

MARCELO SALOMÃO CZELUSNIAK

**DISCRICIONARIEDADE NA APREENSÃO DOS MOTIVOS DO ATO
ADMINISTRATIVO**

CURITIBA

2006

MARCELO SALOMÃO CZELUSNIAK

**DISCRICIONARIEDADE NA APREENSÃO DOS MOTIVOS DO ATO
ADMINISTRATIVO**

**Monografia apresentada
como requisito parcial à
conclusão do Curso de
Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.**

**Orientador: Prof. Pedro
Henrique Xavier**

CURITIBA

2006

Dedico este trabalho a meus pais,
eternos incentivadores do meu
aperfeiçoamento.

SUMÁRIO

RESUMO	v
1) INTRODUÇÃO	1
2) MOTIVOS DO ATO ADMINISTRATIVO	3
2.1) A TEORIA DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	3
2.1.1) Introdução.....	3
2.1.2) O elenco dos elementos do ato administrativo.....	7
2.2) O ELEMENTO “MOTIVO”.....	10
2.2.1) Evolução do controle da legalidade pelos motivos.....	10
2.2.2) Conceito de “motivo”.....	14
2.2.3) A apreensão dos motivos pelo agente – etapas.....	17
2.2.4) Requisitos de validade do ato administrativo com relação aos motivos.....	18
3) DISCRICIONARIEDADE	20
3.1) INTRODUÇÃO.....	20
3.2) JUSTIFICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE.....	21
3.3) JUÍZO DO ADMINISTRADOR NAS HIPÓTESES DE DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO.....	22
3.4) SINDICABILIDADE JUDICIAL DE ATOS QUE ENVOLVEM DISCRICIONARIEDADE.....	23
3.5) O CERCEAMENTO DA DISCRICIONARIEDADE PELOS PRINCÍPIOS.....	25
4) A DISCRICIONARIEDADE NA APREENSÃO DOS MOTIVOS	28
4.1) O CRITÉRIO DA DISCRICIONARIEDADE – PANORAMA DA DOCTRINA.....	28
4.1.1) Introdução.....	28
4.1.2) Posicionamentos quanto à discricionariedade na formação do ato.....	29
4.1.3) Posicionamentos quanto à discricionariedade nos elementos do ato administrativo.....	31
4.1.4) Posicionamentos quanto à discricionariedade na norma.....	33
4.1.5) Posicionamentos quanto à discricionariedade em razão da matéria abordada...	36
4.2) A DISCRICIONARIEDADE NA APREENSÃO DOS MOTIVOS.....	38

4.2.1) “Balanço” dos posicionamentos vistos	38
4.2.2) Tomada de posição.....	40
5) CONCLUSÕES.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	48

RESUMO

O “motivo” do ato administrativo é um dos elementos através dos quais se verifica sua legalidade. São motivos os pressupostos de fato previstos em abstrato pela norma jurídica como condição para o exercício da competência administrativa. Sua apreensão pelo agente administrativo se dá em três etapas: constatação, apreciação e relato. Os requisitos de validade do ato administrativo com relação aos motivos também são três: existência, legalidade e exatidão.

Discricionariedade, por outro lado, é a margem de liberdade concedida pela própria lei ao agente administrativo para que este exerça suas competências. Esta liberdade só existe em virtude da lei e na medida dela, e não pode ser objeto de revisão judicial justamente porque a lei reservou-a ao administrador. Nenhum ato administrativo, entretanto, será completamente discricionário, sendo geralmente vinculados à lei a maioria de seus elementos.

A investigação da possibilidade de discricionariedade na apreensão dos motivos pelo agente administrativo passa necessariamente pelo estudo do critério da discricionariedade, no qual se busca identificar a origem desta. O cotejo de diversos posicionamentos sobre o critério da discricionariedade, tendo em vista especialmente sua relação com os motivos, leva a crer que a discricionariedade só pode ocorrer em uma das fases da apreensão dos motivos: a apreciação. E duas serão as situações através das quais ela pode surgir: (i) quando a norma legal não indique os motivos que devem justificar o ato (como nas exonerações *ad nutum*) ou (ii) quando estes forem previstos na norma através de conceitos fluídos, contanto que a interpretação destes diante do caso concreto dê margem à liberdade apreciação.

PALAVRAS-CHAVE: apreciação; apreensão; ato administrativo; conceito jurídico indeterminado; conceito fluido; conceito vago; discricionariedade; elementos; motivo(s); pressuposto(s).

1) INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho está localizado no ponto de encontro de dois importantes aspectos da atuação administrativa. De um lado, os motivos do ato administrativo, sendo, como se verá mais à frente, a situação de fato que a lei prevê abstratamente como necessária à realização do ato administrativo. Do outro lado, a discricionariedade, sendo a margem de liberdade que o agente pode ter também na realização do ato administrativo.

Neste quadro, o objetivo do trabalho é investigar a possibilidade de que o agente administrativo aja com discricionariedade na apreensão dos motivos do ato, e, se confirmada essa possibilidade, as maneiras pelas quais esta discricionariedade poderia surgir. Trata-se, então, de descobrir se e *como* pode ocorrer discricionariedade na apreensão dos motivos. A importância do tema, acreditamos, é bastante grande, pois se a técnica dos motivos, por uma lado, é uma das mais importantes vias de verificação da legalidade do ato administrativo (na qual se verifica se a situação de fato diante da qual o agente expediu o ato corresponde àquela prevista pela lei), a discricionariedade, por outro, é capaz de limitar essa verificação, sendo por isso fundamental que se busque esclarecê-la.

À guisa de delimitação do tema, esclarece-se que a investigação será limitada a identificar a possibilidade e as hipóteses de surgimento de discricionariedade na apreensão dos motivos. Não se vai adentrar, por exemplo, no mérito de aplicar os chamados “limites da discricionariedade” (nomenclatura que, como se verá, optamos por não utilizar, mas que serve de indicativo por ora) à espécie e tentar identificar os vícios específicos que aí podem surgir, o que estenderia por demais o trabalho.

Também se esclarece que o trabalho é composto de três capítulos, os quais abordam, respectivamente, os motivos, a discricionariedade, e a discricionariedade na apreensão dos motivos. Os dois primeiros servem ao propósito de fornecer subsídio teórico para o terceiro, sem a pretensão de que ali se esgote as matérias dos motivos e da discricionariedade. O terceiro capítulo, por fim, contém o cerne do trabalho. Ali optamos por desenvolver, inicialmente, a específica matéria do critério da discricionariedade, por sua íntima ligação à investigação que se faz na

seqüência, sobre a discricionariedade na apreensão dos motivos, encerrando o trabalho.

2) MOTIVOS DO ATO ADMINISTRATIVO

O tratamento dos motivos não pode prescindir de algumas palavras introdutórias sobre o tema mais amplo dos elementos do ato administrativo. Somente assim é possível identificar com clareza a posição ocupada pela teoria dos motivos na dogmática do Direito Administrativo, permitindo antever sua serventia e sua importância.

2.1) A TEORIA DOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

2.1.1) Introdução

A produção doutrinária sobre a chamada teoria dos elementos do ato administrativo é caracterizada por algumas divergências clássicas sobre as quais não há até hoje consenso. Discute-se, primeiramente, a própria possibilidade ou pertinência teórica da fragmentação do ato administrativo. Quanto a isto há que se registrar a opinião minoritária advogada por Afonso Rodrigues Queiró, para quem o ato administrativo é uma realidade una, de modo que as divisões que se faz na teoria dos elementos implicariam em obscurecimento dos problemas do ato administrativo.¹

No sentido oposto se posiciona a imensa maioria da doutrina, que aceita alguma forma fragmentação do ato administrativo, variando a denominação e o elenco destes fragmentos. Nesta linha, a defesa explícita da técnica de fragmentação é feita por Marcello Caetano, segundo o qual, embora sejam válidos os argumentos de que o ato é uno e de que a ilegalidade é sempre a mesma, a fragmentação se justifica na medida em que permite que se coloque em destaque aspectos diversos do ato e de sua ilegalidade, fornecendo critérios práticos de indagação, e assim facilitando feitura, interpretação e aplicação das leis.²

Parece-nos mais acertada esta última posição, sobretudo quando se busca a origem da teoria dos elementos e se tem em mente a sua real finalidade. Quanto a sua origem, são bastante esclarecedoras as lições do mestre francês Jean Rivero.

¹ **A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo**, in RDA ns. VI e VII, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1946 e 1947, pp. 41-78 e 52-80 (respectivamente). A referência está no n. VI, p. 54.

