

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**

**TATIANE EMANUELE DOS REIS DA ROCHA**

**ATO ADMINISTRATIVO, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O  
CONTROLE JURISDICIONAL**

**CURITIBA**

**2008**

**TATIANE EMANUELE DOS REIS DA ROCHA**

**ATO ADMINISTRATIVO, DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O  
CONTROLE JURISDICIONAL**

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

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

**CURITIBA**

**2008**

Ao meu pai José e à minha mãe Vera, por terem sido exemplos de caráter, fé, determinação e coragem por toda minha vida e por terem sempre me apoiado, mesmo que à distância.

Ao meu irmão Tiago, pela paciência e incentivo proporcionados ao longo de todos esses anos.

## RESUMO

O objetivo desta monografia é analisar a possibilidade, extensão e limites do controle jurisdicional dos atos administrativos produzidos no exercício da função discricionária da Administração Pública. A atividade administrativa deve estar pautada, sempre, no princípio da legalidade, sendo este concebido em seu sentido amplo, ou seja, incluindo em tal princípio não somente a subordinação da Administração à lei, mas a todo o ordenamento jurídico, inclusive aos princípios constitucionais. Caso o administrador público, no exercício de suas funções, se afaste da lei positivada ou desses princípios, cria-se a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, para que seja assegurado o correto exercício da função pública. Tal controle pode ser realizado através dos princípios constitucionais ou das teorias dos motivos determinantes e do desvio de poder. No entanto, é necessário ressaltar que o mérito do ato administrativo precisa estar preservado, isto é, é defeso ao Poder Judiciário controlar o mérito do ato administrativo, pois se trata do núcleo da discricionariedade administrativa, local em que a Administração Pública tem a liberdade, o dever-poder de agir de acordo com sua oportunidade, conveniência e justiça. Adentrar nele seria ferir o princípio constitucional da separação dos poderes. Com vistas a alcançar o objetivo que se pretende nesse trabalho, realiza-se um estudo do ato administrativo, seus elementos e a presença ou não da discricionariedade administrativa em cada um deles. Nesse ponto, pode-se perceber que, apesar das divergências doutrinárias, a discricionariedade está situada principalmente nos elementos objeto e motivo, embora possa também ser encontrada nos elementos finalidade e forma. Faz-se também uma breve análise do conceito de discricionariedade administrativa e das diferenças e semelhanças entre ela e os conceitos de arbitrariedade, vinculação e conceitos jurídicos indeterminados. Por fim, adentra-se no tema principal do trabalho, que é o do controle pelo Poder Judiciário da atividade administrativa discricionária.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>1. INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>5</b>  |
| <b>2. ATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>   | <b>7</b>  |
| 2.1. CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO .....   | 7         |
| 2.2. ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO .....  | 9         |
| 2.2.1. Competência ou Sujeito.....  | 11        |
| 2.2.2. Forma .....  | 12        |
| 2.2.3. Finalidade .....   | 14        |
| 2.2.4. Objeto .....   | 16        |
| 2.2.5. Motivo .....   | 17        |
| 2.3. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO .....   | 19        |
| 2.3.1. Mérito e Legalidade .....  | 22        |
| 2.3.2. Mérito e Discricionariedade .....  | 23        |
| <b>3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....</b>                                 | <b>25</b> |
| 3.1 NOÇÕES PRELIMINARES.....  | 25        |
| 3.2. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO .....  | 31        |
| 3.3. DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE .....                                    | 34        |
| 3.4. DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS .....                | 35        |
| <b>4. CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....</b>        | <b>41</b> |
| 4.1. CONTROLE E SEPARAÇÃO DOS PODERES .....                                       | 43        |
| 4.2. EXTENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL .....                                     | 45        |
| 4.3. CONTROLE ATRAVÉS DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA..... | 46        |
| 4.4. OUTRAS TÉCNICAS DE CONTROLE .....  | 59        |
| 4.4.1. Teoria dos Motivos Determinantes .....                                     | 59        |
| 4.4.2. Teoria do Desvio de Poder ou Desvio de Finalidade.....                     | 61        |
| <b>5. CONCLUSÃO.....</b>  | <b>65</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>   | <b>67</b> |

## 1. INTRODUÇÃO

No exercício da atividade administrativa, a Administração Pública pratica uma série de atos visando à satisfação das necessidades públicas. Essa atividade se concretiza através do ato administrativo, que pode ser vinculado à estrita disposição legal ou pode conter uma carga de discricionariedade conferida, pela lei, ao administrador público.

Este trabalho tem por objetivo explicar a atuação do agente público por meio de atos administrativos, sobretudo os discricionários, e, principalmente, colher informações sobre as formas pelas quais o Poder Judiciário controla a discricionariedade administrativa.

A necessidade de controle dos atos da Administração Pública é um tema já muito discutido no Direito Administrativo. Como bem coloca ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, o controle dos atos administrativos surgiu como um dos mais preciosos valores políticos desde a Revolução Francesa, representando uma das principais características do Estado de Direito.<sup>1</sup> Nesse modelo de Estado, é imprescindível que a atuação administrativa esteja, sempre, fundada na existência de prévia previsão legal que autorize a produção do ato administrativo, mesmo que discricionário.

Essa subordinação da Administração Pública aos ditames legais é explicada pelo princípio da legalidade, instituto primordial da atividade administrativa num Estado Democrático de Direito. No entanto, no decorrer do presente trabalho, entenderemos que o princípio da legalidade deve ser visto de uma forma ampla, de modo que a Administração Pública não esteja subordinada unicamente à lei, mas ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive aos princípios constitucionais administrativos.

Primeiramente, para que seja possível o controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos produzidos a partir da competência discricionária do administrador, é necessário que se tenha como ponto de partida o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” A partir desse dispositivo é que se

---

<sup>1</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 223.

entende a legitimidade do Judiciário em interferir na atividade administrativa, mesmo que discricionária, para a proteção de lesão ou ameaça a direito.

No entanto, veremos que o Poder Judiciário não pode controlar toda e qualquer atuação da Administração Pública, nem mesmo todo e qualquer ato administrativo. Existe um limite que o juiz, no exercício de sua função controladora, não pode ultrapassar, sob pena de ferir o princípio constitucional da separação dos poderes.

Por se tratar de um tema extenso e complexo, é necessário destacar que este trabalho não tem por objetivo esgotá-lo, pois se trata de um assunto que já é discutido há muito na doutrina e que a jurisprudência tem enfrentado nos últimos anos.

Assim, para o desenvolvimento do tema, este trabalho recai, no primeiro capítulo, sobre o estudo do ato administrativo, apresentando seu conceito, seus elementos e analisando a existência ou não da discricionariedade administrativa em cada um deles, a partir das divergências doutrinárias existentes.

A partir de então, torna-se possível analisar especificamente a discricionariedade administrativa, diferenciando-a de outros institutos que com ela se correlacionam, como a vinculação, a arbitrariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Esta apreciação ficou reservada para o segundo capítulo deste trabalho.

Por fim, no terceiro capítulo, aborda-se a questão referente ao controle jurisdicional do ato administrativo emitido no exercício da função discricionária da Administração Pública. Nesse ponto, explicaremos a importância da separação dos poderes para o tema, a extensão e os limites desse controle e a possibilidade de controle através dos princípios constitucionais da Administração Pública e das técnicas, utilizadas pela doutrina, advindas da teoria do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes, utilizando-se das diversas posições doutrinárias concernentes ao tema.

## 2. ATOS ADMINISTRATIVOS

### 2.1. CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Antes de se buscar um conceito para ato administrativo, deve-se atentar para o fato de que nem todos os atos praticados pela Administração Pública são atos administrativos. É o que ocorre com os atos que, embora praticados pela Administração, são regidos pelas regras de Direito Privado, caso dos contratos de locação. Também não são atos administrativos, por exemplo, os atos materiais, pois não possuem manifestação de vontade, mas somente execução.<sup>2</sup>

Além disso, a segunda consideração a ser feita é que, apesar de a prática dos atos administrativos caberem, a princípio, ao Executivo, eles também podem ser produzidos pelo Legislativo e pelo Judiciário, quando dispõem sobre o gerenciamento interno de seus interesses<sup>3</sup> ou por pessoas privadas no exercício de funções delegadas do Poder Público.<sup>4</sup>

Assim, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conclui que nem todo ato praticado pela Administração será administrativo e nem todo ato administrativo provém da Administração Pública.<sup>5</sup>

De acordo com JUSTEN FILHO, para que haja ato administrativo é necessário vontade, mas não no mesmo sentido utilizado no Direito Privado. Nas relações entre particulares, para que algum ato jurídico seja realizado, é preciso a manifestação da vontade do indivíduo, que é o processo psicológico interno da pessoa que comanda suas decisões. Quando se fala em ato administrativo, deve-se justamente impedir a manifestação da vontade do ser humano, que atua como órgão público. Portanto, a vontade que desenvolve o ato administrativo é a “vontade da Administração Pública” numa acepção puramente jurídica. O Direito transforma a

---

<sup>2</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 65.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed., atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 34.

<sup>5</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 368.

vontade humana em vontade da pessoa jurídica.<sup>6</sup> O que ocorre é a expressão da vontade da pessoa jurídica através de órgãos, compostos por pessoas físicas (agentes públicos).<sup>7</sup> E esse vínculo entre a “vontade” do órgão e a realização das finalidades estatais é o que caracteriza a atividade administrativa. Nas palavras do autor:

O ato administrativo é uma manifestação da vontade, mas não em sentido idêntico ao que se passa no direito privado. A formação da vontade administrativa se subordina a uma procedimentalização e a regras formais não existentes no âmbito privado. Trata-se de submeter o exercício do poder estatal a restrições destinadas a impedir atos abusivos – vale dizer, atos que reflitam uma vontade arbitrária, prepotente e reprovável. A expressão “vontade administrativa” indica, então, a vontade que é objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, formada segundo imposições de uma democracia republicana.<sup>8</sup>

Para se chegar ao conceito de ato administrativo, DI PIETRO leva em conta determinadas características próprias de tal instituto, quais sejam: (a) constituir como uma declaração do Estado ou de quem lhe faça às vezes, no sentido de exteriorização do pensamento e, envolvendo na noção de Estado, os órgãos não só do Poder Executivo, mas também dos Poderes Legislativo e Judiciário – que também emitem atos administrativos; (b) sujeitar-se ao regime jurídico-administrativo, o que afasta os atos de direito privado praticados pelo Estado; (c) produzir efeitos jurídicos imediatos, o que distingue ato administrativo de lei, atos materiais e enunciativos e (d) ser passível de controle judicial.<sup>9</sup>

A partir disso, DI PIETRO conceitua ato administrativo como sendo “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos

---

<sup>6</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.182-183.

<sup>7</sup> Essa é a teoria mais aceita pelos doutrinadores atuais, chamada de teoria do órgão. A essa teoria se contrapõem (a) a teoria do mandato, segundo a qual o Estado passaria um mandato para a pessoa física que agiria em nome próprio, de acordo com suas convicções, para atender as necessidades da Administração, e (b) a teoria da representação, que considera a pessoa física como representante do Estado, agindo em nome dele e conforme a vontade do representado. A teoria do mandato, a nosso ver, é insustentável, pois responsabilizaria, sempre, a pessoa física, e a teoria da representação também possui falhas, já que também trata da pessoa física e não do órgão que essa representa.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 184.

<sup>9</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 180.

imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.<sup>10</sup>

Também CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO busca conceituar o ato administrativo e afirma que este é

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.<sup>11</sup>

Note-se que o conceito de DI PIETRO é mais restrito que o de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que inclui em seu conceito os atos regulamentares e os atos convencionais. No entanto, o segundo autor adverte que também é possível que se conceitue ato administrativo de uma forma mais restrita, retirando os atos regulamentares e convencionais. Para isso, bastaria acrescentar no conceito as características de concreção e unilateralidade.<sup>12</sup>

As divergências entre os conceitos de ato administrativo podem ser explicadas por não existir um conceito legal de ato administrativo. Por essa razão, diversos autores, de acordo com o que consideram como pressupostos e características essenciais para formação do conceito, buscaram formar a idéia do que seria o ato administrativo.

## 2.2. ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

O estudo dos elementos do ato administrativo é de suma importância para este trabalho, para que se possa identificar sobre quais elementos do ato haverá de ser feito o controle jurisdicional. Como veremos a seguir, nenhum ato é totalmente vinculado ou totalmente discricionário, pois alguns elementos apresentarão vinculação e outros, discricionariedade.

---

<sup>10</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 181.

<sup>11</sup> BANDEIRA DE MELLO. Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 368-369.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 370. Para DI PIETRO, os atos regulamentares e convencionais foram retirados do conceito de ato administrativo através da característica de efeitos jurídicos imediatos, que não são próprios de tais atos.

Existe muita divergência doutrinária sobre os elementos do ato administrativo. Alguns autores discordam da nomenclatura que deve ser utilizada, sendo que alguns chamam de “elementos”, outros de “requisitos”, outros de “aspectos” e outros ainda preferem tratar tais vocábulos como sinônimos. Há divergência também no que diz respeito a quais são os elementos do ato administrativo.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por exemplo, afirma que os elementos do ato (considerados a “realidade intrínseca do ato”) são o conteúdo e a forma, e os pressupostos (exteriores ao ato) são de existência – objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa – e de validade – pressuposto subjetivo (sujeito), pressupostos objetivos (motivo e requisitos procedimentais), pressuposto teleológico (finalidade), pressuposto lógico (causa) e pressuposto formalístico (formalização).<sup>13</sup> LÚCIA VALLE FIGUEIREDO compartilha da divisão proposta por este autor.<sup>14</sup>

A Lei Ordinária nº 4.717 de 29 de junho de 1965, no entanto, conhecida como a Lei de Ação Popular, apresenta, em seu art. 2º, a o tratar dos atos considerados nulos, cinco elementos do ato administrativo, quais sejam: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.<sup>15</sup> BACELLAR FILHO e HELY LOPES MEIRELLES seguem a disposição feita pela lei e concordam com a existência desses cinco requisitos do ato administrativo, necessários para a sua formação.<sup>16</sup>

Por fim, DI PIETRO não se afasta muito da posição de BACELLAR e MEIRELLES, mas entende que os cinco elementos do ato administrativo são: finalidade, forma, motivo, objeto e sujeito; pois, para a autora, o sujeito além de ser competente deverá ser também capaz para a prática do ato.<sup>17</sup> Por se tratar de uma classificação mais objetiva e clara, dividimos o ato administrativo de acordo com o

---

<sup>13</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 375 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 121-122.

<sup>14</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181.

<sup>15</sup> Art. 2º da Lei de Ação Popular: “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.”

<sup>16</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 66 e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 133-137.

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 187-196.

proposto pela Lei de Ação Popular, utilizando também a divisão apresentada por DI PIETRO.

