

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
CAROLINA GABRIELE PINTO

**O CONTROLE JURISDICIONAL  
DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Curitiba

2006

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO

ACADÊMICA: Carolina Gabriele Pinto

**O CONTROLE JURISDICIONAL  
DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito perante a Universidade Federal do Paraná.

Curitiba

2006

## DEDICATÓRIA

À minha mãe e ao meu pai por toda a dedicação, carinho e compreensão no caminho até aqui.

*“Nenhum homem é bastante bom para governar a outro sem seu consentimento”*

Abraham Lincoln

## SUMÁRIO

<b>1. Resumo</b> .....	01
<b>2. Introdução</b> .....	02
<b>3. Administração</b> .....	07
3.1 Definição de Administração Pública.....	07
3.2 Princípio da Legalidade na Administração.....	08
3.3 A relação Jurídica formada com a Administração Pública.....	11
3.4 Interesse Público na atividade administrativa.....	13
<b>4. Discricionariedade</b> .....	18
4.1 O conceito de Discricionariedade.....	18
4.2 Discricionariedade como um poder dever.....	21
4.3 Fundamentos normativos da discricionariedade administrativa.....	23
<b>5. O Controle jurisdicional</b> .....	26
5.1 Momento do controle jurisdicional da discricionariedade.....	28
5.2 Desvio de poder e finalidade da norma.....	30
5.3 Controle da Discricionariedade na hipótese da norma.....	32
5.4 Controle da Discricionariedade no conseqüente da norma jurídica.....	34
<b>6. Conclusão</b> .....	39
<b>7. Referências Bibliográficas</b> .....	43

## **RESUMO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito. Será abordada a questão do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa sob uma perspectiva principiológica, preocupada com a efetividade do interesse público considerado como a finalidade da Administração Pública. Buscar-se-á relacionar a existência da discricionariedade com a justificativa para o seu controle jurisdicional. A metodologia a ser empregada no presente trabalho será a pesquisa bibliográfica, através da comparação do posicionamento de diversos autores.

## 1. Introdução

São diversas as teorias que tratam da formação do Estado, contudo, o que se pode observar é que todas elas possuem um ponto em comum. Por mais dissonantes que sejam entre si as teorias acerca da formação do Estado, todas tem na persecução do interesse público, do bem coletivo a finalidade suprema da organização estatal.

A forma pela qual tal interesse foi perseguido sofreu alterações no decorrer dos tempos. Estas alterações seguiram as evoluções no conceito de Estado. Assim, o que se entendia por interesse público no Estado Liberal de Direito diverge do entendimento que se tem no Estado Social de Direito e no Estado Democrático de Direito.

No Estado Liberal de Direito, entendia-se que o bem coletivo equivaleria ao bem dos indivíduos. O papel do Estado seria assegurar os direitos individuais, pois se cada cidadão tivesse protegido os seus direitos, então o direito da coletividade estaria assegurado. MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO esclarece que nesse período, “(...) *como consequência dessa preocupação com a liberdade do homem, ao Estado foi atribuída a missão apenas de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos.*”<sup>1</sup>

É no Estado Liberal de Direito também que se vê, pela primeira vez, a afirmação dos princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes como alicerces do Estado. Esta estrutura tem como finalidade a proteção dos direitos individuais, tanto entre particulares como entre estes e o Estado.

Num momento seguinte, percebe-se que o Estado não deveria ser apenas protetor dos direitos individuais. Assegurar a igualdade formal dos indivíduos não correspondia à sua igualdade material. O Estado Liberal de Direito e a sua política de não intervenção resultaram em grande desigualdade no âmbito social e econômico.

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade na Constituição de 1988*, 2001: 20.

Chega-se assim, ao Estado Social de Direito, também chamado de Estado do Bem-Estar, no qual o Estado chama para si a tarefa de intervir ativamente na sociedade e na economia a fim de garantir a igualdade dos indivíduos. A igualdade entre os homens deixa de ser presumida para se tornar uma missão do Estado. DI PIETRO, ao tratar do Estado Social, aponta que:

“Pode-se dizer que duas das principais tendências verificadas a partir da instauração do chamado Estado Social foram a de *socialização* e a de *fortalecimento do Poder Executivo*. A idéia de socialização, que não se confunde com socialismo, designa a preocupação com o bem comum, o interesse público, em substituição ao individualismo imperante, sob todos os aspectos, no período do Estado Liberal. (...) Por outro lado, o acréscimo de funções a cargo do Estado – que se transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor – trouxe como consequência o fortalecimento do Poder Executivo e, inevitavelmente, sérios golpes ao princípio da separação de poderes.”<sup>2</sup>

A autora aponta ainda alguns aspectos negativos que decorrem do Estado Social. Dentre eles, a preeminência do Poder Executivo sobre os demais, o que acaba por gerar uma dependência administrativa e financeira do Legislativo e do Judiciário. Cita também a “politização das leis”: na medida em que se confere atribuição normativa ao Executivo, que exerce a competência por meio de decretos-leis, leis delegadas, regulamentos autônomos, cria-se uma esfera de insegurança jurídica, vez que a lei deixa de estar vinculada à idéia e justiça e pode ser alterada com maior facilidade. O afastamento dos princípios de direito natural dificultam o controle judicial, pois o Judiciário faz apenas uma análise formal das leis<sup>3</sup>.

O fortalecimento do Poder Executivo e a crescente intervenção deste em aspectos antes reservados aos particulares implicam sérias consequências. A liberdade individual passa a estar em perigo, vez que este novo Estado se permite limitar o exercício de direitos individuais em prol de um bem comum.

---

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionabilidade na Constituição de 1988*, 2001: 30-31.

<sup>3</sup> Id. *Ibid.*

O insucesso dos modelos anteriores de Estado fez com que se buscasse a introdução de um novo elemento no seu conceito, a participação popular. Buscasse, assim, novos meios de realização da justiça social. Esta evolução da concepção de Estado é resumida com maestria por José Afonso da Silva, para quem:

“(...) a igualdade do Estado de Direito, na concepção clássica, se funda num elemento puramente formal e abstrato, qual seja a generalidade das leis. Não tem base material que se realize na vida concreta. A tentativa de corrigir isso, no entanto, não foi capaz de assegurar a justiça social nem a autêntica participação democrática do povo no processo político, de onde a concepção mais recente do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa (ou Estado de justiça material), fundante de uma sociedade democrática qual seja a que instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos do controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.”<sup>4</sup>

Pode-se verificar no Estado Democrático de Direito uma reavaliação dos princípios constitucionais. A defesa da liberdade e da dignidade da pessoa humana se torna a pedra de toque do Estado. O homem é visto como um membro integrante e vinculado à sociedade, abandonando-se a concepção individualista.

A Administração Pública assume novo papel, submete-se à lei formal, mas principalmente aos valores constitucionalmente consagrados (lei material). O princípio da legalidade expressamente vincula a sua atuação. A Constituição Brasileira de 1988, em seu art. 37, trouxe princípios que estão inexoravelmente ligados à atividade administrativa direta e indireta.

É a partir desta concepção de Estado que se buscará analisar a discricionariedade administrativa e a possibilidade de seu controle jurisdicional. O que se buscará demonstrar é a real possibilidade de controle da discricionariedade em razão dos princípios e valores expressos na Constituição. Apenas se terá atividade administrativa legítima quando esta atender à legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem jamais olvidar os direitos fundamentais garantidos aos cidadãos.

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1989:105.

Para tanto, primeiramente, abordar-se-á a Administração Pública. A partir da idéia de função administrativa e de interesse público se demonstrará qual a razão de ser da Administração Pública. Verificar-se-á, também, a cogência do princípio da legalidade na atividade administrativa. A atividade da Administração Pública subjugar-se à legalidade entendida na sua acepção mais ampla: deve guardar a observância não apenas da lei em sentido estrito como também coerência com todo o ordenamento jurídico. Evidenciar-se-á que não há uma hierarquia da Administração sobre os cidadãos, sendo que a tarefa daquela é realizar os interesses destes. Como se verificará, os interesses públicos que justificam e fundamentam toda a atividade administrativa não podem ser confundidos com os interesses da Administração.

Num segundo momento, passar-se-á ao exame da discricionariedade administrativa. Procurar-se-á conceituá-la como um espaço de atuação do agente público, sem olvidar a sua caracterização menos como poder do que como dever da Administração. Apresentar-se-ão, em seguida os fundamentos normativos que ensejam a discricionariedade.

Por fim, será abordada a questão do controle jurisdicional da discricionariedade. Antes, porém, de se examinar a sua possibilidade ou não, serão feitas considerações acerca do momento do exercício do controle pelo Poder Judiciário. Em seguida, serão tecidos alguns comentários acerca do desvio de poder enquanto controle de legalidade do ato administrativo. Finalmente, entrar-se-á na questão do controle da discricionariedade especificamente, retomando-se para isto a divisão feita quanto às causas normativas da discricionariedade.

