

ROBERTO TABORDA RIBAS JUNIOR

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA**

CURITIBA

2006

ROBERTO TABORDA RIBAS JUNIOR

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA**

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

**Orientador: Prof. Romeu Felipe Bacellar
Filho.**

CURITIBA

2006

TERMO DE APROVAÇÃO

ROBERTO TABORDA RIBAS JUNIOR

O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

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

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello

Prof.^a Dr.^a Adriana da Costa Ricardo Schier

Curitiba, 23 de outubro de 2006

À minha família,
meu pai Roberto, minha mãe Jocelen e meu
irmão Felipe, por todo o amor e incentivo
ao longo destes anos.

RESUMO

O presente trabalho trata do controle externo à Administração Pública exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários, ou seja, aqueles exercidos com uma certa margem de atuação que permite à autoridade escolher dentre mais de uma alternativa, a mais adequada em face do caso concreto. O tema é amplamente debatido em razão da dificuldade em se delinear precisamente as possibilidades e os limites do exercício da competência discricionária bem como seu controle pelo Judiciário, não tendo a doutrina nem a jurisprudência assumido ainda no Brasil posição firme em relação à matéria. Se há, por um lado, a impossibilidade do Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo, sob pena de estar-se ferindo o princípio da separação dos Poderes, por outro lado tem-se a necessidade de um efetivo controle da legalidade dos atos administrativos como forma de garantia do cidadão e como forma de realização dos ideais do Estado Democrático de Direito. O objetivo do presente estudo é analisar como é feito o controle judicial dos atos administrativos discricionários no Brasil, suas possibilidades e limites, estudando a doutrina existente e como este controle está sendo tratado pela jurisprudência.

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	1
2 OS ATOS ADMINISTRATIVOS	3
2.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO.....	3
2.2 REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO	4
2.2.1 Competência.	5
2.2.2 Finalidade.	6
2.2.3 Forma.....	6
2.2.4 Motivo	7
2.2.5 Objeto	8
2.3 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO.....	8
2.4 EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	10
2.4.1 Revogação.....	11
2.4.2 Anulação.....	12
2.4.3 Convalidação	12
3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	13
3.1 ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS.....	13
3.2 DISCRICIONARIEDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
3.2.1 O Estado na Constituição	15
3.2.2 A Finalidade do Estado	16
3.3 DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE.....	18
3.4 PODER (OU DEVER) DISCRICIONÁRIO.....	19
3.5 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	20
3.6 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	21
4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	24
4.1 CONTROLE INTERNO	24
4.2 CONTROLE EXTERNO	25
4.2.1 Controle Político	26
4.2.2 Controle Social.....	26

4.2.3	Controle Judicial	27
4.3	MEIOS DE CONTROLE JUDICIAL.....	27
4.4	CONTROLE E A SEPARAÇÃO DOS PODERES	28
5	O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE	
	ADMINISTRATIVA	29
5.1	CONTROLE JUDICIAL E LEGALIDADE.....	29
5.2	CONTROLE DO MOTIVO DO ATO.....	30
5.3	CONTROLE DA FINALIDADE DO ATO: A TEORIA DO DESVIO DE PODER.....	32
5.4	CONTROLE ATRAVÉS DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS	35
5.4.1	Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado	37
5.4.2	Princípio da Legalidade.....	38
5.4.3	Princípio da Impessoalidade	38
5.4.4	Princípio da Moralidade Administrativa.....	39
5.4.5	Princípio da Publicidade.....	40
5.4.6	Princípio da Eficiência	40
5.4.7	Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade	41
6	CONCLUSÃO.....	43
	REFERÊNCIAS.....	45

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública é pautada pelo princípio da legalidade e, de acordo com este princípio, ao administrador cabe fazer tudo o que a lei permite (ou obriga), ao contrário do que ocorre no direito privado, em que ao particular cabe fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Assim, é a lei que define como será a atuação do administrador e ao regular tal atuação ela pode possibilitar duas formas de atuação: a vinculada, na qual a conduta do administrador é regulada em sua totalidade, e a forma discricionária, onde é concedida uma margem de liberdade em que se pode escolher entre mais uma conduta possível, conforme critérios de conveniência e oportunidade, com vistas a satisfação de um interesse público e sempre observando-se os limites impostos pela lei.

Esta liberdade de atuação consiste no exame do mérito do ato administrativo, competência atribuída pela própria lei, ao qual não pode o juiz adentrar, já que, se assim o fizesse, estaria substituindo seu juízo pelo juízo do administrador, ferindo o princípio constitucional da separação dos Poderes. Embora exista uma margem de liberdade conferida ao administrador, esta liberdade é uma liberdade limitada pela lei, não sendo absoluta e, por esta razão, não sendo um exercício de poder arbitrário. Os atos administrativos estão sujeitos a várias espécies de controle, dentre eles, e talvez o mais importante tendo em vista o seu caráter de definitividade, o controle realizado pelo Poder Judiciário.

O objetivo do presente trabalho é apresentar de que forma este controle é feito e em que aspectos do ato administrativo discricionário pode recair o controle externo exercido pelo Poder Judiciário. O tema envolve grande complexidade por se tratar de uma forma de controle do poder do Estado, bem como pelo fato da discricionariedade tratar-se de uma liberdade “residual” conferida ao governante que, no contexto do Estado Democrático de Direito, parece estranho à idéia de submissão da Administração à vontade da lei. É importante um eficaz controle da Administração para que se evitem abusos de poder, assegurando que o Estado esteja capacitado para exercer suas funções. O controle jurisdicional, inobstante os diversos trabalhos realizados sobre o tema, ainda constitui um terreno incerto sobre o qual ainda pairam

algumas incertezas, não tendo a doutrina nem a jurisprudência adotado posição firme sobre o tema no Brasil.

O estudo recairá inicialmente sobre o ato administrativo, seu conceito, requisitos, revogação, anulação, convalidação e a classificação entre atos vinculados e discricionários. Em segundo lugar será estudado o tema da discricionariedade, encarada como um poder e em que medida ele pode ser limitado e, ainda, como este poder, tendo em vista o Estado Democrático pode ser entendido como dever, ou como função.

Por fim, parte-se para o estudo específico do tema do controle judicial com um panorama geral do controle da Administração Pública e então o controle judicial dos atos administrativos discricionários, abrangendo a relação entre controle e legalidade, o controle do motivo do ato administrativo, o controle da finalidade do ato e o controle pelos princípios jurídicos, demonstrando como a doutrina e a jurisprudência vêm atualmente abandonando a posição que adotava um controle muito restrito que apenas admitia o controle da legalidade estrita (forma e competência do ato), passando a admitir um controle mais abrangente que compreende todos os aspectos do ato administrativo, ressalvado, em todos os casos, o mérito administrativo.

2 OS ATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo é uma espécie de ato jurídico. No estudo dos atos jurídicos, costuma-se fazer uma distinção entre várias noções, de forma a ir delimitando o conceito numa forma lógica e hierárquica. Assim, em primeiro lugar, a doutrina divide os fatos irrelevantes dos fatos jurídicos, sendo aqueles os eventos que não causam nenhum efeito no campo jurídico e estes os que produzem efeitos jurídicos. Para o direito importam os fatos jurídicos, sendo estes divididos entre os voluntários e os não voluntários. Os fatos não voluntários são os fatos jurídicos em sentido estrito, “podem ser ordinários, os mais comuns e os de maior importância, como o nascimento, a morte, o decurso de tempo, a doença, e extraordinários, como o acaso, nas suas espécies de caso fortuito ou força maior.”¹ Já os voluntários são aqueles realizados pela manifestação da vontade humana, denominados de atos jurídicos e, por sua vez, subdividem-se entre os atos jurídicos lícitos e os ilícitos.

Neste panorama, o ato administrativo se insere como espécie de ato jurídico lícito, portanto realizado através de uma declaração de vontade², que produz efeitos no campo jurídico e que está de acordo com o direito. Situado o ato administrativo como espécie de ato jurídico, cabe analisar o que aquele tem de especial para se distinguir deste. Para isto, pode-se partir da definição elaborada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, que conceitua o ato administrativo como

declaração do Estado (ou quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante

¹ AMARAL, F. Direito Civil: Introdução. p. 332.

² Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que a distinção dos fatos e atos jurídicos não reside na simples atuação da vontade humana, mas sim na sua declaração: “Atos jurídicos são *declarações*, vale dizer, são enunciados; são “falas” prescritivas. O ato jurídico é uma *pronúncia* sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela *deverá ser*. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Donde, a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima.” (Curso de Direito Administrativo. p. 346.)

providências jurídicas complementares da lei ou a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.³

Ou seja, o ato administrativo é uma declaração de vontade do Estado, o que exclui as declarações de vontade feitas pelos particulares, estas regidas pelo direito privado, compreendendo a Administração direta (órgãos ligados à Presidência da República, Governo dos estados e Prefeituras Municipais) ou indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, conforme o Decreto-lei 200/67) e também qualquer pessoa jurídica, mesmo que de direito privado, que esteja prestando um serviço público, e mais:

- a) *realizado no exercício de prerrogativas públicas* – há momentos em que o Estado pode agir como se particular fosse, sem exercer seu poder e prerrogativas próprias de Estado. Por esta razão, se faz a distinção entre ato administrativo e atos da administração – nem todo ato emanado pela Administração é um ato administrativo, mas apenas aqueles que são regidos pelo Direito Público;
- b) *Mediante providências jurídicas complementares da lei ou a título de lhe dar cumprimento* – os atos administrativos se distinguem dos atos do Poder Legislativo, ao criar leis. O ato administrativo é infralegal, se subordina às leis, não podendo inovar mas apenas seguir nos limites impostos por ela, de acordo com o princípio da legalidade e com o princípio da separação dos poderes;
- c) *e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional* – Significa dizer que os atos administrativos não são definitivos, não fazem coisa julgada, podendo ser revistos pelo Poder Judiciário. Distinguem-se dos atos emanados pelo Poder Judiciário em suas decisões (sentenças).