### 2.2.1. Competência ou Sujeito

De acordo com DI PIETRO, a competência pode ser entendida como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas políticas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo. Tal conceito parte do raciocínio de que quem tem capacidade para a prática dos atos administrativos são as pessoas jurídicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). No entanto, as funções que competem a esses entes são distribuídas entre órgãos administrativos e, dentro destes, entre seus agentes, pessoas físicas, aos quais caberá o exercício do ato administrativo.<sup>18</sup>

Já para JUSTEN FILHO, o direito atribui competência para a prática do ato administrativo para os sujeitos integrantes da Administração Pública e aos órgãos por meio dos quais se forma e se exterioriza sua vontade. Com isso, o autor quer dizer que a competência é atribuída à função ou ao cargo (e não à pessoa física). A identificação do ser humano titular da competência se dá pela via indireta: é aquele investido de uma função ou cargo. Além disso, para JUSTEN FILHO, a divisão da competência é importante tanto pela idéia de limitação do poder como pela racionalidade técnica. Ou seja, pretende-se, por meio dessa discriminação de competências, evitar abusos (função política) e erros (função de eficácia).<sup>19</sup>

VLADIMIR FRANÇA, ao explicar cada um dos elementos do ato administrativo, parte da idéia de que o elemento ligado ao agente é a competência e não o sujeito em si. Para ele, a competência é a atribuição legal de deveres-poderes para o desempenho da função estatal; é o que impulsiona o ato. Assim, a regra de competência é a responsável por definir o órgão ou o agente público habilitado a produzir o ato administrativo.<sup>20</sup> Também BACELLAR FILHO entende que o elemento

---

<sup>18</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 188.

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 195-196.

<sup>20</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.222, p.97-116, out./dez. 2000, p.99.

é a competência, definindo-a como a parcela de atribuições conferida pela lei ao agente público para a prática do ato.<sup>21</sup>

Caso não haja impedimento legal e se a competência não for exclusiva, há a possibilidade de delegação e avocação de competência, sendo a primeira a transferência de atribuições para subordinados e a segunda quando um agente hierarquicamente superior chama para si atribuições de subordinados.<sup>22</sup>

No que tange à identificação ou não da discricionariedade no elemento competência (ou sujeito, de acordo com alguns autores), a doutrina é praticamente unânime em afirmar que, nesse aspecto, o ato será sempre vinculado, ou seja, só poderá praticar um ato administrativo aquele que tiver competência atribuída em lei.

Como afirma FERREIRA LEITE, por exemplo, a competência de atuação do agente administrativo deriva unicamente da lei. E completa, ao citar TÁCITO, que não existe, no Direito Administrativo, competência geral ou universal, que preceitua a lei.<sup>23</sup>

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO sintetiza muito bem o entendimento da competência como elemento vinculado ao enunciar o princípio da reserva legal da competência: “nenhum ato sem competência e nenhuma competência sem lei anterior que a defina.”<sup>24</sup>

### 2.2.2. Forma

DI PIETRO afirma que existem duas concepções a respeito da forma como elemento do ato administrativo. A primeira é uma concepção restrita, defendida, por exemplo, por VLADIMIR ROCHA que considera a forma como a exteriorização do ato<sup>25</sup>, podendo este ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução, etc.

---

<sup>21</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>23</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 24.

<sup>24</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. rev., amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 134.

<sup>25</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade...*, *op. cit.*, p.100.

A segunda é uma concepção mais ampla, defendida pela autora, que inclui no conceito de forma não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da “vontade” da Administração, incluindo até os requisitos de publicidade do ato e o procedimento administrativo. Além disso, para a autora, a motivação também integra o conceito de forma, ou seja, deve ser incluída na forma a exposição dos fatos e do direito que serviram de fundamento para a prática do ato, sendo que sua ausência impossibilita a verificação da legitimidade do ato.<sup>26</sup>

JUSTEN FILHO adverte que a disciplina sobre a forma deve obedecer ao princípio da proporcionalidade, ou seja, em situações normais, os requisitos de forma serão mais severos, para que seu controle seja assegurado. No entanto, caso o cumprimento dos requisitos formais inviabilize a satisfação dos interesses coletivos e coloque em risco os direitos fundamentais, deve-se atenuar a exigência.<sup>27</sup>

Quanto à existência ou não de discricionariedade nesse elemento, DI PIETRO diz que a forma dos atos geralmente é vinculada, porque a lei previamente a define. No entanto, eventualmente, a lei poderá prever mais de uma forma possível para praticar o mesmo ato, caso em que existirá discricionariedade quanto à forma.<sup>28</sup> Esta é a posição majoritária da doutrina que, geralmente, considera, como regra, a vinculação quanto ao elemento forma, mas admite, como exceção, sua discricionariedade nos casos em que a lei apresente mais de uma forma possível para a prática do ato ou não apresente nenhuma forma a ser seguida pelo administrador.

No entanto, como sustenta CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, mesmo quando há ausência de prescrição legal sobre uma forma determinada, alguma forma deve ser utilizada pelo agente público, pois não pode haver ato sem forma, já que, nas palavras do autor, “o Direito não se ocupa de pensamentos ou intenções enquanto não traduzidos exteriormente”.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 192-193.

<sup>27</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 197.

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 199-200.

<sup>29</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 377.

### 2.2.3. Finalidade

Como averba BACELLAR FILHO, finalidade é o resultado pretendido quando se pratica o ato. No caso do ato administrativo, toda finalidade deve ser pública, ou seja, ele deve ser expedido em estrita vinculação ao fim público expresso ou implícito na lei. Caso o ato não ostente finalidade pública, deverá ser reputado como inválido, podendo o agente incorrer em desvio de poder ou desvio de finalidade, que se verifica quando o administrador pratica um ato visando a um fim diverso do previsto, explícita ou implicitamente, na regra legal de competência.<sup>30</sup>

DI PIETRO afirma que existem dois sentidos diversos para a finalidade: (a) finalidade em sentido amplo, que corresponde à consecução de um resultado que atinja o interesse público, que deve haver em todos os atos administrativos (finalidade pública) e (b) finalidade em sentido estrito, que é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei.<sup>31</sup>

FERREIRA LEITE, ao citar TÁCITO, adverte que a finalidade específica do ato deve ser observada, ou seja, o fim expresso ou implícito relacionado com a própria natureza do ato. Além disso, o agente nunca poderá substituir o fim predeterminado na lei por qualquer outro fim, seja ele público ou privado, lícito ou ilícito.<sup>32</sup>

JUSTEN FILHO faz uma diferenciação entre motivo e finalidade do ato administrativo. De acordo com o autor, o motivo é a causa do ato e a finalidade é a consequência por ele visada. Em termos cronológicos, “o motivo é aquilo que antecede o ato e a finalidade é aquilo que se pretende que se siga a ele”.<sup>33</sup>

Não há unanimidade doutrinária no que concerne à existência da discricionariedade neste elemento.

MOREIRA NETO, por exemplo, afirma que a manifestação da Administração Pública não pode ter outra destinação que não seja o atendimento a uma finalidade

---

<sup>30</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 67-68. A discussão a respeito do desvio de poder se dará no terceiro capítulo deste trabalho.

<sup>31</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 194-195.

<sup>32</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa...*, op. cit., p. 32.

<sup>33</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 200.

pública, que estará sempre e obrigatoriamente expressa na lei, sendo este elemento, portanto, sempre vinculado.<sup>34</sup>

Já DI PIETRO defende que haverá discricionariedade na finalidade do ato administrativo quando se refere a ela no sentido amplo e vinculação quanto à finalidade no sentido estrito. No primeiro sentido, há discricionariedade porque a lei se refere à finalidade utilizando-se de noções vagas ou imprecisas, como ordem pública, moral, bem-estar. O que ocorre nesses casos é que a lei não estabelece critérios objetivos que permitam deduzir quando tais fins são alcançados. No segundo sentido, há vinculação, pois para cada ato previsto na lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada.<sup>35</sup>

JUSTEN FILHO, por sua vez, ao tratar sobre o assunto, afirma com veemência que “a maior margem de autonomia do agente estatal, quando exercita a atividade administrativa, reside na sua concepção quanto às finalidades do ato administrativo”. Para ele, o que ocorre é que essa autonomia é ocultada pela invocação da realização do bem comum, que freqüentemente não é acompanhada de uma explicação sobre seu significado específico no caso concreto. Assim, para o autor, a vinculação quanto às finalidades restringe-se a determinar que não se pode utilizar das competências estatais para perseguir um fim de interesse privado ou alheio ao bem da coletividade. No entanto, no momento de aplicação da norma, caberá ao agente definir, dentro desses parâmetros, o que deverá ser feito para se atingir as finalidades públicas, como a promoção dos direitos fundamentais, a redução da pobreza, a diminuição das desigualdades regionais e assim por diante.<sup>36</sup>

Assim, percebe-se que a finalidade, dependendo do doutrinador, poderá ser vista como elemento vinculado ou discricionário. Para este estudo, entendemos considerar que a finalidade poderá ser (a) vinculada quando explicada objetivamente pela lei ou (b) discricionária quando a lei se utilizar de conceitos vagos ou indeterminados.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito...*, op. cit., p. 134.

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 199.

<sup>36</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 201-202.

<sup>37</sup> A questão sobre conceitos jurídicos indeterminados será vista mais adiante, no capítulo 2.

#### 2.2.4. Objeto

O objeto é o efeito jurídico imediato a ser alcançado com a realização do ato administrativo, ou seja, é a injunção prática que o ato administrativo busca acarretar.

VLADIMIR FRANÇA, remetendo a HELY L. MEIRELLES, coloca que o objeto corresponde ao conteúdo do ato administrativo, ou seja, “a criação, modificação, ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público.”<sup>38</sup> Já JUSTEN FILHO afirma que o conteúdo é aquilo que é determinado ou executado pela Administração Pública.<sup>39</sup> Em suma, é aquilo que o ato dispõe, é o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica.<sup>40</sup>

No entanto, há divergências doutrinárias a respeito desse elemento. Há autores que distinguem o objeto do conteúdo do ato, como CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por exemplo, e outros, como DI PIETRO, que os tratam como sinônimos. Aqui, utilizaremos tais vocábulos como sinônimos.

De acordo com BACELLAR FILHO, o objeto deve ser lícito, já que a Administração Pública está, em qualquer circunstância, subordinada ao princípio da legalidade; possível, ou seja, realizável no mundo dos fatos e do direito; certo, com definição de destinatários, efeitos, tempo e lugar; moral e dirigido a um fim público.<sup>41</sup>

Quanto ao objeto ser elemento vinculado ou discricionário, tanto para DI PIETRO como para MOREIRA NETO, o objeto será vinculado quando a lei definir apenas um objeto como possível para atingir determinado fim e será discricionário quando vários objetos forem possíveis para atingir um mesmo fim, sendo todos eles válidos perante o direito.<sup>42</sup>

Para a doutrina em geral, o objeto constitui o núcleo da discricionariedade, principalmente devido ao juízo de conveniência que incide sobre o conteúdo do

<sup>38</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade..., op. cit., p.100.

<sup>39</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 198.

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 376.

<sup>41</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 70.

<sup>42</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 201 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito...*, op. cit., p. 136.

provimento estatal, ou seja, sobre o objeto do ato. Assim, quando não há uma previsão concreta na lei de fazer ou não fazer, caberá ao agente público decidir sobre a oportunidade e a conveniência da edição ou não do ato administrativo.

#### 2.2.5. Motivo

O motivo compreende os pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam a edição e concretização do ato. É a compatibilização do fato com o direito. Nas palavras de JUSTEN FILHO, “a expressão ‘motivo’ do ato administrativo indica uma representação intelectual que o sujeito realiza quanto ao mundo externo, conjugando fatos e normas”. Portanto, o motivo não é o fato propriamente dito, mas a representação intelectual que o agente realiza a propósito dele, relacionando-o com o Direito e atingindo uma conclusão, que o autor chama de “causa jurídica”.<sup>43</sup>

Para um melhor entendimento, VLADIMIR FRANÇA subdivide o motivo em motivo material – que é a situação jurídica subjetiva que levou à expedição do ato administrativo – e o motivo legal – que é aquele que advém da previsão legal abstrata do fato jurídico-administrativo.<sup>44</sup>

Há certa discussão doutrinária quanto ao motivo ser ou não obrigatório e se sua ausência gera ou não a invalidade do ato. De acordo com BACELLAR FILHO, que nos parece ter a posição mais coerente sobre o assunto, em regra, todos os atos administrativos devem ter um motivo, seja ele vinculado ou discricionário, pois sua presença é garantia de legalidade, que permite e facilita o controle do ato. Caso o motivo seja ausente, pode-se invalidar o ato administrativo, exceto se a lei o dispensar ou se for incompatível com a sua natureza.<sup>45</sup>

BACELLAR FILHO adverte que não se deve confundir motivo com motivação, pois esta faz parte da forma do ato e consiste na “declinação das razões do ato, evidenciando por escrito os pressupostos de fato existentes e sua relação com o ato praticado.” Mesmo que a motivação seja desnecessária, caso o ato seja motivado,

---

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 198-199.

<sup>44</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade...*, *op. cit.*, p.100.

<sup>45</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 69. Esta questão será melhor abordada quando tratarmos da teoria dos motivos determinantes.

só será válido se os motivos anunciados forem verdadeiros, existentes e devidamente qualificados.<sup>46</sup>

Também FERREIRA LEITE, ao falar sobre a motivação, explica que ela é a exposição das razões que levam a Administração a proceder à emanação do ato administrativo. E conclui, se utilizando das idéias de RENATO ALESSI, que é através da motivação que se tem a valoração comparativa entre o interesse a realizar e o meio preestabelecido.<sup>47</sup>

De acordo com DI PIETRO, o motivo poderá ser vinculado ou discricionário. Este será vinculado quando a lei descrevê-lo utilizando noções precisas e será discricionário quando a lei não o definir, deixando-o a critério da Administração (caso da exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão) e quando a lei, apesar de definir o motivo, o faz utilizando-se de noções vagas e imprecisas como falta grave e procedimento irregular (casos dos conceitos jurídicos indeterminados, que serão vistos posteriormente).<sup>48</sup>

MOREIRA NETO concorda que o motivo poderá ser vinculado ou discricionário, mas não necessariamente pelas razões expostas por DI PIETRO. Para o autor, caso a lei preveja uma situação de fato ou de direito que seja determinante da ação, o motivo será vinculado. No entanto, caso a lei, explícita ou implicitamente, der ao administrador a possibilidade de escolha, dentro de um campo de opções, o motivo será discricionário.<sup>49</sup> Note que MOREIRA NETO não considera as noções vagas e imprecisas como caso de discricionariedade.

Por fim, é importante que se coloque os ensinamentos de VLADIMIR FRANÇA que afirma que a discricionariedade do motivo encontra-se apenas no motivo fático, pois o motivo legal (como sempre estará disposto na lei) será obrigatoriamente vinculado.<sup>50</sup>

Assim, juntamente com o objeto do ato administrativo, o motivo (mais necessariamente o motivo fático), constitui, de acordo com o entendimento

---

<sup>46</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 68-69.

<sup>47</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa...*, op. cit., p. 27.

<sup>48</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 200. A matéria sobre desvio de poder será desenvolvida no capítulo 3.

<sup>49</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito...*, op. cit., p. 135.