Este autor, noticiando sobre o desenvolvimento da matéria na França (inegavelmente o berço do Direito Administrativo como o conhecemos), informa que foi no quadro do recurso por excesso de poder que foram definidas e classificadas as diversas formas de ilegalidade que podem viciar o ato administrativo, do que se deduz, a *contrario sensu*, suas condições de validade.³

O recurso por excesso de poder é a via clássica de impugnação do ato administrativo no sistema francês. Trata-se de recurso dirigido à jurisdição administrativa (considerando a duplicidade de jurisdição adotada naquele país) e é qualificado pela doutrina como recurso de caráter objetivo, o que significa dizer que dirige-se à sanção de uma regra de direito e não ao reconhecimento de um direito subjetivo.⁴

Dada esta natureza objetiva do recurso por excesso de poder, as restrições à sua utilização sempre giraram em torno da matéria versada, sendo obviamente impróprias às considerações sobre legitimidade ativa. E é neste contexto que se fala dos chamados casos de abertura (*cas d'ouverture*) do recurso por excesso de poder, que designam as matérias sobre as quais o juiz administrativo aceita sindicar na verificação da legalidade do ato administrativo. Estas matérias das quais se poderia tratar em sede de recurso por excesso de poder foram sendo gradativamente estendidas (o que inclusive explica que se lhes chame *aberturas*), e a jurisprudência do Conselho de Estado francês acabou por estabelecer com segurança quatro formas clássicas de ilegalidade do ato administrativo: incompetência, vício de forma, violação da lei e desvio de poder.⁵

Paralelamente ao desenvolvimento jurisprudencial, coube aos doutrinadores a sistematização teórica daquilo que vinha sendo produzido. Sobre isto leciona Antônio Carlos Araújo Cintra, segundo o qual foi Laferrière quem desenvolveu em primeiro lugar um esforço teórico expressivo na sistematização dos *cas d'ouverture*, tendo-o feito, porém, apenas com vistas ao ângulo contencioso, preocupando-se com os fundamentos do recurso por excesso de poder. Posteriormente, foi Bonnard

² CAETANO, **Manual de Direito Administrativo**, 1ª ed. bras., Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 454.

³ RIVERO, **Direito Administrativo**, Coimbra: Almedina, 1981, pp. 125-126. Neste sentido também a lição de DE LAUBADÈRE, André (**Traité de Droit Administratif**, v. 1, 9ª ed. atual., Paris: Librairie General de Droit et de Jurisprudence, 1985, p. 272).

⁴ Idem, pp.272-273. Neste sentido, o mesmo autor diz que o recurso por excesso de poder é a sanção normal do princípio da legalidade (Idem, p. 125).

⁵ Idem, pp. 125-126.

quem primeiro alterou a perspectiva de análise da matéria, passando a enumerar os possíveis vícios do ato administrativo a partir dos *cas d'ouverture*, mas tratando do tema independentemente do aspecto contencioso.⁶

Ainda no que toca à origem jurisprudencial da teoria dos elementos do ato administrativo, cabe recorrer novamente ao magistério de Jean Rivero, que torna explícitas as relações de correspondência entre os casos de abertura e os elementos:

Os quatro casos de anulação tradicionais sancionam respectivamente as ilegalidades que afectam a qualidade do autor (incompetência), o processo de elaboração (vício de forma), o fim (desvio de poder) e (violação da lei) o objecto e os motivos.⁷

Verifica-se, assim, que a teoria dos elementos do ato administrativo é resultado de um longo desenvolvimento empírico do controle da legalidade do ato administrativo, sendo esta sua verdadeira finalidade. Na figura utilizada por Celso Antônio Bandeira de Mello (de criação de Umberto Fragola), “este procedimento de decomposição corresponderia à *anatomia* do ato, tendo em vista o exame de sua eventual *patologia*, isto é, os vícios que, porventura, possa utilizar”.⁸

Diante disso, nos parece, torna-se inviável afastar esta fragmentação que tradicionalmente se faz do ato administrativo, seja porque esta técnica demonstrou-se eficaz ao longo dos anos para conter os abusos e ilegalidades da Administração Pública, seja porque muito da construção doutrinária do Direito administrativo se deu sobre esta base.

Tal posicionamento há de ser adotado mormente quando se tem em conta que a função da dogmática jurídica é antes a de descrever de maneira sistemática e lógica o Direito do que de transformá-lo (considerando, inclusive, que lei e jurisprudência se sobrepõem à doutrina na hierarquia das fontes de Direito, conforme as lições clássicas da teoria geral). Neste sentido, não se pode esquecer, também, que a técnica da análise do ato administrativo através da sua

⁶ CINTRA, **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**, São Paulo: RT, 1979, p. 136. No fornecimento destas informações o autor faz referência a Auby e Drago.

⁷ Ob. cit., p. 126.