2.2 REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os requisitos do ato dizem respeito a sua validade, sem a presença de todos os requisitos o ato é dito inválido, podendo, assim, serem revistos pelo Poder Judiciário.

³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo. p. 356.

A doutrina apresenta diversas abordagens sobre os requisitos do ato administrativo, também chamados de elementos ou pressupostos.

Quanto a diferença entre elementos e requisitos do ato administrativo, Cretella Júnior, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro diz que:

Os primeiros dizem respeito à existência do ato, enquanto são indispensáveis para sua validade. Nesse caso, agente, forma e objeto seriam os elementos de existência do ato, enquanto os requisitos seriam esses mesmos elementos acrescidos de caracteres que lhe dariam condições para produzir efeitos jurídicos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.⁴

De todo modo, a questão sobre a denominação e classificação não é de maior importância, uma vez que o que é relevante é o exame do fenômeno jurídico em si. Como bem percebe Bandeira de Mello: “a divergência (ou pelo menos parte dela) procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados.”⁵

A classificação mais usual é aquela presente no direito positivo brasileiro no artigo 2º da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular)⁶. Nesta esteira, a classificação de Helly Lopes Meireles contempla como requisitos do ato administrativo: a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto⁷, os quais passaremos a analisar a seguir.

2.2.1 Competência.

Diz respeito ao sujeito que emana o ato administrativo. A autoridade competente para realizar o ato administrativo é aquela a quem a lei conferiu poderes para tanto. É intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Pode, entretanto, ser delegada e avocada, desde que o permitam as normas reguladoras da

⁴ DI PIETRO, M. S. Z. Direito administrativo. p. 212.

⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Ob. cit. p. 361.

⁶ Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

⁷ MEIRELLES, H. L. Direito Administrativo Brasileiro. p. 150.

Administração. As normas sobre competência no direito administrativo são tratadas pela Lei 9.784/99 (Processo Administrativo) arts. 11 e seguintes.

2.2.2 Finalidade.

É o objetivo a ser atingido com o ato administrativo. Na Administração Pública a finalidade de qualquer atuação é uma finalidade destinada à satisfação do interesse público, desta forma, a finalidade do ato administrativo será sempre, em última análise, uma finalidade pública. Se o administrador emanar um ato administrativo com finalidade diversa da qual se destina o ato, seja para atender um interesse privado seu ou de outrem, seja por atendimento de outro interesse público, estar-se-á extrapolando os limites da legalidade e, desta forma, tornando o ato inválido. Nesta esteira, Hely Lopes Meirelles:

A alteração da finalidade expressa na norma legal ou implícita no ordenamento da Administração caracteriza o desvio de poder (*détournement de pouvoir* – *sviamento di potere*), que rende ensejo à invalidação do ato por lhe faltar um elemento primacial em sua formação: o fim público desejado pelo legislador.⁸

Assim como o motivo, a finalidade contribui para a formação da vontade da Administração: diante de certa situação de fato ou de direito (motivo), a autoridade pratica certo ato (objeto) para alcançar determinado resultado (finalidade).⁹

2.2.3 Forma

Forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela a sua existência.¹⁰ O cumprimento das formalidades legais é requisito indispensável à validade do ato administrativo. Ademais, também será garantia fundamental do Estado de Direito, do *due process of law*.¹¹

⁸ MEIRELLES, H. L. Ob cit. p. 152.

⁹ DI PIETRO. Ob. cit. p. 219.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Ob. cit. p. 365.

¹¹ FIGUEIREDO, L. V. Curso de direito administrativo. p. 190.

Na Lei nº 9.784/99, o artigo 22 consagra praticamente, como regra, o informalismo do ato administrativo, ao determinar que “os atos do Processo Administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”. Apenas exige, no §1º, que os atos sejam produzidos “por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável”. Estabelecendo forma específica para o ato, deve esta ser observada sob pena de invalidade do ato.

Importante observar ainda, conforme afirma Di Pietro:

Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação de legitimidade do ato.¹²

Como se verá a seguir, é a motivação do ato, e não o motivo, que integra a forma do ato administrativo.

2.2.4 Motivo

É a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo, semelhante à hipótese de incidência para o direito tributário e ao tipo para o direito penal.¹³

Não se confundem motivos e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato.¹⁴

O art. 2º da Lei 9.784/99, que disciplina o Processo Administrativo federal prevê a observância do princípio da motivação e o art. 50 indica as hipóteses em que a motivação é obrigatória.

¹² DI PIETRO, M. S. Z. Ob, cit, p. 219.

¹³ BACELLAR FILHO, R. F. Direito Administrativo. p. 59

¹⁴ DI PIETRO, M. S. Z. Ob cit. p. 220.

2.2.5 Objeto

É o efeito jurídico a ser alcançado com a realização deste, representa a criação, modificação ou a comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público.¹⁵ O objeto é também chamado de conteúdo do ato.

Como no direito privado, o objeto deve ser lícito (conforme a lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e moral (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos).¹⁶

O objeto nos atos discricionários fica a cargo da escolha do poder público, ou seja, a discricionariedade do administrador público recai quanto ao objeto do ato administrativo.

2.3 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Mérito administrativo é a valoração dos critérios de oportunidade, conveniência e justiça que a lei confere ao administrador, é o poder de discricção, que recai sobre os elementos *motivo* e *objeto* do ato administrativo. Em relação a estes aspectos não cabem correção judicial, desde que não caracterizem excesso ou desvio de poder. Quanto a competência, a finalidade e a forma há vinculação por parte da lei.¹⁷

Conforma afirma Di Pietro:

Corresponde o mérito a uma qualidade típica do ato administrativo (porque não se encontra no ato de direito privado ou é nele irrelevante) e que diz respeito à sua conveniência, utilidade, adequação aos fins de interesse público, gerais e especiais, que se pretendem alcançar com a prática do ato.¹⁸

E ainda:

¹⁵ MEIRELLES, H. L. Ob. cit. p. 154.

¹⁶ DI PIETRO, M. S. Z. Direito administrativo. p. 217.

¹⁷ BACELLAR FILHO, R. F. B. Ob cit. p. 63-64.

¹⁸ DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. p. 86.

Em geral se relaciona o mérito com o poder discricionário. Por outras palavras, sempre que a Administração possa apreciar e valorar subjetivamente o interesse público, tem-se poder discricionário, incontrolável pelo Judiciário, correspondendo à zona de mérito.¹⁹

Trata também sobre a questão mérito Seabra Fagundes:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem que levar em conta. (...) Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo.²⁰

Para o direito processual, o exame do mérito consistiria no exame do aspecto fundamental do processo, razão pela qual se recorreu ao Poder Judiciário para resolver uma lide. Ao final do exame do mérito profere-se uma decisão. Por exemplo, o Juiz pode julgar a ação sem adentrar no mérito²¹. O exame do mérito nos processos judiciais é de competência exclusiva do Poder Judiciário, fazendo coisa julgada material. De modo análogo, o mérito do ato administrativo é de competência exclusiva do administrador, não cabendo ao Poder Judiciário examinar a questão do mérito administrativo.

Sendo o mérito administrativo competência exclusiva do administrador, não cabe ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo pois, se assim o fizesse, estar-se-ia invadindo a esfera de competência da Administração.²² Por esta razão o controle judicial dos atos administrativos discricionários é um assunto que suscita dúvidas, pois por uma lado há a necessidade de autonomia da Administração, da não interferência no mérito das questões administrativas e por outro o necessário e desejável controle da legalidade da Administração, assegurando a observação dos

¹⁹ DI PIETRO, M. S. Z. Discricionariiedade administrativa na constituição de 1988. p. 87.

²⁰ SEABRA FAGUNDES, M. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. p. 127.

²¹ “O processo deve ser extinto sem o julgamento do mérito, conforme o art. 267, em diversos casos, dentre eles o da falta de seus pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular e o da ausência das condições da ação (art. 267, IV e VI). Do mesmo modo, e ainda por exemplo, quando o juiz acolher alegação de perempção, litispendência e de coisa julgada material (art. 267, v)” (MARINONI, L. G. E ARENHART, S. C. Manual do processo de conhecimento. p. 274)

²² Conforme aponta Seabra Fagundes: “Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão.” (Ob. cit. p. 126).

princípios constitucionais e da legalidade na Administração, evitando-se abusos de Poder, controle este próprio do Estado de Direito.

De toda forma, mesmo tendo a Administração a competência exclusiva em relação a apreciação do mérito administrativo, em virtude do princípio do controle da Administração Pública e da inafastabilidade da jurisdição contemplado no art. 5º, XXXV da CF, cabe ao Poder Judiciário a apreciação dos atos administrativos no que tange a sua legalidade, ou seja, sem adentrar no mérito, verifica-se se todos os requisitos do ato estão em conformidade com o direito, anulando-se os atos que estejam eivados de vício.

