motivação. Explicitando de melhor maneira essa diferenciação afirma que:

Enquanto todo ato administrativo tem o seu motivo, a sua motivação (fundamentação) constitui-se no atendimento do dever de enunciar expressa e objetivamente as razões ou motivos de fato e de direito do ato administrativo ao serem indicadas as premissas do silogismo em que a decisão corresponde à conclusão³⁸.

É este, de igual maneira, o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro concluindo que motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito de que os pressupostos de fato realmente existiram³⁹.

Frisa-se ainda, que é tema bastante debatido entre a doutrina acerca da essencialidade da motivação. Neste contexto, alude-se à opinião de Hely Lopes Meirelles que considera que a ampliação do princípio ao acesso ao judiciário, conjugado com o princípio da moralidade administrativa, demanda seja considerada

³⁶FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 150.

³⁷CERQUINHO, Maria Cuervo Silva Vaz. Conceito e elementos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano IX, n. 47-48, p. 24.

³⁸ PELLEGRINO, Carlos Roberto. Acerca da motivação do ato administrativo. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1997. p.183-184.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 220.

a motivação obrigatória, só não o sendo quando a lei expressamente a escusar ou, ainda, se ato for com ela incompatível⁴⁰.

3.2.5 Finalidade

O último elemento que importa mencionar-se é a finalidade do ato administrativo. Ante toda principiologia que rege o direito administrativo, este parece ser o elemento de maior obviedade, uma vez que aparenta ser bastante claro que a finalidade do ato administrativo está naquilo que busca a autoridade administrativa alcançar. Com efeito, o significado de seu conceito está na própria acepção da palavra finalidade.

Esse é, por exemplo, o posicionamento de Antonio Carlos Cintra do Amaral que conceitua a finalidade como sendo: “o objetivo com vistas ao qual a ordem legal confere competência ao agente estatal”⁴¹.

Comunga desse entendimento Marçal Justen Filho que afirma ser a finalidade o resultado ou o interesse que se busca satisfazer por meio do ato.⁴²

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello, conceitua a finalidade do ato administrativo como sendo:

O bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados. Em outras palavras, é o objetivo inerente à categoria do ato⁴³.

Consoante previamente afirmou-se, parece bastante simples a definição do que seja a finalidade do ato administrativo e a noção de que cada ato administrativo possui uma finalidade própria.

Importante ressaltar que, ante a principiologia do direito administrativo, nomeadamente no que tange ao princípio da supremacia do interesse público sobre o direito privado, não existe ato administrativo sem finalidade pública, ou objetivo de interesse público a atingir.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.153.

⁴¹ AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. Conceito e elementos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano VII, n. 32, p. 41.

⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 201.

⁴³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 374.

É exatamente neste sentido que a finalidade se apresenta como elemento vinculado, porquanto o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica. Assim sendo, os atos da administração pública deverão inadvertidamente se dirigir sempre para um fim público, sendo nulos, quando não atingirem estes requisitos⁴⁴.

Américo L. Masset Lacombe ao comentar esta característica da finalidade do ato administrativo assim dispõe:

No exercício da atividade vinculada, o problema não adquire relevo, uma vez que estando, neste caso o ato de tal modo previsto legalmente que nenhuma margem de apreciação é deixada à Administração. O requisito de finalidade ganha relevo quando o ato é praticado no exercício de poderes discricionários. Neste caso, a lei define o fim a ser atingido, deixando à Administração o modo de agir⁴⁵.

Note-se, portanto, que a complexidade que gira em torno da finalidade do ato administrativo não é inerente à descoberta de qual é essa finalidade, porquanto esta sempre virá implícita ou explicitamente veiculada em lei, nada obstante, a dificuldade encontra-se em como alcançar essa finalidade.

É precisamente na margem de liberdade que tem a Administração Pública de traçar os caminhos para alcançar esta finalidade, que se determina se certo ato é ou não discricionário.

⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.151-152.

⁴⁵ LACOMBRE, Américo L. Masset. Conceito, pressupostos, requisitos e aspectos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano VII, n. 33, p.40.

4 O CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

4.1 O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E O ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO

Consoante já previamente descrito no presente estudo, toda atividade estatal deve estar pautada, inadvertidamente, pelo já muitas vezes referido princípio da legalidade.

É o que se infere, por exemplo, da passagem de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que ao comentar sobre o referido princípio assim se manifesta:

No Estado de Direito, que tem como um dos alicerces o princípio da legalidade, todos os poderes que a Administração Pública exerce são limitados pela lei, de forma que impeça os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas. Com efeito, sendo ela dotada de prerrogativas de poder público, que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular, indispensável para a consecução dos fins de interesse público, o princípio da legalidade surge como garantia do equilíbrio entre os poderes de Autoridade que a Administração exerce e os direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico⁴⁶.

Ocorre que, referido princípio da legalidade, pode atingir diversos graus quando da análise dos atos administrativos propriamente ditos. Com efeito, numa primeira hipótese, a atividade prevista em lei abarca todos os aspectos do ato administrativo de modo que não existe para o administrador público qualquer margem de liberdade para definir o conteúdo do ato administrativo.

Nestes casos, quando existe uma atividade vinculada do administrador público, é sintomático que, uma vez preenchidos os requisitos, o administrado tem o direito subjetivo de exigir a efetivação de determinado ato administrativo, sob pena de, em não o fazendo, estar sujeito ao controle jurisdicional correccional da conduta da autoridade competente.⁴⁷

Sobre os atos administrativos vinculados Celso Antônio Bandeira de Mello, assim considera:

A lei, todavia, em certos casos, regula dada situação em termos tais que não resta para o administrador margem alguma de liberdade, posto que a

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66.

⁴⁷ Idem.

norma a ser implantada prefigura antecipadamente com rigor e objetividade absolutos os pressupostos requeridos para a prática do ato e conteúdo que este obrigatoriamente deverá ter uma vez ocorrida a hipótese legalmente prevista. Nestes lanços diz-se que há vinculação e, de conseguinte, que o ato a ser expedido é vinculado 48.

O ato acima descrito, dito ato administrativo vinculado, não comporta maiores dificuldades no seu controle jurisdicional uma vez que, por ser total e completamente atrelado à lei, pode ser controlado pelo judiciário em todos os seus aspectos, é o que se depreende dos ensinamentos de Luciano Ferreira Leite, como se observa:

O desatendimento das normas legais por parte da Administração aflora de maneira mais nítida nos atos vinculados, porquanto aí os agentes estão sujeitos a um único comportamento na aplicação do direito. É detectável, portanto, nessa modalidade de atos, sem maiores dificuldades, a ocorrência de ilegalidade, porquanto a diretiva traçada pelo ordenamento jurídico não comporta nenhum poder de decisão por parte dos agentes e órgãos, na medida em que prevalece necessária e obrigatória a vontade da lei 49.

Por outro lado, pode-se dizer, ainda, que o legislador ao prever a edição de determinado ato administrativo, o faça de maneira a conferir ao administrador certa margem de liberdade diante do caso concreto, de maneira que a autoridade possa ponderar, dentre as várias possibilidades, aquela que de modo mais eficiente alberga a satisfação do interesse público.

Referido ato, o ato administrativo discricionário, é definido por Celso Antônio Bandeira de Mello da seguinte maneira:

Reversamente, fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador numa certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo da indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei 50.

No ato discricionário, uma vez que a adoção de uma ou outra medida está pautada única e exclusivamente na ponderação pela autoridade administrativa dos critérios de conveniência e oportunidade, chamado mérito do ato administrativo, o

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 915.

⁴⁹ LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 37.

⁵⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op.cit.*, p. 916.

judiciário não tem a ampla liberdade de intervenção como no ato administrativo vinculado, não podendo penetrar nessa apreciação subjetiva feita pelo administrador acerca de seu mérito, o que resulta numa complexidade muito maior no seu controle, consoante leciona Luciano Ferreira Leite, como se observa:

Tarefa mais árdua, sem dúvida, consiste na verificação do descumprimento da regra de dever, quando a lei autoriza a Administração a optar por várias soluções possíveis; isso porque essa opção não implica em atuação inteiramente livre (...).

Em muitas hipóteses, tem-se a impressão de que a norma jurídica deixou inteiramente aos órgãos da Administração a determinação do interesse público a ser perseguido. Tal impressão, contudo, não traduz a realidade. Embora a legislação, por vezes, confira aos agentes administrativos, amplo poder de escolha, não há como negar que o fim de interesse público é sempre determinado (...)⁵¹.

É de se ressaltar, no entanto, no que diz respeito ao estudo dos atos administrativos discricionários e dos atos administrativos vinculados, que não há atos totalmente discricionários ou totalmente vinculados, uma vez que mesmo naqueles em que há previsão legislativa em detalhes, sempre haverá alguma margem para a discricionariedade do administrador público consoante afirma Augustín Gordilho:

Em realidad, nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente reguladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica – e inconveniente – prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer: siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante.