<sup>50</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade...*, op. cit., p. 104.

majoritário da doutrina, o núcleo da discricionariedade, pois são nesses dois elementos (objeto e motivo) em que geralmente se encontra a maior possibilidade de atuação discricionária da Administração Pública. Isso não significa dizer, entretanto, que não poderá haver discricionariedade nos demais elementos. Como visto nos tópicos anteriores, com exceção da competência, todos os demais elementos poderão ter, em maior ou menor medida, um campo de liberdade de atuação por parte do administrador público.

### 2.3. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

A doutrina atual ainda não consolidou um significado único para “mérito do ato administrativo”. A principal divergência existente diz respeito à extensão que deve ser dada a tal conceito. E essa delimitação do que é mérito é muito importante para o estudo do controle judicial da atuação administrativa discricionária, pois esta poderá ser maior ou menor dependendo do entendimento que se tem de até aonde vai o mérito dentro do ato administrativo.

Segundo CELSO ANTÔNIO, mérito é

*O campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dado a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.<sup>51</sup>*

JUSTEN FILHO, por sua vez, afirma que a expressão mérito do ato administrativo deve ser utilizada para indicar o núcleo de natureza decisória que um ato administrativo discricionário possui, produzido por uma autorização legislativa. Nesses casos, a fiscalização poderá examinar os requisitos externos de regularidade da atuação discricionária, ou seja, poderá verificar se todos os requisitos legais procedimentais foram respeitados e se o agente público atuou visando à concretização dos direitos fundamentais, com a observância dos valores

---

<sup>51</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.38.

democráticos. No entanto, não se admite o controle sobre o juízo de conveniência e de oportunidade, inerente à atividade administrativa discricionária.<sup>52</sup>

ODETE MEDAUAR afirma, ainda, que o poder discricionário tem sua sede no mérito, que é a “indagação da oportunidade e conveniência do ato, zona livre em que a vontade do administrador decide sobre situações mais adequadas ao interesse público”.<sup>53</sup>

SEABRA FAGUNDES foi um dos primeiros autores brasileiros a tratar do tema “mérito do ato administrativo”. Para o autor, não é possível que haja controle judicial sobre o mérito, pois se trata do sentido político do ato administrativo.<sup>54</sup> Caso o juiz penetrasse no conhecimento do mérito, estaria ultrapassando o campo de apreciação jurídica (legalidade e legitimidade) que lhe é reservado por ser o órgão responsável pela preservação da ordem legal para adentrar no terreno da gestão política (discricionariedade), que é próprio dos órgãos do Poder Executivo.<sup>55</sup>

Para o autor, o mérito do ato administrativo pode ser encontrado no motivo do ato administrativo (utilidade e oportunidade), em seu objeto (modo de agir) ou em ambos, simultaneamente.<sup>56</sup> Atualmente já se tem uma visão um pouco ampliada do mérito do ato, podendo o mérito ser encontrado, ainda que com menor frequência, também da finalidade e na forma do ato administrativo.

Assim, uma vez que a competência, a finalidade e a forma do ato administrativo são, em regra, elementos vinculados, segundo BACELLAR FILHO, é possível dizer que o mérito, que pressupõe o exercício da discricionariedade, recai

---

<sup>52</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 746.

<sup>53</sup> MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 610, p. 39-45, ago-1986, p. 42.

<sup>54</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos...*, *op. cit.*, p. 121-127.

<sup>55</sup> Nesse sentido, temos a ementa do MS 12629/DF, julgado pela Terceira Seção do STJ, relator o Min. FELIX FISCHER, que dispõe: “MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. I – O ato de redistribuição de servido público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas entidades. II – O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, **eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise do mérito do ato impugnado**. Precedentes. Segurança denegada” (*grifos nossos*). Vide DJU 24.09.2007, p. 244.

<sup>56</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1995*. Rio de Janeiro: Renovar, p.189-203, 1991, p. 189.

principalmente (mas não unicamente) sobre os elementos objeto e motivo. Com relação a esses elementos, o autor afirma que não cabe correção judicial, exceto quando houver excesso ou desvio de poder.<sup>57</sup>

Além disso, de acordo com SEABRA FAGUNDES, o mérito constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários, pois quando a Administração Pública pratica um ato vinculado, o conteúdo político (mérito) do processo de realização da vontade estatal já está esgotado pela lei. A medida a ser tomada perante um caso concreto já foi analisada e concluída anteriormente pelo legislador. Nesses casos, o administrador apenas torna efetiva a solução preestabelecida.<sup>58</sup>

Como conclusão, o autor averba que o mérito envolve interesses e não direitos. E é nesse ponto que se afirma que ao Judiciário não é permitido adentrar no mérito do ato administrativo. Isso porque os interesses não se submetem ao Judiciário, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. Nas palavras do autor, que se utiliza dos ensinamentos de RANELLETTI, “o mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administrador, violando, o princípio da separação e independência dos poderes.”<sup>59</sup>

No mesmo sentido, BACELLAR FILHO e VLADIMIR FRANÇA afirmam que o mérito só existe nos atos administrativos discricionários, pois nos atos vinculados o juízo de oportunidade já foi analisado e definido pelo legislador no momento de criação da lei e, portanto, não há espaço para uma avaliação de conveniência e oportunidade por parte de Administração Pública.<sup>60</sup>

No entanto, DI PIETRO adverte que embora seja verdade que é proibido ao Poder Judiciário controlar o mérito administrativo, ou seja, o aspecto político do ato, não é aceitável, nas palavras da autora:

---

<sup>57</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 73. A questão da correção judicial será amplamente discutida no último capítulo.

<sup>58</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito...*, op. cit., p.194.

<sup>59</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos...*, op. cit., p. 181.

<sup>60</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 73 e FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade...*, op. cit., p.106.

*Usar-se o vocábulo mérito como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito.<sup>61</sup>*

Assim, pode-se dizer que: (a) o mérito constitui o núcleo da discricionariedade administrativa; (b) diz respeito à conveniência e à oportunidade da Administração Pública em praticar ou não determinado ato e, em praticando-o, na escolha de quando e como praticá-lo; (c) é preponderantemente encontrado nos elementos objeto e motivo do ato administrativo, embora possa ser, excepcionalmente, encontrado também na sua finalidade e na sua forma.

### 2.3.1. Mérito e Legalidade

Primeiramente, para podermos diferenciar legalidade e mérito, precisamos ter em mente que o Judiciário atua no campo de estrita aplicação da lei, enquanto a Administração atua no campo de sua aplicação, em face e em função de interesses públicos.

DI PIETRO e RUBEM PEREGRINO CUNHA, ao tratarem da diferença entre legalidade e mérito, afirmam que a primeira refere-se à conformidade do ato com a lei e o segundo refere-se à oportunidade e à conveniência diante do interesse público a atingir.<sup>62</sup>

SEABRA FAGUNDES, em brilhante síntese, distingue com objetividade mérito e legalidade. De acordo com o autor, tal distinção se dá em virtude da divisão das funções na vida estatal e da natureza peculiar de cada uma delas. Dessa forma, como se sabe, ao Legislativo é confiada a função de edição do direito e ao Executivo e ao Judiciário a execução do direito, sendo que o administrador deverá aplicá-la normalmente através de seus atos e o juiz deverá fazê-lo em circunstâncias incidentes, quando se exigir a apuração da juridicidade das medidas aplicadas pelo

---

<sup>61</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 91.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 201 e CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005, p. 83.

Poder Executivo. Assim, como bem averbado pelo autor, o campo de atuação do juiz é o da estrita aplicação da lei, enquanto o do administrador é o da sua aplicação, em face e em função de interesses públicos e privados. Tem-se, portanto, dois setores: um de atuação sucessiva do Executivo e do Judiciário e outro de atuação exclusiva do Executivo. São esses dois setores que explicam a adoção das expressões legalidade e mérito.<sup>63</sup> E conclui o autor:

Aquela [a legalidade] definindo o âmbito de atuação executora, inicialmente competindo à Administração Pública e, posteriormente, em grau de revisão, ao Poder Judiciário; esta outra [o mérito] significando o setor privativo dos órgãos da Administração.<sup>64</sup>

Assim, pode-se entender que o mérito do ato administrativo está regido pela conveniência e pela oportunidade do ato e está imune à revisão por parte do Poder Judiciário, pois consiste na parcela de liberdade conferida ao agente público para que decida, segundo esses critérios, qual é a solução mais adequada para que se atinja a finalidade pública, objetivo que deve ser alcançado por todo ato administrativo. De outro lado, a legalidade é responsável por vincular a atuação do administrador à estrita observância da lei, devendo este agir sempre nos limites impostos pelo legislador.

### 2.3.2. Mérito e Discricionariedade

Como bem coloca FERREIRA LEITE, o fato de o mérito existir somente quando o agente público atua no exercício de sua competência discricionária, não significa dizer que mérito e discricionariedade são sinônimos, porque não o são.<sup>65</sup> Como veremos a seguir, aquele tem uma dimensão muito mais restrita que este.

FERREIRA LEITE sintetiza seu pensamento da seguinte forma:

---

<sup>63</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. Conceito de mérito..., *op. cit.*, p. 200.

<sup>64</sup> *Idem.*

<sup>65</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa...*, *op. cit.*, p. 66.

Não existe discricionariedade não submetida à regra de direito; sendo ela sujeita a certos parâmetros, consiste o controle em ajuizar da razoabilidade dos motivos ou da escolha dos fins, quando a discricionariedade estiver na hipótese ou na finalidade da norma. Da mesma forma, **quando a discricionariedade estiver situada no preceito normativo, o que caberá ser verificado é se os agentes escolheram um meio admissível, dentre uma pluralidade de comportamentos possíveis; em outras palavras, se se mantiveram dentro do mérito, ou, se se valendo da idéia de mérito, atuaram com exorbitância, transbordando-o.** Em nenhuma das hipóteses aventadas, poderá o Judiciário alterar os critérios adotados pela Administração, desde que essa tenha se mantido na moldura legal, sob pena de usurpação de poder e de incidência em inconstitucionalidade. (*grifos nossos*)<sup>66</sup>

SEABRA FAGUNDES, ao tratar do assunto, afirma que atividade discricionária e mérito nem sempre coincidem, podendo aquela exercer-se em campo distinto do merecimento. Além disso, a discricionariedade é exercida com submissão às normas jurídicas, o que não ocorre com o mérito. A discricionariedade tem demarcadas, pela lei, as divisas de seu exercício. Dentro, porém, dessas linhas divisórias, é livre, exercita-se sob a influência apenas de razões políticas. É nesse plano de não sujeição da atividade administrativa a normas propriamente jurídicas que se encontra o mérito.<sup>67</sup>

Assim, pode-se concluir que o mérito é o campo de liberdade concedida pelo legislador ao administrador para que este atue de acordo com a conveniência e a oportunidade da Administração Pública, visando sempre a atender a uma finalidade coletiva. Já a discricionariedade é o meio através do qual essa função poderá ser exercida, ou seja, a discricionariedade é uma técnica jurídica que permitirá que o agente público atue utilizando-se dos critérios de conveniência e oportunidade, produzindo o mérito do ato administrativo. Em suma, a discricionariedade é o meio; o mérito, o resultado.

<sup>66</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa...*, *op. cit.*, p. 66.

<sup>67</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito...*, *op. cit.*, p. 198-199.

### 3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

#### 3.1 NOÇÕES PRELIMINARES

A atividade da Administração Pública, seja ela vinculada ou discricionária, está pautada nos ditames legais, isto é, um ato administrativo necessita de uma lei que o autorize e o justifique, pois é submisso e dependente de uma normatização legal prévia.

De acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o Estado de Direito deve se sujeitar sempre aos parâmetros da legalidade. Segundo o autor, o Estado de Direito é o produto da junção do pensamento de JEAN-JACQUES ROUSSEAU e de MONTESQUIEU. J.J. Rousseau parte da premissa da igualdade, sustentando a soberania popular. Sua obra defende o ideal de democracia, em que o poder estatal seria o resultado direto da vontade dos indivíduos que formam o todo social (a existência de um contrato social). Por outro lado, Montesquieu se baseia no pensamento de que todo aquele que tem poder tende a abusar dele. Portanto, para se evitar tiranias, é preciso limitar o poder. Desse raciocínio surge sua clássica formulação da separação dos poderes<sup>68</sup>, em que “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.”<sup>69</sup>

A confluência desses dois pensamentos formou o modelo do Estado de Direito. Se partirmos da premissa de que todo poder emana do povo e de que há a tripartição no exercício do poder (artigos 1º, §1º e 2º, da Constituição da República de 1988), a atuação estatal, sobretudo a administrativa, não é mais do que o cumprimento dessa vontade geral estabelecida, num primeiro momento, na norma constitucional, e, em seguida, na lei.

JUSTEN FILHO afirma que o Estado de Direito se traduziu, originalmente, na interlocução de quatro postulados fundamentais, quais sejam: a supremacia constitucional, a tripartição dos poderes, a generalização do princípio da legalidade e

---

<sup>68</sup> Tal assunto será tratado de forma aprofundada mais adiante.

<sup>69</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariade...*, op. cit., p. 11-12.

a universalidade da jurisdição. Isso possibilitou o desenvolvimento do Estado baseado na obediência de seus governantes aos preceitos legais.<sup>70</sup>

Assim, a atividade administrativa, como sustentam JUSTEN FILHO e CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é essencialmente uma atividade sublegal, também chamada de infralegal. A atuação da Administração Pública está muito mais submissa ao ordenamento jurídico que a atuação dos particulares. A legalidade apresenta conteúdos distintos quando trata do comportamento do particular perante a lei e quando trata da relação entre a Administração e a lei.<sup>71</sup>

Como bem averba FERREIRA LEITE, baseado das idéias de QUIERÓ, “enquanto o indivíduo pode fazer tudo aquilo que lhe não é expressamente vedado, a Administração só pode fazer aquilo que a lei expressamente lhe consente que faça”.<sup>72</sup> Logo, entre o indivíduo e a lei há uma mera relação de não contradição; já entre a Administração e a lei há, além disso, uma relação de subsunção.

A própria Constituição da República de 1988 faz essa distinção, garantindo aos particulares que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (art. 5º da CR) e, em seu art. 37, prevendo que, de outro lado, a Administração Pública deverá se sujeitar, dentre outros princípios, ao princípio da legalidade.

SEABRA FAGUNDES, em admirável síntese, conclui que “administrar é aplicar a lei de ofício”<sup>73</sup>. A discricionariedade não resulta da ausência de lei que disponha sobre o assunto, ela só existirá como resultado da forma pela qual a lei haja regulado determinada atuação administrativa, já que, como dito, não se admite atividade da Administração que não esteja previamente autorizada em lei.

O conceito de discricionariedade depende da abrangência que cada autor dá para o conceito de legalidade. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conceitua a discricionariedade da seguinte forma:

---

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 9-10.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 138 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, op. cit., p. 13.

<sup>72</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa...*, op. cit., p. 17.

<sup>73</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos...*, op. cit., p. 3.