2.4 EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Diversas são as formas que determinam a extinção dos atos administrativos ou de seus efeitos²³. Duas delas são as mais comuns e mais importantes: a revogação e a anulação, também denominada invalidação.²⁴

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, um ato administrativo extingue-se por: I – cumprimento de seus efeitos; II – desaparecimento do sujeito ou do objeto; III – retirada, que abrange: a) revogação (retirada por razões de conveniência e

²³ Bandeira de Mello aponta a problemática quanto à questão de se saber se o que se extingue é o ato em si ou os efeitos deste ato, afirmando haver autores que defendem as duas idéias (Curso de direito administrativo, p. 412). Neste sentido, Antonio Carlos Cintra do Amaral afirma: “cumpre reafirmar que a extinção da relação jurídica importa na extinção do ato que a mantém. Parecenos que, quando se fala em extinção dos efeitos do ato administrativo sem que este desapareça, se está confundindo o ato (norma) com a declaração estatal que o põe.” (Extinção do ato administrativo, p. 42). Por outro lado, afirma Marçal Justen Filho: “A extinção dos atos administrativos significa, mais propriamente, a extinção das relações jurídicas derivadas dos atos administrativos. Ou seja, o ato administrativo em si mesmo não é propriamente extinto, mas seus efeitos jurídicos é que deixam de existir.” (Curso de direito administrativo, p. 249). Por fim, quanto à invalidade dos atos administrativos, Angela Cassia Costaldello, em tese de doutorado, aponta a controvérsia sobre o tema: “A dissonância doutrinária no tratamento da invalidade dos atos administrativos não fica reservada apenas aos planos da existência, validade e eficácia, mas à nomenclatura dos vícios, à intensidade da invalidade (a gradação dos vícios de acordo com critérios variáveis), à amplitude (atingimento do ato como um todo, ou apenas parcela dele) e aos efeitos (a ilegalidade teria o condão de invalidar *ab initio* o ato ou apenas a partir da constatação e declaração de contrariedade ao ordenamento jurídico – *ex nunc*)” (A invalidade dos atos administrativos, p. 73)

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Ob cit. p. 412.

oportunidade); invalidação (retirada porque o ato fora praticado em desconformidade com a ordem jurídica; c) cassação; d) caducidade; e) contraposição; IV – renúncia.²⁵

2.4.1 Revogação

A revogação é o desfazimento do ato realizado pelo próprio administrador, nas mesmas formas com que este foi emanado. Pressupõe um ato válido e eficaz, mas que não convém ao interesse público sua manutenção. A revogação não se aplica nas hipóteses de ilegalidade do ato, já que nestes casos caberá a anulação, como se verá adiante. Ela pode se dar de ofício ou mediante provocação e, não se tratando de competência exclusiva, a autoridade superior detém poder para revogar ato de subordinado. A revogação decorre do exercício da competência discricionária do administrador que, a seu critério, no exercício da função administrativa, identifica a conveniência e a oportunidade, da manutenção do ato. Assim sendo, a revogação se destina aos atos administrativos discricionários, mas não aos atos administrativos vinculados.

A revogação funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos. Essa faculdade revogadora é reconhecida e atribuída ao Poder Público, como implícita na função administrativa. É, a nosso ver, uma justiça interna, através da qual a Administração ajuíza da conveniência, oportunidade e razoabilidade de seus próprios atos, para mantê-los ou invalidá-los segundo as exigências do interesse público, sem necessidade do contraditório.²⁶

Tendo em vista que a revogação desfaz atos dotados de legalidade, que produziram efeitos válidos até então, gera efeitos *ex nunc*, ou seja, do momento da revogação em diante, sem retroação, cessados seus efeitos para o futuro.²⁷

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Ob. cit. p. 412.

²⁶ MEIRELLES, H. L. ob cit. p. 200.

²⁷ BACELLAR FILHO, R. F. Direito Administrativo. p. 69.

2.4.2 Anulação

O ato para ser válido deverá preencher certos requisitos, os quais já foram estudados (competência, forma, finalidade, motivo e objeto). Se houver qualquer vício em alguns deles este ato pode ser anulado, perdendo sua validade. Esta anulação, ou invalidação do ato administrativo pode se dar por duas formas, pela própria Administração (autotutela) ou pelo órgão de controle externo à Administração.

Diz respeito ao controle da Administração, já que tem por objetivo retirar um ato viciado e, diferentemente do que ocorre com a revogação, a anulação pode ser tanto dos atos administrativos discricionários quanto dos atos administrativos vinculados.

Quanto aos efeitos da anulação do ato, estes são *ex tunc*, operam efeitos inclusive antes do desfazimento do ato, uma vez que este não deveria nem ter sido criado, sendo ilegítimo ou ilegal.

2.4.3 Convalidação

A convalidação consiste no ato ou procedimento que objetiva transformar um ato administrativo inválido em um ato válido, com efeitos retroativos. Isto significa que a convalidação corrige o defeito do ato, adequando-o ao direito. Ela só se justifica em consequência de relevante interesse público e quando o vício constatado for reversível; se irreversível, deve ser anulado.²⁸

A lei 9.784/99 no art. 55 trata da convalidação: “em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”.

²⁸ Idem, ibidem. p. 71.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.1 ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS

Existem diversas formas de se classificar os atos administrativos, tomando-se em conta diversos critérios. Os atos se dividem em vinculados e discricionários conforme a liberdade conferida ao administrador na hora de emanar o ato. É uma classificação de fundamental importância para o direito administrativo, pois a diferença entre os dois tipos de atos surte efeitos em diversos aspectos, em especial na questão do controle dos atos.

O *ato vinculado* é aquele em que há total previsão legal, sendo que não é deixada margem alguma de liberdade ao administrador. Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.²⁹

Como exemplo de ato vinculado temos a concessão de horário especial para o servidor público estudante, conforme disposição estatutária³⁰. Não pode o administrador utilizar de elementos subjetivos para conceder o horário especial, não é levado em conta critérios de conveniência ou oportunidade. A lei prevê uma situação, servidor público estudante e um dever da Administração, conceder horário especial. Configurando-se a situação prevista em lei no caso concreto, não cabe ao Administrador agir de outro modo que não o de conceder o benefício. Fica o administrador obrigado a proceder conforme previsão legal.

O ato dito *discricionário* é aquele em que há uma margem de liberdade conferida ao Administrador de avaliação ou de decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade. A diferença entre os dois é que no primeiro, a lei não

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo. p. 399.

³⁰ Art. 98 da Lei 8.112/90: “Será concedido horário especial ao servidor estudante, quando comprovada a incompatibilidade entre o horário escolar e o da repartição, sem prejuízo do exercício do cargo.”

conferiu liberdade alguma, regulando todos os aspectos do comportamento a ser adotado; já no segundo tipo de ato, os discricionários, a lei dá uma certa margem de atuação ao administrador.

Como exemplo de ato discricionário, a aplicação de uma multa por parte de um agente público, possibilitando a lei a fixação do valor da multa dentro de limites mínimos e máximos tendo em vista a gravidade da infração. Note-se que não há uma liberdade absoluta, é uma liberdade dentro dos limites legais, mas diferencia-se dos atos vinculados pois naqueles há apenas uma conduta possível conferida ao administrador, e nestes, há ao menos duas possibilidades de escolha. Há, portanto, uma margem de liberdade de atuação, embora não seja uma liberdade plena, como seria numa atuação de vontade de particulares.

A existência de atos vinculados e discricionários é decorrente do princípio da legalidade administrativa. De acordo com o princípio da legalidade, ao administrador cabe fazer apenas aquilo que a lei determina. A regra é não haver espaço para liberdade de atuação, ao contrário do direito privado, em que aos indivíduos cabe fazer tudo aquilo que a lei não proíbe. Assim sendo, o normal da atividade administrativa é ter atos chamados de vinculados, essa é a regra. A exceção seriam os atos discricionários, por representar uma liberdade ao administrador. Não se afirma que os atos discricionários sejam uma exceção ao princípio da legalidade, uma vez que estes estão em perfeito acordo com este princípio. Mas afirma-se que, no contexto do Estado de direito, caracterizado pela submissão do Estado à lei, a atuação natural da Administração é aquela feita pelos atos vinculados, conferindo competência discricionária apenas nos casos em que houver necessidade, justificativa para tanto, conforme se verá adiante.

Quanto à denominação, como bem aponta Bandeira de Mello, não é o ato que é discricionário, mas sim a competência do administrador, sendo uma melhor denominação como “atos praticados no exercício de competência discricionária”³¹. Aponta ainda o autor que a impropriedade da nomenclatura corrente é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos. Hely Lopes Meirelles também se refere a este aspecto conceitual, indicando que “a rigor, a discricionariedade não se manifesta no

³¹ Idem. Ibidem. p. 398.

ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público.”³² Neste sentido, estaria-se tratando de discricionariedade como poder conferido ao administrador, não como característica do ato. A característica do ato é ser exercido sob competência discricionária, não ser o ato discricionário.

3.2 DISCRICIONARIEDADE E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

3.2.1 O Estado na Constituição

Dependendo do contexto histórico-social a que o Estado se insere, temos uma forma de administração mais ou menos autoritária, o que importa num maior ou menor grau de liberdade de atuação do governante. Tomando-se a divisão clássica tratada por Maquiavel³³, temos dois tipos de governo: Monarquias e Repúblicas, sendo que na primeira o rei tinha poderes quase que ilimitados e, na segunda, o governante, que exerce seu mandato em nome do povo, tem poderes reduzidos, devendo sempre atuar seguindo diversos limites a ele impostos.³⁴

O Estado brasileiro na atual Constituição é um Estado republicano e democrático³⁵, o que vale dizer que o governo é exercido não por uma pessoa, nem por um grupo de pessoas, mas sim por toda a coletividade, pelo povo³⁶. Caracteriza a

³² MEIRELLES. H. L. Direito Administrativo Brasileiro. p. 168.

³³ Em sua clássica obra afirma: “Todos os Estados, todos os domínios que têm havido e que há sobre os homens, foram e são repúblicas ou principados” (MAQUIAVEL, N. O Príncipe. p. 95) Em “O Príncipe” trata dos principados, já a República é tratada em outra obra, intitulada *Discorsi Sopra la Prima Deca di Tito Livio*.

³⁴ A diferença reside na fundamentação do poder. Nas monarquias absolutistas o poder estava baseado na religião, “figurava o Estado como detentor e aplicador do direito, sendo inviável que pudesse violá-lo. Difundia-se o princípio de que o rei não pode errar (*the king can do no wrong*)” (BACELLAR FILHO, R. F. Direito Administrativo. p. 190). Na República a fundamentação é a representação da vontade do povo, o que demanda, uma forma de controle dos atos do Estado como forma de garantir que esta vontade seja expressa corretamente.

³⁵ Art. 1º, *caput*, da CF: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:”

³⁶ Art. 1º, parágrafo único, da CF: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

República a representatividade, a transitoriedade e a responsabilidade, assim, o governante é o representante eleito pelo povo para atuar segundo seus interesses, seu mandato é transitório, tem uma duração determinada pelo tempo e suas ações estão sujeitas a controle. Já a Democracia é caracterizada pela soberania popular que é exercida diretamente ou indiretamente, por meio de seus representantes eleitos. Junto a estes conceitos que integram os Princípios Fundamentais da Constituição, estão o da Federação (Estado formado por entes autônomos, em oposição ao Estado unitário) e o Estado de Direito (baseado na submissão do Estado à Lei, na divisão dos Poderes³⁷ e no enunciado e garantia dos direitos individuais).