*Lo mismo ocurre a la inversa: jamás existirá una norma tal que autorice a un funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa, sin limitación alguna; siempre existirá alguna otra norma o principio que le fije de antemano ciertos principios a que deberá ajustar su acción*⁵².

Neste contexto, feitas estas preliminares distinções acerca do ato administrativo vinculado e do ato administrativo discricionário, é possível verificar, antes de se prosseguir ao desenvolvimento do estudo em questão, que apesar de existirem atos administrativos discricionários que outorgam à autoridade uma liberdade maior quando da definição dos contornos do ato administrativo, este estará

⁵¹ LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 37.

⁵² GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1995. p.26.

sempre vinculado à noção de interesse público. É o que se depreende também das lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Em conseqüência, no Estado Democrático de Direito, o interesse público será sempre vinculatório de qualquer manifestação do poder estatal, seja ele constitucional, legislativo, administrativo ou judiciário. De outra forma, estaríamos negando ou a Democracia ou o Direito. O que, impropriamente, se denomina 'liberdade' da ação do Estado, quando se organiza constitucionalmente, quando legisla infraconstitucionalmente, quando administra ou quando exerce a jurisdição, nada mais são que modalidades, mais lassas ou mais estritas, de uma única natureza de vinculação⁵³.
[grifo do autor]

Denota-se, a partir dessa passagem, a grande complexidade existente no controle do ato administrativo discricionário que, em que pese seja sempre controlável no que tange à sua finalidade, da satisfação do interesse público, não o é quando da interferência na já previamente referida área do mérito administrativo. Em suma, este é, precisamente, o ponto onde devem ser postas as balizas para o efetivo controle do ato administrativo discricionário.

4.1.1 Discricionariedade e Legalidade

No intuito de se conhecer o acertado significado de discricionariedade administrativa, imperativo se entender a importância, funcionalidade e imprescindibilidade do princípio da legalidade, princípio capital, pedra de toque do regime jurídico de direito administrativo.

É de conhecimento notório no meio jurídico a existência de um discrimine entre a aplicação do princípio da legalidade na atividade privada e na atividade pública.

A partir das colocações feitas acima se verifica que, enquanto que na atividade privada é dado ao particular se fazer tudo quanto a lei não proíba, na atividade administrativa, em contra - partida, só é dado fazer aquilo que a lei expressamente autoriza.

Neste contexto, referido princípio caracteriza-se por ser corolário da idéia de Estado de Direito, da concepção de que o ato administrativo ou, ainda, o Direito Administrativo como um todo, só podem ser exercidos sob o manto das estritas

⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 21.

determinações legais, constituindo, portanto, atuação infra-legal e totalmente adstrita aos seus termos. Vale dizer, à Administração Pública só caberia fazer aquilo que a lei permitisse - a denominada vinculação positiva da Administração Pública.

Sobre a importância desse quadro normativo geral e abstrato como instrumento de proteção dos cidadãos leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Convém recordar que o Estado de Direito é a consagração jurídica de um projeto político. Nele se estratifica o objetivo de garantir o cidadão contra intemperanças do Poder Público, mediante prévia subordinação do Poder e de seus exercentes a um quadro normativo geral e abstrato cuja função precípua é conformar efetivamente a conduta estatal a certos parâmetros antecipadamente estabelecidos como forma de defesa dos indivíduos⁵⁴.

E, ainda, completa o pensamento Caio Tácito: “Em suma, o princípio da legalidade, em seus sucessivos desdobramentos, confere autenticidade ao lema da Revolução Francesa que se traduz na tríplice afirmação dos princípios da liberdade, igualdade e fraternidade”⁵⁵.

Nessa esteira, Seabra Fagundes com magistral concisão e precisão, sistematizando o pensamento acima esposado, assim considera: “Administrar é aplicar lei de ofício”⁵⁶.

Cumprе salientar que o desígnio muito claro deste princípio é o do propósito político de submeter aqueles detentores do poder em concreto - o administrativo - a uma moldura legal que elimine total e completamente favoritismos, perseguições ou desmandos.

Vale dizer, a idéia que traduz a importância do princípio da legalidade é a subordinação à prescrição geral e abstrata, no sentido de garantir que a atuação do executivo esteja pautada na satisfação do interesse geral, na concretização dessa vontade geral⁵⁷.

Fácil vislumbrar que todas as idéias principais que servem de base a este princípio estão alicerçadas na idéia de que o único poder realmente legítimo é

⁵⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano XVI, n.65, p.27, 1983.

⁵⁵ TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2**. Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 157.

⁵⁶ FAGUNDES, Seabra. **Controle dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário**. 3. ed. São Paulo: Forense, 1975. p. 87.

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 97.

aquele que emana do povo, de sua vontade geral, vertida sob a forma de disposição legislativa, idéia esta que serve de corolário máximo para o Estado de Direito.

Ora, a partir dessa visão é necessário compatibilizar o referido princípio da legalidade, com a discricionariedade administrativa que autoriza, de certa maneira, a Administração Pública a agir de maneira a escolher a melhor atuação para se alcançar o interesse público. Neste sentido, convém averiguar como se compatibiliza o princípio da legalidade e, por conseqüência, a obrigação de agir nos estritos limites legais, com a existência da chamada discricionariedade administrativa que outorga ao administrador público certa margem de liberdade.

Este é, precisamente, o questionamento que se faz e o ponto que se intenta esclarecer no presente tópico.

Para tanto, mister, preambularmente, entender-se a exata conceituação do que se diz por discricionariedade para, posteriormente, compatibilizá-la com a aplicação do princípio da legalidade.

Ante toda a explanação acima esposada, resta patente a diferença entre o ato administrativo discricionário e o ato administrativo vinculado, motivo pelo qual mister se faz, presentemente, passar à explanação do conceito da discricionariedade administrativa propriamente dita, apresentando-se suas peculiaridades e justificativa, escusando-se, desde já, pela demasia das citações que se faz absolutamente necessária.

Neste contexto, melhor não seria principiar pelo conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello que em obra específica sobre a discricionariedade e seu controle a conceitua como:

[...] a margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente 58.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por sua vez, a conceitua como:

A qualidade da competência cometida por lei à Administração Pública para definir, abstrata ou concretamente, o resíduo de legitimidade necessário

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1992 .p. 48.

para integrar a definição de elementos essenciais à prática de atos de execução voltados ao atendimento de um interesse público específico⁵⁹.

Walter Campaz, em artigo intitulado “Discricionariedade”, considera que esta:

[...] não constitui um poder particular da Administração. É, antes de mais nada, um modo de ser do poder. Corresponde à faculdade de escolha do comportamento mais conveniente, ou oportuno, em cada caso concreto, quando a tal esteja o agente autorizado pelo ordenamento jurídico. Quando a lei não particulariza o sentido da conduta administrativa, ou possibilita a escolha entre soluções alternativas e igualmente validadas pelo ordenamento, ocorrerá, na sua plenitude, a discricionariedade⁶⁰.

Maria Sylvia Zanello Di Pietro, em salutar trabalho especificamente sobre a Discricionariedade Administrativa analisa a discricionariedade como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito”⁶¹.

E, ainda, de igual maneira, Hely Lopes Meirelles, a despeito de discordar da denominação de poder discricionário, uma vez que a considera antes dever do que poder, manifesta a mesma opinião quanto à necessidade de autorização legislativa para a deflagração da discricionariedade, como se nota:

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei⁶².

De todos os conceitos acima colacionados é possível extrair algumas constatações. A primeira delas é a de que, de maneira alguma, pode-se considerar o dever-poder⁶³ discricionário da Administração Pública como uma arbitrariedade.

⁵⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 33.

⁶⁰ CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. **Revista Direito Público**, São Paulo, 47-48, ano IX, p.30.

⁶¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p .67.

⁶²MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32.ed. São Paulo:Malheiros. 2006.p.118-119.

⁶³ Cumpre-se salientar que, em virtude da estrita vinculação da administração pública para com a satisfação do interesse público, é de se considerar que existe antes um dever da administração em promover o interesse público do que propriamente um poder, que apenas lhe e conferido como instrumento para alcançar a referida

Com efeito, é possível vislumbrar que a discricionariedade está sempre pautada nos critérios de valoração do caso concreto no sentido de melhor atingir o interesse público e/ou a finalidade específica da norma que o autoriza e nunca estritamente nas balizas subjetivas da autoridade.

Pode-se dizer, inclusive, que discricionariedade administrativa existe apenas e tão somente naqueles casos em que, após a análise do caso concreto, é possível vislumbrar mais do que uma ação ou ato administrativo ótimos. Vale dizer, a discricionariedade aparece quando a autoridade se encontra diante de duas ou mais opções que, diante do caso concreto, possam satisfazer o interesse público ou a finalidade específica vertida em lei.