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 vertente.<sup>74</sup>

Na esteira de C. A. BANDEIRA DE MELLO, JUSTEN FILHO conceitua discricionariedade administrativa como sendo “o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto.”<sup>75</sup>

Já FREITAS afirma que discricionariedade administrativa é

A competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitando os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.<sup>76</sup>

A justificativa para a existência da discricionariedade administrativa, segundo DI PIETRO, é fundamentada em um critério jurídico e em um critério prático. Baseado na teoria de HANS KELSEN, o critério jurídico funda-se na teoria da formação do Direito por degraus, ou seja, o Direito é expressado através de vários degraus e, a cada ato, soma-se um elemento novo não previsto no anterior. E esse acréscimo se dá por meio da discricionariedade. Já no critério prático, a discricionariedade é justificada levando em conta a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis que o agente poderá enfrentar na prática.<sup>77</sup>

Partindo do critério prático, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que a discricionariedade é o resultado da impossibilidade de a mente humana poder saber, sempre, em todos os casos, qual a providência que atende com precisão capilar a finalidade da regra de direito.<sup>78</sup>

<sup>74</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>75</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 154.

<sup>76</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração Pública*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 22.

<sup>77</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 197-198.

<sup>78</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, *op. cit.*, p. 43.

Por fim, QUEIRÓ justifica a discricionariedade tomando por base a teoria da tripartição dos poderes, defendendo que a supressão da discricionariedade num Estado de Direito fundado na separação dos poderes é impossível, pois o Poder Legislativo estaria invadindo a esfera do Poder Executivo, o que lhe é proibido.<sup>79</sup>

Seja como for, a lei sempre impõe um comportamento do agente administrativo que seja ótimo, tanto quando regula uma dada situação através de uma norma jurídica vinculada, como quando o faz por meio de norma jurídica discricionária. O que o ordenamento jurídico almeja é a satisfação total da finalidade legal, tanto que o comando da norma é o de sempre alcançar o interesse público.<sup>80</sup>

Tendo em vista que a determinação legal é uma imposição, chega-se a conclusão de que o agente administrativo, ao atuar discricionariamente, está perante o dever jurídico de exercer não qualquer ato que a lei lhe apresenta como possível, mas, única e exclusivamente aquele que seja capaz de atender com perfeição à finalidade legal. Essa é a posição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que sintetiza o raciocínio afirmando que:

Uma vez que, no comum dos casos de discricionariedade, teria sido perfeitamente possível redigir a lei em termos vinculados, tem-se de concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo *pretendido como imprescindível* e reputado capaz de assegurar, *em todos os casos*, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma. Daí a outorga da discricionariedade para que o administrador – que é quem se defronta com os casos concretos – pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.<sup>81</sup>

Nesse sentido, FRANCO SOBRINHO, utilizando as idéias de QUEIRÓ, afirma que a discricionariedade situa-se entre alternativas jurídicas diferentes, igualmente ótimas, pois trata da escolha do meio mais apto e melhor para atingir o fim legal, conforme a conveniência ou a oportunidade da Administração Pública.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> QUIERÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 6, p. 40-78, out. 1946, p. 57-58.

<sup>80</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, *op. cit.*, p. 43.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>82</sup> FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 110.

É importante lembrar, ainda, que existe uma série de divergências entre os doutrinadores quanto à terminologia que deve ser utilizada para tratar da discricionariedade administrativa. De modo geral, os autores utilizam-se de expressões como *poder discricionário*, *atividade discricionária* e *ato discricionário*.

Segundo ODETE MEDAUAR, alguns autores, como WALINE, admitem somente a expressão poder discricionário. Outros, como SEABRA FAGUNDES, CIRNE LIMA, MIGUEL REALE, HELY L. MEIRELLES e CRETELLA JÚNIOR, utilizam-se da expressão ato discricionário. Para a autora, poder discricionário, atividade discricionária e ato discricionário são conceitos distintos contidos na discricionariedade administrativa. Para MEDAUAR, “poder discricionário é uma faculdade, atividade discricionária é o exercício das funções com utilização do poder discricionário, enquanto o ato administrativo discricionário é o resultado do exercício desse poder, seu resultado concreto.”<sup>83</sup>

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO desenvolveu um pensamento que vai além dessa diferenciação tríplice feita pela autora. Segundo o doutrinador, o quadro normativo brasileiro indica determinadas finalidades obrigatórias que devem ser alcançadas pela Administração Pública por meio de atos administrativos. Buscar tais finalidades é, antes de tudo, um dever da Administração, para só depois poder ser considerado um poder. O administrador, no cumprimento de suas funções, exercita um poder em benefício do interesse público e o exercita não porque quer, mas porque deve exercitá-lo. Assim, o Direito Público não se baseia numa idéia de poder, mas de dever da Administração Pública para com os interesses da sociedade.<sup>84</sup> Nas palavras do autor:

Como não há outro meio para se atingir essa finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico.<sup>85</sup>

<sup>83</sup> MEDAUAR, Odete. Poder discricionário..., op. cit., p. 39.

<sup>84</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, op. cit., p. 13-14.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p.15.

Deste modo, pode-se perceber que o “poder” discricionário é simplesmente o dever que a Administração Pública tem de alcançar a finalidade legal. A partir desse entendimento, será possível entender que a discricionariedade do administrador não é um poder que ele possui de fazer o que bem entender. Ele está, pelo contrário, assujeitado e submisso aos fins que a norma legal lhe impõe. Além disso, embora se fale muito em ato discricionário, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que não é o ato que é discricionário, mas sim a competência do agente, ou seja, a apreciação a ser feita pelo administrador quanto aos aspectos do ato administrativo. O ato é apenas produto do exercício dessa competência.<sup>86</sup>

Também JUSTEN FILHO é adepto da idéia da existência de um dever-poder discricionário da Administração Pública. De acordo com o autor, haverá discricionariedade quando a norma legislativa não puder contemplar disciplina exaustiva quanto à hipótese de incidência ou ao mandamento normativo, atribuindo ao agente, titular da competência administrativa, o dever-poder de escolher o comportamento mais adequado para satisfazer os direitos fundamentais.<sup>87</sup>

A discricionariedade, assim, não se apresenta como uma faculdade a ser exercida segundo juízos de conveniência pessoal do agente administrativo, mas como o dever a ele atribuído de exercer suas funções públicas de modo a atender o interesse público. Assim, como bem colocou o autor, “a autonomia do aplicador é limitada pela necessidade de realizar certo fim.”<sup>88</sup>

Em suma, pode-se apontar que a discricionariedade não é o resultado da ausência de regulamentação normativa, mas, pelo contrário, uma forma possível de regulamentação, na qual a lei fixa um marco de competência dentro do qual concede ao administrador uma margem de decisão, de acordo com a conveniência, a oportunidade e a justiça da Administração, sem que isso implique numa outorga de liberdade total para atuar, pois a norma sempre fixará de antemão certos limites a que o agente deverá ajustar sua ação.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, *op. cit.*, p.17 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Relatividade” da competência discricionária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 49-56, abr./jun. 1998, p. 49.

<sup>87</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 745-746.

<sup>88</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>89</sup> GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais do direito público*. Tradução de: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 170, 181.

### 3.2. DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

Muitos doutrinadores já trabalharam com a contraposição existente entre discricionariedade e vinculação da atuação administrativa. Tal distinção será importante para o tema principal deste trabalho, principalmente no que diz respeito à extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa.

Primeiramente, seguindo o raciocínio de JUSTEN FILHO, o princípio da legalidade pode se manifestar de duas formas: (a) a determinação constitucional da estrita legalidade, que significa a supressão da competência normativa fora do Poder Legislativo para disciplinar determinado tema, ou seja, a impossibilidade de complementação da disciplina através do Poder Executivo e (b) a existência de uma margem de atuação autônoma, concedida pela lei, ao seu aplicador, ou seja, a atribuição ao aplicador de competência para identificar os pressupostos ou determinar comandos normativos para o caso concreto.<sup>90</sup> No primeiro caso, tem-se a competência vinculada e, no segundo, o exercício da competência discricionária.<sup>91</sup>

Note-se que, na discricionariedade, a lei atribui ao aplicador o encargo de produzir a solução por meio de ponderação quanto às circunstâncias, ou seja, o dever-poder de realizar a escolha.<sup>92</sup> Na vinculação tal escolha não é possível e o agente público deve se limitar à única possibilidade de atuação que a lei lhe impõe.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO acrescenta que no ato vinculado<sup>93</sup> não existe nenhuma liberdade atribuída ao agente administrativo, pois o comportamento deste já foi previamente especificado em lei. Ou seja, nesse caso, a lei regula a conduta a ser seguida pelo agente público prevendo de antemão “e em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de

---

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 148-149.

<sup>91</sup> Ao tratar de competência vinculada e discricionária, JUSTEN FILHO deixa claro que a expressão *competência discricionária* não indica existência de discricionariedade quanto à própria competência, mas quanto ao conteúdo da atuação do sujeito. É a partir desse entendimento que utilizamos, nesse ponto do trabalho, as expressões *competência vinculada* e *competência discricionária*.

<sup>92</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 155.

<sup>93</sup> Para efeitos meramente didáticos trataremos em ato vinculado como sendo aquele preponderantemente vinculado e ato discricionário aquele preponderantemente discricionário, sabendo que não há atos puramente vinculados e discricionários, como visto anteriormente.

modo completo, *qual o comportamento* único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente.”<sup>94</sup> Já no ato discricionário a lei atribuiu certa margem de liberdade à Administração Pública, no momento de sua atuação, que poderá adotar a que lhe pareça a melhor medida frente ao caso concreto. E conclui o autor:

Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe *praticar ou não praticar o ato* diante daquela situação, ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o *momento adequado* para fazê-lo, ora permiti-lhe *uma opção quanto à forma* que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre *pelo menos duas alternativas* abertas pela norma aplicanda.<sup>95</sup>

DI PIETRO, por sua vez, diz que quando há vinculação, significa que a lei não deixou opções para a Administração Pública. Nesses casos, a lei fixa que o administrador deverá agir de uma forma determinada, diante de certos requisitos. Portanto, a autora afirma que diante de um poder vinculado, o particular possui um direito subjetivo de exigir do agente público competente a edição de determinado ato. Caso não o faça, a Administração deverá sujeitar-se à correção judicial. Há outros casos, porém, em que a lei proporciona uma margem de decisão perante o caso concreto, permitindo a escolha, pelo administrador, de uma ou outra possibilidade com base em critério de conveniência e oportunidade da Administração. É por isso que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites impostos pela lei.<sup>96</sup>

FREITAS, ao classificar os atos administrativos de acordo com a intensidade de subordinação à legalidade estrita, dividiu-os em atos administrativos propriamente ditos e atos administrativos discricionários. O primeiro foi conceituado como sendo “aqueles de mais intenso condicionamento aos requisitos previamente estabelecidos pelo ordenamento, com escassa e residual liberdade de determinação do conteúdo das disposições normativas”. Já o segundo foi tido como aqueles em que o agente público tem o dever (e não faculdade) de praticar, de acordo com a

<sup>94</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, op. cit., p.16.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p.17.

<sup>96</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 197.

conveniência e oportunidade da Administração, buscando a melhor alternativa, sem se mostrar, contudo, alheio às conseqüências, no caso concreto.<sup>97</sup>

Ainda, ODETE MEDAUAR conclui que haverá vinculação quando a Administração toma decisões cuja necessidade e conteúdo estão estipulados na lei. Nesses casos, o administrador não tem poder algum de apreciação, suas ações têm como objeto único e como resultado obrigatório a aplicação de disposições preexistentes a um caso determinado, pois está condicionada pela conduta ditada previamente pela norma jurídica.<sup>98</sup>

Por fim, é necessário acrescentar que não existem tipos absolutos de vinculação ou de discricionariedade. Dentro de um mesmo ato, alguns aspectos são vinculados e outros discricionários. Segundo JUSTEN FILHO, “trata-se de uma questão de grau, variável em cada norma e para cada situação em que a atividade será desenvolvida.”<sup>99</sup>

FREITAS, nesse sentido, ao citar ALEXANDRE PASQUALINI, diz que tudo não passa de uma questão de intensidade. Haverá casos em que as determinações legais serão quase absolutas e outros em que o agente estará à beira da pura liberdade. No entanto, não há limites extremos, nem da plena adscrição e nem da inteira autonomia.<sup>100</sup>

Assim, pode-se concluir que, por um lado, as faculdades de um órgão administrativo são vinculadas quando há a predominância de uma norma jurídica, de forma concreta, que define a conduta que o agente público deve seguir, isto é, quando o ordenamento jurídico determina especificamente o que um órgão deve fazer num caso concreto. E, por outro lado, as faculdades do órgão serão discricionárias quando houver a outorga de certa liberdade, concedida pela norma jurídica, para eleger, entre uma ou outra ação, para fazer de uma ou outra maneira, ou para ter ou não certa atitude. Portanto, pode-se afirmar que a atividade administrativa deve sempre atender ao interesse público, sendo que algumas vezes

---

<sup>97</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental...*, op. cit., p. 32.

<sup>98</sup> MEDAUAR, Odete. *Poder discricionário...*, op. cit., p. 42-43.

<sup>99</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 171.

<sup>100</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental...*, op. cit., p. 37.

isso se dará através do que determina exatamente o legislador e outras vezes se dará por meio da apreciação do órgão que dita o ato.<sup>101</sup>

### 3.3. DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE

Como visto anteriormente, a discricionariedade administrativa só poderá existir como um poder infralegal, estritamente subordinado e limitado pela lei. Já a arbitrariedade, como bem averba DI PIETRO, situa-se do outro lado da linha de demarcação do limite da discricionariedade, sendo que esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei, enquanto aquela é a liberdade que ultrapassa tais limites legais.<sup>102</sup>

Portanto, percebe-se que discricionariedade e arbitrariedade não se equivalem e nem se confundem. Nesse sentido, VLADIMIR FRANÇA explica que o poder discricionário obedece, estritamente, aos parâmetros legais e pressupõe a correta subsunção do caso concreto ao caso abstratamente disposto na lei. Por outro lado, na arbitrariedade, a Administração Pública exorbita a esfera de sua competência, através do uso de instrumentos inadequados ou proibidos para a concretização da finalidade legal, ou até mesmo a ignora, buscando finalidades diversas do interesse público.<sup>103</sup>

FREITAS sustenta que a subordinação do poder discricionário não se dá somente com relação ao princípio da legalidade, pois há também a vinculação dos atos administrativos aos princípios jurídicos. Assim, de acordo com o autor, a atividade discricionária que não estiver subordinada e em concordância com os princípios é, por si só, arbitrariedade.<sup>104</sup>

BACELLAR FILHO esclarece de vez a diferença entre discricionariedade e arbitrariedade, comparando a atividade discricionária a uma viagem de trem, afirmando que:

---

<sup>101</sup> GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais...*, op. cit., p. 169.

<sup>102</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa...*, op. cit., p. 41.

<sup>103</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade...*, op. cit., p.102.

<sup>104</sup> FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.133.

A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a Administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranquilo e previsível, pois submetido ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilhamento da composição. Haverá de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias vertentes -, em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada. Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção.<sup>105</sup>

No caso citado pelo autor, quando o maquinista, administrador público, chega à encruzilhada com várias vertentes, ele deverá escolher qual a direção a ser seguida. No entanto, deverá escolher um dos caminhos apresentados pela lei, ou seja, deverá permanecer sobre os trilhos. Caso saia deles, será considerado arbitrariedade e não mais discricionariedade, pois terá escolhido um caminho fora dos trilhos, escolha esta que a lei não lhe permite fazer.