Neste contexto, o agir conforme estrita disposição legal, decorrente do princípio da legalidade no Estado de Direito é a regra, na qual o agir discricionário, com certa margem de liberdade, é mera exceção. A relevância do tema se justifica no atual regime de governo, por esta razão, qualquer estudo sobre o controle dos atos administrativos discricionários só pode ser realizado tendo em mente toda a organização do Estado e os princípios constitucionais.

3.2.2 A Finalidade do Estado

O estado existe por uma razão, e deve ser entendido como um meio para a realização de determinado fim, e não como um fim considerado em si mesmo. A Constituição consagra o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), e assim o fazendo, coloca a pessoa como figura central do direito. Não é o indivíduo quem deve servir de meio para manutenção do Estado, mas sim o Estado que deve servir para a satisfação dos interesses dos indivíduos.

São vários os interesses das pessoas, podendo estes serem considerados de forma individual ou coletiva. Ao Estado, cabe atender o interesse coletivo do povo, o interesse público, com a realização do bem comum. O interesse público, entendido como a realização do bem comum, é mais do que a simples soma da satisfação dos interesses individuais, a eles transcende. É algo que, embora difícil de se definir de

³⁷ Art. 2º, da CF: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

forma concreta, é ponto central para o direito administrativo, sendo este o conjunto de normas para a realização dos fins do Estado, conforme o conceito de direito administrativo de Hely Lopes Meirelles:

Direito administrativo é o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.³⁸

Ao aludir a conjunto harmônico de princípios jurídicos, Hely Lopes Meirelles ressalta que o direito não existe somente a partir da lei, mas é formado por um conjunto de princípios e normas. Os órgãos, os agentes e as atividades públicas regidas por esse conjunto harmônico são tendentes a realizar, concreta (para ressaltar a diferença existente entre a atividade administrativa e a atividade legislativa que é abstrata); direta (para distinguir-se da atividade judicial que é indireta, o Judiciário só age quando provocado) e imediatamente (o interesse público não pode ser postergado) os fins desejados pelo Estado.³⁹

A finalidade do estado é a satisfação do interesse público, com a realização do bem comum, mas qual são estes interesses? O art. 3º da Constituição esclarece a questão, enumerando os objetivos do Estado brasileiro:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

A satisfação do interesse público, promovendo o bem comum, é sempre a finalidade do Estado e da Administração, o que pode mudar é o sentido que se dá ao bem comum, que pode variar conforme aspectos políticos e históricos. Na atual Constituição estes objetivos são os elencados no art. 3º, mas sem prejuízo de outros objetivos que sejam definidos no corpo constitucional ou no preâmbulo.

³⁸ MEIRELLES, H. L. Direito administrativo brasileiro. P 40.

³⁹ BACELLAR FILHO. Direito Administrativo. p. 15.

3.3 DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE

No sentido comum, discricionariedade e arbitrariedade são sinônimos⁴⁰, mas em se tratando de discricionariedade administrativa, vemos que estas são noções que não se confundem. A noção de arbitrariedade contém uma margem de liberdade que não sofre limitação, ao contrário da discricionariedade. No campo das relações privadas pode-se dizer que há arbitrariedade (no sentido de atuação da vontade do indivíduo, de forma ampla, sem restrições). No campo das relações públicas, entre o Estado e o indivíduo, o que há é uma margem de liberdade para o administrador dentro dos limites legais, ou seja, é uma liberdade limitada. Vejamos o conceito de discricionariedade de Celso Antônio Bandeira de Mello:

É a margem de liberdade que remanesça 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 da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.⁴¹

Antes de ser um poder concedido ao administrador, a discricionariedade administrativa é uma margem de liberdade criada a partir de uma necessidade ante à impossibilidade do legislador prever todos os casos que surgem no mundo concreto. Explica-se: A lei é uma norma geral e abstrata, é criada de forma genérica de modo que seja aplicada ao maior número possível de casos concretos. Mas por mais que as leis sejam bem elaboradas e tentem esgotar todas as possibilidades, sempre resta algo que deve ser verificado apenas no momento de se aplicar o direito ao caso concreto. A partir desta necessidade, a lei confere ao administrador uma margem de atuação para que ele, no caso concreto, escolha entre determinadas opções (ressalte-se que não é *qualquer* opção, mas sim, entre determinadas) a melhor solução com base em critérios de conveniência e oportunidade.

⁴⁰ Segundo o dicionário Aurélio: Discricionário [De *discrição* + *-ário*, seg. o padrão erudito.] Adjetivo. 1. Que procede, ou se exerce, à discrição, sem restrições, sem condições; arbitrário, caprichoso, discricional: *indivíduo discricionário; poder discricionário.*

⁴¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e controle jurisdicional. p. 48.

A discricionariedade administrativa é um poder de escolha, mas é um poder limitado aos parâmetros legais, portanto, está sujeito a controle. Claro que no campo privado a liberdade de atuação também não é absoluta, já que esta também é limitada pela lei, mas ao particular cabe fazer tudo o que a lei não proíbe e no campo público esta liberdade é ainda menor, já que cabe ao administrador fazer apenas aquilo que a lei permite (legalidade estrita). No que tange à discricionariedade administrativa, cabe ao administrador escolher entre critérios de conveniência e oportunidade, e esta escolha deve ser feita em razão do interesse público e não de interesses particulares. Ainda, como se verá adiante, o ato discricionário deverá ser motivado e estar de acordo com os princípios da Administração Pública.

3.4 PODER (OU DEVER) DISCRICIONÁRIO

Neste sentido de discricionariedade administrativa como necessidade em face da impossibilidade de previsão legal de todos os atos da Administração, percebe-se que a discricionariedade não pode ser encarada como um poder, uma vez que este é exercido dentro de diversos limites. Neste sentido as ponderações de Bandeira de Mello:

Tomando-se consciência deste fato, (...) desta necessária submissão da administração à lei, percebe-se que o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*.⁴² (Grifos do autor).

Há, portanto, um dever revestido da denominação de poder. Se poder fosse, estaria-se negando o princípio da legalidade à Administração, pois então estaria o administrador atuando conforme seu juízo, sua vontade. De fato, há a atuação da vontade pautada pelo interesse público e pelos princípios da Administração Pública. Ao administrador cabe, então, verificar os critérios de conveniência e oportunidade e aplicar a melhor solução no caso concreto.

A idéia de discricionariedade administrativa, conforme a visão de Bandeira de Mello pode ser melhor entendida tomando-se a idéia de função, e não de poder. O

⁴² BANDEIRA DE MELLO, C. A. Ob cit. p. 15.

poder é exercido pela pessoa em proveito próprio. A categoria função, de importância para o direito privado, como no caso da tutela e curatela, é um poder exercido em benefício de outrem. Assim, não é um poder absoluto, mas sim um dever de se atingir o interesse de outrem. No caso do direito público este interesse é sempre um interesse da coletividade, exercido como esta finalidade em mente.

3.5 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A discricionariedade administrativa, mesmo sabendo que é pautada pela legalidade, não constituindo assim uma arbitrariedade, apresenta uma exceção a idéia de que não há liberdade alguma na atuação administrativa. De fato, a discricionariedade resulta da impossibilidade do legislador prever todas as situações presentes no mundo concreto. Resulta do reconhecimento da limitação da inteligência humana, é uma necessidade, não um benefício.

O ser humano não é omnisciente. Sua aptidão para desvendar a solução que satisfaria idealmente a finalidade legal é limitada, é finita. Uma vez que a inteligência humana é finita – e, portanto, não pode desvendar tudo – também não pode identificar sempre, em todo e qualquer caso, a providência idônea para atender com exatidão absoluta a finalidade almejada pela regra aplicanda, dado que pelo menos dois pontos de vista divergentes seriam igualmente admissíveis. Disto resulta a impossibilidade de eliminar o subjetivismo quanto à superioridade de algum deles em relação aos outros. 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 número limitado de alternativas e que se apresente como razoável no caso concreto. (grifos do autor)⁴³

Di Pietro identifica dois critérios para justificar a existência da discricionariedade: o critério jurídico e o critério prático.⁴⁴ Sob o ponto de vista jurídico temos a teoria da formação do direito por degraus, de Kelsen, que no ordenamento brasileiro parte da Constituição, passando pelas leis e decretos e demais normas, numa escala do abstrato ao concreto. Do ponto de vista prático visa afastar o automatismo e a excessiva rigidez do ordenamento, tornando a Administração Pública eficaz.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. p. 43.

⁴⁴ DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. p. 222.

3.6 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Conceitos jurídicos indeterminados, são aqueles em que estão susceptíveis a uma interpretação, uma atribuição de significado conforme o caso concreto. Como exemplo, os vocábulos “interesse público”, “urgência”, “notável saber”. Ora, estas palavras têm um significado, mas este significado pode variar de acordo com o momento ou o local ao que é aplicado. Uma mesma palavra pode ter significados diferentes conforme o contexto a que se inserem.

Conforme foi dito sobre o fundamento da discricionariedade, que se apresenta como uma necessidade do legislador, ante a impossibilidade de prever todas as situações possíveis que possam surgir no plano material, a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados também resulta desta problemática. Se todos os conceitos apresentassem um nível de determinação absoluto, o ordenamento jurídico se apresentaria excessivamente rígido, tornando-se, assim, ineficaz e não atendendo aos anseios sociais.

A fluidez de certos conceitos são importantes para conferir certa flexibilidade ao ordenamento jurídico, de forma a torná-lo eficaz. De todo modo, esta fluidez não raro é utilizada como pretexto para tornar o sistema excessivamente flexível de forma a possibilitar arbitrariedades. A utilização do vocábulo “a critério da Administração” no texto legal, muitas vezes foi encarada como um *cheque em branco* para o administrador, para que ele procedesse à sua vontade. Como já foi explicado, se assim procedesse, o administrador estaria sendo arbitrário e, portanto, agindo ao arrepio da lei.