É este o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello que, ao definir o que considera ser o “mérito” do ato administrativo, onde não pode haver ingerência do controlador, comunga das assertivas acima postas de que ao Administrador cabe apenas escolher dentre as opções que, no caso concreto, podem satisfazer o interesse público da melhor maneira, como se nota:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato entendimento da finalidade legal, dada à impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada⁶⁴.

No intuito de não precipitar o estudo que presentemente se conduz e antecipar conceitos que serão posteriormente estudados, tais como o controle do ato administrativo discricionário por meio de sua finalidade, com supedâneo no princípio da razoabilidade para a análise do caso concreto, o que interessa no presente momento é a análise do início da definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, na qual ele considera que o “mérito é o campo de liberdade suposto na lei [...]”.

A par de outras considerações que poderiam ser feitas, o objeto do presente capítulo é, com efeito, a compatibilização da discricionariedade administrativa com o princípio da legalidade, daí a imperiosidade de se analisar a assertiva de que a liberdade dada à autoridade está delimitada na própria lei que a outorga.

finalidade. Motivo pelo qual se considera de mais escuridão científica a denominação de dever- poder ao invés de poder-dever.

⁶⁴MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.p. 38.

O que se procura demonstrar, conforme adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é que o grau de discricionariedade depende inadvertidamente dos limites fixados pela própria lei que a outorgou, sendo ainda limitada por outros princípios, sejam eles, implícitos ou explícitos, informadores do ordenamento jurídico como um todo, tais quais moralidade, razoabilidade e interesse público⁶⁵.

Note-se, neste contexto, que a discricionariedade, diferentemente do que propugnaram alguns, não escapa ao princípio da legalidade. Com efeito, esta não pode, de maneira alguma, transbordar os limites legalmente postos para a liberdade administrativa, sob pena de inferir em legalidade e conseqüente arbitrariedade.

Destarte, é posição unânime da doutrina que a discricionariedade não escapa à lei, muito pelo contrário, esta somente existe e é válida porque determinada em lei, uma vez que se reconhece que a vinculação plena somente engessaria a máquina administrativa incorrendo, conseqüentemente, numa impossibilidade lógica. Este é precisamente o tema a ser analisado no próximo capítulo, no qual demonstra-se a necessidade da existência da discricionariedade no intuito de emprestar à máquina administrativa a eficiência necessária ao cumprimento de suas funções.

4.1.2 Discricionariedade e sua Justificativa

Diante de toda a sistemática exposta acima é possível se vislumbrar que a discricionariedade somente é possível quando exista prévia autorização legal. Neste contexto, é de se inferir que, se existe previsão legal que autorize a autoridade a se utilizar de certa margem de discricionariedade, essa se dá por um motivo e este, como não poderia deixar de ser, deve estar pautado única e exclusivamente na melhor satisfação do interesse público, consoante se infere dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Adstritos a este circunscrito propósito, cabe frisar, inicialmente, que a existência da liberdade aludida fundamenta-se no fato de que o propósito legal é, justamente, o de obter, graças à outorga dessa liberdade à Administração, a solução mais conveniente para os interesses que se propôs a curar. Se não fosse seu intuito assegurar, nos casos concretos, a solução que atendesse com exata perfeição seus objetivos, haveria regulado a matéria diversamente. É a certeza de que os objetivos

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.p. 65.

almejados, para serem efetivamente atendidos in concreto, dependeriam de um juízo mais acertado das circunstâncias fáticas, aquilo que leva a lei – em nome destes mesmos objetivos – a deferir discricionariedade ⁶⁶.

E, ainda, continua o mesmo jurista em outro trecho do já previamente mencionado artigo:

Significa que não podendo estatuir, de antemão, qual seria a providência ideal – mas porque a deseja – correu-se de adotar fórmula rígida, capaz de comprometer, in concreto, a realização do interesse que quer ver prestigiado. Precisamente por isso (porque só quer a solução excelente) a lei impõe ao administrador, que é aquele que se defronta com os casos concretos, o dever de adotar, diante de cada uma destas situações, a específica medida – e não mais que ela – adequada para satisfazer, com exatidão, o objetivo legal ⁶⁷.

E, de igual maneira, é o que propugna César A. Guimarães Pereira:

O reconhecimento da discricionariedade pressupõe um exame da norma e do caso concreto. Sua noção jurídica impõe que seja exercitada com razoabilidade e sempre em vista de seu escopo, que é (apenas e tão-só) o de assegurar a adoção da solução mais adequada à finalidade legal no caso concreto ⁶⁸.

Com efeito, é possível vislumbrar a partir das citações acima colacionadas que a discricionariedade é outorgada ao administrador público com o objetivo único e exclusivo de servir como instrumento para a melhor satisfação do interesse público. Neste contexto, pode-se afirmar que nos casos em que o legislador decide por conceder à autoridade certa margem de discricionariedade o faz haja vista a necessidade dessa liberdade para melhor cumprir os interesses e objetivos precípuos do ato administrativo propriamente dito.

Dito isto, resta apontar presentemente a sua justificativa propriamente dita, intentando-se entender os motivos pelos quais esta é imprescindível para o bom e efetivo desempenho da Administração Pública e para a conseqüente satisfação do interesse público e dos objetivos específicos de cada ato administrativo.

⁶⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. TÍTULO DO ARTIGO. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 65, ano XVI, p.32, 1983.

⁶⁷ *Ibid.*, p.35.

⁶⁸ PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciação técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, p.230, 2003.

Neste sentido, mister analisar a questão sob o viés da impossibilidade prática do legislador prever todas e quaisquer situações e, de maneira efetiva e satisfatória, estabelecer legalmente a solução adequada para cada caso concreto.

Ainda, é de se referir, ao patente automatismo a que estaria submetida a Administração Pública se lhe coubesse única e exclusivamente aplicar lei de ofício, sem aferir quaisquer outros critérios para a melhor satisfação do interesse público.

É exatamente este o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, sobre a justificação da discricionariedade administrativa, assim leciona:

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá que enfrentar. (...) A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração de leis⁶⁹.

É equivalente o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto que considera que “a discricionariedade não é um recurso excepcional e derogatório da vinculação, mas uma técnica ordinária, uma solução normal em face da impossibilidade de tudo se prever na letra da norma”⁷⁰.

Nota-se, portanto, a indispensabilidade da discricionariedade como instrumento de satisfação do interesse público posto em lei, haja vista todas as limitações que acometem o legislador consoante previamente esposado. É o que considera, por exemplo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, consoante se depreende do trecho abaixo colacionado:

A discricionariedade é, portanto, uma competência que é cometida à Administração, em grau e modo que venham a ser indispensáveis para integrar a vontade da lei no atendimento de suas funções de executá-la concretamente⁷¹.

É possível verificar, seguindo essa linha de raciocínio que, se a norma chegasse às minúcias do caso concreto, abandonando suas características de generalidade e abstração, invadiria o campo da concreção e, por conseqüência, a

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.p. 68.

⁷⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 37.

⁷¹ Ibid., p.33.

atividade administrativa ficaria restrita única e exclusivamente a atividade executiva, o que, por conseguinte, invadiria o âmbito da administração pública.

Segundo postula Walter Campaz, se este fosse o caso estaria se incidindo no que ele denomina de fenômeno da dupla administração, ultrapassando o princípio cardinal da tripartição dos poderes como garantia fundamental dos indivíduos⁷², ainda, dessa vez de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ter-se-ia pura e simplesmente a substituição de um órgão do poder por outro, com a supressão do órgão administrativo ou executivo⁷³.

Com efeito, o que se deve reter é que sem a utilização da discricionariedade como instrumento de efetivação do interesse público, pautada sempre nos limites legislativos e principiológicos, a máquina estatal estaria fadada a um intransponível engessamento.

A discricionariedade, portanto, funciona como instrumento para que a autoridade e/ou o administrador público possa concretizar o objetivo previsto em lei de maneira geral e específica.

4.2 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Uma vez analisada a questão da justificativa da discricionariedade, entendendo-se exatamente os motivos pelos quais se torna indispensável para o bom desenvolvimento de uma administração eficiente, atenta ao real interesse público, cumpre passar à análise dos limites de sua utilização, que deve estar pautada nos estritos limites da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, legalidade, entre diversos outros critérios.

Como se pode notar dos elementos apresentados no decorrer do presente estudo, são vários os limites à discricionariedade administrativa, com efeito, são várias as balizas que a autoridade deve se pautar para que possa exercer o dever discricionário.