Assim, pode-se concluir que, quando o agente age discricionariamente e a lei lhe outorga tal poder-dever, ele estará cumprindo a determinação normativa de decidir, de acordo com a conveniência, a oportunidade e a justiça, qual o melhor meio de satisfazer o interesse público. Por outro lado, quando o agente age arbitrariamente, ele estará agredindo a ordem jurídica, pois terá tido um comportamento fora do que a lei lhe permite. Como consequência, seu ato é ilícito e poderá ser corrigido judicialmente, o que não ocorre quando o administrador age dentro dos parâmetros legais da discricionariedade.<sup>106</sup>

#### 3.4. DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A relação existente entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados é um tema que tem criado polêmica na doutrina. Neste trabalho, tentaremos apresentar as diferentes opiniões dos doutrinadores a esse respeito para podermos entender a real ligação existente entre os dois conceitos.

<sup>105</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo...*, *op.cit.*, p. 61-62.

<sup>106</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 414.

Como conceitua DI PIETRO, conceitos jurídicos indeterminados são aqueles conceitos dispostos na lei que necessitam de uma atribuição de significado, pois são empregados para designar vocábulos que não possuem um sentido determinado, unissignificativo, objetivo.<sup>107</sup> É o que acontece, por exemplo, com as palavras “interesse público”, “notável saber”, “boa-fé”, “relevante valor”, “urgência”, “bem comum”, “moralidade”, dentre tantos outros. Tais vocábulos possuem conceituação, representam a exteriorização de uma idéia. No entanto, tais conceitos podem variar de acordo com a situação fática considerada no caso concreto (tempo, local, destinatário, etc). Ou seja, possuem um alto grau de mutabilidade e flexibilidade.

Tais conceitos, também chamados de imprecisos ou fluidos, foram criados diante da impossibilidade de o legislador prever todas as situações concretas possíveis no mundo real. Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a indeterminação de certos conceitos é importante e necessária para que o quadro normativo tenha um determinado nível de flexibilidade, capaz de torná-lo eficaz. No entanto, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados não pode ser feita pelo administrador sem nenhum critério. É necessário que se tenha em mente que tais conceitos só existem para que se possa tornar concreta a norma abstrata que vincula a finalidade da norma à satisfação de um dado interesse público.<sup>108</sup>

Como bem sintetiza FRANÇA,

Os conceitos jurídicos são conceitos convencionalistas, através dos quais o jurista procura estabelecer padrões de conduta para a sociedade. É impossível a lei tudo prever e tudo alcançar e, por isso, emprega quem a edita termos dotados da necessária fluidez, preservando a flexibilidade do sistema direito positivo perante a naturalmente instável realidade social. Será o labor interpretativo o veículo para dar vida e objetividade aos enunciados do direito positivo, que ganham maior certeza e segurança quando há a concretização normativa do texto legal.<sup>109</sup>

DI PIETRO apresenta duas posições possíveis dentre os doutrinadores quanto à relação existente entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados: (a) a dos que entendem não haver discricionariedade administrativa na aplicação dos conceitos jurídicos fluidos, porque, diante dele, a Administração deverá fazer uma interpretação que leve à única solução válida possível; (b) a dos

<sup>107</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa...*, op. cit., p. 65.

<sup>108</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, op. cit., p. 30-31.

<sup>109</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade...*, op. cit., p.108.

que afirmam que há discricionariedade nos casos em que há *conceito de valor* e de que não há discricionariedade nos casos de *conceitos de experiência*.<sup>110</sup> Os doutrinadores contemporâneos tendem a concordar com a segunda posição, no entanto, autores como EROS GRAU, GARCÍA DE ENTERRÍA e TEZNER, apesar de divergências pontuais, concordam com a primeira posição, desenvolvida pela doutrina alemã.<sup>111</sup>

Tanto CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO como DI PIETRO apresentam a doutrina alemã e afirmam que tal teoria considera que os conceitos indeterminados só possuem as características de indeterminação, fluidez e imprecisão se consideradas em abstrato. No caso concreto, no momento de sua aplicação, ganhariam consistência e univocidade, podendo-se reconhecer, por exemplo, se uma dada situação é “urgente”; etc. Assim, para tal doutrina, não há discricionariedade na atuação administrativa quando interpreta tais conceitos, há mera interpretação hermenêutica. Isso porque para cada caso concreto só pode haver um significado possível para um dado conceito indeterminado.<sup>112</sup>

RITA TOURINHO, adepta da teoria alemã<sup>113</sup>, afirma que não há um processo volitivo na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados (como ocorre na discricionariedade), mas somente um processo de interpretação e aplicação da lei, sempre subordinado à revisão do Poder Judiciário, guardião maior do ordenamento jurídico. Para ela, a indeterminação dos conceitos jurídicos está somente no seu enunciado e não na sua aplicação, que permite somente uma solução justa.<sup>114</sup>

EROS GRAU, por sua vez, afirma que não existem conceitos indeterminados, mas termos indeterminados, pois, se o conceito é indeterminado, não pode ser considerado conceito. Além disso, para o autor, na aplicação dos termos indeterminados, o administrador cuida da emissão de *juízos de legalidade*, enquanto que, no exercício da discricionariedade, o agente emite *juízos de oportunidades*. E,

<sup>110</sup> Tais conceitos serão explicados a seguir.

<sup>111</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa...*, *op. cit.*, p. 92.

<sup>112</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, *op. cit.*, p. 22 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa...*, *op. cit.*, p. 66-72.

<sup>113</sup> Ao remeter à GARCIA DE ENTERRÍA.

<sup>114</sup> TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 237, p. 317-326, jul./set. 2004, p.322-326.

se é o Poder Judiciário o responsável maior pela guarda do ordenamento jurídico, EROS GRAU conclui que “é forçoso entendermos o Poder Judiciário como o sujeito último do preenchimento dos conceitos”.<sup>115</sup>

É necessário ressaltar que, embora EROS GRAU e GARCIA DE ENTERRÍA sejam adeptos da teoria de que não há discricionariedade administrativa na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, seus fundamentos para chegarem a tal conclusão não são os mesmos. Para EROS GRAU, a diferenciação está entre juízos de legalidade (no caso dos termos indeterminados) e juízos de oportunidade (no caso de discricionariedade). Já para GARCIA DE ENTERRÍA, a interpretação desses conceitos admite somente uma solução possível, enquanto que, na discricionariedade, há a possibilidade de escolha dentre duas ou mais alternativas possíveis, sendo todas igualmente admitidas como válidas.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, apesar de admitir que na apreensão dos conceitos jurídicos indeterminados tem-se um ato de intelecção, considera que, mesmo nesses casos, poderá haver discricionariedade, pois os efeitos jurídicos são os mesmos que integram a discricionariedade. Em ambos os casos o controle judicial não pode ultrapassar certos limites. Nas palavras do autor:

Seria excessivo considerar que as expressões legais que os [os conceitos imprecisos] designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham em todo e qualquer caso densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isso ocorre. Outras não.<sup>116</sup>

DI PIETRO, ao remeter à posição de REGINA HELENA COSTA, diz que a interpretação, em muitos casos, não é suficiente para determinar com precisão o conceito fluido e a Administração Pública poderá, nestes casos, optar entre mais de um significado possível para o conceito indeterminado, tomando como limite o princípio da razoabilidade.<sup>117</sup>

<sup>115</sup> GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 93, 41-46, jan./mar. 1990, p. 43.

<sup>116</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, *op. cit.*, p. 22.

<sup>117</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa...*, *op. cit.*, p. 81-82.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ressalta, no entanto, não haver total discricionariedade da Administração ao dar significado aos conceitos indeterminados, pois sempre haverá algum *conteúdo determinável*, ou seja, possuirão certa densidade mínima, pois, se assim não o fosse, não poderiam ser tidos como conceitos. Assim, para o autor, os conceitos jurídicos indeterminados possuem, sempre, uma *zona de certeza positiva* e uma *zona de certeza negativa*, ou seja, existe um campo delimitado em que se pode identificar o que ele com certeza é e o que com certeza não é. As dúvidas só devem surgir no intervalo existente entre uma zona e outra, chamada de *zona circundante*. O administrador, portanto, no exercício de exegese da lei, não pode dar a um determinado conceito fluido um significado que não esteja em concordância com o significado que lhe é socialmente atribuído, em determinado tempo e lugar.<sup>118</sup> Portanto, dentro das zonas de certeza positiva e negativa não há discricionariedade, mas vinculação.

FRANÇA, seguindo a classificação de CELSO ANTÔNIO por zonas, diz que, primeiramente, o conceito jurídico indeterminado será subordinado ao juízo de juridicidade do administrador (ou seja, à interpretação que o administrador faz da norma jurídica). Se após isso ainda não houver uma conclusão precisa, o administrador passará para o juízo de oportunidade. Portanto, não é da essência do conceito jurídico indeterminado sofrer o juízo de discricionariedade da Administração, mas isso pode ocorrer. Em suma, tal conceito não é visto pelo autor como origem necessária da discricionariedade, mas somente como um termo que, quando em conjunto com os limites de sua interpretação e os dados do caso concreto, contribui para que o sistema jurídico tenha uma única opção: recorrer ao juízo de oportunidade do administrador.<sup>119</sup>

Já na obra de DI PIETRO, ainda citando a teoria de REGINA HELENA COSTA, é apresentada uma nomenclatura diversa para tratar do assunto. No entanto, embora se utilize de conceitos diferentes, também é adepta da mesma teoria de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. De acordo com COSTA, existe uma distinção entre *conceitos de experiência* e *conceitos de valor*. No primeiro caso, a mera interpretação do administrador basta para tornar preciso o conceito

---

<sup>118</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, op. cit., p. 29 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 417.

<sup>119</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade...*, op. cit., p.110-115.

indeterminado. Já no segundo caso, não basta a interpretação, pois, mesmo depois dela, resta um campo nebuloso do conceito. Neste caso, a Administração deverá ir além da interpretação e decidir, discricionariamente, qual entendimento adotar para aplicar o conceito.<sup>120</sup>

A partir das diferentes posições apresentadas, parece-nos mais acertada a teoria defendida por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, FRANÇA e COSTA, dentre outros, segundo a qual a noção de discricionariedade não se restringe unicamente ao campo dos atos administrativos discricionários, ou seja, das decisões administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade (mérito do ato administrativo). Não há dúvidas de que a discricionariedade o compreende, mas não se resume a ele, pois envolve também, em alguns casos, os conceitos fluidos ou indeterminados.

Quando se considera a existência de discricionariedade no momento de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, compreendem-se melhor as divergências doutrinárias quanto a existência ou não de discricionariedade no elemento finalidade e motivo do ato administrativo. Isso porque, como “finalidade pública”, “falta grave”, “procedimento irregular”, etc, são considerados conceitos fluidos, entende-se que poderá haver discricionariedade nos elementos finalidade e motivo quando somente os conceitos jurídicos indeterminados forem utilizados para definir tais elementos.

---

<sup>120</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa...*, op. cit., p. 82. Os conceitos de experiência são chamados por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO de zonas de certeza positiva e negativa e os conceitos de valor são tratados pelo autor como zona circundante.

#### **4. CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

No decorrer deste trabalho, foi analisada a existência ou não da possibilidade de controle perante os elementos do ato administrativo. No entanto ainda falta analisar qual a extensão do controle judicial sobre a atividade administrativa discricionária frente aos princípios constitucionais administrativos e às teorias já existentes.

Primeiramente, é necessário destacar que o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional do exercício da atividade administrativa discricionária está no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Além disso, é preciso registrar, ainda, que, no Brasil, o sistema jurídico vigente é o da Jurisdição Una, de forma que um mesmo Poder, o Judiciário, julga tanto os conflitos entre particulares como também aqueles que envolvam a Administração Pública como parte. A esse sistema contrapõe-se o da Jurisdição Dúplice ou do contencioso administrativo, em que os litígios administrativos são julgados, de forma definitiva, por órgãos do Poder Executivo, instituídos independentemente do Poder Judiciário. É o caso, por exemplo, do sistema vigente na França.

Feitas essas considerações preliminares, passemos aos entendimentos doutrinários sobre a maneira como deve ser realizado o controle jurisdicional da atividade administrativa.

Segundo BACELLAR FILHO, nos primórdios do Estado Liberal, o controle da atividade administrativa era realizado unicamente quanto aos aspectos de legalidade dos atos, ou seja, era uma espécie restrita de controle. Com o advento do Estado Social e Democrático de Direito, a visão que se tinha do controle dos atos administrativos sofreu profundas alterações. Na social democracia, criaram-se novas modalidades de controle, legitimando o cidadão como agente controlador. Com a Constituição Federal Brasileira de 1988, o controle da Administração Pública passou a corresponder a um poder de fiscalização e correção exercido pelos órgãos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e pelos cidadãos, com o objetivo de que

a atuação da Administração Pública esteja em conformidade com os princípios que lhe são impostos pelo quadro normativo nacional.<sup>121</sup>

Nesse mesmo sentido, JUSTEN FILHO afirma que o Direito é um instrumento para a implementação dos valores fundamentais e o controle jurídico sobre aqueles que exercem o poder estatal é o meio para a realização desses valores. E o autor, indo mais além, conclui que o direito público controla a conduta dos agentes estatais e os submete à observância de determinações quanto às escolhas a realizar e à fiscalização sobre a regularidade de sua atuação.<sup>122</sup> Como bem salienta LAFAYETTE PONDÉ, “toda discussão relativa ao poder se associa a um debate sobre seu controle”.<sup>123</sup>

SEABRA FAGUNDES, um dos primeiros doutrinadores a tratar do assunto no Brasil, afirma que é indispensável dar ao Poder Judiciário estrutura e desenvolvimento para que possa cumprir com seu relevante papel de vinculação da função administrativa à ordem jurídica. Para o autor, o Judiciário é o principal meio que se tem para confinar, dentro da Constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo.<sup>124</sup>

De acordo com DOMINGO SESIN, originalmente a discricionariedade era vinculada com a exclusão de controle judicial, pois se encontrava fora do direito. Dessa forma, a atuação da Administração era irreversível pela via judiciária. Somente a atividade totalmente vinculada à lei podia ser objeto do controle jurisdicional. Atualmente, como afirma o autor, tal posição não é mais sustentável, pois a grande maioria dos doutrinadores já admite que não há ato administrativo totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Dessa forma, hoje se incluem todos os atos administrativos como passíveis de controle jurisdicional, mas se exclui a parte do mérito do ato do controle feito pelo Judiciário. Para o autor, vive-se,

---

<sup>121</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 223-224.

<sup>122</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 734-735.

<sup>123</sup> PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 212, p. 41-47, abr./jun. 1998, p. 41.