Por esta razão, os conceitos jurídicos indeterminados, assim como qualquer forma de discricionariedade na Administração Pública, não podem ser encarados como uma possibilidade de agir sem nenhum critério. A Administração é sempre balizada pela legalidade e o poder exercido pelo administrador é um poder exercido com vistas a realização de determinados fins, assim, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador e sua posterior interpretação pelo administrador deve ser feita tendo em mente sempre a finalidade da norma que se configura na satisfação de determinado fim público.

A doutrina alemã acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, separa a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados, afirmando que estes não são dotados de discricionariedade uma vez que a fluidez dos conceitos está apenas no plano geral e abstrato da norma legal, mas não na sua aplicação no plano concreto. Vale dizer que, a norma, ao ser aplicada, deixa de conter discricionariedade, pois esta aplicação é objetivamente determinada pelas situações concretas. Assim, alargou-se o campo de atuação do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, uma vez que este poderia aferir se, no caso concreto, a interpretação dada ao conceito estava de acordo com aquela única interpretação possível admitida no momento.

Esta posição da doutrina alemã é questionada por Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a discricionariedade administrativa está presente sim nos conceitos jurídicos indeterminados, sendo possível que numa situação concreta mais de uma solução possa ser tomada sem que seja possível a distinção entre elas, pelo Poder Judiciário, sem que se esteja interferindo no mérito administrativo. Conforme leciona Bandeira de Mello, além de outras “causas”⁴⁵, a discricionariedade pode decorrer:

III) da finalidade da norma. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos *plurissignificativos* (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de imprecisos ou indeterminados) e não unissignificativos.⁴⁶

Em síntese, afirma-se que pode haver uma diversidade de situações envolvendo os conceitos jurídicos indeterminados. Haverá situações que será possível determinar objetivamente qual é a única interpretação possível em face do caso concreto e assim sendo, poderá o Poder Judiciário verificar a legalidade do ato do administrador. Entretanto, haverá também situações em que exata avaliação não

⁴⁵ “A discricionariedade pode ocorrer: I) da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo. Pode também derivar II) do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias. (...) III) da finalidade da norma...” Discricionariedade e Controle Judicial. p. 19.

⁴⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e controle jurisdicional. p. 19.

poderá ser feita sem que esteja-se adentrando no mérito administrativo. Ou seja, haverá situações em que os conceitos utilizados na norma, em razão de sua fluidez, possibilitará um juízo discricionário do administrador, impossibilitando nestes casos a correção pelo Poder Judiciário.

De qualquer modo, todo conceito é dotado de um significado mínimo, em nenhum caso ele é totalmente indeterminado. Por exemplo, se utilizarmos uma palavra como “pessoa jovem” ou “pessoa idosa”, não há interpretação absoluta que diga quem é jovem ou não. As interpretações podem variar. Mas não haveria dúvida alguma ao se classificar uma criança em fase pré-escolar como sendo jovem, e não adulta. Próximo dos vinte anos esta certeza já deixaria de existir.

Haverá diferentes graus de imprecisão gerando a chamada “zona de certeza positiva e negativa” e a uma zona de penumbra, de incertezas. Nestes estágio de incerteza, não caberá ao Juiz determinar a interpretação do conceito, mas apenas ao administrador. Nos outros casos, em que haja esta possibilidade de se indicar com precisão qual a interpretação do conceito, poderá o Juiz apreciar e julgar pela manutenção ou anulação do ato.

4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 CONTROLE INTERNO

Há duas formas básicas de controle da Administração Pública: o controle interno e o externo. O controle interno é aquele realizado dentro da própria Administração, chamado de autocontrole ou *autotutela*. É a possibilidade, e o dever, de a Administração revogar ou anular seus próprios atos, com o objetivo de preservar a legalidade e o interesse público. Conforme a redação da súmula 473, STF: “A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

A missão da Administração de controlar a si própria é uma função inerente à atividade administrativa que visa, nesta medida, o controle do cumprimento dos princípios administrativos, ou seja, a observância, na atividade administrativa, do regime jurídico administrativo. Decorre, assim, do dever que a Administração tem de agir legalmente, dentro dos limites constitucionais, Destarte, nada mais sensato que a própria Administração Pública possa dispor de mecanismos de aferição de sua atividade.⁴⁷

São considerados mecanismos desta modalidade de controle:

- a) *Autocontrole* – é a hipótese de anulação ou revogação de um ato administrativo pela própria Administração, de ofício;
- b) *Pedido de reconsideração* – anulação ou revogação de um ato administrativo pela própria Administração por meio da provocação de um particular. É decorrente do direito de petição assegurado pelo art. 5º, XXXIV, “a”, CF⁴⁸

⁴⁷ BACELLAR FILHO, R. F. Direito Administrativo. p. 203.

⁴⁸ Art. 5º, XXXIV, CF: “são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; (...)”

- c) *Recursos administrativos* – também é uma forma de controle exercido mediante provocação, semelhante ao pedido de reconsideração, mas manifestado pela forma de recurso nos processos administrativos;
- d) *Controle hierárquico* – é o controle que os superiores na escala funcional exercem sobre seus administrados, de modo a garantir o exercício da boa administração.

4.2 CONTROLE EXTERNO

O controle externo é aquele efetuado por órgãos alheios à Administração, tem as mesmas finalidades do controle interno, mas este atua de forma complementar a aquele. Mesmo com todos os mecanismos do controle interno, não há garantia de uma Administração Pública devidamente hígida. Em verdade, o problema do autocontrole é que, muitas vezes, ou não é exercitado, ou sua consecução ocorre de maneira falha. Esta é uma das razões pelas quais se atribui grande significação ao controle externo.⁴⁹

Toda as formas de controle, incluindo o controle interno, mas, de maneira mais expressiva, o controle externo é inerente do Estado de Direito, conforme aponta Bacellar Filho:

Desde o advento do Estado Social e Democrático de Direito, constatou-se a necessidade do estabelecimento de mecanismos de controle que possam ser exercidos por agentes que estejam fora da estrutura administrativa e que sejam, por assim dizer, totalmente desvinculados e imparciais em relação à atividade que será objeto do controle. Entendem os especialistas que os mecanismos de controle externo permitem dar à atividade administrativa maior transparência na gestão da coisa pública, gerando aperfeiçoamento, assim, do modelo democrático.⁵⁰

São considerados mecanismos desta modalidade de controle: o controle político (exercido pelo Poder Legislativo), o controle social (exercido pelos Cidadãos) e o controle judicial ou jurisdicional (exercido pelo Poder Judiciário)

⁴⁹ BACELLAR FILHO, R. F. B. Ob. cit. p. 204.

⁵⁰ Idem, ibidem. p. 205.

4.2.1 Controle Político

De acordo com o inciso X do art. 49, entre os atos de competência exclusiva do Congresso incluem-se os de “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração indireta”. Este dispositivo está regulamentado pela Lei 7.295/84. A competência atribuída ao Poder Legislativo abrange: a) sustação de atos e contratos pelo Executivo; b) convocação de Ministros e requerimentos de informações, recebimento de petições, queixas e representações dos administrados e convocação de qualquer autoridade ou pessoa para depor; c) Comissões Parlamentares de Inquérito; d) Autorizações ou aprovações do Congresso necessárias para atos concretos do Executivo; f) julgamento das contas do Executivo; g) Suspensão e destituição (“impeachment”) do Presidente ou de Ministros.⁵¹ A estas competências somam-se as previstas no art. 71, CF, que trata sobre o Tribunal de Contas, órgão auxiliar do parlamento no controle externo.

4.2.2 Controle Social

Pode ser considerado também como meio de controle da Administração Pública o controle social, exercido pelos cidadãos, refletindo uma característica referente ao Estado democrático, no qual a vontade do povo é exercida por meios diretos e indiretos, ou seja, por meio de representantes eleitos (democracia representativa) ou diretamente⁵² (democracia participativa). Esta última forma de exercício de democracia, a forma direta, é a que atende mais imediatamente os anseios do povo, sendo a fiscalização da Administração pelos cidadãos, medida importante para a Democracia.

No quadro constitucional, são mecanismos que viabilizam o controle social:

- direito de petição, previsto no art. 5, XXXIV, “a”, CF

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo. p 864 e ss.

⁵² O parágrafo único do art. 1º da CF dispõe que “todo poder emana do povo que o exerce por meios de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição.”

- direito de reclamação em relação a prestação de serviços públicos, conforme previsto no art. 37, §3º, CF

4.2.3 Controle Judicial

No Brasil, ao contrário do que ocorre em inúmeros países europeus, vigora o sistema de jurisdição única, de modo que compete exclusivamente ao Poder Judiciário, com força de definitividade, decidir sobre todos os litígios que surgirem na sociedade, sejam quais forem os litigantes ou a índole da relação jurídica controvertida. Ou seja, todos os litígios, inclusive aqueles que a figura como parte a Administração Pública. Assim, o Poder Judiciário, a instâncias da parte interessada, controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, quando for o caso.⁵³

A jurisdição única e o controle judicial da Administração encontram fundamento constitucional, art. 5º, XXXV que diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

4.3 MEIOS DE CONTROLE JUDICIAL

O Poder Judiciário, para exercer o controle da Administração Pública utiliza-se de medidas judiciais comuns ao direito privado (e. g. as de defesa ou reintegração de posse ou as ordinárias de indenização e as cautelares em geral) e ainda conta com ações específicas para este determinado fim. São elas o *habeas corpus*, o mandado de segurança, individual e coletivo, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação popular, a ação civil pública e a ação direta de inconstitucionalidade, por ação ou omissão.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo. p. 871.