Pensamento diverso, concebendo a não limitação da discricionariedade administrativa, incorreria em notório flagrante ao Estado Democrático de Direito, fazendo letra morta dos muitos dispositivos legais que, ao outorgarem

⁷² CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 47-48, ano IX, p. 30.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 70.

discricionariedade administrativa, limitam sua utilização para o fim específico da consecução dos objetivos estatais da perseguição do interesse público, seria a mais pura afirmativa da total e geral arbitrariedade estatal.

Neste contexto, a fim de se operacionalizar o estudo do presente tópico, haja vista a extensa produção teórica sobre o assunto, vê-se por bem analisar-se cada um dos mais importantes autores da matéria e sua particular opinião sobre o tópico ora sob análise.

Com efeito, insta primeiramente analisar o pensamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto para quem os limites à discricionariedade administrativa são realidade e razoabilidade. Nesse sentido, inicia-se pelo estudo do chamado princípio da realidade e os motivos pelos quais, para o autor, referido princípio deve servir como baliza intransponível ao exercício da discricionariedade administrativa, como se observa:

O entendimento do princípio da realidade parte de considerações bem simples: o direito volta-se à disciplina da convivência real entre os homens e todos os seus atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam as normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros. (...) O Direito Público, ramo voltado à disciplina da satisfação dos interesses públicos, tem, na inveracidade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade. Com efeito, um ato do Poder Público que esteja lastreado no inexistente, no falso, no equivocado, no impreciso e no duvidoso não está, por certo, seguramente voltado à satisfação de um interesse público; da mesma forma, o ato do Poder Público que se destine à realização de um resultado fático inalcançável não visa a satisfazer a um interesse público⁷⁴.

Já no que tange ao supra mencionado princípio da razoabilidade, Diogo Figueiredo Moreira Neto o explica da seguinte maneira, contrapondo-a com o princípio da realidade:

Mas o entendimento do princípio da razoabilidade leva-nos ainda mais adiante. Não mais se trata, agora, de apreciar, à luz da lógica tradicional, se o que se previu na premissa maior, contida na norma jurídica, se concretiza na premissa menor, dessumida dos fatos. A essa altura, o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos⁷⁵.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 53-54.

⁷⁵ Ibid., p.54.

O referido conceito de razoabilidade se mostra de patente e insofismável utilidade para o controle dos atos administrativos discricionários em geral e é, com efeito, o tema principal do presente estudo, motivo pelo vê-se por bem permanecer com a singeleza do trecho acima colacionado para explicá-la com maiores detalhes apenas no próximo tópico, a fim de não se adentrar por demais em conceitos que serão posteriormente pormenorizados, ressalvando-se que o princípio da razoabilidade se caracteriza por ir muito além da verificação do atendimento dos fins colimados em lei, consoante propugnado pelo autor acima colacionado.

Continuando com a análise do tema em pauta, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, prefere encarar a questão dos limites da discricionariedade sob o viés da legalidade. Nesta toada, considera o princípio da legalidade como controlador último e exclusivo da limitação da discricionariedade outorgada ao legislador, repetindo o raciocínio muitas vezes já esposado no presente estudo, consoante se denota do trecho abaixo reproduzido:

Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador. Este, ao definir determinados atos, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo por seus próprios critérios de escolha a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode apreciar diante de cada caso concreto. (...) Por isso mesmo, seria lícito dizer que a legalidade constitui limite único à discricionariedade administrativa⁷⁶.

Ainda, aludindo-se à teorização da mesma autora, mister se considerar que, em seu manual de direito administrativo, faz alusão a uma série de teorias que procuram fixar os limites ao exercício do poder discricionário de modo a ampliar a sua apreciação pelo poder judiciário, sendo elas: a teoria do desvio de poder, teoria dos motivos determinantes e, ainda, a teoria dos conceitos legais indeterminados⁷⁷.

Haja vista a extrema importância prática e teórica que referidas teorias têm, além é claro da grande divergência doutrinária sobre o assunto, vê-se por bem ressaltar ainda que brevemente os principais elementos de cada uma das referidas teorias, sem, contudo, adentrar por demais em seu estudo.

⁷⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.p. 70.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 228.

A primeira delas é relativa ao desvio do poder. Referida teoria, em breves palavras, propugna que o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou ⁷⁸.

É o que leciona, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello:

Consiste, pois, no manejo, de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravai-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica ⁷⁹.

Outra teoria mencionada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz respeito à teoria dos motivos determinantes. Esta doutrina indica que o ato somente será válido se os motivos que levaram a Administração Pública a praticar o ato forem verdadeiros, autorizando o Judiciário, portanto, a investigar os pressupostos de fato e as provas na investigação da validade ou invalidade do ato administrativo ⁸⁰.

A última teoria que cabe referir presentemente, acompanhando-se o já previamente mencionado raciocínio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é a teoria dos conceitos legais indeterminados. Esta doutrina se refere às noções imprecisas de que o legislador se utiliza com frequência para designar a finalidade ou o motivo do ato administrativo, havendo necessidade de ponderação subjetiva pelo administrador para a emanação do ato administrativo ⁸¹.

Insta considerar que apesar da breve e, ressalte-se, muito superficial análise das teorias acima expostas, as mesmas são de extrema relevância para o estudo dos limites da discricionariedade administrativa. Nada obstante, por não se tratar de fulcro principal ao deslinde do presente estudo, apenas se passa em revista pelos seus conceitos sem, contudo, consoante já previamente dito, menosprezar a importância de suas utilizações.

Após brevíssima análise do pensamento da autora acima mencionada acerca dos limites da discricionariedade, imprescindível analisar o posicionamento de outro jurista de salutar importância para o direito administrativo brasileiro.

⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 228.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 57.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 228

⁸¹ Idem.

Assim sendo, passa-se a analisar o referido tópico na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Aludido autor, diferentemente dos dois primeiros que preferiram focar os limites da discricionariedade na questão principiológica (o primeiro fazendo referência aos princípios da realidade e razoabilidade e o segundo ao princípio da legalidade), prefere focar o controle da discricionariedade do ato administrativo nos pressupostos legais de existência destes, quais sejam: a finalidade e causa do ato administrativo, fazendo nítida alusão à supra mencionada teoria dos conceitos indeterminados, como se observa:

Na parte inicial deste estudo, conquanto sem colocar em saliência, já se fez menção aos elementos básicos que permitem localizar os confins da discricionariedade. São os próprios pressupostos legais justificadores do ato, a finalidade normativa – ainda que expressos mediante conceito algo imprecisos – e a causa do ato que determinam os limites da discricção. (...) Com efeito, a imprecisão das noções práticas vazadas no pressuposto ou na finalidade legal é sempre relativa. Nunca existe imprecisão absoluta, por mais vagas e fluidas que sejam as noções manipuladas em lei. Sobretudo dentro de um sistema de normas, há sempre referenciais que permitem circunscrever o âmbito da significação das palavras vagas a reduzir-lhes a fluidez a um mínimo⁸².

O que se consegue reter das palavras exaradas pelo autor é que o limite da discricionariedade reside, em última análise, na significação possível dos conceitos expressados na lei. Quer dizer, cabe à autoridade administrativa, quando da utilização da liberdade discricionária que lhe foi outorgada, procurar seus limites e balizas na lei para compreender o intento inequívoco desta.

Neste sentido, pode-se facilmente constatar que também Celso Antônio Bandeira de Mello expressa o limite da discricionariedade como estritamente pautado no texto de lei.

É o que se percebe, por exemplo, do seguinte trecho:

A lei, então, vaza sempre, nas palavras de que se vale, o intento inequívoco de demarcar situações propiciatórias de certos comportamentos e identificar objetivos a serem implementados. É esta, aliás, sua razão de existir. Salvo disparatando, não há fugir, pois há conclusão de que ao Judiciário assiste não só o direito, mas o indeclinável dever de se debruçar sobre o ato administrativo, praticado sob título de exercício discricionário, a fim de verificar se manteve ou não fiel ao desideratas da lei; se guardou afinamento com a significação possível dos conceitos expressados à guisa

⁸² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 927.

de pressuposto ou de finalidade da norma ou se lhes atribui inteligência abusiva. (...) ⁸³.

E, ainda, conclui de maneira a não deixar dúvidas, no que diz respeito à legalidade com parâmetro mínimo do limite da discricionariedade: “A discricionariedade fica, então, acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade legal” ⁸⁴.

Insta ponderar, neste sentido, que à conclusão diversa nenhum doutrinador poderia chegar. Resta bastante claro, neste ponto do presente trabalho monográfico, que a discricionariedade não pode advir senão em virtude de lei e que, de igual maneira, seus limites e balizas estão também determinados em lei.

Com efeito, a nenhum ato administrativo é dado escapar ao desiderato específico de lei de maneira que, sempre que o administrador utilize do seu dever-poder discricionário, deve se pautar, inadvertidamente, nos termos da lei e, principalmente, no conteúdo inequívoco desta. E é, de igual maneira, precisamente neste conteúdo inequívoco da lei que deve se basear o controle jurisdicional do ato administrativo.