<sup>124</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos...*, op. cit., p. 137.

atualmente, o desenvolvimento de uma nova fase, em que nem mesmo os contornos da discricionariedade estão excluídos do controle jurisdicional.<sup>125</sup>

A discricionariedade administrativa, como parte do ordenamento jurídico (seja de forma expressa ou implícita) e do Direito, deve-se sujeitar ao controle judicial para revisar se efetivamente foi corretamente exercida. Isso não implica revisar sua essência (mérito), mas somente seu contorno externo e sua inserção no sistema jurídico. Por isso, para SESIN, no lugar de se falar em técnicas de controle da discricionariedade, deve se falar em técnicas de controle de seu exercício.<sup>126</sup>

#### 4.1. CONTROLE E SEPARAÇÃO DOS PODERES

JUSTEN FILHO averba que a separação dos Poderes estatais é uma forma clássica de organização e limitação do poder político que produz um sistema de freios e contrapesos, permitindo o controle do poder pelo próprio poder. Desenvolvido por MONTESQUIEU, a separação dos poderes divide a atuação estatal em três partes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares. Tais partes são hoje o que chamamos de Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.<sup>127</sup>

A Constituição Federal, em seu art. 2º, prevê que “*são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”, consagrando, assim, a teoria de MONTESQUIEU na organização estatal brasileira atual. No entanto, um Poder não age de forma totalmente independente dos demais poderes, pois isso dificultaria seu controle.

Assim, de forma simplificada, os poderes podem ser divididos de acordo com suas funções típicas: o Poder Legislativo cria as leis, o Poder Judiciário julga e o Poder Executivo executa o que está na lei.<sup>128</sup> Quando o Poder Judiciário atua no

<sup>125</sup> SESIN, Domingo Juan. Acesso a La jurisdicción y tutela judicial efectiva. In: SALOMONI, Jorge Luis (org). *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2006, p. 57-119, p. 103-105.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 105.

<sup>127</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 23.

<sup>128</sup> Cabe lembrar que cada poder exerce também funções atípicas, como, por exemplo, o poder de julgamento que o Poder Legislativo possui em CPI.

controle dos atos administrativos, ele está, a princípio, interferindo na atuação de outro Poder (no caso, do Executivo). No entanto, não é isso o que realmente ocorre. Como bem afirma JUSTEN FILHO, a separação de Poderes busca impedir o desempenho autônomo da atividade administrativa, que deve ter sua atuação pautada e limitada pela lei. E cabe ao Poder Judiciário a defesa do efetivo cumprimento da Constituição Federal e das demais leis infraconstitucionais. Portanto, a separação dos Poderes subordina a Administração Pública ao controle jurisdicional<sup>129</sup>, respeitando, sempre, o limite de atuação do Judiciário frente aos atos administrativos, como adiante se verá.

CAIO TÁCITO afirma que, de modo geral,

A Administração Pública, atribuição dominante do Poder Executivo, funciona, no Estado de Direito, sob a dupla incidência da ação dos dois outros Poderes: de uma parte, subordina-se ao princípio da legalidade no sentido de vinculação de sua atividade à força obrigatória da lei, oriunda do Poder Legislativo, e de outra, os atos e contratos administrativos que pratica ficam submetidos à revisão judicial, cabendo ao Poder Judiciário a competência final de anulação de ilegalidades ou abuso de poder bom como, conforme o caso, dar execução a decisões administrativas.<sup>130</sup>

Assim, pode-se concluir, com base nas afirmações de VALMIR PONTES FILHO, que a separação dos poderes (que os torna independentes e harmônicos entre si) é primordial para o Estado Democrático de Direito, pois a distribuição de funções entre órgãos distintos, cada qual com sua área própria de atuação e com competência para vigiar e regular os passos dos demais, é o melhor mecanismo de salvaguarda dos direitos individuais.<sup>131</sup> O maior problema atualmente, no entanto, não está na aceitação da regulação de um poder sobre o outro, mas sim em delimitar até que ponto um poder pode controlar e regular as atividades de outro poder. Isso é o que será discutido no tópico a seguir.

---

<sup>129</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 31.

<sup>130</sup> TÁCITO, Caio. Controle judicial da administração pública na nova constituição. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v.91, p. 28-36, jul./set. 1989, p.28.

<sup>131</sup> PONTES FILHO, Valmir. Controle jurisdicional dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v.55-56, p.183-192, jul./dez. 1980, p. 183.

## 4.2. EXTENSÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL

De acordo com os ensinamentos de SEABRA FAGUNDES, a finalidade do controle judicial da atividade administrativa é a proteção do indivíduo perante a Administração Pública, que, por vezes, ao entrar em contato com os indivíduos, tem a possibilidade de lhes violar direitos, por abuso ou por erro na aplicação da lei. O controle existe, assim, para conter a atuação da Administração dentro da ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pleno exercício de seus direitos.<sup>132</sup>

De acordo com SESIN, a atuação da Administração Pública não se sujeita somente à lei, mas também ao direito como um todo. Dessa forma, passa-se a dar uma maior importância aos princípios gerais do direito, os quais, junto com a lei, passam a constituir o marco de juridicidade que serve como fonte da atividade administrativa.<sup>133</sup> Nas palavras do autor:

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.<sup>134</sup>

No entanto, SESIN não concorda com um controle total da atividade administrativa, que substituísse a discricionariedade política pela judicial, porque tal atitude faria com que houvesse uma politização da justiça e não uma juridicização da política, como deve ser. O excesso de controle pode levar à paralisação da atividade estatal e substituir as decisões de um governo democraticamente eleito pela vontade dos juízes. Por outro lado, o autor também não é adepto de um controle escasso, pois isto seria pernicioso para o Estado de Direito e para as garantias dos cidadãos. Assim, é necessário buscar um equilíbrio entre o que pode e o que não pode ser controlado judicialmente, embasado na realidade constitucional, nos direitos fundamentais e no sistema democrático.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos...*, *op. cit.*, p. 135-136.

<sup>133</sup> SESIN, Domingo Juan. *Acesso a La jurisdicción y tutela judicial...*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>134</sup> *Idem.*

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 111.

DI PIETRO, por sua vez, afirma que, com relação aos atos vinculados, não há restrições quanto ao controle judicial, pois todos os elementos do ato são definidos em lei e caberá, portanto, ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei. Já com relação aos atos discricionários, o controle pelo Poder Judiciário é possível, mas, nas palavras da autora, “terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”. Pode-se dizer que, nesses casos, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e averiguar se a Administração não extrapolou os limites da discricionariedade concedida pela norma legal.<sup>136</sup>

Assim, as técnicas de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a serem apresentadas na presente monografia são, basicamente, o controle efetuado pelos princípios constitucionais administrativos, cujo desenvolvimento na doutrina brasileira é recente, e o controle de legalidade pelos elementos do ato administrativo, através da teoria do desvio de poder (referente ao controle da finalidade) e da teoria dos motivos determinantes (referente ao motivo), que já estão mais concretizadas na realidade jurídica brasileira.

#### 4.3. CONTROLE ATRAVÉS DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Segundo MARÇAL JUSTEN FILHO, toda liberdade atribuída ao agente público precisa ser exercida de forma a haver sempre compatibilidade com os princípios jurídicos fundamentais. Para o autor, é preciso “impregnar a atividade administrativa com o espírito da Constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos princípios e valores ali consagrados.” A supremacia da Constituição deve constituir o núcleo concreto e real da atividade administrativa.<sup>137</sup>

FREITAS acrescenta que:

---

<sup>136</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa...*, op. cit., p. 202.

<sup>137</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 13-14.

Toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, *acima das regras concretizadoras*. Nessa ordem de idéias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, determinam.<sup>138</sup>

FREITAS afirma, ainda, que o maior engano está em supor que a vinculação se dá exclusivamente em relação ao princípio da legalidade estrita, quando é claro que deve ser mais abrangente, ou seja, o ato administrativo deve estar subordinado à totalidade dos princípios, sendo este, nas palavras do autor, “um ideal irrecusável de que deve cuidar o estudioso e o aplicador do Direito Administrativo.” O administrador jamais possui liberdade legítima e lícita para agir desvinculado dos princípios constitucionais do sistema<sup>139</sup>, mesmo nos casos em que sua atuação guarde uma menor subordinação à legalidade estrita que os atos plenamente vinculados. Ou seja, qualquer ato discricionário pode e deve ser anulado se for lesivo ao conjunto dos princípios constitutivos do sistema jurídico.<sup>140</sup>

Como bem conclui CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,

O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.<sup>141</sup>

Portanto, a violação de um princípio torna-se mais grave que a de uma norma qualquer, pois desatender a um princípio significa ofender não apenas um mandamento legal, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de

<sup>138</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental...*, op. cit., p. 8.

<sup>139</sup> Nesse sentido, temos o REsp 713537/GO, julgado pela Primeira Turma do STJ, relator LUIZ FUX, que dispõe: “(...) 3. In casu, o ato de improbidade se amolda à conduta prevista no art. 11, revelando **autêntica lesão aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa**, tendo em vista a contratação de assessores informais para exercerem cargos públicos sem a realização de concurso público (...)” (*grifos nossos*). Vide DJU 22.11.2007, p.188.

<sup>140</sup> FREITAS, Juarez. *Estudos de direito...*, op. cit., p. 129, 133.

<sup>141</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 922-923.

ilegalidade, porque age contra todo o sistema, subvertendo seus valores fundamentais.<sup>142</sup>

Nesse sentido, FREITAS afirma que só será legítima a liberdade exercida de acordo com as regras e, acima delas, com os exigentes princípios constitucionais. Fora disso, nascerá, em maior ou menor grau, a arbitrariedade por ação ou omissão.<sup>143</sup>

E completa o autor que o controle orientado pelos princípios constitucionais pressupõe o entendimento de que a Administração precisa estar em sintonia com a lei, mas, acima disso, precisa, de modo efetivo e eficaz, harmonizar-se empírica e constantemente com os princípios fundamentais do Direito Administrativo.<sup>144</sup>

Em suma, como averba GORDILLO, “em nenhum momento pode se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que constituem um limite à discricionariedade administrativa”<sup>145</sup>, os quais serão vistos, de forma sintetizada, a seguir.

(a) Princípio da legalidade:

O princípio da legalidade está consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Segundo os ensinamentos de SEABRA FAGUNDES, que impulsionaram os estudos a respeito do princípio da legalidade, todas as atividades da Administração são limitadas pela subordinação à ordem jurídica. E, indo além, dizia que não bastava que tivessem sempre como fonte a lei. Era preciso que fosse exercida segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados.<sup>146</sup>

No entanto, é preciso lembrar que, atualmente, o princípio da legalidade deve ser considerado no seu sentido amplo, ou seja, mais do que a mera sujeição do

<sup>142</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 923.

<sup>143</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>144</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 23.

<sup>145</sup> GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais...*, *op. cit.*, p. 183.

<sup>146</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos...*, *op. cit.*, p. 115.

administrador à lei, pois aquele necessariamente deve estar subordinado também ao Direito como um todo, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.<sup>147</sup>

DI PIETRO, nesse sentido, sustenta que, no Estado de Direito, a lei possui dois sentidos: um sentido formal, pelo fato de que emana do Poder Legislativo e um sentido material, porque é responsável por realizar os valores consagrados pela Constituição Federal, sob a forma de princípios fundamentais. Assim, a atividade administrativa não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas também no sentido material, ou seja, a todos os princípios que consagram valores contidos (expressos ou implícitos) na Constituição. Eles atuam de forma a limitar a discricionariedade administrativa. Se, no exercício da atuação administrativa, forem ultrapassados, configura-se ilícito da Administração e caberá revisão do ato por parte do Poder Judiciário.<sup>148</sup>

De acordo com DI PIETRO, existem duas idéias principais que servem de base para esse princípio: (a) de um lado, a de que o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo, manifestada pela lei; (b) de outro lado, a idéia de separação dos poderes, que dá primazia ao Poder Legislativo, colocando os dois outros poderes sob a égide da lei.<sup>149</sup>

RUBEM DÁRIO PEREGRINO CUNHA faz uma observação importante sobre o princípio da legalidade. De acordo com o autor,

A legalidade é a base matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as atividades administrativas. Assim, os demais princípios constitucionais servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade.<sup>150</sup>

Seguindo essa corrente de idéias, ANTUNES ROCHA sustenta que a lei formal, positivada, é importante no que se refere à segurança jurídica do cidadão em

---

<sup>147</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito...*, op. cit., p. 43.

<sup>148</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa...*, op. cit., p. 32-34.

<sup>149</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>150</sup> CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da...*, op. cit., p. 180.

sua relação política com o Estado. No entanto, apenas a legalidade formal não é capaz de oferecer uma segurança plena, pois nela não se contém, necessariamente, o conteúdo de Justiça que a faz obrigar e a ser obedecida, o que faz com que não se assegure por ela a eficácia social do Direito. Para que isso seja possível, para que se alcance uma segurança plena, a legalidade precisa significar mais que a mera conformidade com as leis positivas. É preciso que se incluam em seu conteúdo os valores fundamentais da sociedade, transformados em princípios jurídicos e dotados de normatividade efetiva.<sup>151</sup>

(b) Princípio da Impessoalidade:

Juntamente com o princípio da legalidade, o princípio da impessoalidade está expressamente previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

DI PIETRO afirma que existem dois sentidos a serem considerados quanto ao princípio da impessoalidade. Exigir impessoalidade administrativa, segundo a autora, tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração Pública. No primeiro caso, significa que o agente público não pode agir com o objetivo de beneficiar ou prejudicar pessoas determinadas, já que é sempre o interesse público que deve nortear sua atuação.<sup>152</sup> No segundo caso, significa que os atos administrativos não são imputáveis ao administrador (pessoa física) que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa a que está subordinado. Assim, as realizações administrativas não são do funcionário ou da autoridade, mas do órgão ou da entidade pública em nome de quem as produziu.<sup>153</sup> Neste trabalho, estudaremos o princípio da impessoalidade no primeiro sentido dado pela autora.

Quanto a esse princípio, BACELLAR FILHO afirma que, para que se atenda ao princípio da impessoalidade, a Administração Pública deve estar voltada à coletividade como um todo, indivisível, proibindo-se a atuação personalizada e o favorecimento de pessoas determinadas. E mais, o administrador precisa atuar de

---

<sup>151</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 107.

<sup>152</sup> O princípio da impessoalidade, considerado nesse primeiro sentido, se aproxima do princípio da supremacia do interesse público, que veremos adiante.