4.4 CONTROLE E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

O pensamento de Montesquieu fundava-se na observação do fato de que aquele que tem poder, tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, é necessário que o poder seja por ele limitado, porque o poder vai até onde encontra limites. Daí, a clássica afirmação de que, para contê-lo, é necessário que aquele que faz as leis nem julgue nem execute, que aquele que executa nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga nem faça as leis nem as execute.⁵⁴

O Brasil adota a separação dos Poderes (art. 2º, CF). Cada poder exerce suas atividades típicas, o Legislativo produz leis, o Judiciário julga e o Executivo executa o que está na lei.

o legislador constituinte atribuiu diversas funções a todos os poderes, sem, contudo caracterizá-la com a exclusividade absoluta. Assim, cada um dos Poderes possui uma função predominante, que o caracteriza como detentor de parcela da soberania estatal, além de outras funções previstas no texto constitucional. São as chamadas funções típicas e atípicas.⁵⁵

Assim, a Administração Pública é realizada principalmente pelo Executivo. Mas, além das atividades típicas de cada Poder, cada um deles realiza atividades atípicas, sendo uma delas administrar sua própria estrutura.

Quando o Poder Judiciário atua no controle dos atos administrativos, ele está controlando uma função típica do Poder Executivo e, neste sentido exercendo uma forma de interferência de um Poder sobre outro. Por esta razão é importante delimitar a função de cada Poder, para que um não afete a esfera de competência de outro, como poderia acontecer, por exemplo, se o Juiz excedesse sua competência e substituísse o juízo do administrador pelo o seu próprio. Como já dito anteriormente, cabe ao Judiciário analisar aspectos relacionados a legalidade do ato, mas sem adentrar no mérito administrativo.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e controle jurisdicional. p. 11-12.

⁵⁵ MORAES, A. de. Direito Constitucional. p. 388.

5 O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

5.1 CONTROLE JUDICIAL E LEGALIDADE

Cabe ao Poder Judiciário exercer o controle externo dos atos da Administração, atuando de forma a garantir que seja preservada a legalidade dos atos da Administração Pública. As decisões proferidas por este Poder têm caráter definitivo, fazem coisa julgada material, sendo a atuação do juiz diferente da atuação do administrador neste ponto, já que o ato administrativo está sujeito a controle.

O controle do ato não significa que o juiz irá novamente decidir sobre o mérito do ato. Cabe ao juiz garantir a legalidade do ato administrativo, verificando a conformidade deste ato com o ordenamento jurídico vigente. Nos atos administrativos vinculados o controle judicial recai sobre todos os elementos do ato. Já nos discricionários, costuma-se afirmar que o controle judicial recai apenas sobre os aspectos da forma e da competência, ficando os outros (motivo, finalidade e objeto) a critério do administrador.

Com a mais atual doutrina admite-se também que o controle judicial dos atos administrativos discricionários recaia sobre os elementos motivo e finalidade, indicando certos autores de que o controle estaria indo além da mera verificação da legalidade do ato.

É verdade que, com o controle do motivo e da finalidade do ato está-se ampliando as possibilidades de controle, permitindo que o Poder Judiciário aprecie questões que até então não era de sua alçada. No entanto, esta ampliação do controle da Administração Pública não representa um controle que vá além dos aspectos legais. Um ato administrativo não motivado, motivado por razões ilícitas, com desvio de poder ou mesmo em contrariedade aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública são atos contrários à lei. A correção judicial com base nestas razões nada mais é do que um controle da legalidade do ato.

Admitir um controle judicial dos atos administrativos discricionários que se limite a verificar apenas a competência e a forma do ato é abrir espaço para o exercício

de arbitrariedade e abuso de poder. É claro que o administrador público deve ter um espaço de atuação, de modo que não fique engessado e sem qualquer possibilidade de garantir uma Administração Pública eficiente, receoso que seus atos sejam a todo momento questionados e invalidados. Mas é próprio do Estado de Direito que o cidadão cobre do governante uma atuação séria, lícita, moral, conforme o direito.

A adoção controle judicial dos atos administrativos discricionários com base numa noção de legalidade⁵⁶ em seu sentido amplo (incluindo o exame dos motivos do ato, da finalidade do ato e sua conformidade com os princípios jurídicos, indo além da simples análise dos aspectos da competência e da forma) é forma de garantia ao cidadão de uma Administração que esteja voltada para a satisfação do interesse público.

5.2 CONTROLE DO MOTIVO DO ATO

Motivo é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato.⁵⁷ É uma hipótese prevista em lei que, quando verificada no caso concreto, conduz à prática de determinado ato. Convém ao administrador verificar a existência do motivo e, quando necessário, expressar as suas razões, ou seja, apresentar a *motivação* do ato, a exteriorização do motivo.

Nos atos vinculados não há juízo subjetivo algum quanto aos motivos do ato. Há simples aplicação, quase que automática, da lei. Já nos atos discricionários há esse juízo subjetivo do administrador, o que demanda, conforme afirma Bandeira de Mello,

⁵⁶ Quanto à legalidade, Juarez Freitas: “A subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como sistematicamente justificável.” (FREITAS, J. O controle dos atos administrativos. p. 43) e Bacellar Filho: “A legalidade não tem o condão de transformar o Administrador Público em aplicador cético e desmesurado do texto legal: legalidade não é sinônimo de legalismo (formalismo na aplicação da lei que a desliga da realidade social). O espírito da lei – o conteúdo – é pressuposto de sua aplicação. O irrestrito cumprimento da norma não significa aplicá-la fria e descompromissadamente. Prevalece, na tarefa de realização do direito, a adrede convicção de que, antecedendo a norma, preexiste a finalidade pública.” (Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. p. 161).

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e controle jurisdicional. p. 86.

uma motivação detalhada, como no caso dos processos administrativos disciplinares.⁵⁸ Quanto ao dever de motivar, vemos que este recai tanto sobre os atos vinculados quanto aos discricionários:

O princípio da motivação está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos.⁵⁹

O princípio da motivação é tratado pela lei 4.717/1965, art. 2º, caput, havendo, no parágrafo único, inciso VII, exigência de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Além disso, o artigo 50 estabelece a obrigatoriedade de motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V - decidam recursos administrativos;
- VI - decorram de reexame de ofício;
- VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
- VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

O controle do motivo se dá pela averiguação de sua materialidade e qualificação, ou seja, a verificação se, no caso concreto, existiu ou não a situação que enseja a realização do ato administrativo. Em existindo o motivo, deve-se analisar se este é próprio, se é adequado, se deviam existir para a prática do ato.

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam.⁶⁰

Neste sentido o entendimento do STJ:

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de direito administrativo. p. 102.

⁵⁹ DI PIETRO, M. S. Z. Direito Administrativo. p. 97.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso... p. 902.

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO. 1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação. 2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, **todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade**. 3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário. 4. Recurso provido. (STJ, SEXTA TURMA, RMS 15459/MG, Rel. Min. PAULO MEDINA)

Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija motivação, ele só será válido quando os motivos forem verdadeiros.⁶¹

5.3 CONTROLE DA FINALIDADE DO ATO: A TEORIA DO DESVIO DE PODER

Segundo Cretella Júnior, desvio de poder é “o uso indevido que a autoridade administrativa competente faz do poder discricionário que lhe é conferido, para atingir finalidade diversa daquela que a lei explícita ou implicitamente preceituara.”⁶² Ou seja, há desvio de poder quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência mas em vista de fim diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido.

A idéia do desvio de poder surgiu na França, e no Brasil tem expressão com a lei 4.717/1965 que trata da ação popular e no art. 2º dispõe que: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) e) desvio de finalidade”.

Conforme afirma Bandeira de Mello, o desvio de poder:

⁶¹ Idem, ibidem. p. 221.

⁶² CRETILLA JÚNIOR, J. O “desvio de poder” na administração pública. p. 31.

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, extravie-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia deliberadamente ou não, estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica.⁶³

Como dito anteriormente, como comportamento que desgarrar do fim legal, é, em suma, uma transgressão a lei. Não agride a margem de liberdade administrativa.⁶⁴

Pode-se identificar duas formas de desvio de poder, conforme a intenção do agente em (i) querer atingir finalidade diversa da pretendida pela lei, com vistas ao atendimento de finalidade próprias, ou (ii) querer atingir finalidade pública, mas diversa daquela prevista na lei.⁶⁵ Qualquer uma das formas caracteriza o desvio de poder. A primeira modalidade é a mais reprovável, por ser feita sempre com a má-fé do administrador, conduta que atenta contra o princípio da moralidade e impessoalidade. A segunda modalidade pode ser feita com boa-fé, mas mesmo assim não deixa de caracterizar desvio de poder.

Sobre a questão do desvio de poder no Brasil, afirma Bandeira de Mello:

Os casos de desvio de poder no País são incontáveis e parecem assentar-se na concepção ingênua, até mesmo primitiva, de que as autoridades, sobretudo as investidas em cargos políticos, são como que “donos” dos poderes públicos enquanto titularizam ditos cargos.⁶⁶

Seguindo o raciocínio de que se o ato realizado com vistas a uma finalidade pública, mas diversa daquela pretendida pela lei para tal ato, é um ato anulável, por ter sido realizado com desvio de finalidade, poder-se-ia concluir que o contrário também seria válido: o ato que, subjetivamente, foi realizado com um fim diverso do pretendido, mas que, objetivamente, atendeu os fins públicos seria um ato válido, seguindo um pretense raciocínio de que “os fins justificam os meios”. Parece claro que um raciocínio desses não pode ser tomado a sério, já que uma intenção viciada não pode gerar bons resultados.⁶⁷

⁶³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Discricionariedade e controle jurisdicional. p. 57.

⁶⁴ Idem, ibidem. p. 57.

⁶⁵ Idem, ibidem, p. 58.

⁶⁶ Idem, ibidem. p. 68.

⁶⁷ É o caso também das provas ilícitas no processo, não admitidas no ordenamento brasileiro segundo este mesmo raciocínio de que a árvore envenenada não poderá prover bons frutos (“*fruit of the poisonous tree*”).