Assim, uma vez exposto, ainda que em largas linhas, onde reside o limite da discricionariedade, mister passar à análise do controle jurisdicional da discricionariedade que, como não poderia deixar de ser, deve estar inadvertidamente pautado nos referidos limites da discricionariedade.

4.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL

Retomando-se, agora em síntese conclusiva, as diversas colocações já expostas no presente estudo, deve-se considerar a importância da superação da posição tradicionalista da “insindicabilidade do ato administrativo discricionário” que já não mais persiste no cenário jurisdicional hodierno.

Com efeito, a posição tradicionalista era a de que o mérito do ato administrativo era uma esfera absolutamente intocável.

⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, São Paulo. 2006.p. 928.

⁸⁴ Ibid., p. 929.

Nada obstante, consoante se teve oportunidade de demonstrar, referido posicionamento encontra-se completamente demudado. Ocorre que, atualmente, a despeito de se reconhecer que o judiciário não deve adentrar no mérito do ato administrativo, no juízo subjetivo de oportunidade e conveniência feito pelo administrador público, é certo dizer que existe uma preocupação em delimitar precisamente o que se entende por mérito administrativo para que, a partir dessa delimitação, seja dado ao judiciário controlar os atos administrativos em geral, sempre pugnando pela melhor realização do interesse público.

A preocupação que antes girava em torno dos aspectos externos do ato administrativo, de seus requisitos formais, agora procura adentrar no conteúdo do ato administrativo propriamente dito. Assim é que, a partir de todas essas considerações, houve um desenvolvimento muito grande da jurisprudência pátria para que houvesse o progressivo alargamento do controle jurisdicional, controlando não somente aspectos como a forma e a competência do sujeito que emanou o ato administrativo, mas também seu objeto, sua finalidade e nomeadamente seu motivo.

É possível vislumbrar, neste sentido, que tanto doutrina quanto jurisprudência evoluíram no sentido do alargamento da controlabilidade do ato administrativo, restando cada vez mais restrito o âmbito do mérito do ato administrativo.

O que se procura concluir é que a discricionariedade administrativa, em última análise, não se configura como livre opção do administrador. Significa, pelo contrário, dever jurídico funcional de, ante o caso concreto, procurar a melhor solução para dar o melhor atendimento ao interesse público, tal como afirmado na regra aplicanda⁸⁵.

Com efeito, o que se deve reter é que para além do limite da legalidade, notório limite à discricionariedade inclusive para a delimitação do que se entende por mérito do ato administrativo, deve-se considerar que existem muitos outros critérios para aferir a validade ou invalidade de qualquer ato administrativo discricionário, porquanto este é controlável sob muitos aspectos.

Destarte, o controle jurisdicional deve ir para além da legalidade, conjugando outros e diversos fatores para que, por meio dessa sistemática de

⁸⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo:Malheiros, 1992 . p. 47.

controle, possa ser o poder-dever discricionário exercido de maneira a melhor atender o interesse público.

Neste contexto, o princípio da razoabilidade, consoante demonstrar-se-á a seguir, pode ser considerado um instrumento importante para o controle do ato administrativo discricionário, fornecendo elementos substanciais no que diz respeito à concreção dos específicos desideratos da lei e do interesse público como um todo, nos fatos concretos e específicos de cada ato administrativo em si considerado.

A partir disso o controle jurisdicional passa a ser mais do que um mero controle de legalidade, mas um controle também de fatos, demonstrando que os fatos que dão embasamento às opções discricionárias também não estão imunes ao controle, porquanto fazem parte de todo o arcabouço que movimento a máquina estatal administrativa.

E é precisamente por meio desse controle mais rígido da administração pública que se intenta um funcionamento administrativo mais atento às necessidades e interesses dos administrados, de maneira a culminar numa administração pública que imbuída de eficiência possa dar conta de sua real função.

Sobre a insofismável importância do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, sobretudo no que diz respeito à segurança jurídica gerada por referido controle, importa fazer referência às palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O controle dos limites (da discricionariedade) estimula a edição de atos administrativos transparentes, bem travejados, bem motivados, claramente definidos, coerentes, confiáveis, afastando os “insindicáveis”, inquietante categoria de atos administrativos que rescendem a ranços positivistas, estatizantes, autoritários e ideológicos, odores que muito se confundem, que sob a proteção de tabus doutrinários, da inércia e da desinformação científica, tanto prosperam, semeando a dúvida, o temor e a desconfiança na ação administrativa; em síntese: a segurança jurídica.⁸⁶ [grifo do autor]

E, ainda, faz-se alusão à doutrina de a Faissal Yunes Junior para demonstrar a evidente relevância do controle jurisdicional do ato administrativo como instrumento de proteção do Estado Democrático de Direito:

Sem o controle dos atos administrativos, inclusive dos atos administrativos praticados no exercício do poder discricionário, estaríamos correndo o risco de não termos armas para nos defendermos de atos arbitrários praticados

⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 80.

pela administração pública, sem respeito à lei, à Constituição e aos princípios do Estado. Então, para assegurar a existência de um Estado de Direito, devemos admitir a possibilidade de controle principiológico dos atos administrativos discricionários, já que não devemos confundir discricionariedade com arbitrariedade.⁸⁷

Ressalva-se, ainda, que não se defende presentemente um controle exacerbado da discricionariedade de maneira a gerar o engessamento da máquina administrativa e, ainda, retirar das mãos do administrador e colocar nas mãos do juiz decisões de nítido caráter administrativo, as quais o administrador tem, por certo, instrumentos muito mais hábeis a solucionar. O que se defende presentemente é, com efeito, o controle na medida, porquanto não retira a função da autoridade, mas que a conduz à decisão correta, acertada. É precisamente nesse ponto, aonde se encontra o controle na medida, que reside toda a controvérsia atinente à matéria.

A partir dessas breves colocações, sem maiores delongas, cumpre presentemente passar à análise do princípio da razoabilidade que, consoante já previamente esposado, constitui mais um instrumento importante para a delimitação dos exatos limites da discricionariedade.

⁸⁷ YUNES JÚNIOR, Faissal. O controle do ato administrativo e o Estado de Direito. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e ciência política, São Paulo, ano 7. n. 29, p.131, out./dez. de 1999.

5 O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO

5.1 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: NOÇÕES GERAIS

O próximo tópico que merece uma atenção mais detida, diz respeito ao princípio da Razoabilidade, nomeadamente com a importância de sua aplicação quando de sua utilização como limite à discricionariedade administrativa.

Note-se, por oportuno, a grande importância do suporte principiológico quando do controle do ato administrativo discricionário. Neste contexto, não só o princípio da razoabilidade, mas também outros diversos princípios da sistemática constitucional pátria, podem e devem ser utilizados como importantes parâmetros a este controle. Este é precisamente o entendimento de Faissal Yunes Junior que assim dispõe:

Sendo assim, tendo em vista o ordenamento jurídico vigente, os princípios constitucionais que regem o direito administrativo brasileiro, bem como o princípio do Estado de Direito, entendemos que deve sempre haver a possibilidade do controle principiológico dos atos da administração, principalmente em nível judicial, devendo este controle se estender, inclusive, aos atos praticados no exercício da competência discricionária, uma vez que, mesmo estes atos, devem ser praticados em obediência com os princípios constitucionais.⁸⁸

Neste sentido, antes de se adentrar ao tópico central do presente capítulo, mister entender, preambularmente, os aspectos mais gerais do que se considera por princípio da razoabilidade para, posteriormente, compreender com maiores minúcias o porquê, da importância do estudo de referido princípio para o controle jurisdicional do ato administrativo.

Assim é que, sem maiores delongas, consoante a doutrina de Luis Virgílio Afonso da Silva, o princípio da razoabilidade teve início em decisão judicial proferida em 1948 na Inglaterra na qual se mencionou o princípio da irrazoabilidade, que rejeitava os atos excessivamente irrazoáveis⁸⁹.

⁸⁸ YUNES JÚNIOR, Faissal. O controle do ato administrativo e o Estado de Direito. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e ciência política, São Paulo, ano 7, n. 29, out./dez.p.130, 1999.

⁸⁹ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, ano 91, v. 798. p. 29, 2002.

No direito anglo-saxônico a razoabilidade encontra sua origem na cláusula do *due process of law*, realçado pelo seu aspecto material ou substantivo, motivo pelo qual se denomina, nessa esfera, “devido processo legal substantivo”.

Referido princípio, apesar de constar em diversos projetos, inclusive no texto final aprovado pela Comissão de Sistematização que deu origem à Constituição Federal⁹⁰, não é expressamente mencionado na hodierna Constituição de 1988. Nada obstante, a despeito dessa omissão, sua importância é reconhecidamente salutar para o controle de atos tanto do executivo, quanto do legislativo e judiciário.