O que se quer demonstrar, em síntese, é que os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público tanto fundamentam a existência da discricionariedade administrativa como viabilizam o seu controle pelo Poder Judiciário.

Este poder-dever do administrador apenas lhe é atribuído tendo em vista a impossibilidade de determinação abstrata e *a priori* do que venha a ser o interesse

público em cada caso e a fim de que tal interesse possa ser perseguido da forma mais eficaz possível. Por sua vez, ao Poder Judiciário, como protetor dos valores constitucionais, cabe verificar, sempre que provocado, se os atos emanados da autoridade administrativa realmente cumprem a sua finalidade, se têm como objetivo a persecução do interesse público.

## 2. Administração Pública

### 2.1 Definição de Administração Pública

Antes de se iniciar o estudo da discricionariedade administrativa, cumpre lembrar alguns aspectos importantes referentes à Administração, sua conceituação, estrutura e função.

A guisa de uma definição de Administração, CRETELLA JR. apresenta alguns critérios para se conceituá-la. Cita, primeiramente, um critério negativo, também chamado residual ou excludente, segundo o qual a Administração corresponderia a *"(...) toda atividade do Estado que não se reduz à esfera da Legislação, nem à de aplicação da Justiça."*<sup>5</sup> Tal critério mostra-se inadequado, vez que não traz definição do que seja a Administração, restringindo-se a delimitar aquilo que ela não é.

O conceito subjetivo, ou formal, parte da fonte de onde emanam os atos administrativos para definir a Administração, assim, esta pode ser definida como o conjunto de órgãos que realizam funções administrativas. Nas palavras de CRETELLA JR. *"(...) o critério subjetivo, ou orgânico, deixando de lado a matéria ou substância, leva em conta a rede, a fonte produtora, a estrutura, a máquina administrativa."*<sup>6</sup>

O critério objetivo, também dito funcional ou material, compreende a Administração como o complexo de atividades praticadas pelo Estado na persecução das necessidades públicas. O que se pode verificar, é que o critério material deixa de lado a fonte produtora do ato e concentra-se no seu conteúdo. Segundo CRETELLA JR., *"(...) o critério objetivo leva em conta a própria atividade e como 'administrar é gerir serviços públicos', o que importa, para os adeptos deste*

---

<sup>5</sup> CRETELLA JUNIOR, José. Controle Jurisdicional do ato administrativo, 1997: 56-61.

<sup>6</sup>*Id. Ibid.*

*critério, é a natureza dos serviços desempenhados e não a proveniência, a matéria e não a fonte produtora.”<sup>7</sup>*

A adoção do critério material se mostra mais adequada ao ordenamento brasileiro. Isto porque, em nosso ordenamento é possível que serviços públicos sejam prestados por pessoa diversa do Estado. Assim, mesmo que se esteja diante de entidade da Administração indireta, ainda assim se poderá dizer que é Administração Pública, vez que para a sua qualificação deverá ser examinado o conteúdo do ato praticado, e não a pessoa de quem emanou o ato.

CRETELLA JR. entende que o melhor seria a combinação dos critérios subjetivo e objetivo, definindo a Administração como a atividade desenvolvida pelo Estado, por meio de atos concretos e executórios, para a consecução de interesses públicos<sup>8</sup>. Contudo, essa soma de critérios faria permanecer a necessidade de investigação da fonte produtora do ato, o que, como já se afirmou, se mostra desaconselhável diante do ordenamento brasileiro.

Em síntese, a Administração Pública pode ser compreendida como uma expressão do poder público na gestão ou execução de atos cuja finalidade é a realização do interesse público.

## **2.2 Princípio da Legalidade**

Ao tratar das funções do Estado, CRETELLA JR. expõe que a função legislativa é responsável pela criação das leis, cabendo às funções jurisdicional e administrativa a aplicação das leis criadas. A diferença entre a função jurisdicional e a administrativa seria que a esta cabe aplicar a lei de ofício, enquanto aquela aplica a lei, contenciosamente, mediante provocação<sup>9</sup>.

A legalidade em matéria de direito público deve ser entendida de forma ampla, vale dizer, à Administração só são permitidos os comportamentos

---

<sup>7</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>8</sup> *Id. ibid.* p. 61.

<sup>9</sup> *Id. ibid.*, p. 19-28.

expressamente previstos em lei. Fala-se aqui em uma concepção ampliada da legalidade, um agir nos termos da lei<sup>10</sup>.

Diversamente do que ocorre no campo do direito privado em que aos particulares é dado fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, no campo do direito público, principalmente no que concerne ao comportamento da Administração, somente se aceita a prática de atos expressamente autorizados por lei. Há aqui, conforme José Roberto VIEIRA, uma relação de conformidade, um agir conforme a lei que expressamente fixa limites e permissões.

Ocorre, porém que o legislador, por mais imaginativo que seja, não possui condições de fixar *a priori* e abstratamente, todas as condutas que o administrador deverá adotar. Não há como prever antecipadamente todas as situações que se colocarão no mundo fático. É nesse espaço de impossibilidade de previsão que o legislador determina o espaço da discricionariedade, como se verá com mais detalhamento no capítulo seguinte.

A princípio, cumpre esclarecer que a discricionariedade não é, portanto, decorrente de uma falta de previsão legal, de uma liberdade concedida ao Poder Executivo, antes, ela apenas poderá ser exercida nos exatos limites definidos em lei. O poder discricionário decorre, assim, de uma previsão legal: é o legislador quem decide atribuir tal poder à Administração. Aliás, consoante entendimento de Miguel Seabra FAGUNDES,

“Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo. (...) O direito escrito, tendo a sua mais forte razão de ser na necessidade de excluir o arbítrio no desenvolvimento das relações sociais, pressupõe, necessariamente, limitação de atividades, segundo os seus textos.”<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> VIEIRA, José Roberto. Princípios Constitucionais e Estado de Direito. Revista de Direito Tributário, n.º 54, 1990: 95-104.

<sup>11</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 1984: 80-81.

Oportuno salientar que não se pode compreender o princípio da legalidade de forma estrita, num legalismo primitivo característico da Escola Exegese. O princípio da legalidade não prescreve uma mera adequação à lei positivada, mas sim à norma, sem que haja confusão entre esta e o texto legal. O exame de legalidade deve ser feito de forma sistemática, considerando o Direito em sua totalidade. É o que expressa 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. Não quer dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente justificada requer uma observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A justificação apresenta-se menos como submissão do que como respeito fundado e racional. Não é servidão ou vassalagem, mas acatamento pleno e concomitante à lei e ao Direito.”<sup>12</sup>

Não há como se olvidar a vinculação da atividade administrativa ao princípio da legalidade. Com efeito, é Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO quem leciona,

“(...) a atividade administrativa, missão a ser desenvolvida tipicamente pelo Poder Executivo, deverá corresponder à concreção final da vontade popular expressa na lei. Fora da Lei, portanto, não há espaço para atuação regular da Administração. Donde, todos os agentes do Executivo, desde o que lhe ocupa a cúpide até o mais modesto dos servidores que detenha algum poder decisório, hão de ter perante a lei – para cumprirem corretamente seus misteres – a mesma humildade e a mesma obsequiosa reverência para com os desígnios normativos.”<sup>13</sup>

Bastante elucidativos são também os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, para quem a Administração Pública

“(...) já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição. (...) A discricionariedade administrativa –

---

<sup>12</sup> FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos, 2004: 43-44.

<sup>13</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2006: 50.

como poder jurídico que é – não é limitada só pela lei, em sentido formal, mas pela idéia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes, declarados a partir do preâmbulo da Constituição.”<sup>14</sup>

Fica evidente, portanto, que a observância do princípio da legalidade exige não só a adequação às regras, como também aos princípios constitucionais. É imprescindível também aqui a interpretação do Direito em seu todo sistemático, sob pena de se cair num legalismo estrito que torna o intérprete um escravo do texto legal. As diretrizes constitucionais devem sempre nortear a atividade do aplicador do direito, seja ele o administrador ou o Judiciário.

### **2.3 A relação jurídica formada com a Administração Pública**

Alguns doutrinadores, ao tratar do tema Administração Pública, descrevem-na como a relação entre o administrador e os administrados. Nessa linha o entendimento de CRETELLA JUNIOR, para quem a “*Administração é relação entre subordinados e subordinantes, entre o poder de mando e o de obediência, sem o que não é possível a evolução da sociedade.*”<sup>15</sup>

Contudo este posicionamento é equivocado, na medida em que transmite uma idéia de hierarquia inexistente entre a Administração Pública e os cidadãos. Quando se fala em Administração Pública, fala-se de um aparelhamento idealizado para executar as funções necessárias à realização dos fins do Estado, qual seja a consecução do bem comum.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELO, administrar é atividade típica de quem não é dono, de quem exerce atos em nome de outrem<sup>16</sup>. De fato, outra não é a conclusão a que se pode chegar a partir da leitura do texto constitucional. A Carta Magna afirma o princípio da República já em seu art. 1º, erigindo-o a cláusula pétrea do Estado Brasileiro no art. 4º. Dispõe, ainda, explicitamente em seu art.1º,

---

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988*, 2001:46.