⁸ **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**, São Paulo: RT, 1981, p. 33. Grifos no original.

decomposição em elementos foi adotada expressamente pelo direito positivo brasileiro, no art. 2º da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965).⁹

Ainda à guisa de introdução, é de se mencionar a contenda que também na doutrina se trava acerca da denominação que deve se dar a estes “fragmentos” do ato administrativo. Sobre isso, a maioria da doutrina opta por chamá-los mesmo elementos¹⁰ ou utiliza esta denominação indiscriminadamente em conjunto com outra.¹¹ Mas há autores que se dedicam a examinar com mais detença esta terminologia e contra ela se insurgem, apresentando novas propostas. É o caso, por exemplo, de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que, buscando inspiração na filosofia antiga, fragmenta o ato administrativo em causas essenciais (causa eficiente, causa material, causa formal e causa final) e acidentais (causa ocasional e causa exemplar). Estas causas acabam por corresponder em muito com os elementos tradicionalmente trabalhados.¹²

Também seu filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, adota posição peculiar, segundo a qual só podem ser considerados elementos do ato administrativo, se considerado o real sentido da palavra, o conteúdo e a forma, pois apenas eles fazem parte do ato administrativo. Os demais fragmentos, diz ele, são exteriores ao ato, e constituem pressupostos seus.¹³

Finalmente, também na doutrina nacional, cabe mencionar a posição de Marçal Justen Filho, o qual, seguindo lição exarada por Geraldo Ataliba na seara do Direito Tributário (mais especificamente, ao tratar dos elementos da hipótese de

⁹ Confira-se novamente, neste sentido, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual “os conceitos jurídicos, em geral, e entre eles o de ‘ato administrativo’, não são mais do que termos relacionadores de normas, pontos de aglutinação de efeitos de direito” (*Ato Administrativo...*, p. 2).

¹⁰ Assim: CASSAGNE, Juan Carlos (**El Acto Administrativo**, 2ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980, p. 181); FALLA, Fernando Garrido (**Tratado de Derecho Administrativo**, v. I, 9ª ed., Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 625-626); GORDILLO, Agustín (**Tratado de Derecho Administrativo**, tomo III, Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. VIII-2); DE LAUBADÈRE (ob. cit., p. 272); RIVERO (ob. cit., pp. 125-126), dentre outros.

¹¹ Assim, por exemplo, CRETELLA JÚNIOR, José (**Tratado de Direito Administrativo**, v. II, Rio de Janeiro: Forense, p. 146); MEIRELLES, Hely Lopes (**Direito Administrativo Brasileiro**, 14ª ed, São Paulo, 1989, p. 127) e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (**Direito Administrativo**, 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 195)

¹² **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 491 e 492.

¹³ *Ato Administrativo...*, pp. 35 e 36. Seguem esta orientação Lúcia Valle Figueiredo (**Curso de Direito Administrativo**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181) e Régis Fernandes de Oliveira (**Ato Administrativo**, 2ª ed., São Paulo: RT, pp. 49, 50 e 51), mas com alguma diferença de nomenclatura: a primeira chamam de “requisitos extrínsecos” e o segundo chamando de “condições de validade” aqueles fragmentos que Celso Antônio chama pressupostos.

incidência tributária), prefere falar em “aspectos” do ato administrativo, sob o argumento de que “a palavra ‘elementos’ indica a existência de partes dotadas de autonomia própria”.¹⁴

Ainda que respeitando as observações feitas com acuidade pelos autores acima referidos, preferimos, para condução deste trabalho, continuar utilizando o termo “elementos” para designar os fragmentos em que se decompõe o ato administrativo para fins de exame de sua legalidade. Isto porque uma discussão mais profunda sobre a questão, com tentativa de confronto detalhado das posições, não é o objetivo principal do trabalho e não lhe alteraria os rumos. Sem embargo, também acolhemos as asserções de Seabra Fagundes¹⁵, para quem a utilização do termo “elementos” se dá antes num sentido jurídico do que num sentido lógico-filosófico, o qual realmente implicaria na idéia de que os elementos necessariamente integrem o ato. Em coerência com este ensinamento, o referido autor opta expressamente por falar em “*elementos a considerar no ato e não bem a integrá-lo*”.¹⁶

2.1.2) O elenco dos elementos do ato administrativo

Também na eleição de quais são os elementos do ato administrativo não há consenso na doutrina. Embora esta possa parecer também uma questão introdutória, isto não se confirma quando se leva em consideração os desdobramentos que uma definição sobre o elenco dos elementos pode ter quando se pretende tratar de um elemento em especial, como no presente caso, eis que a definição prévia do rol de elementos exercerá influência direta no significado de cada um deles. Desta forma, procurar-se-á analisar mais detidamente esta questão, expondo e ponderando a seguir os pontos de vista mais importantes.