Na lição de Bandeira de Mello, esta possibilidade de invalidar o ato que atende o fim legal, mas que foi realizado com intenção diversa da pretendida decorre da presunção *iuris et de jure* de que a intenção incorreta desemboca em desacordo do ato com seu fim próprio. “Se a lei pretendia que o agente mirasse certo alvo e ele não o fez, pois apontou para meta distinta, não é de crer que haja casualmente acertado, sobreposse quando agiu de má fé. Antes, é de supor que mirando mal não atingiu o que teria que atingir.”⁶⁸

Ademais, considerando o fundamento da discricionariedade, no sentido de ser uma liberdade em face de uma necessidade imposta ao legislador, e não um poder arbitrário concedido ao administrador, é óbvio que não cabe ao administrador agir de qualquer maneira ante ao caso concreto, mas sim entre a melhor maneira para a satisfação da finalidade da norma. Sendo assim, não é possível que se atente apenas para a finalidade do ato, desprezando-se os meios empregados para sua realização.

Quanto ao desvio de poder, afirma Caio Tácito:

Se a autoridade se desvia da finalidade legal própria, o ato administrativo se torna viciado em elemento essencial de legalidade. (...) Acolhida, amplamente, na generalidade dos sistemas administrativos, a noção de desvio de poder como tipo de ilicitude administrativa, alcançou entre nós, consagração legislativa e jurisprudencial.⁶⁹

Nesta esteira, o julgamento da 2ª turma do Supremo Tribunal Federal do Recurso Extraordinário nº 192.568/PI:

CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de **desvio de poder**, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. "Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na

⁶⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. ob cit. p. 74.

⁶⁹ TÁCITO, C. Vinculação e discricionariedade administrativa. p. 127.

mais rúptil das garantias" (Celso Antonio Bandeira de Mello, "Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta", página 56).

5.4 CONTROLE ATRAVÉS DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS

O Direito Administrativo é regido por normas próprias deste ramo do direito, que compõem o regime jurídico administrativo.⁷⁰ O regime jurídico administrativo é o conjunto de princípios, de matriz constitucional, que determinam e orientam a compreensão de todo o direito administrativo. É o regime de “prerrogativas e sujeições” ao qual a Administração Pública está submetida e que confere autonomia científica a tal ramo do direito público.⁷¹

Os princípios jurídicos são as normas, de origem constitucional, que formam as bases do direito administrativo e regem toda a administração. Por seu caráter geral e abstrato, são normas que têm ampla aplicação no direito administrativo. Como norma⁷², têm peculiaridades quando comparadas com as regras, por exemplo em caso de conflito de princípios, ao qual se aplica a ponderação de valores, onde um pode se sobressair a outro sem, contudo, invalidá-lo. Os conflitos entre regras são resolvidos com base na exclusão, na opção por uma e exclusão de outra, já os princípios podem coexistir, aplicando-se um ou mais ao caso concreto.

Ainda, os princípios são geradores de normas, podendo ser hierarquizados dentro do sistema jurídico, sendo alguns princípios decorrentes de outros, assim como

⁷⁰ Conforme aponta Bacellar Filho: “O regime jurídico-administrativo já se apresenta como um tema clássico dentro do Direito Administrativo. Tal noção ganhou força, no Brasil, na medida em que Celso Antônio Bandeira de Mello, pioneiramente, procurou estabelecer, em sua obra, uma sistematização dos princípios que regem esta disciplina.” (Direito Administrativo. p 36.)

⁷¹ BACELLAR FILHO, R. F. Ob. cit. p. 37.

⁷² Ruy Samuel Espindola: “A concepção de que um princípio jurídico é norma de Direito talhou-se através de evolução analítica interessante. Primeiro, a metodologia jurídica tradicional distinguia os princípios das normas, tratando-as como categorias pertencentes a tipos conceituais distintos. Ou seja, norma tinha um significado e princípio, outro. Mas, mesmo assim, a idéia de norma era sobreposta, dogmática e normativamente, à idéia de princípio. Isso evidenciava-se em posturas metodológicas, como as de Josef Esser, no seu livro *principios y Norma em la Elaboración Jurisprudencial Del Derecho Privado*. Depois, devido aos acréscimos teórico-analíticos de Dworkin e Alexy, pacificou-se a distinção entre regras e princípios como espécies do gênero norma de direito” (Princípio como norma jurídica. In: Conceito de princípios constitucionais. p. 61) Também neste sentido Joaquim José Gomes Canotilho: “as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras” (Direito Constitucional e Teoria da Constituição)

algumas regras são decorrentes de alguns princípios. Por esta razão, a variedade da terminologia para identificar os princípios jurídicos, podendo alguns autores tratar de vários princípios dentro uma mesma denominação, ao passo que outros preferem estudá-los separadamente.

A própria lei acaba por detalhar os princípios constitucionais do art. 37⁷³, ampliando o número de princípios conforme o art. 2º da Lei 9.784/99:

Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

De qualquer modo, princípio de capital importância é o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Outros princípios constitucionais, mesmo que se não fossem expressos, poderiam ser aplicados como decorrência deste princípio. É, por exemplo, o caso do princípio da eficiência, inserido pela emenda constitucional nº 19/98. Mesmo que não houvesse a expressa previsão do princípio da eficiência seria claro que uma Administração que sirva a satisfação do interesse público, deve ser eficiente. Se a Administração não for eficiente não se está satisfazendo o interesse público.⁷⁴

Ao se compreender o direito administrativo como um todo, como o aparelhamento do Estado com vistas à satisfação do bem comum, percebe-se que todos estes princípios estão orientados a um mesmo sentido, sendo todos eles resultado do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Estudá-los separadamente revela apenas vários aspectos de uma mesma realidade.

Por fim, admitindo-se que o direito administrativo possui um regime jurídico próprio composto por normas jurídicas que incluem regras e princípios e que estes princípios, gerais e abstratos, são aqueles que fundam e regem toda a disciplina do direito administrativo e, ainda, são decorrências de toda a idéia de Estado no atual modelo do Estado democrático de direito, chega-se à conclusão de que todo ato que

⁷³ Art. 37. A Administração Pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

⁷⁴ Outro exemplo é a inserção do princípio da moralidade administrativa no rol dos princípios constitucionais, que nada mais é do que ressaltar o óbvio.

estiver em desacordo com estes princípios está em desacordo com o direito, podendo ser anulado.⁷⁵

5.4.1 Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado

Conforme afirma Bandeira de Mello: “O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência”.⁷⁶

A principal consequência deste princípio é o fato da Administração ocupar posição privilegiada sobre os particulares, por estar realizando o bem comum, assim sendo, justifica-se certas prerrogativas do Estado, que se consubstanciam-se na auto-executoriedade, autotutela, poder de expropriar, poder de requisitar bens e serviços, poder de ocupar imóvel alheio, de instituir servidão, aplicar sanções administrativas, alterar e até rescindir contratos unilateralmente, impor medidas de polícia, gozar de imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.⁷⁷

O exercício destes poderes justifica-se na função de satisfazer o interesse público, assim sendo, qualquer atuação do administrador que vá além desta finalidade caracteriza desvio de poder ou de finalidade ensejando o controle judicial conforme visto anteriormente.

Além das prerrogativas da administração por ser responsável pela satisfação do interesse público, há também o princípio da *indisponibilidade do interesse público*. Como a Administração Pública é responsável por gerir interesse alheio (interesse do

⁷⁵ Conforme aponta Juarez Freitas: “O controle há de ser preponderantemente principiológico, ultrapassando, neste aspecto e mais uma vez, a rigidez das antigas classificações dos atos administrativos, enfatizada a inexistência de atos exclusivamente políticos: tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários devem guardar vinculação forte com o sistema positivado.” (O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. p. 237). E ainda: “A discricionariedade, no Estado Democrático, quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais, está sempre vinculada aos princípios fundamentais, sob pena de se traduzir em arbitrariedade e de minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação como racional característica fundante do sistema administrativo.” (Ob. cit. p. 236).

⁷⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de direito administrativo. p. 87.

⁷⁷ BACELLAR FILHO, R. F. Direito administrativo. p. 37.

povo), esta não pode dele dispor à sua vontade, mas apenas administrar conforme os interesses dos reais detentores do poder.

5.4.2 Princípio da Legalidade

Princípio de expressão na Administração Pública, decorre da submissão do Estado ao Direito. Não apenas os cidadãos estão sujeitos a lei, mas também o Estado, como forma de controle.

Conforme Bandeira de Mello:

Enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele.⁷⁸

Tem fundamento nos arts. 5º, II, 37, *caput* e 84, IV da Constituição Federal. O princípio da legalidade no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina. Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize.⁷⁹

Integra o princípio da legalidade o princípio da *finalidade* e da *motivação*.⁸⁰

5.4.3 Princípio da Impessoalidade

O tratamento aos administrados deve ser de forma isonômica, não podendo haver favorecimento de uns em detrimento de outros. Como afirma Bandeira de Mello sobre este princípio:

⁷⁸ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Ob cit. p. 90.

⁷⁹ Idem, ibidem. p. 95.

⁸⁰ Bandeira de Mello: “Em rigor, o princípio da finalidade não é uma decorrência do princípio da legalidade. É mais que isto: é uma inerência dele; está nele contido, pois corresponde à aplicação da lei tal qual é” (Ob. cit. p. 97). Ainda: “Na verdade, só se erige o princípio da finalidade em princípio autônomo pela necessidade de alertar contra o risco de exegeses toscas, demasiadamente superficiais ou mesmo ritualísticas, que geralmente ocorrem por conveniência e não por descuido do intérprete” (Ob. cit. p. 98)

Nele se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.

Decorre deste princípio a exigência de concurso público para o provimento de cargos públicos e de licitação para as compras públicas, justamente para assegurar tratamento sem distinções a todos os interessados.

5.4.4 Princípio da Moralidade Administrativa

O princípio da moralidade administrativa indica que a Administração deve agir dentro do limite da moralidade. Não a moral comum a todas as pessoas, mas a uma moralidade que seja própria da Administração Pública.