<sup>15</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*

parágrafo único, que *todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*. Discorrendo a respeito do princípio da República, José Roberto VIEIRA, leciona que:

“(...) a República é, antes e acima de tudo, aquele regime de governo em que as autoridades são meros administradores da coisa pública – res publica – a título de mandatários do povo, que detêm a sua propriedade. (...) Os poderes atribuídos aos mandatários do povo só descobrem sentido na idéia de função, na idéia de meios para a realização do interesse público. A ênfase em tais poderes, marco de uma época que já deixamos para trás, deve ceder espaço ao acento posto nos seus deveres em relação às finalidades consagradas na lei”.<sup>17</sup>

Assim, a atividade administrativa não se desvincula da idéia de função administrativa, da qual é inexorável a noção de finalidade pública. Hely Lopes MEIRELLES leciona que não há como se compreender o ato administrativo desligado de um fim público, vez que o sistema jurídico não aceita o ato sem finalidade pública ou dela desviado<sup>18</sup>.

Tão importante é a observância da finalidade pública ou da finalidade específica do ato que alguns autores, dentre eles Miguel Seabra FAGUNDES<sup>19</sup> e José CRETELLA JUNIOR<sup>20</sup>, afirmam com propriedade que o exame da finalidade nada mais é do que um exame de legalidade. O que se quer dizer é que, estando a finalidade definida em lei – entendida tanto no sentido formal como num sentido mais amplo, abrangendo também normas principiológicas expressas ou implícitas – o ato que não a observar ou dela se afastar será eivado de ilegalidade.

Outros autores, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de MELLO, entendem que pode haver certa discricionariedade quanto à finalidade da norma. Isto porque, pode ocorrer que a finalidade seja descrita mediante o uso de conceitos vagos (tais como moralidade, ordem pública, bem-estar) que não podem ser

---

<sup>17</sup> VIEIRA, José Roberto. *Op. cit.*

<sup>18</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 1988: 128.

<sup>19</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1984:135.

<sup>20</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*

definidos com rigor e deverão, portanto ser analisados pelo administrador no momento da prática do ato.

Ao discorrer acerca da finalidade do ato administrativo, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO expõe que

“(…) a finalidade do ato é sempre vinculada pela lei; não há, aí, qualquer margem de discricionariedade para a Administração, pois é o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa; se a lei coloca a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punir; se a lei permite a remoção *ex officio* do funcionário para atender à conveniência do serviço, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição.”<sup>21</sup>

Ainda que o posicionamento acerca da finalidade seja levemente diferente entre os doutrinadores, o que há de unânime entre eles é que o ato administrativo não poderá jamais se desvencilhar da persecução do interesse público.

## **2.4 Interesse público na atividade administrativa**

Claro está que o interesse público é a pedra de toque na condução da atividade administrativa. A supremacia e a indisponibilidade do interesse público orientam a função administrativa e justificam a existência das prerrogativas e sujeições da Administração Pública, bem como da discricionariedade. Sobre a importância do interesse público, Juarez FREITAS anota que

“Em outras palavras, o princípio do interesse público exige a simultânea subordinação das ações administrativas à dignidade da pessoa humana e o fiel respeito aos direitos fundamentais. (...) Tal princípio encontra-se, constantemente, a reivindicar o respeito às fronteiras da atuação do agente público, o qual não pode invocar em vão o interesse geral, sob pena de desservir à dignidade do próprio Estado, que existe para o desenvolvimento das pessoas, não o contrário.”<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 86.

<sup>22</sup> FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos, 2004: 36.

Interessante notar que a concepção de interesse público sofreu alterações de acordo com o modelo de Estado. Assim, num primeiro período, caracterizado pelo Estado Liberal, o interesse público era eminentemente de proteção das liberdades individuais, em razão do individualismo característico desse período.

Num segundo momento, já no Estado Social, a crescente intervenção estatal no âmbito antes reservado aos particulares justifica-se por uma idéia mais humanizada de interesse público. O interesse público é revestido por uma carga axiológica que o marca até os dias atuais. As concepções de interesse público e bem comum passam a ser equivalentes<sup>23</sup>.

O que se pode observar, contudo, é que o conceito de interesse público continua sendo dos mais vagos no mundo jurídico, ou seja, não há critério para que se possa objetivamente delimitar o seu conteúdo. Ao analisar o tema, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO expõe o pensamento de Gerhard Colm<sup>24</sup> para quem a delimitação do conceito de interesse público pode ser feita sob quatro pontos de vista diversos: econômico, metassociológico, sociológico e legal.

Do ponto de vista econômico, se definem determinadas metas de execução e realização que têm por objetivo assegurar o regular funcionamento da economia, tais metas referem-se ao conteúdo específico do conceito de interesse público.

O critério metassociológico, por sua vez, elege um único valor supremo a ser alcançado em nome do qual todos os demais sucumbem. Só será interesse público, aquele que for consoante a este valor único adotado.

Sob o ponto de vista sociológico, o que se observa é um sistema de valores manifestados por articulações sociológicas. Dentro desta perspectiva, Gerhard Colm esclarece que

---

<sup>23</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 216-219.

<sup>24</sup> *Id. ibid.*, p. 221-222.

“(...) a mescla de interesses pessoais e gerais difere nos vários grupos e indivíduos, porém destas variações na importância atribuída aos valores surge um consenso acerca do que constitui o interesse público dentro do marco de referência da sociedade particular e de sua cultura.”<sup>25</sup>

Ainda que se adotem critérios dos mais diversos em busca de uma delimitação abstrata do que seja o interesse público, tal definição se mostra extremamente dificultosa, senão impossível sem as balizas do caso concreto. O que pode definir *a priori* são aqueles interesses que efetivamente não são públicos.

O interesse público não é o interesse da Administração, do aparelhamento do Estado encarregado do exercício da atividade administrativa. O interesse do agente público não é, necessariamente, um interesse público. De um modo geral, pode-se afirmar que é a indisponibilidade, a necessidade de tutela, enfim a natureza de um interesse que o qualificam como público<sup>26</sup>. Tais interesses estão consagrados no preâmbulo e no rol dos direitos e garantias fundamentais de nossa Constituição Federal. A respeito, cumpre citar os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO

“(...) não se pode dizer que o interesse público seja sempre aquele próprio da Administração Pública; embora o vocábulo *público* seja equívoco, pode-se dizer que, quando utilizado na expressão *interesse público*, ele se refere aos beneficiários da atividade administrativa e não aos entes que a exercem. A Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção. Daí a *indisponibilidade* do interesse público.”<sup>27</sup>

A doutrina italiana, a respeito dessa dicotomia entre interesses públicos e interesses da Administração, classifica-os em interesses primários e secundários. Assim, seria primário o interesse público quando relacionado aos fins que devem ser promovidos pelo Estado, interesses indisponíveis e constitucionalmente

---

<sup>25</sup> Apud. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, 2001:216-219. (COLM, Gerhard. El interes público: clave esencial de la política pública, 1967: 131-144)

<sup>26</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais in Revista de Negócios Públicos, ano II, n. 6, p. 39-41.

<sup>27</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 222.

consagrados. Os interesses secundários, por sua vez condizem com os da máquina administrativa, do agente público. Esta distinção entre interesses primários e secundários não tem por fim qualificar como desimportantes os últimos, apenas se coloca que estes apenas poderão ser satisfeitos quando não confrontarem com aqueles. Há uma prioridade a ser observada pela Administração Pública<sup>28</sup>.

Tendo sido esclarecido o que o interesse público *não* representa, cumpre esclarecer o que efetivamente é o interesse público.

A idéia de que o interesse geral equivale à mera soma aritmética dos interesses individuais está há muito superada, trata-se de concepção marcada por evidente individualismo característico de um modelo de Estado Liberal já abandonado.

O verdadeiro interesse público condiz com a idéia de bem comum, consiste no interesse de uma coletividade de pessoas que elegeram determinados valores como predominantes. Alice Gonzáles BORGES brilhantemente sintetizou o que se deve entender por interesse público

“O interesse público que serve de base ao direito administrativo é o *interesse primário*, que corresponde à realização dos superiores interesses de toda a coletividade e dos valores fundamentais consagrados na Constituição. Esse interesse é *público*, não porque sirva de base para as atividades próprias do Estado, ou porque este o invoque como razão de agir, mas, sim, na exata medida em que coincida com o querer majoritário de toda a comunidade, servindo de *elo*, como queria Rousseau, para a congregação das vontades individuais em torno dos objetos comuns de uma sociedade democrática organizada.”<sup>29</sup>

O interesse público, portanto, corresponde àqueles valores presentes majoritariamente no seio da comunidade, reflete os desejos dos indivíduos e a finalidade a ser perseguida pelo Estado. Essa eleição de valores feita pela coletividade está estampada na Constituição, é ela, em última instância, a fonte

---

<sup>28</sup> BORGES, Alice Gonzáles. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? in Interesse Público, ano 8, n. 37, p.29-48.