Para este fim, dividimos em quatro as principais concepções adotadas, com pequenas variações, pelos autores analisados.

A primeira concepção consiste na análise da legalidade do ato administrativo através de cinco elementos: sujeito, objeto, motivo, forma e finalidade. Esta é, sem

¹⁴ **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 194.

¹⁵ **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 7ª ed. atual. por Gustavo Binenbojm, Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 29-31, nota de rodapé 10.

¹⁶ Idem, p 31, nota 10.

dúvida, a concepção adotada pela maioria dos doutrinadores¹⁷, e, para maior facilidade de referência, será designada doravante apenas como majoritária. Há que se alertar, todavia, para a ocorrência de algumas variações terminológicas por parte dos autores quanto aos elementos (enquanto alguns chamam o elemento subjetivo de sujeito outros o chamam competência; especificamente quanto aos motivos, nota-se que os autores língua espanhola preferem chamá-lo “causa”.¹⁸), mas sem alterações ao que realmente representam.

Ainda quanto à concepção majoritária, é relevante ressaltar que foi ela também adotada pelo legislador brasileiro, quando da edição da já referida Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), cujo art. 2º elege, como vícios do ato administrativo, a incompetência, o vício de forma, a ilegalidade do objeto, a inexistência dos motivos e o desvio de finalidade.

Bastante parecidas com esta primeira, mas com alterações dignas de nota, são as concepções adotadas por Agustín Gordillo e Marcello Caetano. Para o primeiro¹⁹, são quatro os elementos do ato administrativo: competência, vontade, objeto e forma. A semelhança com a concepção majoritária se revela quando o próprio autor diz que motivo (chamado por ele de causa) e fim podem ser subsumidos ao elemento vontade. Ou seja, é uma concepção inegavelmente baseada na concepção majoritária dos cinco elementos, de tal forma que o autor inclusive se preocupa em associá-las. Mas a concepção de Gordillo tem feição própria, haja vista que o tratamento da vontade como um elemento autônomo implica a uma sistematização peculiar a este elemento, sendo impossível dizer que a teorização que o autor desenvolve sobre o elemento vontade é apenas aglutinação de elementos teóricos sobre os motivos e a finalidade.²⁰

Marcello Caetano²¹, por sua vez, elege os cinco elementos seguintes: competência, formalidade, forma, objeto e fim. Em concepção já não tão semelhante

¹⁷ É o caso de CASSAGNE (ob. cit., p. 184), CINTRA (ob. cit., pp. 76, 146 e 147), CRETELLA JR. (ob. cit., pp. 147 e 148), DI PIETRO (ob. cit., p. 195), GARRIDO FALLA (ob. cit., p. 640), JUSTEN F^o (p. 194), LOPES MEIRELLES (ob. cit., p. 127), RIVERO (ob. cit., pp. 125 e 126) e SEABRA FAGUNDES (ob. cit., p. 29).

¹⁸ FALLA e CASSAGNE.

¹⁹ GORDILLO, ob. cit., t. III, p. VIII-2.

²⁰ Idem, pp. IX-1 e ss.: veja-se, por exemplo, que o autor divide os vícios da vontade em vícios de tipo objetivo e vícios de tipo subjetivo, e nesta última categoria se incluem tanto vícios relativos a finalidade quanto aos motivos. Os vícios relativos aos motivos são tratados sob o signo “arbitrariedade”.

²¹ Ob. cit., pp. 424 e 425.

à majoritária, este autor trata da matéria pertinente aos motivos (tal como configurados na concepção tradicional) em sede do elemento objeto. Isto porque neste elemento o autor analisa, além do objeto do ato propriamente dito, aquilo que chama de “pressupostos do objeto”, os quais correspondem aos motivos.

Concluindo a reduzida exposição das concepções, cabe falar novamente da concepção criada por Celso Antônio Bandeira de Mello²², para quem a análise do ato administrativo deve ter em conta elementos e pressupostos. Elementos do ato seriam apenas sua forma e seu conteúdo. Já os pressupostos seriam aqueles aspectos que, embora devam fazer parte da análise do ato, não lhe integram, não podendo, por isso, serem chamados “elementos”. O autor divide os pressupostos em subjetivos (sujeito e vontade), objetivos (motivos e requisitos procedimentais), teleológicos (finalidade) lógicos (causa) e formalísticos (formalidades).