Alguns autores interpretam tal princípio como um atendimento ao princípio da legalidade (o que for legal é moral, o que não for legal não é moral), mas não é isto que indica o princípio, mesmo porque se assim fosse bastaria apenas enumerar o princípio da legalidade na Constituição. Podem haver leis que sejam imorais, de modo que a atuação do administrador fosse conforme a lei, mas não conforma a moralidade administrativa. Conforme Bacellar Filho:

Justamente pela vacância da expressão “moral administrativa” é que alguns doutrinadores não aceitam o princípio da moralidade em sua forma autônoma, e sim como um desdobramento intimamente relacionado com o princípio da legalidade. Porém discorda-se de tal posicionamento pelo fato de que se vislumbram, no ordenamento jurídico brasileiro, com facilidade, leis que não são conformes à moralidade administrativa. Portanto, o descumprimento destas implicaria ilegalidade e não imoralidade.

Defende-se, portanto, que a moralidade administrativa é autônoma ao princípio da legalidade, mas reconhece-se que geralmente estes dois princípios estão interligados e o controle dos atos administrativos baseado em ofensa a moralidade administrativa geralmente representa uma ofensa ao princípio da legalidade.

5.4.5 Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade visa dar transparência à Administração e a seus atos. Na esfera administrativa o sigilo só se admite a teor do art. 5º, XXXIII quando “imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado”. Assim, a atividade administrativa é exercida às claras, possibilitando seu acompanhamento por qualquer cidadão.

Quanto ao controle da administração, o princípio da publicidade importa pelo fato de que os atos da administração podem ser analisados não apenas pelos órgãos do Legislativo e do Judiciário, mas também dos cidadãos possibilitando o exercício do controle social.

5.4.6 Princípio da Eficiência

A Emenda Constitucional nº 19 de 1998 inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no art. 37, *caput*. Também a lei nº 9.784/99 fez referência a ele no artigo 2º, *caput*.

O princípio da eficiência apresenta dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.⁸¹

Quanto ao controle dos atos através do princípio da eficiência, aponta Emerson Gabardo:

Torna-se clara a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos a partir da análise de sua eficiência, de forma independente, embora imbricada com os demais princípios constitucionais explícitos e, até mesmo, os implícitos, como o da razoabilidade e o da finalidade. Desse modo, amplia-se a possibilidade de acompanhamento da Administração por parte do Ministério Público, haja vista que a averiguação de ineficiência prescinde da existência de metas específicas, bem como pode ser realizada tanto *a posteriori*, como

⁸¹ DI PIETRO, Direito Administrativo. p. 98.

preventivamente à atuação administrativa, reforçando, portanto, o dever de sindicabilidade de quaisquer atos da Administração pelo Poder Judiciário.⁸²

5.4.7 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

De acordo com estes princípios “a Administração ao atuar, no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”.⁸³

O Administrador, além de estar sujeito a lei no exercício de sua competência discricionária, que abrange a legalidade da finalidade e do motivo do ato, também deverá se ater a adoção de uma escolha razoável, dentro de uma certa racionalidade, normalidade e ponderação, o que exclui atitudes insensatas, excêntricas ou ilógicas. Mais uma vez afirma-se que o agir discricionário não pode ser um juízo arbitrário, realizado à vontade do administrador.

Quanto a este princípio aponta Di Pietro:

É curioso que o princípio da razoabilidade, embora considerado como limite à discricionariedade, quer do legislador, quer do administrador público, encerra, ele mesmo, um conceito indeterminado, uma vez que não há critérios objetivos que permitam diferenciar uma lei ou ato administrativo razoável de uma lei ou ato administrativo irrazoável.⁸⁴

De fato, não há critério objetivo para distinguir o que é razoável e o que não é razoável, bem como não há conceito preciso sobre a razoabilidade. Mas tratando-se conceitos jurídicos indeterminados, temos zonas de certeza positiva e negativa, nas quais não pairam dúvidas sobre sua aplicação, assim sendo, é perfeitamente possível que haja controle do ato com base nesse princípio sem que esteja-se invadindo o mérito do ato administrativo.

Integra o princípio da razoabilidade o princípio da proporcionalidade⁸⁵, segundo o qual “as competências administrativas só podem ser validamente exercidas

⁸² GABARDO, E. Princípio constitucional da eficiência administrativa. p.147.

⁸³ BANDEIRA DE MELLO, C. A. de, ob cit. p. 99.

⁸⁴ DI PIETRO. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. p. 126.

⁸⁵ Conforme entendimento de Bandeira de Mello “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade” (Ob. cit. p. 101) e Di Pietro: “Embora a Lei nº

na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas⁸⁶

Conforme afirma José Roberto Pimenta Oliveira:

Frise-se que a irrazoabilidade e, logo, a desproporcionalidade são vícios de extrema gravidade, seja sob a forma de falta de ponderação (não é ponderado o que deve ser ponderado), seja de desproporção de ponderação (a ponderação realizada não é justificada), utilizando-se a terminologia de Alexy. Este mesmo Autor encarece que a ponderação ganha estrutura pelo princípio da proporcionalidade, sob a égide de seus três escalões normativos. (...) Ao Poder Judiciário, no exercício de sua missão constitucional, incumbe realizar o controle judicial fundamentado na aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como garantia da tutela judicial efetiva consagrada na Constituição em favor dos administrados.⁸⁷

O que o princípio da proporcionalidade visa proteger é a adequação entre os meios e os fins dos atos administrativos. O meio deve ser o suficiente para se realizar o fim, qualquer excesso cai na esfera da ilegalidade do ator, ferindo-se assim o princípio da razoabilidade.

9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar” (Direito administrativo. p. 95).

⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, C. A. Ob. cit. p. 101.

⁸⁷ OLIVEIRA, J. R. P. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro. p. 365-366.

6 CONCLUSÃO

A doutrina sempre diferenciou discricionariedade de arbitrariedade, assim, o agir discricionário do administrador público foi sempre limitado. Entretanto, não há consenso para a fixação destes limites, motivo pelo qual o tema do controle judicial dos atos administrativos discricionários é tão debatido.

O tema deve ser estudado com base na atual configuração do Estado Democrático de Direito, o qual está submetido à lei que, em última análise, representa a vontade do povo.

Os atos administrativos discricionários, devem ser entendidos como uma concessão do legislador ante a impossibilidade de se prever todas as situações da realidade (e não a concessão de um “cheque em branco” para o administrador atuar à sua vontade).

Os atos administrativos discricionários, por concederem uma certa margem de liberdade ao administrador, podem possibilitar o cometimento de eventual abuso de poder. Importante, portanto, uma ampla atuação do Poder Judiciário quanto ao controle da legalidade destes atos, como forma de garantia ao cidadão.

Mais do que controlar apenas os aspectos ligados à competência e a forma do ato administrativo, cabe ao Poder Judiciário apreciar o motivo e a finalidade do ato, bem como a compatibilidade deste com os princípios jurídicos que regem o direito administrativo.

Um controle mais abrangente não significa que se esteja extrapolando o exame da legalidade, em verdade, está-se tomando em conta um princípio da legalidade que abranja não só a literalidade da lei ou o mero formalismo, mas a compreensão do ordenamento jurídico como sistema complexo constituído por normas compostas por regras e princípios.

A ampliação do alcance do controle judicial dos atos administrativos discricionários está sendo contemplada pela atual doutrina em também pela jurisprudência. Esta, apesar dos grandes avanços ainda tem se mostrado tímida em realizar um controle mais efetivo.

Quanto ao mérito administrativo, este resta preservado, uma vez que, diante do caso concreto, ainda há situações em que há mais de uma opção de escolha legal que possa ser tomada.

Embora haja ocasiões em que no plano concreto a possibilidade de escolha se resume a apenas uma (situação na qual a discricionariedade se transforma em vinculação), há ocasiões em que há sim, mais de uma opção que esteja de acordo com a lei e em que seja possível a escolha do administrador.

De qualquer modo, não há liberdade alguma que seja contrária à lei e, nesses casos, pode e deve o Poder Judiciário atuar para anular atos viciados.

Por fim, é necessário que o exercício do controle judicial dos atos administrativos (incluindo os atos discricionários) seja realizado em sua maior amplitude possível, como forma de garantia ao cidadão e como fortalecimento do ideal do Estado Democrático de Direito.

Este controle deve ser exercido na sua maior amplitude, sendo limitado apenas pelo princípio da separação dos poderes que resguarda o mérito dos atos administrativos. De outro modo, estar-se-ia substituindo uma situação de abuso de Poder por parte do Executivo pelo Judiciário, ferindo o ideal da separação dos Poderes que é justamente a limitação do Poder.

REFERÊNCIAS

AMARAL, A. C. C. do. **Extinção do ato administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

AMARAL, F. **Direito Civil**: Introdução. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz da jurisprudência do STF e do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1078, 14 jun. 2006. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8508>>. Acesso em: 14 ago. 2006.

BACELLAR FILHO, R. F. **Direito Administrativo**. (Col. Curso & concurso. Coord. Edilson Mougnot Bonfim). São Paulo: Saraiva, 2005.

BACELLAR FILHO, R. F. **Princípios constitucionais do Processo Administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COSTALDELLO, A. C. **A invalidade dos atos administrativos**: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Curitiba, 1998. Tese de doutorado, área de concentração em Direito do Estado. Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

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

CRETELLA JÚNIOR, J. **O desvio de poder na Administração Pública**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

- DI PIETRO, M. S. Z. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- ESPINDOLA, R. S. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- FIGUEIREDO, L. V. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, J. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GABARDO, E. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.
- GUIMARÃES, E. (coord.) **Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.
- JUSTEN FILHO, M. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KRELL, A. J. **A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil**. Interesse Público, Porto Alegre, nº 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.
- MAQUIAVEL, N. **O príncipe**. Tradução, prefácio e notas de Lívio Xavier. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.
- MARINONI, L. G. e ARENHART, S. C. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, H. L. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MÜLLER, F. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

OLIVEIRA, J. R. P. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro**. Coleção temas de direito administrativo nº 16. São Paulo: Malheiros, 2006.

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

SILVA, J. A. da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SUNDFELD, C. A. **Fundamentos de direito público**. São Paulo: Malheiros, 1993.

TÁCITO, C. **Vinculação e discricionariedade administrativa**. RDA 205. Jul./Set. 1996. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

TOURINHO, R. **A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados**. RDA 237. Jul./Set. 2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.