<sup>153</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 62.

forma isenta, igualitária e indistintamente, na medida de suas desigualdades, submetendo-se sempre ao princípio da equidade (implícito na Constituição).<sup>154</sup>

Nesse mesmo sentido, FREITAS completa que tal princípio determina uma atuação administrativa que se proceda com desprendimento, desinteressada e desapegadamente, com isenção, sem perseguições ou favorecimentos.<sup>155</sup>

De acordo com ANTUNES ROCHA, o princípio da impessoalidade proíbe o subjetivismo na Administração Pública. A objetividade que deve reinar impede que se mostre ou prevaleça a face ou a alma do administrador ou do cidadão que com ela se relacione. Não há dúvidas de que a Administração é política, mas ela não pode ser partidária, pois se destina a toda a sociedade indistintamente. Os casos mais comuns de vícios de personalidade na Administração Pública, segundo a autora, são: nepotismo, partidarismo e promoção pessoal.<sup>156</sup>

(c) Princípio da Publicidade:

O princípio da publicidade, inserido também no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, exige que haja, primeiramente, uma ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública.<sup>157</sup> Além disso, tal princípio exige também, como bem lembra BACELLAR FILHO, transparência na atuação dos administradores, ensejando a moralidade administrativa, também constituída como princípio constitucional da Administração Pública, e incentivando a confiança dos cidadãos no Poder Público.<sup>158</sup>

Acima disso, FREITAS dispõe que, para atender ao princípio da publicidade, o agente público precisa prestar contas de todos os seus atos e zelar para que tudo seja feito com “a visibilidade do sol do meio-dia”, para que possa preservar sua reputação. Somente lhe é permitido que assim não o faça em casos de excepcional

---

<sup>154</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 51.

<sup>155</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental...*, op. cit., p. 65.

<sup>156</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais...*, op. cit., p. 148-149.

<sup>157</sup> Ressalvados as hipóteses de sigilo, devidamente previstas em lei.

<sup>158</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 51.

e estrita exigência do interesse público (exemplo: questão de segurança nacional) ou da dignidade da pessoa humana.<sup>159</sup>

ANTUNES ROCHA, por fim, defende que existem duas faces no princípio da publicidade: (a) a primeira diz respeito aquela que se dirige ao público indistintamente, já tratada anteriormente por outros autores e (b) a segunda, de exigência mais dirigida ao cidadão que possui interesse específico no ato administrativo. Nesses casos, a Administração Pública tem o dever de apresentar o conhecimento de seu conteúdo ao interessado pela forma especial da notificação.<sup>160</sup>

(d) Princípio da Moralidade:

O princípio da moralidade administrativa está consagrado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e, como averba BACELLAR FILHO, incide na esfera de certeza e segurança jurídica, através da garantia da lealdade e boa-fé tanto da Administração Pública, que recebe os pleitos, quanto do destinatário de seus atos.<sup>161</sup>

Segundo DI PIETRO:

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.<sup>162</sup>

Note-se que a autora apresenta o princípio da moralidade como um princípio a ser observado não apenas pelo administrador, mas também pelo particular que se relaciona com a Administração Pública. Dessa forma, a imoralidade administrativa

<sup>159</sup> FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental...*, op. cit., p. 70.

<sup>160</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais...*, op. cit., p. 248.

<sup>161</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 53.

<sup>162</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 70.

pode acarretar a invalidade do ato, que poderá ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.<sup>163</sup>

Como sustenta FIGUEIREDO, o princípio da moralidade irá corresponder ao conjunto de regras de conduta (comportamentais) da Administração Pública que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *standards* comportamentais que a coletividade considera como sendo o desejável.<sup>164</sup>

ANTUNES ROCHA ainda salienta a importância desse princípio ao afirmar que o serviço público tem que atender ao que é justo e honesto para a coletividade a que se destina. O Poder Público precisa agir segundo padrões normativos de justiça e justeza, esta configurada pela autora como sendo o conjunto de valores éticos que revelam a moralidade.<sup>165</sup>

(e) Princípio da Eficiência:

O princípio da eficiência foi explicitamente inserido na Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*, como princípio da Administração Pública, pela Emenda Constitucional nº19/98.

Para DI PIETRO, tal princípio apresenta dois aspectos: (a) quanto ao modo de atuação do agente público, de quem se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para que se alcance o melhor resultado e (b) quanto ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.<sup>166</sup>

Conforme os ensinamentos de BACELLAR FILHO, “eficiência quer significar realizar mais e melhor com menos”, ou seja, atuar para alcançar o interesse público de maneira satisfatória e com qualidade, utilizando o mínimo necessário de suporte financeiro. Tal princípio, ao ser inserido como princípio constitucional, consagrou o entendimento de que todo ato, mesmo que discricionário, deve, respeitando-se

---

<sup>163</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 70-71.

<sup>164</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 56 e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 43.

<sup>165</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais...*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>166</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 75.

certos limites, sofrer a incidência do controle judicial, o que reforça a necessidade de otimização da atividade administrativa.<sup>167</sup>

Nesse sentido, MEIRELLES considera que a eficiência é o dever imposto a todo agente público e que o obriga a realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. A partir desse princípio, exigem-se resultados positivos para o serviço público, que deve atender de forma satisfatória às necessidades da comunidade e de seus membros.<sup>168</sup>

FREITAS ainda completa dizendo que na relação entre discricionariedade e os princípios da eficiência (fazer de modo certo), da eficácia (fazer o que deve ser feito) e da economicidade (otimizar a atuação estatal), o agente público está obrigado a ter como meta a melhor atuação.<sup>169</sup>

(f) Princípio da supremacia do interesse público:

Esse princípio está presente tanto no momento de elaboração da lei como no momento de sua aplicação pela Administração Pública. Como afirma DI PIETRO, “ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”.<sup>170</sup>

A grande relevância desse princípio está no fato de que o interesse público é que irá reger a atuação do administrador. Como lembra DI PIETRO, embora as normas de direito público protejam reflexamente o interesse individual, seu objetivo primordial é atender o bem-estar coletivo, ou seja, o interesse público.<sup>171</sup>

Como sustenta BACELLAR FILHO, o princípio da supremacia do interesse público sobre o individual confere ao Poder Público prerrogativas que garantem à Administração posição superior às demais pessoas com quem se relaciona, fazendo com que não haja um nivelamento horizontal nessas relações. No entanto, essa posição privilegiada só existe para que o administrador público possa alcançar o bem comum. Dessa forma, o poder de supremacia concedido à Administração só

---

<sup>167</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 54-55.

<sup>168</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 91-92.

<sup>169</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental...*, op. cit., p. 29.

<sup>170</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 59.

<sup>171</sup> *Ibidem*, p. 60.

existe em razão do povo e só se justifica, portanto, se direcionada em função do povo.<sup>172</sup> É por tal motivo que FREITAS afirma não ser uma questão de supremacia, mas de legitimidade funcional da Administração Pública.<sup>173</sup>

No mesmo sentido, DI PIETRO sustenta que, quando a lei dá ao agente público o poder de desapropriar, requisitar, policiar, punir, é porque visa a atender ao interesse geral, que não pode ceder perante o interesse individual. Isso significa que se o administrador público, ao usar tais poderes, buscar prejudicar um inimigo ou beneficiar a si ou a um amigo, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o coletivo, desviando-se da finalidade pública prevista legalmente. Nestes casos, incidirá sobre ele a teoria do desvio de poder, que será estudada adiante.<sup>174</sup>

JUSTEN FILHO ainda nos alerta sobre assunto de grande relevância quando se trata de cumprir o interesse público. De acordo com o autor, para que as decisões administrativas sejam legítimas, não basta a invocação genérica e indeterminada do “interesse público”, é preciso que tal vocábulo seja traduzido concretamente na concepção adotada pelo administrador quanto ao fim por ele adotado para as decisões que tomar.<sup>175</sup>

Por fim, QUEIRÓ alerta que o administrador só exerce legalmente seu “poder” discricionário quando faz a escolha da medida a ser tomada, em determinado caso concreto, orientando-se pela obrigação de servir da melhor maneira ao interesse público.<sup>176</sup>

(g) Princípio da motivação:

De acordo com DI PIETRO, o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Apesar de ainda haver alguma discordância sobre a obrigatoriedade ou não da motivação do ato administrativo, a autora é veemente em afirmar que a sua

---

<sup>172</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 39-40.

<sup>173</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos...*, op. cit., p. 55.

<sup>174</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 61.

<sup>175</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito...*, op. cit., p. 169.

<sup>176</sup> QUIERÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 97, p. 1-8, jul./set. 1969, p. 6.

obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, pois se trata de formalidade necessária para que haja o controle de legalidade dos atos administrativos.<sup>177</sup>

Nesse mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO diz que a exigência de motivação dos atos administrativos deve ser tida como regra geral, pois “os agentes administrativos não são ‘donos’ da coisa pública, mas somente gestores dos interesses da coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, ‘todo o poder emana do povo (...)’ (art. 1º, parágrafo único).” Assim, segundo o autor, parece óbvio que, num Estado que se qualifica como Democrático de Direito e que tem como um de seus fundamentos a “cidadania” (art. 1º, inciso II), os cidadãos têm o direito de saber *por que* tal ato foi praticado, isto é, os fundamentos que o justificam.<sup>178</sup>

Como bem sintetiza FREITAS, “a motivação é escudo do cidadão contra arbitrariedades e desvios invertebrados”.<sup>179</sup> Nesse mesmo sentido, ADILSON DALLARI diz:

A discricionariedade não é nem um cheque em branco, nem uma palavra mágica. O Poder Judiciário pode e deve julgar a licitude de atos praticados no exercício e competência discricionária, para decretar nulidades do ato praticado com desbordamento dos limites da discricionariedade (...). Se o ato praticado não for devidamente motivado, se não for precedido de motivação explícita, não haverá como se proceder a uma verificação da consistência dos motivos que ensejaram a decisão tomada. A falta de motivação é um vício autônomo, capaz de ensejar a decretação da nulidade do ato. Sem explicitação dos motivos é quase impossível o controle da discricionariedade e do desvio de poder.<sup>180</sup>

Assim, pode-se dizer que a observância do princípio da motivação tem duas importantes serventias: (a) em primeiro lugar, ela serve como autocontrole para o administrador que, por meio dela, é obrigado a estudar sua decisão tanto do ponto de vista material quanto do ponto de vista jurídico e (b) em segundo lugar, ela serve ao cidadão, que graças à motivação, passa a ter condições de averiguar a

<sup>177</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, *op. cit.*, p. 73.

<sup>178</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, *op. cit.*, p. 384.

<sup>179</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental...*, *op. cit.*, p. 48.

<sup>180</sup> DALLARI, Adilson Abreu. Controle do desvio do poder. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. e LIMA, Liana Maria Taborda (coords.). *O abuso de poder do estado na atualidade*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006, p. 1-20, p. 5,15.

legalidade do ato administrativo. Percebe-se, portanto, que o princípio da motivação facilita e até mesmo possibilita o controle jurisdicional da atuação administrativa, sobretudo a discricionária.<sup>181</sup>

(h) Princípio da razoabilidade e proporcionalidade:

Existe divergência na doutrina quanto ao princípio da proporcionalidade ser um princípio independente ou somente uma faceta da razoabilidade. Para este trabalho, entendeu-se melhor considerar o segundo posicionamento, ou seja, aquele que considera a proporcionalidade como parte do princípio da razoabilidade, seguindo assim, os ensinamentos de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e de GORDILLO.

Para o primeiro autor, a proporcionalidade integra a razoabilidade, pois através dela o que se quer verificar é se a providência tomada diante de certo evento manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou extensa que o necessário. E um ato que exceder o necessário não pode ser tido como razoável.<sup>182</sup>

Da mesma forma, de acordo com GORDILLO, uma decisão discricionária será ilegítima, mesmo que não transgrida nenhuma norma concreta ou expressa, quando for “irrazoável”, ou seja, quando (a) não apresentar os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; (b) não levar em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios, ou se fundir em fatos ou provas inexistentes; ou (c) não guardar uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, isto é, nos casos em que se tratar de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.<sup>183</sup> Note que o autor insere o princípio da proporcionalidade no terceiro caso de irrazoabilidade.

RUBEM CUNHA, por sua vez, apesar de considerar a razoabilidade e a proporcionalidade como princípios diferentes, admite que eles estão inter-relacionados. De acordo com o autor, tais princípios significam que a atuação do

---

<sup>181</sup> MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Munique, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, p. 186. Citado por: FREITAS, Juarez. *Discricionarieidade Administrativa e o Direito...*, op. cit., p. 55.

<sup>182</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 392.

<sup>183</sup> GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais...*, op. cit., p. 183-184.

administrador e os motivos que a determinaram devem ser razoáveis, ou seja, adequados, sensatos, aceitáveis, não excessivos, e o resultado do agir administrativo deve ser proporcional, ou seja, adequado, compatível, apropriado, não excessivo.<sup>184</sup>

Dessa forma, pode-se dizer que o princípio da razoabilidade e proporcionalidade traduz a relação de congruência lógica entre o fato (motivo) e a atuação concreta do agente público.<sup>185</sup>

ANTUNES ROCHA sustenta que, por razoabilidade, deve-se entender a existência, na atuação administrativa, de uma razão suficiente, justa e adequada, embasada em norma jurídica e visando à satisfação de uma necessidade social específica. Deve haver justeza na aplicação da norma jurídica pela pessoa estatal.<sup>186</sup>

Além disso, RUBEM CUNHA ainda enfatiza que a razoabilidade exige que a Administração Pública não apenas dê cumprimento à norma jurídica quanto ao fim a que ela se destina, como também que se utilize dos meios adequados à concretização dos valores de justiça consagrados no ordenamento jurídico, para chegar a tal fim.<sup>187</sup>

A respeito da proporcionalidade, FIGUEIREDO afirma que ela é a direta adequação das medidas tomadas pelo administrador às necessidades da Administração. No entanto, a autora lembra que só se sacrificam interesses individuais para se alcançar interesses coletivos na medida da estrita necessidade, nunca indo além do que for realmente indispensável para a satisfação do interesse público.<sup>188</sup>

Da mesma forma, FREITAS defende que o princípio da proporcionalidade quer significar que o Poder Público não pode agir nem com demasia nem de forma

---

<sup>184</sup> CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade...*, op. cit., p. 184.

<sup>185</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito...*, op. cit., p. 50.

<sup>186</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais...*, op. cit., p. 113.

<sup>187</sup> CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade...*, op. cit., p. 132.

<sup>188</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito...*, op. cit., p. 50.

insuficiente na consecução de seus objetivos. Exageros para mais ou para menos ferem o princípio supracitado.<sup>189</sup>

FREITAS, em brilhante obra, sintetiza todos os princípios constitucionais administrativos em apenas um direito fundamental a ser buscado: o da boa administração pública. De acordo com o autor, tal direito acarreta o dever de observar, nas relações administrativas, a totalidade dos princípios constitucionais. Assim, FREITAS conceitua tal direito como sendo aquele direito que todo administrado possui de ter uma Administração Pública “eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.”<sup>190</sup>

#### 4.4. OUTRAS TÉCNICAS DE CONTROLE

##### 4.4.1. Teoria dos Motivos Determinantes

De acordo com DI PIETRO, a teoria dos motivos determinantes prevê que a validade do ato se vincule aos motivos indicados como seu fundamento, de modo que, se estes forem falsos ou inexistentes, implicam a sua invalidade. Ou seja, os motivos apresentados pela Administração precisam ser verdadeiros para que o ato administrativo seja válido<sup>191</sup>, mesmo nos casos em que o motivo não era obrigatório pela lei. Por exemplo, no caso de exoneração *ad nutum*, para qual a lei não define o motivo, se a Administração praticar tal ato e alegar que o fez por falta de verba e depois nomear outro funcionário para o cargo, o ato deverá ser considerado nulo por vício quanto ao motivo. Para examinar esse aspecto, o Judiciário deverá apreciar os

---

<sup>189</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental...*, op. cit., p. 56.