Trata-se, neste sentido, de padrão de inteligência da ordenação sistemática de todo o ordenamento brasileiro, tendo em vista que o ordenamento jurídico em si e todas as normas que o compõem existem para ser razoáveis. Caracterizando-se, neste contexto, a irrazoabilidade como uma aberração⁹¹.

Destarte, no sentido de se entender essa referida importância, necessário passar à específica caracterização do que se chama princípio da razoabilidade, entendendo, desde já, a importância de referido princípio para a concreção do que se chama de Estado Democrático de Direito, como se observa na seqüência.

Em linhas gerais que, de maneira alguma, dão conta de explicar a real complexidade do pensamento de Humberto Ávila, referido autor intenta explicar o princípio da razoabilidade em três sentidos: primeiramente, afirma que aludido princípio impõe a harmonização da norma geral com o caso individual; em segundo lugar, exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação; e, em terceiro lugar, exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona⁹², demonstrando, neste sentido, a importância do princípio da razoabilidade como instrumento de concreção da norma ao caso concreto.

Continuando a digressão acerca do significado do princípio ora em comento, Celso Antônio Bandeira de Mello assim o considera:

Enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício

⁹⁰ Constava do artigo 44 do referido projeto: “A Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos Poderes obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, exigindo-se, como condição de validade dos atos administrativos, a motivação suficiente e, como requisito de sua legitimidade, a razoabilidade”.

⁹¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 4, n. 16, p.174, jul./ set. 1996.

⁹² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 103.

de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida. Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis – 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 almejada⁹³.

Marçal Justen Filho, por sua vez, prefere uma discricção um tanto quanto mais sintética, mas que, de igual maneira, captura o sentido esposado minuciosamente por Celso Antônio: “O princípio da Razoabilidade não equivale à adoção da conveniência como critério hermenêutico. O que se busca é afastar soluções que embora fundadas na razão, sejam incompatíveis com o espírito do sistema”⁹⁴.

A partir das passagens acima colacionadas já é possível perceber que uma das principais funções do princípio da razoabilidade é, com efeito, a concreção dos desígnios expressados pelo sistema normativo como um todo, em outras palavras, a concreção da precípua finalidade da lei. É o que se denota, por exemplo, dos ensinamentos de Weida Zancaner:

Portanto, a razoabilidade não se restringe apenas a mera análise para conferir se um ato, uma lei ou uma sentença foram editados, ou não, de forma coerente com as normas que os presidiram. O princípio da razoabilidade compreende, além da análise da coerência dos atos jurídicos, a verificação de se esses atos foram ou não editados com reverência a todos os princípios e normas componentes do sistema jurídico a que pertencem, isto é, se esses atos obedecem ao esquema de prioridades adotado pelo próprio sistema⁹⁵.

E, de igual maneira, dos ensinamentos de Humberto Ávila:

A razoabilidade como dever de harmonização do geral com o individual (dever de equidade) atua como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade, ou para expressar que a aplicabilidade da regra feral depende do enquadramento do caso concreto, Nessas

⁹³MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p.105.

⁹⁴JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 59.

⁹⁵ZANCANER, Weida. **Razoabilidade e moralidade**: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, ano I, n. 9, p.5 dez. 2001. Disponível em: ≤ <http://www.direitopublico.com.br>. ≥. Acesso em: 01 ago. 2007.

hipóteses, princípios constitucionais subjacentes impõem verticalmente determinada interpretação.⁹⁶

Note-se, neste sentido, a insofismável importância do princípio da razoabilidade a ser considerado um instrumento de conformação de toda a finalidade e vontade da lei e do sistema normativo que serve de substrato à emanção do ato administrativo.

Importante notar, antes de se continuar com o estudo do tema ora sob análise, que o princípio da razoabilidade é utilizado por muitos autores como sinônimo de princípio da proporcionalidade⁹⁷. Sem embargo, vê-se por bem filiar-se a idéia de que referidos princípios, apesar de guardarem finalidades semelhantes, são instrumentos que agem de maneira bastante diversa. Este é, por exemplo, o pensamento de Humberto Ávila que assim se manifesta:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove um fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.

Ocorre que a razoabilidade, de acordo com a reconstrução aqui proposta, não faz referência a uma relação de causalidade entre um meio e um fim, tal como faz o postulado da proporcionalidade.

(...)

A razoabilidade como dever de harmonização do Direito com suas condições externas (dever de congruência) exige a relação das normas com suas condições externas de aplicação, quer demandando um suporte empírico existente para a adoção de uma medida, quer exigindo uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada⁹⁸.

Nada obstante essa notória importância do princípio da razoabilidade, é necessário ressaltar que também este é considerado um conceito fluido ou indeterminado, uma vez que em muitos casos não existem critérios objetivos para se aferir o que se considera por razoável ou irrazoável. No entanto, é certo dizer que

⁹⁶ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p. 110.

⁹⁷ É o caso, por exemplo, de Luis Roberto Barrozo e Maria Sylvania Zanella Di Pietro em certa medida.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.p.109-110.

em todos os casos existirá uma zona de certeza, onde é possível avaliar o que exatamente se constitui como medida razoável ⁹⁹.

É precisamente essa zona de certeza que propicia o aproveitamento do princípio da razoabilidade quando da aplicação da lei que autoriza a emissão de referido ato administrativo, é precisamente nessa idéia que se pretende pautar quando se afirma a utilidade de referido princípio para o controle jurisdicional do ato administrativo. Com efeito, referido princípio fornece subsídios de grande importância para facilitar a concreção da vontade do legislador, motivo pelo qual deve, necessariamente, ser utilizado para a investigação da legalidade do ato administrativo.

5.2 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma vez finalizado o estudo mais generalizado do que se concebe por princípio da razoabilidade, cabe entender a sua utilidade quando do controle jurisdicional do ato administrativo.

Neste sentido, é de se ressaltar que, consoante já asseverado, referido princípio funciona como efetivo instrumento de concreção da vontade do legislador, tornando mais fácil averiguar se determinado ato administrativo atingirá ou não o específico preceito da norma diante do caso concreto e, por conseguinte, a vontade do legislador. É o que se infere, por exemplo, da passagem de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Mas o entendimento do princípio da razoabilidade leva-nos ainda mais adiante. Não mais se trata, agora, de apreciar, à luz da lógica tradicional, se o que se previu na premissa maior, contida na norma jurídica, se concretiza na premissa menor, dessumida dos fatos. A essa altura, o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos ¹⁰⁰.

⁹⁹DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.p. 174-175.

¹⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 80.

Assim, ante as colocações acima esposadas, o que resta entender é como precisamente este princípio se torna tão útil instrumento de concreção da vontade do legislador.

Ora, como já se teve oportunidade de asseverar anteriormente, o fato de a lei outorgar ao administrador a liberdade de agir com certa margem de discricionariedade significa, em última análise, que, ante a total impossibilidade do legislador prever *a priori* a solução ótima ou ideal, é necessário que a autoridade administrativa pondere, em face do caso concreto, a providência que melhor atenderá ao interesse público. E é precisamente nessa ponderação que o princípio da razoabilidade se encaixa.

Com efeito, uma medida desarrazoada, que não se coadune com os desígnios da lei ou com a intenção de satisfação do interesse público, padece de nulidade insanável devendo, por conseguinte, ser anulada pelo poder jurisdicional, consoante se depreende da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Deveras: se com outorga de discricção administrativa pretende-se evitar a prévia adoção em lei de uma solução rígida, única – e por isso incapaz de servir adequadamente para satisfazer, em todos os casos, o interesse público estabelecido na regra aplicanda – é porque através dela visa-se à obtenção da medida ideal, ou seja, da medida que, em cada situação, atenda de modo perfeito à finalidade da lei.

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria lei. Em conseqüência, será anulável pelo Poder Judiciário¹⁰¹.

O princípio da razoabilidade tem, portanto, a importante função de, diante do caso concreto, outorgar à autoridade administrativa os instrumentos necessários à verificação daquilo que se caracteriza por ser a medida ideal de acordo com a razoabilidade.

Percebe-se, dessa maneira, que a razoabilidade serve não apenas de instrumento a detectar medidas arbitrárias, adotadas por motivos pessoais ou caprichos, mas também, dessa vez com maior sutileza na caracterização, de medidas que, consoante já se afirmou previamente, não se coadunam com o interesse público a que se presta determinado instrumento normativo.

¹⁰¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 106.

Note-se, neste sentido, passagem de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Outra forma que pode assumir a irrazoabilidade – esta de mais difícil apreensão – é a da medida que, embora esteja aparentemente de acordo com a lei e nos limites da discricionariedade, contraria, inteiramente e de forma manifesta, o senso comum do que é certo, justo, adequado e consentâneo com o interesse público. É o que acontece em especial, quando a lei usa os chamados conceitos legais indeterminados, como interesse público, segurança, perigo público iminente, moralidade, notório saber jurídico, etc.¹⁰².