Esta é, definitivamente, dentre as concepções apresentadas, a que mais se afasta da concepção majoritária. A peculiar organização dos elementos (considerando aqui tanto o que o autor chama de elementos quanto o que chama de pressupostos) implica alterações quanto à feição de alguns elementos se em comparação com os conceitos tradicionais. A principal variação se deve ao conceito de causa, que o autor busca na lição do português André Gonçalves Pereira, e que se poderia definir como a correlação lógica entre os motivos e o objeto do ato em função da sua tipologia. Ocorre aqui a introdução de um elemento novo (causa), mas que é construído sobre dois elementos tradicionais (motivos e objeto), mesmo estes continuando a existir. Haverá aí, necessariamente, alteração na operação dos conceitos de “motivos” e “objeto”.²³

Dentre as concepções apresentadas, nos parece mais correto, para fins de desenvolvimento deste trabalho, adotar a majoritária. Muito embora reconheçamos que todas elas são idôneas a cumprir a função de subsídio teórico ao controle da legalidade do ato administrativo²⁴, a escolha procura atender da melhor forma o

²² *Ato Administrativo...*, p. 36. O autor é seguido, como já se disse, por Régis Fernandes de OLIVEIRA (ob. cit., pp. 49 a 51) e Lúcia Valle FIGUEIREDO (ob. cit., p. 181).

²³ Note-se, portanto, que, embora os autores espanhóis utilizem comumente o termo “causa” para designar o motivo, como referido, a utilização indistinta destes termos deve ser afastada, já que parte considerável da doutrina vê a causa como um elemento (ou pressuposto) autônomo, que existe ao lado do motivo.

²⁴ Sobre isto, confira-se o que diz Celso Antônio: “Inobstante, convém observar que não apresenta subido relevo a discussão sobre nomes (elementos, causas, requisitos e pressupostos). O que efetivamente importa é adotar um modelo de análise que leve em conta o conjunto de ‘objetos de

desenvolvimento do trabalho. Neste sentido, a escolha da concepção majoritária se justifica na medida em que é ela a única que dá aos motivos um lugar próprio e inconfundível com o dos outros elementos. Além disso, a escolha se deve também ao fato da maior adesão da doutrina a esta concepção, e por ter seguido a mesma opção o legislador brasileiro na referida Lei da Ação Popular. Sem se buscar o argumento de autoridade, a maior aceitação da concepção inicialmente apresentada nos influencia na medida em que, como já se disse, a feição de cada elemento pode variar em função da concepção adotada. Uma vez que pretendemos tratar dos motivos, é mais razoável que se adote a concepção que dita o padrão do tratamento que a maioria dos autores dispensa a este elemento.

2.2) O ELEMENTO “MOTIVO”

Vencida a explicação inicial sobre a teoria dos elementos do ato administrativo, já se pode passar à análise dos motivos propriamente. Com o objetivo de chegar a um conceito de “motivo”, inicia-se a exposição abordando sinteticamente a evolução histórica do controle de legalidade deste elemento do ato.

2.2.1) Evolução do controle da legalidade pelos motivos

A origem da espécie “motivos”, assim como a do gênero “elementos”, é ligada à jurisprudência. Tendo se originado a teoria dos elementos do ato administrativo das sucessivas “aberturas” do recurso por excesso de poder na França, como já se deixou dito, a investigação dos fatos que estão à base dos atos administrativos demorou a ser aceita.

Conforme a lição de Jean Rivero²⁵, o “caso de abertura” chamado “violação da lei” (que inclui, como também já foi dito, aquilo que hoje se entende como os vícios relativos aos motivos e a ao objeto do ato), foi o último a ser aceito, tendo este processo de inclusão se iniciado apenas em 1864.

Mas a investigação, em juízo, dos fatos que justificam o ato administrativo, só foi acatada muito mais tarde pelo Conselho de Estado, segundo se apreende da lição de Gaston Jèze. Este autor, na terceira edição de sua obra “Principes

pensamento’ úteis para ressaltar os diferentes aspectos a serem examinados quando se quer avaliar as condições de produção e validade do ato administrativo” (*Ato Administrativo...*, p. 37).

Genéraux de Droit Administratif”²⁶, ao comentar a possibilidade de o Conselho de Estado anular atos administrativos fundados em fatos inexatos, diz que esta era uma tendência recente à época, citando como pioneiros os arestos proferidos nos casos *Boisselet* (28 de junho de 1912), *Ponsonaille* (18 de junho de 1915) e *Camino* (14 de janeiro de 1916).