<sup>190</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental...*, op. cit., p. 79, 96.

<sup>191</sup> Nesse sentido, temos o REsp 725537/RS, julgado pela Quinta Turma do STJ, relator FELIX FISCHER, que dispõe: “(...) I – Apesar de o ato de licenciamento de militar temporário se sujeitar à discricionariedade da Administração, é possível sua anulação quando o motivo que o consubstancia está eivado de vício. A vinculação do ato discricionário às suas razões baseia-se na Teoria dos Motivos Determinantes (...).” Vide DJU 01.07.2005, p. 621.

motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência e sua relação com o dispositivo legal.<sup>192</sup>

Para MEIRELLES, a teoria dos motivos determinantes embasa-se na consideração de que os atos administrativos ficam vinculados, quando tiverem sua prática motivada, aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Nas palavras do autor, “mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados”.<sup>193</sup>

No mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO averba que

De acordo com essa teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando (...) a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.<sup>194</sup>

Além disso, o autor ainda explica que é o exame dos motivos do ato, tanto quanto à subsistência deles, como quanto à idoneidade que possuem, um dos meios hábeis para a contenção do agente público na esfera discricionária que lhe assista. O exame da existência ou da inexistência de motivos para a prática do ato não traz grandes dificuldades. O problema está na investigação do exame da “valoração” dos motivos, necessário para se saber se estes eram ou não idôneos para decidir o agente na escolha do ato praticado.<sup>195</sup>

Essa dificuldade existe porque muitas vezes a discricionariedade se encontra justamente na margem de liberdade dada ao administrador para que decida se o motivo ocorrido tem ou não relevância para ensejar a providência administrativa. Nesses casos, o Judiciário só poderá corrigir a decisão tomada pelo agente se ela for notoriamente desarrazoada, contrária ao senso comum. Além disso, para se

<sup>192</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 196, 203.

<sup>193</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo...*, op. cit., p. 182.

<sup>194</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito...*, op. cit., p. 386.

<sup>195</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito...*, op. cit., p. 295.

chegar a uma conclusão, o juiz deve fazer uma aprofundada investigação dos fatos e da correlação entre os motivos e o ato praticado.<sup>196</sup>

#### 4.4.2. Teoria do Desvio de Poder ou Desvio de Finalidade

Como já foi visto, a atividade administrativa encontra na lei seus fundamentos e seus limites. Os agentes públicos nada mais são que operadores das disposições legais. Portanto, fora da lei, não há atuação regular da Administração Pública.

Existe entre a Administração e a lei uma relação de subordinação, vista por RENATO ALESSI sob um duplo aspecto: (a) sentido positivo: a lei pode erigir vedações à Administração Pública e pode impor-lhe a busca de determinados fins propostos como obrigatórios e (b) sentido negativo (o mais importante): a Administração Pública não pode fazer senão o que de antemão lhe seja permitido por uma regra geral, ou seja, os fins devem estar pré-traçados em lei.<sup>197</sup>

Como muito bem expôs RUY CIRNE LIMA, “o fim – e não a vontade – domina todas as formas de administração”.<sup>198</sup> Afinal, para o autor, a administração é a atividade daquele que não é proprietário, daquele que não tem a disposição da coisa ou do negócio administrado, daquele que não é senhor absoluto. Opõe-se à noção de administração a de propriedade. Propriedade é o direito que vincula a nossa vontade a um bem determinado, em todas as suas relações. Administração, por outro lado, não vincula o bem à vontade ou à personalidade do administrador, mas à finalidade impessoal e coletiva a que essa vontade deve servir.<sup>199</sup> Nas palavras do autor, “jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito.”<sup>200</sup>

A atuação administrativa é exercida para a concretização do interesse público, através de um poder criado e delimitado pelo ordenamento jurídico. Para o

<sup>196</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de direito...*, op. cit., p. 295-297.

<sup>197</sup> ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 3. ed., Giuffrè, 1960, p. 9. Citado por: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle...*, op. cit., p. 51.

<sup>198</sup> LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 22.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>200</sup> *Ibidem*, p. 22.

Direito Administrativo, o poder possui um caráter meramente instrumental, na medida em que sua utilidade e sentido resumem-se em instrumento necessário para o administrador, sem o qual este não pode cumprir com o dever que lhe foi atribuído: o dever de satisfazer o interesse público.

É a partir desse entendimento que CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO afirma que o administrador não dispõe de poderes-deveres, mas de deveres-poderes, que deverão ser colocados em prática em prol da coletividade.<sup>201</sup>

No entanto, freqüentemente, no exercício da função administrativa, perde-se essa perspectiva natural, criando deformações, que sofrem sua mais perfeita contestação pela teoria do “desvio de poder”, como causa de invalidade dos atos administrativos.

Entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe deve ser própria. O agente se sofisma do fim legal, afasta-se da finalidade que a lei lhe atribuiu. É, em suma, uma transgressão da lei.<sup>202</sup> Por isso o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade. De modo algum agride a margem de liberdade administrativa, ou seja, a discricção que a lei haja conferido ao agente.<sup>203</sup>

De acordo com CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, o desvio de poder pode ser entendido com um descompasso entre a lei (norma abstrata) e o ato (norma individual). Sendo a norma abstrata condição de validade da norma individual, se o ato não está de acordo com a finalidade legal, deverá ser considerado inválido.<sup>204</sup>

Do mesmo modo, afirma QUEIRÓ que o instituto do desvio de poder não é mais que uma modalidade do vício genérico chamado “violação da lei”, ou seja,

---

<sup>201</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariêdade e...*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>202</sup> Nesse sentido, temos o RMS 17081/PE, julgado pela Segunda Turma do STJ, relator HUMBERTO MARTINS, que dispõe, ao decidir sobre ato administrativo que suspendeu descontos de contribuição sindical em folha de pagamento por motivos de revidação política: “(...) 2. Ocorre desvio de poder e, portanto, invalidade, quando o agente serve-se de um ato para satisfazer finalidade alheia à natureza do ato utilizado (...) ato abusivo que vai de encontro ao princípio da moralidade, impessoalidade e liberdade sindical, vistos nos arts. 37 e 8º, inciso I, da Constituição Federal, bem como art. 2º, item I, da Convenção 98 da OIT, ex vi do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal (...)” DJU 09.03.2007, p. 297.

<sup>203</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariêdade e...*, *op. cit.*, p. 57.

<sup>204</sup> *Ibidem*, p. 73.

“consecução de um fim objetivo diferente daquele que a lei explícita ou implicitamente marca ao agente.”<sup>205</sup>

Ao se realizar uma investigação jurisdicional do desvio de poder não se está invadindo o campo de discricionariedade do agente administrativo, pois tal investigação não afeta o mérito do ato. Como dito, corresponde a um estrito exame de legalidade. Não há discricção, mas ilegalidade quando o agente se desvia de um fim legal, já que é sabido que inexistente discricionariedade que possa atuar em desacordo com a finalidade legal.<sup>206</sup>

Nas palavras de DI PIETRO:

O desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.<sup>207</sup>

Nesses casos, o agente tanto pode ofender a lei violando-a abertamente, como pode fazê-lo de modo disfarçado, a pretexto de atender o interesse público.

Segundo GORDILLO, o desvio de poder pode se manifestar de duas maneiras: (a) o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, atua para alcançar um fim pessoal (vingança, favoritismo, etc) e (b) manejando-se também uma competência que em abstrato possui, busca atender a um fim administrativo que, entretanto, não é aquele almejado pela lei.<sup>208</sup> Nessa segunda hipótese poderá suceder que a autoridade não tenha agido de má-fé.<sup>209</sup> O desvio de poder trata, portanto, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o administrador pretendeu descumprir a finalidade legal, mas se efetivamente a descumpriu.

Nesse mesmo sentido, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO é veemente ao afirmar que o desvio de poder é um vício objetivo e não subjetivo,

<sup>205</sup> QUIERÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder”..., op. cit., p. 78.

<sup>206</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, op. cit., p. 81.

<sup>207</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa...*, op. cit., p. 203.

<sup>208</sup> GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais...*, op. cit., p. 185.

<sup>209</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, op. cit., p. 59.

porque reside no objetivo descompasso entre a finalidade da norma (algo objetivo) e a finalidade que o ato cumpre, de direito (algo também objetivo). No entanto, para o autor, é o desvio de intenção (fator subjetivo) que ocasiona a ocorrência do descompasso aludido.<sup>210</sup> Para o autor, portanto, é errônea a opinião de que o desvio de poder é um vício de intenção, um vício subjetivo. Para ele, não o é. É um vício objetivo, pois resulta do objetivo desacordo entre a competência utilizada e o fim categorial dela.

Assim, para o Direito Administrativo, não importa se o agente agiu de boa ou má-fé no exercício de suas funções. O que torna um ato inválido é o seu descompasso com a norma legal, independentemente de isso ter acontecido com ou sem intenção por parte do administrador público.

FERREIRA LEITE diz que há uma ilegalidade, decorrente de desvio de poder, alocada na finalidade da norma jurídica, não só quando o administrador busca a satisfação de um interesse particular, mas também quando persegue um interesse que, mesmo público, é diverso do interesse público previsto na lei. Em ambas as situações, o ato será tido como inválido por não seguir a finalidade determinada legalmente.<sup>211</sup>

O desvio de poder, por fim, como afirma GORDILLO, apresenta grande dificuldade probatória, pois muitas vezes trata de intenções subjetivas do funcionário e, por isso, precisa de indícios ou elementos probatórios circunstanciais para se poder mostrar que a finalidade desviada realmente existiu. Normalmente, a prova do desvio de poder resultará de um conjunto de circunstâncias alheias ao aspecto externo do ato, mas que estão na sua realidade e em seus antecedentes.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e...*, *op. cit.*, p. 63.

<sup>211</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade administrativa...*, *op. cit.*, p. 33.

<sup>212</sup> GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais...*, *op. cit.*, p. 186.

## 5. CONCLUSÃO

O objetivo do presente trabalho consistia em apresentar o posicionamento doutrinário existente sobre o tema do controle jurisdicional dos atos administrativos emitidos no exercício da função discricionária da Administração Pública.

Para tal, buscou-se privilegiar as obras clássicas de destacados doutrinadores sobre o tema, como é o caso de SEABRA FAGUNDES, AGUSTIN GORDILLO e de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, sem esquecer, é claro, de obras mais recentes de doutrinadores também de grande destaque no Direito Administrativo atual, como ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, JUAREZ FREITAS, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, MARÇAL JUSTEN FILHO e DOMINGO JUAN SESIN, utilizadas no decorrer de todo o trabalho.

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa deve ser entendido partindo-se do entendimento do que é o ato administrativo, quais são os elementos que o compõem e onde está localizada a discricionariedade em cada um desses elementos, temas que foram desenvolvidos no primeiro capítulo. A partir disso, foi possível a compreensão que se tem na doutrina sobre a discricionariedade e suas diferenças e semelhanças com a vinculação, a arbitrariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, temas do segundo capítulo deste trabalho.

Por fim, no terceiro capítulo, mostrou-se de que forma se concretiza o controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos emitidos no exercício da discricionariedade da Administração Pública. Nesse campo, percebeu-se a importância dos princípios constitucionais administrativos para a efetivação do controle. A partir de uma concepção ampla do princípio da legalidade, que envolve não só a estrita subordinação do agente público à lei, mas também aos princípios constitucionais e ao ordenamento jurídico como um todo. Entendeu-se que as teorias dos motivos determinantes e do desvio de poder, há muito tempo sustentadas pela doutrina, não são as únicas formas de controle da atividade administrativa discricionária.

Os princípios constitucionais administrativos da legalidade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade e da eficiência, explícitos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, e da supremacia do interesse público, da

motivação e da razoabilidade e da proporcionalidade, implícitos ao longo da Carta Magna, são importantes, juntamente com as teorias dos motivos determinantes e do desvio de poder, para evitar que os administradores públicos, no exercício de suas funções, desviem-se das finalidades e interesses coletivos.

A nova concepção doutrinária do princípio da legalidade possibilitou essa abrangência da subordinação da Administração Pública a todo ordenamento jurídico, inclusive aos princípios constitucionais. E, tendo-se em vista a função de guarda maior do Direito conferida ao Poder Judiciário, entende-se que este é competente para intervir no ato administrativo, mesmo que discricionário, sempre que o agente público atuar de forma contrária ao Direito como um todo.

No entanto, é importante ressaltar que um controle mais abrangente da atividade administrativa não significa que se esteja extrapolando o exame da legalidade. Na verdade, o Poder Judiciário continua atuando no estrito cumprimento do princípio da legalidade. Este, porém, é que se ampliou.

Quanto ao mérito do ato administrativo, é unanimidade na doutrina que este deve ser preservado, ou seja, que é defeso ao Poder Judiciário adentrar no mérito da atuação administrativa discricionária, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes. O máximo permitido ao Judiciário é que analise se a atividade discricionária está nos limites impostos pelo ordenamento jurídico. Ir além disso configuraria descumprimento do princípio separação dos poderes, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Assim, cumpre observar que não se tinha o objetivo de esgotar o tema, há tempos discutido na doutrina. Neste trabalho, coube realizar uma revisão de literatura acerca do assunto e, em seguida, desenvolver os assuntos direcionados à realização do estudo proposto. Por isso a necessidade de se estudar primeiramente o ato administrativo e a discricionariedade administrativa para somente então adentrar no tema do controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública. Através desse estudo foi possível determinar sobre quais fundamentos está pautado o Poder Judiciário para intervir na atividade advinda de um outro Poder, sem que isto configure um descumprimento do princípio da separação dos poderes e um desrespeito ao Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

\_\_\_\_\_. *Elementos de direito administrativo*. 3. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

\_\_\_\_\_. "Relatividade" da competência discricionária. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 212, p. 49-56, abr./jun. 1998.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005.

DALLARI, Adilson Abreu. Controle do desvio do poder. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. e LIMA, Liana Maria Taborda (coords.). *O abuso de poder do estado na atualidade*. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006, p. 1-20.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1995*. Rio de Janeiro: Renovar, p.189-203, 1991.

\_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. Atualização: Gustavo Binenbojm. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v.222, p.97-116, out./dez. 2000.

FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. *Atos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1980.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

\_\_\_\_\_. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de: Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v.93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

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

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 610, p. 38-45, ago-1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 13. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PONDÉ, Lafayette. Controle dos atos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 212, p. 41-47, abr./jun. 1998.

PONTES FILHO, Valmir. Controle jurisdicional dos atos administrativos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v.55-56, p.183-192, jul./dez. 1980.

QUIERÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, out. 1946.

\_\_\_\_\_. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 97, p. 1-8, jul./set. 1969.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SESIN, Domingo Juan. Acceso a La jurisdicción y tutela judicial efectiva. In: SALOMONI, Jorge Luis (org). *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*. Buenos Aires, Ad Hoc, 2006, p. 57-119.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 237, p. 317-326, jul./set. 2004.

TÁCITO, Caio. Controle judicial da administração pública na nova constituição. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v.91, p. 28-36, jul./set. 1989.