Neste contexto, percebe-se que quando da aplicação do princípio da razoabilidade ao caso concreto, no sentido de se apurar os exatos contornos do ato administrativo a ser emanado, a discricionariedade que no plano abstrato se encontrava plena, pode se reduzir de tal maneira que, diante de determinado acontecimento fático, só exista ao administrador público, uma medida que ao ser efetivada alcançará o objetivo da lei, se coadunando, por conseguinte, com o princípio da finalidade.

É o que se denota, por exemplo, do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Logo, discricção administrativa não pode significar no campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. (...) Está se afirmando que a liberdade administrativa, que a discricção administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta. Em outras palavras: que o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade¹⁰³.

Destarte, o que presentemente se sustenta é que, quando da adequação da norma abstrata ao caso concreto, o administrador possa se utilizar de sua discricionariedade de acordo com o princípio da razoabilidade, no sentido de que a medida tomada seja aquela que, interpretada de acordo com o “campo significativo possível”, possa melhor dar conta do interesse albergado pela norma abstrata, consoante estabelece Celso Antônio Bandeira de Mello :

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 203.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.p. 47.

De toda sorte, até o ponto em que se chegou, pode-se dar como certo que, a discricionariedade jamais poderia ser entendida como margem de liberdade que obstasse o controlador (interno ou externo) da legalidade do ato de verificar se a interpretação das palavras normativas. Efetuada pelo agente administrador ao aplicar a lei foi ou não, desbordante do campo significativo possível daquelas palavras, considerado tal campo significativo ao lume da acepção corrente que, tenham em dada sociedade e de seu enfoque contextual no sistema normativo¹⁰⁴.

Com efeito, esta interpretação da norma abstrata a lume da acepção corrente que tenham os campos significativos em determinada sociedade e seu enfoque contextual no sistema normativo a que se refere Celso Antônio Bandeira de Mello é, precisamente, uma interpretação afinada com o que rege o princípio da razoabilidade. Uma interpretação que se mostra, neste sentido, atenta a todos os elementos tanto fáticos quanto normativos, com o objetivo claro de conformar a norma abstrata ao caso concreto de maneira a melhor servir o interesse público em questão.

Esta apuração, contudo, em muitas vezes, pode não se verificar com tamanha facilidade, havendo vezes em que a administração não consiga determinar com um mínimo grau de certeza a solução a ser apurada.

Nestes casos se está diante do que bem preconiza Maria Sylvia Zanella Di Pietro de “zona intermediária de incerteza” e aonde, de fato, reside à discricionariedade administrativa, consoante se denota do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello: “A discricionariedade é pura e simplesmente o resultado da impossibilidade da mente humana de poder saber sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de Direito”¹⁰⁵.

E, ainda, o referido autor, continuando em outro trecho, apreende com perfeição a utilidade do princípio da razoabilidade para a delimitação do limite da discricionariedade administrativa:

Em suma: a providência ideal em muitas situações é objetivamente incognoscível. Poder-se-á tão somente saber que será uma que se contenha dentro de um numero limitado de alternativas e que se apresente como razoável no caso concreto¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Ibid., p. 31.

¹⁰⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 43.

¹⁰⁶ Ibid., p. 43.

Por fim, a fim de não nos delongarmos, mister atentar para o fato de que, de maneira alguma, a aferição da razoabilidade do ato administrativo se caracteriza por ser uma interferência no mérito do ato administrativo, uma vez que, consoante se pôde deixar bastante claro, a razoabilidade busca apenas e tão somente extrair, de acordo com a legalidade, o exato limite da liberdade administrativa. É o que se depreende, por exemplo, da doutrina de Fayssal Yunes Junior:

Alguns entendem que uma discussão judicial que tenha por objeto a violação do princípio da razoabilidade estaria invadindo o mérito do ato administrativo, que estaria dentro do campo de discricionariedade do administrador, o que não podemos concordar. Isto, contudo, não ocorre, porque, como já falamos, o campo de liberdade do administrador está sempre dentro da lei. Este não está livre para praticar o ato que entender mais conveniente. Segundo as possibilidades apontadas pela lei, está o administrador autorizado a agir, nunca além desse limite. Qualquer ato praticado fora dos limites estabelecidos em lei é considerado ilegal.¹⁰⁷

E, de igual maneira, pelos preceitos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela Lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos¹⁰⁸. [grifos do autor]

Assim é que, a título de conclusão, se finaliza com o pensamento de Diogo Figueiredo de Moreira Neto que, como ninguém, sintetiza a imprescindibilidade da razoabilidade como limite à discricionariedade administrativa ao afirmar que a discricionariedade ganha sua justificação ao fazer o aplicador co-participar da própria expressão da legitimidade.¹⁰⁹

5.3 RAZOABILIDADE E MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

¹⁰⁷ YUNES JÚNIOR, Faissal. O controle do ato administrativo e o estado de direito. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e ciência política. São Paulo, ano 7., n. 29, p.123-124, out./dez. 1999.

¹⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 106.

¹⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001.p. 56.

Por fim, passa-se à análise da importância do princípio da razoabilidade quando da valoração dos motivos que dão azo a determinado ato administrativo.

Com efeito, consoante já se teve oportunidade de demonstrar no presente estudo, a motivação do ato administrativo caracteriza-se por ser norte importante quando da apuração acerca do controle jurisdicional da discricionariedade, verificando, a partir desta, se há uma correlação lógica entre a decisão do administrador público e o seu aporte fático.

Ora, se é por meio da motivação que se verificam os pressupostos fáticos para a emanção do ato administrativo e se é, de igual maneira, por meio do princípio da razoabilidade que se analisa o caso concreto de maneira a melhor concretizar o interesse público, resta patente a ligação entre a motivação do ato administrativo e o princípio da razoabilidade.

Explica-se. É por meio do princípio da razoabilidade que as condições fáticas serão apuradas para que o administrador público tome determinada decisão e, por óbvio, será por meio da motivação do ato administrativo que restará demonstrada a existência ou inexistência de razoabilidade na decisão do administrador, na ponderação pelo administrador de todo o suporte fático que deu origem ao ato administrativo discricionário.

Este é precisamente o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro como se observa:

É imprescindível, para avaliação da razoabilidade, conhecer os motivos que levaram a Administração a adotar determinada medida (objeto do ato administrativo) para alcançar a finalidade que decorre implícita ou explicitamente da lei. Daí a necessidade de motivação¹¹⁰.

E, ainda, continua de forma brilhante intentando demonstrar a importância da motivação quanto ao atendimento ao princípio da razoabilidade:

A única maneira de verificar-se a observância daquele princípio é pelo exame da motivação. Por isso mesmo, a motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal que se fundamentam o ato (pressuposto de direito) e os fatos (pressupostos de fato). É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para o controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade¹¹¹.

¹¹⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.p.207.

¹¹¹ Idem.

Consoante se infere do acima exposto, não é dado ao administrador agir de maneira tal que a discricção do ato administrativo ultrapasse o limite do que se considera por razoável quando da apuração do aporte fático, e referida adequação entre o suporte fático e o princípio da razoabilidade, será demonstrada apenas e tão somente na exposição de motivos do ato administrativo discricionário.

É o que se infere da passagem de Celso Antônio Bandeira de Mello que, apesar de não mencionar expressamente o princípio da razoabilidade, explica perfeitamente esta correlação razoável que deve existir entre o pressuposto de fato e de direito e o ato administrativo em si considerado:

Então, se o agente exceder-se nesta “valoração” do motivo, ao ajuizar sobre o motivo de fato e o motivo legal, o ato será, igualmente, viciado. Isto é, se qualificar como imoral uma conduta que manifestamente não o seja de acordo com os padrões sociais vigentes, o ato será ilegítimo. Em rigor, pode-se dizer, em tais casos, que simplesmente não terá ocorrido o motivo que a lei requeria para tornar admissível a emissão do ato¹¹². [grifos do autor]

Diante do acima exposto, é possível concluir pela grande importância da motivação do ato administrativo quando do controle da sua razoabilidade como critério limítrofe à discricionariedade administrativa.

Posto isso, cumpre, a título de conclusão, findar-se mais uma vez com a idéia de Diogo Figueiredo Moreira Neto, que apreende com exatidão a importância do princípio da razoabilidade quando da análise da motivação do ato administrativo quando afirma que este princípio é, em última análise, o único caminho seguro para se ter certeza de que se garantiu a legitimidade da ação administrativa e o primado do senso comum sobre a ineficiência grosseira.¹¹³

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 379.

¹¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 57.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após perpassar-se por todos os temas sobre os quais se refletiu no presente estudo, mister tecer algumas considerações à guisa de conclusão.