Retornando ao magistério de Rivero²⁷, podemos acrescentar que a investigação dos motivos funcionou, em certa medida, como sucedâneo da investigação da finalidade. Segundo ele, se num primeiro momento o Conselho de Estado exigia que o desvio do poder resultasse do próprio ato, posteriormente passou a admitir que fosse provado através de diversos elementos do processo, inclusive da inexatidão dos motivos, e acabou por admitir a inexatidão de motivos como vício autônomo do desvio de poder. Pela maior facilidade de prova da inexatidão de motivos, esta forma de impugnação passou a ser utilizada preferencialmente.

Com a consolidação desta tendência no Conselho do Estado francês, foi a vez da doutrina realizar o trabalho de sistematização, e um dos autores que primeiro atuou neste sentido foi o já referido Jèze²⁸, elaborando a famigerada *teoria dos motivos determinantes*. Esta teoria consiste em onze regras sobre o controle da legalidade do ato através dos chamados “motivos determinantes”. Como alertam muitos autores atuais, a maioria das regras enunciadas por Jèze não trata exatamente daquilo que hoje se chama motivo do ato administrativo²⁹, mas as que o fazem constituem, atualmente, parte importante do regime jurídico dos motivos. São elas:

3ª regla. Cuando un agente público expresa, en el acto mismo, los motivos que le han hecho obrar, esto motivos, por el mismo que está expresados en el acto, se consideran, en principio, *determinantes*;

5ª regla. Los motivos alegados deben ser materialmente exactos.

²⁵ Ob. cit., pp. 283 e 284.

²⁶ Edição argentina, **Princípios Generales de Derecho Administrativo**, trad. De Julio N. San Millén Almagro, v. III, Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949, p. 194, nota de rodapé 2.

²⁷ Ob. cit., p. 292. Neste sentido também Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., 486).

²⁸ Ob. cit., pp. 223 e ss. Observe-se que o próprio JÉZE, na pág. 232, diz expressamente que a origem da teoria é jurisprudencial.

²⁹ Neste sentido CINTRA (ob. cit., p. 89), CRETELLA JR. (ob. cit., p. 207) e Caio TÁCITO (**O Desvio de Poder em Matéria Administrativa**, in “Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)”, Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 91).

7ª regla. – Cuando los *motivos de derecho* determinantes son múltiples, si uno de ellos se considera ilícito, el juez deberá investigar si, fuera del motivo *determinante* de derecho estimado ilícito, los motivos *determinantes* de derecho que subsisten, son suficientes para legitimar el acto jurídico.

10ª regla. – El juez no puede apreciar la *oportunidad* de las medidas adoptadas por los agentes administrativos.³⁰

No que toca ao Brasil, nas palavras de Caio Tácito, “baseado [sic] na isenção jurisdiccional quanto ao mérito do ato administrativo, a nossa jurisprudência conteve-se, por muito tempo, na verificação da legalidade extrínseca, entendendo inacessível ao conhecimento judicial a matéria de fato em que se louvasse a ação administrativa”.³¹

Da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema é possível perceber, com efeito, que nesta primeira fase o Tribunal limitava-se a perquirir a competência e os aspectos formais do ato administrativo. Esta orientação prevalece até meados da década de quarenta do século XX, e tem como uma de suas últimas expressões o acórdão proferido na apelação nº. 8.445, relatado pelo Min. Laudo de Camargo, em julgamento ocorrido em 34 de julho de 1944.³² Neste caso o Excelso Pretório recusou-se a reexaminar o conjunto fático-probatório de processo administrativo disciplinar que implicou na demissão de funcionário, mesmo após este ter sido absolvido no juízo criminal do fato que deu razão ao processo administrativo.

³⁰ JÉZE, ob. cit., pp. 233, 235, 268 e 279 respectivamente. As demais regras são: “1ª regla. Los agentes públicos sólo están obligados a motivar sus actos, cuando la ley o un reglamento así lo disponen” (p. 232), “2ª regla. Cuando un agente público esta obligado, según las leyes e reglamentos, a motivar su acto, debe hacerlo, bajo pena de nulidad del acto. La ausencia de motivos es entonces un vicio radical” (p. 232), “4ª regla. Cuando la ley o un reglamento obligan a un agente público a dar a conocer los motivos del acto jurídico que realiza, debe exponer dichos motivos de manera clara y precisa, y no mediante fórmulas de estilo, fórmulas ganzúas o frases sin significación exacta” (p. 235), “6ª regla. El motivo determinante invocado debe ser lícito” (p. 238), “8ª regla. Los agentes públicos no pueden sustraerse al control jurisdiccional, sosteniendo que los motivos determinantes son de orden político. – Es ésta la célebre teoría de los móviles políticos” (p. 269), “9ª regla. – En principio, el juez no investiga de oficio los motivos determinantes; solamente los examina si se le señalan y si se los critica” (p. 279) e “11ª regla – La prueba del motivo determinante incumbe a aquel que critica el motivo, debiendo resultar de las piezas del expediente” (p. 281).