<sup>29</sup> *Id. ibid.*

principal dos interesses públicos. Da lição de Alice Gonzáles BORGES se pode concluir que os direitos fundamentais, consubstanciados em cláusulas pétreas, são a projeção desses valores, superiores ao próprio Estado, devendo ter aplicabilidade imediata e prevalecer sobre quaisquer outros interesses.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> *Id. ibid.*

### 3. Discricionariedade Administrativa

#### 3.1 O Conceito de Discricionariedade

A discricionariedade e arbitrariedade são conceitos bastante diversos sob o ponto de vista jurídico, sendo inadmissível a confusão destes conceitos. A arbitrariedade é definida por De Plácido e SILVA em seu “Vocabulário Jurídico” como

“(...) ato ou procedimento caprichoso, que se executa ou se formula, contrariamente ao que está instituído na lei. Assim, também, se diz do ato manifestamente inconstitucional ou ilegal, oriundo de autoridade constituída, que venha ameaçar ou violar direito alheio, certo e incontestável.”<sup>31</sup>

A discricionariedade administrativa nada tem de arbitrária, antes, decorre de previsão legal. Com efeito, o legislador, não tem como prever todas as situações diante das quais se verá o administrador obrigado a agir, assim aquele defere a este o uso da discricionariedade a fim de que mais eficaz seja a sua atuação.

Caso toda a atividade administrativa fosse vinculada, observar-se-ia um engessamento do Poder Executivo, o qual seria um mero aplicador das decisões tomadas pelo Poder Legislativo. A variedade e a multiplicidade de situações que se apresentam cotidianamente ao Poder Executivo exigem deste uma certa liberdade de atuação que viabilize maior eficácia aos atos praticados. Conforme nos ensina Miguel Seabra FAGUNDES, a atividade administrativa está sujeita a

“(...) uma série de circunstâncias ocasionais e com respeito a elas não é possível tudo prever. Nem seria útil descer a rigorosa minuciosidade, o que resultaria em nocivo entrave à realização das finalidades visadas pela atividade administrativa. Para atender a isso, se permite em muitos casos ao Poder Executivo que seja discricionário em relação à conveniência, oportunidade e modo de agir.”<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*, 2005:130

<sup>32</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Op. cit.*, p. 83.

A concessão de discricionariedade à Administração Pública é uma forma de viabilizar a sua atuação. É instrumento sem o qual a persecução das finalidades que se lhe impõe seria tarefa muito mais difícil.

Diversos são os autores que procuraram definir a discricionariedade administrativa. Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, a discricionariedade

“(…) 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 vigente.”<sup>33</sup>

Cite-se também o conceito que nos é dado por José CRETELLA JUNIOR, para quem

"Discricionariedade administrativa é a faculdade que a lei outorga ao administrador para a edição do ato administrativo, consultando, para tanto, a oportunidade ou a conveniência, isto é, o mérito.”<sup>34</sup>

O conceito de discricionariedade formulado por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO não é muito dissonante dos expostos acima. Segundo a autora,

"Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher, uma dentre duas ou mais soluções todas válidas perante o direito.”<sup>35</sup>

Os conceitos apresentados ligam a discricionariedade à idéia de liberdade remanescente concedida ao administrador. Ainda que não se possa

---

<sup>33</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 48.

<sup>34</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, p. 201

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 67

afirmar que tais conceitos sejam completamente equívocos, não se mostram como a melhor alternativa.

Ao se falar em uma margem de liberdade ou em liberdade remanescente transmite-se a idéia de que a discricionariedade resulta de uma lacuna ou espaço em branco deixado pelo legislador para ser livremente preenchido pelo administrador. Contudo não é este o melhor entendimento.

O princípio da legalidade, como já se afirmou, exige que a atuação da Administração Pública ocorra de acordo com os parâmetros legais fixados, atendo-se não apenas às leis em sentido estrito, como também aos princípios e normas gerais do sistema jurídico. Logo, a discricionariedade decorre de uma previsão legal. A norma jurídica lhe traçará os exatos contornos que deverão ser observados, seus limites e espaço em que poderá se manifestar. Nesse sentido, opta-se pela definição que lhe atribui Romeu BACELLAR FILHO, para quem

"Discricionariedade, que não se confunde com arbitrariedade, é um submisso à lei. Representa um espaço ou margem de atuação, não coberto pela especificidade da norma, mas confiado ao tirocínio do administrador público para um agir lastreado em conveniência e oportunidade."<sup>36</sup>

É salutar também a lição que nos dá Tomás-Ramón FERNÁNDEZ que explica

"La discrecionalidad no es ya un ámbito libre por definición de la ley, que surge cuando the *law was silent*, como decía Locke, y opuesto, por definición también, a la jurisdicción, como se entendió durante siglos. (...) Discrecionalidad es, pues, arbitrio, esto es, facultad de adoptar una resolución con preferencia a otra u otras posibles que la Ley otorga a una autoridad dentro de unos márgenes que la propia Ley fija. Resulta, pues, de una norma, que, deliberadamente, bien porque no puede resolver por sí misma de una sola vez todos los conflictos a los que con carácter general se refiere o bien porque considera más conveniente no hacerlo, delega em las autoridades llamadas a aplicarla la búsqueda de la solución más adecuada a las circunstancias de cada caso."<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> BACELLAR FILHO, Romeu. Direito Administrativo, 2005: 52.

<sup>37</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Viejas y nuevas ideas sobre el poder discrecional de la Administración y el control jurisdiccional de su ejercicio in Interesse Público, ano 8, n.º 37, p.173-187.

A discricionariedade deve ser entendida de maneira restrita, compreendendo-se que o Judiciário, guardião da constitucionalidade das leis e dos atos administrativos, deve ter ampla autorização para investigar a discricionariedade na medida em que esta se traduz num espaço de atuação legalmente fixado, fora do qual se torna viciada.

### 3.2 Discricionariedade como poder-dever

Miguel Seabra FAGUNDES, acerca do princípio da legalidade na função administrativa e, mais especificamente, na discricionariedade administrativa, nos lembra que

“A atividade discricionária se desenvolve subordinada à lei, embora com um elastério que a própria lei lhe outorga em face dos casos concretos. Poder discricionário fora de sujeição à lei, sem ter o fim de realizá-la, seria poder arbitrário.”<sup>38</sup>

A atividade administrativa, totalmente submissa ao princípio da legalidade, gira em torno de uma finalidade fixada *a priori* pelo ordenamento. A lei coloca para a Administração Pública uma série de finalidades a serem alcançadas. Ao administrador não é dado afastar-se destes fins, pois que a sua atividade perderia o sentido de ser. Conforme nos lembra Celso Antônio Bandeira de MELLO, “(...) na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever.”<sup>39</sup>

O papel do agente público é perseguir os fins do Estado, aplicar a lei de modo a concretizar os objetivos da sociedade. Esta é a sua tarefa e a justificação dos “poderes” que lhe são dados. Com efeito, os poderes conferidos ao agente público nada mais são do que instrumentos que devem ser utilizados na persecução

---

<sup>38</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Op. cit.*, p. 5.

<sup>39</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 14.

do interesse público. O fator fundamental não é o poder conferido, mas sim o fim a ser alcançado. Apartado de uma finalidade legal, os poderes atribuídos ao agente público perdem a razão de ser e a sua atuação torna-se arbitrária e ilegal.

O princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público permitem concluir que há uma sujeição do agente público aos fins que deve observar. De fato, não há como se justificar a existência de prerrogativas da Administração Pública senão para que possa da melhor maneira possível cumprir o seu dever, qual seja, a persecução do interesse público. Nesse sentido, José Roberto VIEIRA bem lembra que “(...) *os poderes não passam de simples instrumentos conferidos ao administrador público, de sorte a equipá-lo na incessante procura do atender às finalidades legais. Aí seus ‘deveres’ inafastáveis.*”<sup>40</sup>

Assim, ainda que se fale majoritariamente em um “poder discricionário”, não se pode olvidar, como nos ensina Celso Antônio Bandeira de MELLO, que este é, na verdade, um dever-poder apenas justificado pela necessidade de realizar o fim legal.

“Tomando-se consciência deste fato, deste caráter funcional da atividade administrativa (por isto se diz ‘função administrativa’), 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 corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um ‘poder’ discricionário.”<sup>41</sup>

Note-se que, é a partir do momento em que se compreende a discricionariedade como um dever-poder que o seu controle jurisdicional se torna possível. Aqueles que ainda não aceitam o controle do Judiciário sobre a discricionariedade administrativa o fazem porque não têm em foco o dever e a finalidade da norma. Estando a tônica sobre o poder, realmente a defesa de um

---

<sup>40</sup> VIEIRA, José Roberto. *Op. cit.*, p. 95-104.