Assim é que, pode-se observar, após detida análise dos diversos temas sobre os quais se debruçou, sobretudo no que diz respeito ao tema do controle do ato administrativo discricionário, a grande divergência doutrinária sobre o assunto.

Com efeito, enquanto alguns, de maneira geral, acreditam num controle menos acentuado do judiciário, considerando nomeadamente o mérito do ato administrativo discricionário como algo absolutamente intangível e insindicável, outros, por sua vez, defendem uma posição mais intervencionista do judiciário, advogando a necessidade de um judiciário ativista, que dê conta da complexa realidade que se presencia hodiernamente na defesa dos interesses e direitos subjetivos dos administrados.

Nada obstante a posição mais tradicionalista daqueles que defende uma intervenção muito limitada do poder judiciário, imperioso entender a discricionariedade administrativa como elemento que deve ser controlado pelo judiciário da maneira mais ampla possível.

Neste sentido, ante a necessidade de se justificar referido posicionamento, mister atentar para a necessidade de se vislumbrar a discricionariedade administrativa como instrumento de atendimento ao interesse público e aos fins colimados na lei. Motivo pelo qual, consoante pôde se demonstrar no presente estudo, deve-se inadvertidamente estar atrelado aos exatos limites da outorga da lei e, por conseguinte, do princípio da legalidade.

Em outras palavras, o que se procura defender é, com efeito, consoante se infere do princípio da legalidade, princípio informador de toda a atividade da administração pública pátria, corolário do Estado Democrático de Direito, não existe discricionariedade sem autorização de lei e que, portanto, o controle da discricionariedade do ato administrativo deve ser encarado, antes de tudo, como um controle de legalidade, mas, frisa-se, não só de legalidade.

Ressalve-se, por oportuno, que não se propugna presentemente a intervenção do judiciário de maneira a retirar, da esfera da administração pública o poder de decisão e execução que lhe é inerente. Muito pelo contrário.

Acredita-se, verdadeiramente, que os órgãos da administração pública são aqueles imbuídos de melhores condições, nomeadamente técnicas, para a tomada de decisão e, ainda, possuem mecanismos de responsabilização do agente público que, não encontram similares no âmbito do poder judiciário.

Ademais, ainda é de se ressaltar a existência de uma característica do poder judiciário que, no plano prático, retira em muito a possibilidade de fazer com que o judiciário tenha um ativismo muito exacerbado quando do controle do ato administrativo.

Ocorre que o Poder Judiciário tem em suas entranhas um agir de característica não consequencialista, o que quer dizer que, de uma maneira geral, entendendo-se a função jurisdicional de maneira extremamente simplista, o judiciário tem a função principal de aplicar a lei ao caso concreto sem, contudo, pensar nas conseqüências de seus atos.

Este é, por exemplo, a problemática encontrada em muitas decisões que reconhecem a existência de determinado direito fundamental ao cidadão, direito este que deve ser concretizado pela Administração Pública, sem, contudo, pensar nas conseqüências orçamentárias dessa decisão.

Assim, em virtude desse tipo de situação é que se advoga por um amplo controle do ato administrativo discricionário sem, contudo, retirar das mãos do administrador público a tarefa que lhe é constitucionalmente outorgada.

Nunca, em momento algum, no presente estudo, se manifestou de maneira, a defender-se que, o juiz tome o lugar do administrador público pelo simples fato de não possuir condições para tanto.

Ademais, procurou-se expor o tema do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário de forma a cotejá-lo com o princípio da razoabilidade.

Neste sentido, intenta-se demonstrar a insofismável utilidade e importância deste princípio, como instrumento a ser utilizado tanto pelo administrador público quanto pelo juiz, quando da análise do caso concreto, a fim de ponderar se determinado ato administrativo é capaz ou não de atingir determinado interesse público colimado em lei.

Com efeito, foi possível vislumbrar que dentre os muitos princípios que podem ser utilizados pelo judiciário a fim de controlar a administração pública quando da emanção de atos administrativos, referido princípio, o princípio da razoabilidade, caracteriza-se por ser um daqueles que de maneira mais flagrante pode demonstrar

a inadequação da medida adotada pela administração pública com o interesse a ser perseguido.

Não se trata, neste contexto, de buscar apenas uma adequação entre meios e fins, consoante propugna o princípio da proporcionalidade - outro princípio de relevante importância para o controle da discricionariedade - mas sim de razoabilidade entre os elementos de fato apreendidos da análise do caso concreto e a solução ou medida adotada, uma vez que o que se busca com o princípio da razoabilidade é afastar soluções que se mostrem incompatíveis com o espírito do sistema.

A partir dessas assertivas pode-se afirmar que o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário vai além de um mero controle de legalidade. Caracterizando-se por ser, de igual maneira, um controle de fatos, demonstrando que os fatos que dão embasamento às opções discricionárias também não estão imunes ao controle, porquanto fazem parte de todo o arcabouço que embasa a tomada de decisão pelo agente público.

Outrossim, é, inclusive, a partir dessas considerações que se vislumbra a importância do controle jurisdicional dos motivos ou motivação do ato administrativo, uma vez que é precisamente a motivação o elemento que dá azo a este controle exercido pelo princípio da razoabilidade, por confrontar a medida adotada com os fatos que a determinaram.

Destarte, ante todas as considerações tecidas no presente estudo, pode-se vislumbrar a clara orientação no sentido de que é precisamente por meio de um controle jurisdicional do ato administrativo discricionário mais atento a sua verdadeira função, coibindo-se a utilização arbitrária das prerrogativas da administração pública, que se dará atendimento a recorrente máxima de direito administrativo intentando-se a perseguição do interesse público como um todo e dando-se real efetividade ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Conceito e elementos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano VII, n.32.

ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1985.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2000.

BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Trad. De João Ferreira, Carmen C. Varriale e outros. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 4, n. 16, jul./ set. 1996.

CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano IX. n. 47-48.

CERQUINHO, Maria Cuervo Silva Vaz. Conceito e elementos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**. São Paulo, ano IX, n. 47-48.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, D'Andrea. **O controle da administração pública pelo judiciário: direito aplicado**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Controle jurisdicional da administração pública. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba, n. 6, 2001.

_____. **Curso de direito administrativo**. 3. ed. rer. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 1998.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GORDILHO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. 3. ed. Buenos Aires: Macchi, 1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

KIMMINICH, Otto. Jurisdição constitucional e princípio da divisão de poderes. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 92, out./dez. 1989.

LACOMBE, Américo L. Masset. Conceito, pressupostos, requisitos e aspectos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano VII, n. 33.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

LEAL, Rogério. O ato administrativo e relação jurídica administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Curitiba, ano 2, n.7, 2001.

LOMAR, Paulo José Villela. Ato administrativo – conceito e elementos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XV, n. 61, jan./mar. 1982.

MACHADO, Mario Brockmann. Separação de poderes e controle externo do Judiciário. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, ano 3, n.9, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRE, Reilda. Conceito e elementos do ato administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano VII, n. 30.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. Controle judicial dos atos administrativos. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano XVI, n. 65, 1983.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. Do ato administrativo e suas características. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 51-52, jul./dez. 1979.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PELLEGINO, Carlos Roberto. Acerca da motivação do ato administrativo. In: **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2**: direito administrativo e constitucional. MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). São Paulo: Malheiros, 1997.

PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e apreciação técnicas da administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 231, 2003.

PINTO, Teresa Celina de Arruda Alvim. Limites à chamada “discricionariedade” judicial. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.96, out./dez. 1990.

PONDE, Lafayette. **Estudos de direito administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

PONTES FILHO, Valmir. **Controle jurisdicional dos atos administrativos**. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 55-56, jul. / dez. 1980.

REAL, Alberto Ramon. El control de la administración. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano VII, n.32.

REALE, Miguel. Limites da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 84, out./dez. 1987.

ROCA, Javier García. Separación de poderes y disposiciones del ejecutivo com rango de ley: mayoría, minorias, controles. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo, n. 27, 1999.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Tripartição de poderes na Constituição de 1988. **Revista de Direito Público**, São Paulo, ano 3, n.11, abr./jun. 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 91, v. 798, 2002.

SLAIBI FILHO, Nagib. Razoabilidade e discricão administrativa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 85, jan.mar. 1988.

TÁCITO, Caio. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de (org.). **Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba 2**. Direito administrativo e constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997.

TUCCI, Rogério Laura; TUCCI, José Rogério Cruz e. **Constituição de 1988 e processo**: regramentos e garantias constitucionais do processo. São Paulo: Saraiva, 1989.

YUNES JÚNIOR, Faissal. O controle do ato administrativo e o estado de direito. **Revista dos Tribunais**. Cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo, ano 7, n.29, out./dez. 1999.