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 15.

controle externo feito pelo Poder Judiciário é tarefa árdua. Daí a importância de bem se compreender a discricionariedade como um "dever-poder" do agente público.

Se a discricionariedade é o instrumento do agente público para a consecução das finalidades e objetivos consagrados no texto constitucional, nada mais idôneo do que se possibilitar o controle do uso deste instrumento pelo Poder Judiciário, a quem incumbe, em última instância, a proteção da Constituição.

### **3.3 Fundamentos normativos da discricionariedade administrativa**

Hans Kelsen, em sua "Teoria Pura do Direito" municia os estudiosos do Direito com uma ferramenta de extrema utilidade, qual seja a teoria da norma jurídica, unidade fundamental para o estudo desta ciência. Conforme nos ensina Kelsen, a norma jurídica possui esta estruturada complexa, divisível em duas partes, um antecedente - também chamado hipótese - e um conseqüente, ou conseqüência.

A hipótese é uma situação hipotética e abstrata que traz a descrição de um fato que ocorre no mundo fenomênico, condicionado por questões de tempo e espaço. O fato descrito na hipótese torna-se um fato jurídico exatamente porque foi visualizado pela norma jurídica. A descrição fática da hipótese é feita com a observância de três critérios, quais sejam, o material, que veicula o verbo principal descritor do fato, o critério espacial e o temporal. No âmbito do direito administrativo, pode-se afirmar que a hipótese trará a descrição do fato a ser observado pelo administrador, o fato jurídico que servirá como motivação para o ato a ser praticado.

O conseqüente, por sua vez, prescreve a relação jurídica que nasce em decorrência do fato jurídico previsto na hipótese. O conseqüente é o efeito previsto na norma para o fato jurídico descrito na primeira parte da norma. Para a indicação da relação formada, são dois os critérios utilizados, o subjetivo e o quantitativo. O critério subjetivo indicará quais os sujeitos da relação formada e o critério quantitativo estabelecerá o objeto da relação jurídica.

Em direito administrativo, o que se verá é que o critério subjetivo fixará os sujeitos atingidos pelo ato administrativo, se haverá um sujeito único e determinado (como na hipótese de demissão de um servidor) ou se o ato será dirigido a uma determinada coletividade de pessoas.

Importante lembrar que a teoria kelseniana em momento algum equipara norma jurídica à lei. Os conceitos de lei e norma não são sinônimos. A lei é o texto, conjunto de palavras, signos, pelo qual se pode conhecer a norma. Contudo, se há um signo, há um significado, uma idéia produzida na mente do intérprete da lei. Este significado equivale à norma jurídica. A norma jurídica é fruto da integração do exegeta e dos signos da lei, dentro de um contexto e relacionada com as demais regras e princípios que constituem o sistema jurídico. Daí a inexorável influência das regras constitucionais em todos os campos do direito.

Quando a norma jurídica define objetivamente todos os seus critérios componentes, ou seja, qual o pressuposto fático que ensejará o ato a ser praticado, bem como o conteúdo da conduta a ser adotada pelo agente público, está-se diante de competência vinculada.

Ocorre que, no que tocante às regras dirigidas a Administração Pública, por vezes os critérios componentes da norma não estão objetivamente descritos. A pormenorização objetiva da hipótese, das inúmeras situações fáticas que se apresentam ao administrador não é tarefa realizável pelo legislador. Outrossim, por vezes, a fixação em termos objetivos da situação fática ou da conduta não é aconselhável vez que a sua descrição através do uso de conceitos indeterminados permite a atualização da norma pela atividade interpretativa, o que mantém o sistema jurídico atualizado, adequado à realidade de seu tempo.

Não se pode olvidar, também, que caso houvesse sempre uma descrição objetiva a priori do comportamento a ser adotado pelo administrador (descrição, portanto, do conseqüente da norma), observar-se-ia um engessamento da atividade administrativa. O Legislativo estaria sempre a determinar o comportamento do

agente público que se tornaria um mero executor das vontades legisladas, ferindo o tão prezado equilíbrio entre os três Poderes.

É assim, pois, que se dá a concessão da discricionariedade à Administração Pública. A maior ou menor abertura interpretativa nos critérios integrantes da norma confere ao intérprete uma margem de atuação, um espaço dentro do qual pode atuar, desde que se pautando de acordo com os demais princípios orientadores do sistema jurídico.

Diante disso, pode-se afirmar que a justificativa normativa da discricionariedade residirá: a) na hipótese da norma, quando a situação fática não estiver objetivamente descrita; b) no conseqüente da norma, quando o objeto da relação administrativa for inexato, deixando ao agente público opções de conduta.

Decorre que a manifestação da competência discricionária poderá se dar quanto à situação fática, à possibilidade de agir ou não agir, ao momento adequado para a prática do ato, à forma jurídica de sua veiculação, ao objeto do ato<sup>42</sup>.

No capítulo seguinte, ater-se-á mais detalhadamente em cada uma das justificativas normativas da discricionariedade, procurando esclarecer-se a possibilidade ou não do exercício de um controle jurisdicional acerca de cada um deles.

---

<sup>42</sup> MELLO, Celso Antônio de. *Op. cit.*, p. 17.

#### 4. O Controle Jurisdicional

A Carta Constitucional de 1988 consagrou o princípio da unicidade de jurisdição no ordenamento brasileiro, do qual decorre o não-cerceamento de acesso à esfera judicial. O art. 5º, XXXV da Constituição Federal é taxativo ao dispor acerca do princípio da inafastabilidade da jurisdição, *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Note-se que o constituinte de 1988 ampliou as possibilidades de atuação do Judiciário. Além da lesão, também a ameaça a direito foi colocada sob o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Some-se a isto o fato de o texto não mais fazer menção a *direitos individuais*. Tal fato amplia o rol dos direitos albergados sob o referido princípio. Tem-se agora a proteção a quaisquer espécies de direitos, sejam eles direitos individuais, coletivos ou difusos<sup>43</sup>.

A inserção no texto constitucional de princípios especificamente direcionados à Administração Pública, tais como a legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade, amplia o controle jurisdicional sobre as decisões da Administração.

A lição de Juarez FREITAS sobre o princípio da inafastabilidade da jurisdição, por ele chamado de princípio da unicidade da jurisdição, merece ser citada

“O princípio em tela implica nova compreensão dos atos administrativos, inclusive os discricionários, porquanto inexistente a discricção pura ou não-controlável principiologicamente pelo Poder Judiciário: *todos os atos devem estar sujeitos ao controle em face da cogência da totalidade dos princípios fundamentais*. (...) Em outras palavras, se é certo que a discricionariedade tem sido identificada com a liberdade para a emissão de juízos de conveniência e oportunidade quanto à prática de determinados atos, tendo, aliás, Ernst Forsthoff descrito o poder discricionário como implicando conformidade jurídica de tudo o que for julgado oportuno pela Administração, não é menos certo que ele próprio cuidou de ressaltar que este haveria de ser exercido em consonância com o

---

<sup>43</sup> BACELLAR FILHO, Romeu. *Op. cit.*, p. 207.

interesse geral e que a Administração não deveria agir segundo o seu bel-prazer.”<sup>44</sup>

Cumpra salientar que o Poder Judiciário é, em última instância, o guardião da Constituição. É a ele que se incumbe a tarefa de fiscalização dos atos emanados do Legislativo e do Executivo (e até mesmo do próprio Judiciário) a fim de que se possa assegurar a observância das normas constitucionais.

A função jurisdicional é também poder-dever do Estado – assim como a função administrativa – vez que é pelo exercício desta função que o Estado tutela os direitos e assegura a observância estrita das suas normas. Ao discorrer sobre a jurisdição, José CRETELLA JUNIOR lembra que

“No Estado de Direito, juridicamente organizado, porque informado pelo princípio da legalidade, a razão de ser do Poder Judiciário, em última instância, é a guarda da Constituição, para que se mantenha a forma atribuída ao Estado. Quem guarda a Constituição guarda as leis, pelo que a função jurisdicional é a atividade permanente, embora provocada, para que reine a legalidade em todos os graus.”<sup>45</sup>

Um outro aspecto importante a ser lembrado, é que o rol das garantias e direitos fundamentais disposto na Constituição Federal goza de eficácia imediata. Além disso, são eles, os direitos fundamentais, a própria razão de ser do Estado. A formação do Estado apenas se justifica como meio de tutela daqueles direitos que se colocam como objetivos a serem sempre perseguidos. Assim, permitir-se que estes direitos sejam ofendidos no exercício de um “poder” concedido ao agente público é incoerente.

Em consonância ao que já foi exposto no item 3.2 do presente trabalho, o “poder discricionário” é, na verdade, dever-poder discricionário. A utilização da discricionariedade pelo administrador público deve sempre ter em foco as finalidades legais e a supremacia do interesse público. Ao agente público se concedeu a discricionariedade para que o interesse público e os direitos fundamentais pudessem

---

<sup>44</sup> FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 71.

<sup>45</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, p. 23.

ser atendidos e tutelados da melhor maneira possível. Daí que impedir o controle de um ato administrativo porque perpetrado no exercício de competência discricionária é, em concreto, negar-se eficácia aos direitos fundamentais. Como nos ensina Juarez FREITAS,

“Em exame de eventual vício no exercício da discricionariedade, não há lugar para eficácia apenas mediata de direito fundamental, em seu âmago. A tutela dos direitos fundamentais, portanto, deve servir para, entre outras (*sic*) objetivos, coibir restrições ou omissões indevidas do Poder Público. A própria idéia de ordem pública deve ser entendida à luz do princípio da moralidade e das exigências do princípio da dignidade humana.”<sup>46</sup>

#### **4.1 Momento do controle jurisdicional da discricionariedade**

Tanto José CRETELLA JUNIOR<sup>47</sup> como Miguel Seabra FAGUNDES<sup>48</sup> entendem que a função administrativa e a função jurisdicional do Estado são espécies do gênero função de execução da lei. Enquanto que à função legislativa compete a criação da lei, às funções administrativa e jurisdicional cabe a aplicação da lei, individualizando a norma abstrata e geral elaborada pelo Legislativo.

Consoante o entendimento de Miguel Seabra FAGUNDES, a função jurisdicional difere da administrativa em razão do momento em que é chamada a agir, bem como do modo e da finalidade pela qual interfere na tarefa de realização do direito.

“Expressa a vontade do Estado, pelo preceito normativo, todos os atos destinados a fazê-la são, sem dúvida, atos de execução, quer os que aparecem como resultado do exercício da função administrativa, quer os decorrentes da função jurisdicional. Mas o *momento* em que é chamada a intervir a função jurisdicional, o *modo* e a *finalidade*, por que interfere no processo realizador do direito, é que lhe dão os caracteres diferentes. O seu exercício só tem lugar quando exista conflito a respeito da aplicação das normas

---

<sup>46</sup> FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 219.

<sup>47</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, p. 22-28.

<sup>48</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Op. cit.*, p. 5-13.

de direito, tem por objetivo específico removê-lo, e alcança a sua finalidade pela fixação definitiva da exegese.”<sup>49</sup>

A definição da função jurisdicional feita pelo autor traz elementos que a caracterizam. A finalidade de fixação definitiva do conflito é, sem dúvida alguma, um dos traços marcantes da função jurisdicional. Contudo, o autor peca quanto à definição do momento em que se tem a intervenção da função jurisdicional.

Com efeito, o mero surgimento do conflito não é apto a autorizar a atuação do Judiciário. Pode ocorrer que o conflito esteja integralmente definido no caso concreto, mas que nem por isso o Judiciário seja chamado a intervir. O exercício da função jurisdicional apenas será autorizado a partir do momento em que o conflito for levado ao Judiciário. Em outras palavras, o que se quer dizer, é que o conflito por si só não autoriza o exercício da jurisdição, é necessário que haja provocação, que a parte interessada leve ao conhecimento do Judiciário a existência do conflito.

É nesse sentido o posicionamento de José CRETELLA JUNIOR que define a função administrativa como aplicação da lei de ofício e a jurisdição como a aplicação da lei, contenciosamente, mediante provocação<sup>50</sup>.

“Função de soberania do Estado, *jurisdição* é o poder de declarar o direito aplicável ao fato, objeto de litígio. Mediante o exercício da *função jurisdicional*, o Estado tutela ‘o produto’ da *função legislativa – a lei*. A *função legislativa* é exercida normalmente, sem solicitação dos interessados. A *função administrativa*, do mesmo modo, é desempenhada, na maioria das vezes de *ofício*, sem provocação, ao passo que a *função jurisdicional* não ocorre sem que um pressuposto indispensável se interponha entre o Estado e as partes conflitantes – a *ação* –, elemento catalítico que movimenta o poder jurisdicional do Estado.”<sup>51</sup>

De fato, a simples existência do conflito não autoriza a intervenção do poder Judiciário, a este não é dado atuar de ofício. O conflito precisa ser levado ao

---

<sup>49</sup> *Id. ibid.*, p. 10-11.

<sup>50</sup> CRETELLA JUNIOR, José. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>51</sup> *Id. ibid.*

seu conhecimento, faz-se necessária a provocação da jurisdição. A situação que se entende contrária à lei deve ser levada ao conhecimento do Judiciário por aqueles que tem interesse específico na solução do conflito.

#### **4.2 Desvio de poder e a finalidade da norma**

De acordo com o exposto anteriormente, é a finalidade da norma que justifica a existência da discricionariedade administrativa. É exatamente porque o legislador não pode definir abstrata e objetivamente qual a conduta que em determinada situação atenderia à finalidade legal que concedeu ao administrador a possibilidade de agir com discricionariedade.

Veja-se que a finalidade não é objeto de discricionariedade administrativa, ela está definida pelo ordenamento, consagrada na Constituição. A finalidade a ser atingida pelo agente público é o interesse geral, o bem comum – razão mesma da formação do Estado. Não há como se conceber o ato administrativo desligado de um fim público. Tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários são vinculados quanto à finalidade.

O (dever) poder discricionário é concedido ao agente público para que este realize as finalidades legais. Assim, nas palavras de José CRETELLA JUNIOR, o desvio de poder pode ser entendido como “(...) *o uso indébito que o agente faz do poder de que é detentor para atingir fim diverso do que a lei lhe confere.*”<sup>52</sup> A discricionariedade do agente não é apta a desvencilhá-lo da fidelidade expressa ou implicitamente prevista em lei.

É importante ressaltar que apenas se poderá cogitar de um desvio de poder quando o agente possuir competência para a prática do ato que se questiona. Em verdade, se essa competência lhe faltar, estar-se-á diante de um vício de incompetência formal, vez que a autoridade nem mesmo possui os poderes necessários para deliberar acerca do objeto do ato.

---

<sup>52</sup> *Id. ibid.*, p. 274.

Assim, pode-se asseverar, utilizando-se as palavras de Celso Antônio Bandeira de MELLO, que o desvio de poder

“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, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica.”<sup>53</sup>

Frise-se, por fim, que, em se tratando de um comportamento que não observa o fim legal, o que se tem é, na verdade, um comportamento ilegal.

Foi esta constatação, de que o desvio de poder é, de fato, matéria de controle de legalidade que permitiu o controle jurisdicional do assunto. Esta construção surgiu na jurisprudência francesa. O *Conseil d'État* é que admitiu a possibilidade do controle da finalidade da norma por meio da criação da teoria do desvio de poder<sup>54</sup>. Este o primeiro passo dado na direção do controle da discricionariedade administrativa.

“Com o objetivo de favorecer ou reforçar a moral administrativa na prática de atos discricionários, o Conselho de Estado passou a examinar se os fins visados pelas autoridades supostamente competentes e obedecendo a forma legal estavam em consonância com o interesse público. Entendia-se que o desvio de poder ocorre quando a autoridade administrativa, embora usando de competência legal, pratica o ato com finalidade diversa daquela para a qual foi outorgado o poder de praticá-lo.”<sup>55</sup>

Tem-se que o exame da finalidade, portanto, equivale a exame de legalidade do ato. Estando a finalidade definida em lei e sendo o ato vinculado a esta finalidade – mesmo diante de competência discricionária – a sua inobservância

---

<sup>53</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>54</sup> A construção da teoria do desvio de poder foi de extrema importância devido à rejeição de qualquer controle que não fosse meramente de legalidade. Entendia-se que o ato administrativo poderia ser objeto de controle apenas quanto à sua ilegalidade. No tocante aos atos vinculados, tal exame era suficiente posto que todos os seus elementos estavam pré-fixados, descritos objetivamente pela lei. Quanto aos atos discricionários, contudo, nenhum controle era admitido.

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 89-90.

será, necessariamente, traduzida por uma ilegalidade. Nesse sentido é o que nos ensina Miguel Seabra FAGUNDES, que ressalva a necessidade de que este exame de legalidade, o da finalidade do ato, não invada os limites do mérito.

“A *finalidade* do ato é examinada como aspecto da legalidade, tendo-se em vista verificar se a Administração Pública agiu ou não com o fim previsto na lei. Indaga-se da *finalidade* para apurar se o ato administrativo foi praticado para alcançar o *fim* desejado pelo texto legal. A desvirtuação de finalidade (*détournement de pouvoir* do direito francês) pode tornar o ato ilegal. Aqui o exame da legalidade quase chega ao mérito. Há, porém, um sutil limite que se não deve esquecer.”<sup>56</sup>

O que se verifica, destarte, é que o controle do desvio de poder em nada atinge a discricionariedade administrativa. Não há discricionariedade na demarcação da finalidade a ser atingida pelo ato. A finalidade está definida *a priori* pela lei e sobre ela não deve emitir qualquer juízo o agente público. O seu papel é sempre buscar a concretização dos fins legais, podendo utilizar, para tanto, de sua discricionariedade.

### **4.3 Controle da Discricionariedade na hipótese da norma**

A discricção na hipótese da norma relaciona-se à delimitação do fato que motivará a prática (ou não) de um ato administrativo. Quando o fato jurídico a ser levado em conta pelo agente público não vier descrito mediante o uso de conceitos que possam ser objetivamente apreciados, estar-se-á diante de competência discricionária. Em outras palavras, quando o fato for descrito através de conceitos imprecisos, o agente público poderá utilizar-se da discricionariedade.

Há quem defenda que a utilização de conceitos imprecisos, ou vagos, na norma não ensejaria discricionariedade, pois que diante do caso concreto a imprecisão desapareceria. A classificação de um fato como “urgente”, a qualificação

---

<sup>56</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Op. cit.*, p. 135.

de um interesse “relevante” ou um perigo “grave” teriam fluidez apenas na norma. Não haveria discricionariedade pois o caso concreto delimitaria tais conceitos de forma a eliminar a dúvida acerca de sua significação<sup>57</sup>.

Embora o caso concreto efetivamente forneça balizas para a delimitação dos conceitos imprecisos, é inegável que haverá situações em que permanecerá ainda uma margem de dúvida legítima, dentro da qual não se poderá reputar errônea a interpretação feita do conceito utilizado no texto legal.

“Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluido – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis.”<sup>58</sup>

Não há como se negar que a presença de conceitos imprecisos na hipótese da norma autoriza o exercício de competência discricionária pelo agente público. Contudo, a interpretação feita está sujeita ao princípio da razoabilidade, a significação atribuída pelo agente público ao conceito impreciso deve guardar coerência e razoabilidade com o caso concreto.

O Poder Judiciário está autorizado a realizar o controle da discricionariedade quando esta se manifesta na hipótese da norma pelo uso de conceitos imprecisos. Deverá averiguar se a interpretação feita pela Administração guardou relação com a significação que os conceitos comportavam diante do caso.

O papel do Judiciário é averiguar a devida adequação entre o conceito impreciso, o caso concreto e a observância do princípio da razoabilidade. Constada a ausência desta adequação, não se poderá aceitar a alegação de que o ato fora

---

<sup>57</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 98-108. Ao abordar a questão dos conceitos indeterminados em diversos sistemas jurídicos, tratando especificamente sobre o Direito germânico, a autora traz à baila o posicionamento dos Tribunais alemães que, opondo-se à doutrina austríaca de aceitação da discricionariedade no uso de conceitos imprecisos, a refutavam. “A reação, por parte dos Tribunais, revelou-se pelo repúdio à idéia de que os conceitos legais indeterminados gerassem discricionariedade; esta somente existiria quando a lei deixasse à Administração a possibilidade de optar por uma dentre várias soluções, todas elas possíveis perante o direito. O conceito indeterminado permitiria *interpretação* por parte dos Tribunais, para a procura da única solução possível, não equivalendo, portanto, à discricionariedade.”

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 23.

praticado no exercício da competência discricionária, vez que o agente terá ultrapassado os limites legais desta.

Entretanto, uma vez observados os parâmetros legais na interpretação feita pela Administração, o Judiciário não poderá fazer prevalecer o seu posicionamento sobre o do Executivo. É isto que ensina Celso Antônio Bandeira de MELLO, ao expor que

“Induvidosamente, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, *se manteve no campo significativo de sua aplicação ou de o desconheceu*. Verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma intelecção perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – *ainda que outra também pudesse sê-lo* – desassistirá ao Judiciário assumir est’outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio.”<sup>59</sup>

Desde que a interpretação feita pelo agente público tenha guardado a devida relação entre as significações possíveis do conceito indeterminado com o caso concreto, pautando sua conduta de acordo com o princípio da razoabilidade, não poderá sua conduta ser tida por ilegal.

#### **5.4 Controle da Discricionariiedade no conseqüente da norma jurídica**

O conseqüente da norma jurídica descreve a relação jurídica formada em decorrência do fato descrito na hipótese. Ele estabelecerá os sujeitos da relação jurídica, bem como o objeto, o conteúdo da prestação devida pelo sujeito passivo. No âmbito do direito administrativo, é o conseqüente que determinará o conteúdo do ato a ser praticado pela autoridade.

A conduta do administrador não está objetivamente descrita para todas as situações que se lhe apresentem, tendo em vista a real impossibilidade de tal previsão pelo legislador. Assim é que se permite ao agente público que, utilizando-

---

<sup>59</sup> *Id. ibid.*

se dos critérios de oportunidade e conveniência, adote a medida que entender mais adequada para a solução da situação concreta. Isto é o mérito do ato administrativo.

Por muito tempo, considerou-se que o mérito do ato administrativo era imune à apreciação jurisdicional vez que o exame de oportunidade e conveniência era tarefa que competia apenas ao executivo. Conforme expõe Miguel 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. Esta é o limite de controle quanto à extensão. (...) O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes.”<sup>60</sup>

Permitia-se ao Judiciário apenas o controle de legalidade dos atos administrativos. O controle, portanto, ficaria restrito à verificação de observância das prescrições legais quanto ao exame da competência do agente que praticou o ato, do motivo, do objeto, da finalidade e da forma. Ressalte-se que o exame de legalidade dos motivos do ato administrativo apenas seria possível quando se estivesse diante de competência vinculada, caso contrário, a discricionariedade para a apreciação dos motivos formaria barreira intransponível ao controle jurisdicional.

Esta compreensão de que intangibilidade do mérito pela apreciação jurisdicional é também defendida por Jose CRETELLA JUNIOR

“Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora de seu policiamento. Inscreve-se o mérito em terreno de competência exclusiva do Poder Executivo, pois traduz o entendimento de noção tradicional, resumida no clássico binômio oportunidade-conveniência, que traduz juízo axiológico do administrador.”<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Op. cit.*, p. 126-1286

<sup>61</sup> CRETELLA JUNIRO, José. *Op. cit.*, p. 336.

A compreensão de que o princípio da legalidade quanto aos atos administrativos deveria ser ampla para abranger também os princípios e as finalidades fixadas pelo sistema permitiu, num segundo momento que se fizesse o controle da finalidade dos atos administrativos<sup>62</sup>.

Este posicionamento de que o controle jurisdicional deve cingir-se ao exame de legalidade, sendo impossível a apreciação do mérito vem sendo mitigado. Fato é que a expressa vinculação da atividade administrativa aos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência feita pela Carta Constitucional de 1988 ampliou as possibilidades de controle. Os princípios tornaram-se o ponto de partida do ordenamento jurídico, razão pela qual o controle jurisdicional deve ser amplo a fim de tornar mais efetiva a proteção aos princípios constitucionais.

A necessidade de uma interpretação das regras de Direito Administrativo a partir de uma concepção mais principiológica, bem como a busca por um controle apto a oferecer efetividade aos princípios constitucionais são defendidas por Juarez FREITAS. O autor afirma também que

“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. Numa visão sistemática e consentânea com o novo Direito Administrativo, o mérito do ato, por via reflexa, pode ser inquirido (efetuado o controle de demérito), mas, até em razão disso, o controle de adequação deve ser realizado com maior rigor, uma vez que a discricionariedade existe, presumidamente, para que o agente concretize, com maior presteza, a vinculante finalidade pública.”<sup>63</sup>

Celso Antônio Bandeira de MELLO, ao tratar da discricionariedade no comando da norma, defende que haveria, na verdade, uma vinculação do agente à

---

<sup>62</sup> A questão do controle jurisdicional da finalidade e do desvio de poder será abordada com maior detenção no item seguinte.

<sup>63</sup> FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 237.

persecução da opção ótima, da única solução capaz de atender com perfeição à finalidade legal<sup>64</sup>.

De fato, não há como se negar que a discricionariedade administrativa justifica-se pela necessidade de persecução de uma finalidade pública constitucionalmente fixada. Também não se pode olvidar que este fim a ser atingido pelo agente público vincule toda a sua conduta. Aparece, portanto, uma possibilidade de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Diante da norma que lhe faculta agir ou não agir, ou adotar uma ou outra conduta, o agente público, através do exame de oportunidade e conveniência, e observadas as balizas que o caso concreto apresenta, deverá optar pela conduta que se mostre mais adequada a realizar a finalidade da norma. Esta apreciação de oportunidade e conveniência deverá ser sempre orientada pelo princípio da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

Este mérito do ato administrativo poderá, assim, ser objeto do controle jurisdicional quanto aos pressupostos dos quais se partiu para a definição do binômio oportunidade-conveniência. O que se quer dizer é que cumprirá ao juiz verificar se os princípios orientadores da atividade administrativa foram observados pelo agente público. O Judiciário está autorizado a investigar se houve razoabilidade na consideração dos motivos, se há proporcionalidade entre o ato praticado, os motivos e o efeito buscado, e se a medida adota respeita os parâmetros do princípio da eficiência.

Não se está aqui a autorizar a substituição do juízo de oportunidade e conveniência do agente público pelo do juiz. O que se pretende, antes, é um exame de adequação da apreciação feita pela Administração. Quer-se viabilizar um controle principiológico da conduta do agente.

É importante lembrar que o exame de oportunidade e conveniência feito pelo administrador é feito em momento diverso do controle exercido pelo Judiciário. Este possui condições bem mais objetivas para o controle vez que é feito a

---

<sup>64</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, p. 32-41.

*posteriori*. Já se tem conhecimento das conseqüências do ato, do seu alcance e da medida de sua eficácia para a solução do caso que se colocou diante do administrador. O agente público não tem o conhecimento destes dados, sua ação é anterior. Diante do caso concreto o administrador acredita que um determinado ato terá um certo efeito correspondente, há uma mera expectativa.

## 6. Conclusão

A Administração Pública é orientada pela idéia de função, ou seja, pelo exercício de poderes com o exclusivo objetivo de cumprir com determinados deveres. Existem interesses, alheios aos do agente público, que devem ser satisfeitos. E a persecução destes interesses é que justifica a concessão de determinados poderes à Administração. Assim, a utilidade e o sentido do poder apenas se justificam como instrumentos de realização dos fins legais.

O que se pode verificar é que este interesse público está tão intrinsecamente ligado à atividade administrativa que viabiliza a revisão do que se vinha tendo como possibilidade de controle dos atos administrativos.

A simples possibilidade de controle de legalidade e do desvio de poder não mais se mostram suficientes para se garantir a efetividade dos direitos constitucionalmente garantidos. Os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público demandam um controle jurisdicional dos atos administrativos apto a verificar a observância das garantias e valores constitucionais.

A discricionariedade não é uma autorização genérica dada ao administrador a fim de que atue de acordo com os seus juízos, e imunizando-o de qualquer espécie de controle. A observância do princípio da legalidade é cogente e deve ser no seu sentido mais amplo: adequação não apenas ao texto legal como também aos demais princípios e valores integrantes do sistema jurídico. A discricionariedade administrativa não passa de um instrumento concedido ao agente público para que realize, da maneira mais eficaz possível os fins definidos pelo legislador. Como nos ensina Tomás- Ramón FERNÁNDEZ,

“El *quantum* de la discrecionalidad depende, ciertamente, de la estructura finalista de la norma, porque el fin que ésta propone condiciona y limita seriamente *per se* la libertad de elección de los medios que la norma concede y ello aunque el texto literal de la misma parezca *prima facie* otorgar una libertad total al no hacer referencia alguna a los medios, ni establecer criterio alguno para la elección de uno concreto. (...) En el fin de la norma habilitante hay

siempre un condicionamiento implícito que limita por sí sólo el *quantum* de discrecionalidad.”<sup>65</sup>

A primazia da Constituição exige que se tenha um controle mais principiológico, preocupado com a tutela dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Como a discricionariedade administrativa está sempre vinculada aos princípios e valores norteadores do sistema jurídico também o controle deste poder deve ser feito sob esta ótica. Juarez FREITAS, com maestria, faz lembrar que

“Há necessidade de se experimentar, em matéria de controle, uma salvaguarda mais efetiva e substancial da fecunda interpenetração dos princípios cimeiros, no encaço de sua ampliada concretização. A regência publicista (...) deve ser, antes de mais, *principiologicamente orientada*, pois qualquer disposição alcança seu maior esclarecimento em confronto com os princípios máximos alojados na Lei Maior.”<sup>66</sup>

Não se está aqui a defender a extinção da discricionariedade administrativa, nem a sua completa sujeição à apreciação do Judiciário. Defende-se que o controle sobre a discricionariedade deve sim ser feito, mas sob um enfoque principiológico. Não se pode mais aceitar o clássico posicionamento de que diante da competência discricionária torna-se impossível a sua revisão judicial.

A discricionariedade, seja quando decorrer da hipótese da norma, seja quando decorrer do conseqüente da norma será sim objeto de apreciação pelo Judiciário sempre que este for provocado a se manifestar.

Na hipótese da norma, a utilização de conceitos imprecisos para a descrição da situação fática ensejadora do ato administrativo autorizará o Judiciário a verificar se a interpretação feita pelo agente público se conteve dentro de parâmetros significativos possíveis do conceito impreciso utilizado pelo legislador. O Judiciário poderá apreciar o caso concreto e averiguar se a significação atribuída ao conceito indeterminado guardou razoabilidade com a situação fática.

---

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Op. cit.*

<sup>66</sup> FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 86.

Não se autoriza, contudo, que se determine a substituição da interpretação do agente público por aquela feita pelo juiz quando observado o princípio da razoabilidade. Vale dizer, quando a delimitação feita pelo agente público estiver dentro da esfera de possíveis significados do termo legal diante do caso concreto, o Judiciário não poderá impor a sua própria interpretação por julgá-la mais adequada.

O mesmo se pode dizer da discricionariedade contida no conseqüente da norma jurídica. Quando o legislador facultar ao administrador agir ou não, ou conceder-lhe um leque de condutas possíveis diante de um caso concreto também será possível o controle jurisdicional. O conteúdo, o mérito do ato administrativo poderá ser objeto de controle sob o mesmo enfoque principiológico que se atribuiu ao controle da discricionariedade na hipótese da norma. Ao Judiciário permite-se a investigação do ato a fim de que se apure se foram observados os princípios da proporcionalidade – se ato praticado é proporcional ao fato considerado pelo agente – e da eficiência – se o ato adotado cumpre eficientemente a tarefa que lhe imputa o agente.

O mérito do ato administrativo não está, pois, imune ao controle jurisdicional. Isto não quer dizer que se possa autorizar a completa substituição do juízo de oportunidade e conveniência do agente público pelo elaborado pelo juiz. O controle jurisdicional deve ser feito a partir de uma perspectiva principiológica. Deve ater-se a assegurar a observância da razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

A par deste exame principiológico da discricionariedade administrativa não se pode olvidar o controle acerca do desvio de poder. O controle do desvio de poder apresenta-se de extrema relevância pois liga-se à finalidade do ato administrativo. O desvio de poder ocorrerá sempre que o agente praticar um ato desvirtuando-o de sua finalidade legal.

Na apreciação da finalidade do ato não há que se falar em discricionariedade administrativa. A lei fixa o fim. O agente público apenas pode agir

na busca do interesse público. Se o ato administrativo não observar a finalidade legal, será considerado ilegal.

Em apertada síntese, o que se pode afirmar é que a discricionariedade administrativa não é imune ao controle jurisdicional. A discricionariedade administrativa concedida abstratamente na norma jurídica é muito mais ampla do que a que se verifica diante do caso concreto. São diversas as balizas que se colocam ao exercício do poder discricionário. A finalidade legal, os princípios constitucionais e as circunstâncias fáticas reduzem-lhe as possibilidades de manifestação, podendo até mesmo eliminar a discricionariedade.

O controle jurisdicional pode ser exercido sempre que se estiver diante de quaisquer das limitações à discricionariedade. Os fins, os princípios e as balizas do caso concreto são limites que sempre poderão ser objeto de averiguação pelo Poder Judiciário. Quando o agente público utilizar a sua discricionariedade em desatenção aos limites que se apresentam, sua conduta não poderá ser tida como admitida pelo Direito e poderá ser revista jurisdicionalmente.

## BIBLIOGRAFIA

BACELLAR FILHO, Romeu. Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BLANCHET, Luiz Alberto. Discricionariedade ou Irrelevância Jurídica in Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, ano 2002, volume 2.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução? in Interesse Público, ano 8, n.º37, maio/junho de 2006. Porto Alegre: Notadez.

CHAPUS, René. Droit Administratif General. 12ª ed. Paris: Montchrestein, 1998.

\_\_\_\_\_. Droit du Contentieux Administratif. 7ª ed. Paris: Montchrestein, 1998.

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Viejas y nuevas ideas sobre el poder discrecional de la Administración y el control jurisdiccional de su ejercicio in Interesse Público, ano 8, n.º37, maio/junho de 2006. Porto Alegre: Notadez.

FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo Reescrito: problemas do passado e temas atuais in Revista de Negócios Públicos, ano II, n. 6, p. 39-41.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

PANZA, Luiz Osório Moraes. Os princípios constitucionais como limitadores da discricionariedade do ato administrativo. Dissertação apresentada para a obtenção do grau de mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Curitiba: 2005

SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico, 26ª ed., atualizadores: Nagib Slaibi Filho, Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

VIEIRA, José Roberto. Princípios Constitucionais e Estado de Direito in Revista de Direito Tributário, n.º 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez. 1990, p. 95-104.