³¹ TÁCITO, **Controle dos Motivos do Ato Administrativo**, in “Temas de Direito Público (estudos e pareceres)”, 1º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 331.

³² Acórdão publicado na RDA 1/190. Ementa: “FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO MEDIANTE PROCESSO ADMINISTRATIVO – ABSOLVIÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL – AÇÃO DO FUNCIONÁRIO PARA SER REINTEGRADO – Não é de ser acolhida a ação tendente a invalidar o ato de demissão baseado em processo administrativo, não obstante a absolvição do funcionário no juízo criminal, independentes, como são, as duas jurisdições, criminal e administrativa.”

A evolução, no entanto, vem logo após. Inicialmente, a alteração de posicionamento foi esboçada no acórdão proferido na apelação cível nº. 8.311³³ (relatado pelo Min. José Linhares, em julgamento ocorrido em 5 de dezembro de 1944), no qual se asseverou que “a apreciação do mérito interdita ao Judiciário é a que se relaciona com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei (...)” (ementa), sem, no entanto, admitir a influência da coisa julgada penal na esfera administrativa.

Posteriormente, o entendimento foi efetivamente alterado no acórdão proferido na apelação cível nº. 7.307³⁴ (julgado em 20 de dezembro de 1944), conduzido pelo magnífico voto do relator Min. Castro Nunes. Já na ementa desta decisão encontra-se admitida expressamente a investigação dos fatos pelo Poder Judiciário, ainda que timidamente: “A função do Judiciário, no terreno dos fatos, deve ser comedida e discreta. Deve inclinar-se antes a placitar a medida disciplinar do que a revogá-la, quando encontre razoáveis fundamentos no ato administrativo”.

³³ Publicado na RDA 2 (fasc. II)/687. Ementa: “ATO ADMINISTRATIVO – NULIDADE – EXAME JUDICIAL DA LEGALIDADE, CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE – INQUÉRITO ADMINISTRATIVO – DEFESA DO ACUSADO – DEMISSÃO DE EMPREGADO DA CAIXA ECONÔMICA – A decisão criminal não influi na esfera administrativa; ainda a absolvição do funcionário em juízo penal não basta para autorizar sua reintegração. – O Juiz não deve sobrepor seu critério pessoal ao da autoridade administrativa a que a lei deferiu o exame do caso, embora lhe possa parecer excessivo o rigor na aplicação da pena. – A apreciação do mérito interdita ao judiciário é a que se relaciona com a conveniência e oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou do regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente. – Interpretação da Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, do Decreto nº 24.426, de 19 de junho de 1934, art. 83, parágrafo único, e dos arts. 248 e 254 do Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis da União.”

³⁴ Publicado na RDA 3/69. Ementa: “ATOS ADMINISTRATIVOS – EXAME DA SUA VALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO – FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO – CONFRONTO DA PROVA PRODUZIDA EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E EM PROCESSO JUDICIAL – O Poder Judiciário, no julgamento das demissões dos funcionários públicos, pode rever o ato administrativo nos aspectos que configurem a sua ilegalidade, excluída a apreciação da mera conveniência ou oportunidade da medida. – A apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de um modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do direito vigente. – As medidas de caráter discricionário só poderão ser anuladas se incompetente fôr a autoridade ou preterida houver sido formalidade prescrita na lei. – “A função do Judiciário, no terreno dos fatos, deve ser comedida e discreta. Deve inclinar-se antes a placitar a medida disciplinar do que a revogá-la, quando encontre razoáveis fundamentos no ato administrativo. – Aplicação da Lei nº 221, de 1894.”

2.2.2) Conceito de “motivo”

O desenvolvimento de uma teoria dos motivos do ato administrativo, como se observou, teve em Jèze um pioneiro, tendo este autor exercido forte influência sobre as gerações futuras de administrativistas. No entanto, como também ficou dito acima, a *teoria dos motivos determinantes* foi muito além da idéia que temos de “motivos” atualmente, tratando sob este signo também os aspectos teleológicos do ato e subjetivos do agente³⁵, de modo a, nas palavras de Araújo Cintra, “tornar um tanto imprecisa a idéia de motivos do ato administrativo”.³⁶

Portanto, para iniciar a conceituação do elemento “motivos”, cumpre desde logo reduzir esta amplitude que tinha o termo inicialmente, afastando do seu bojo elementos teleológicos e de cunho subjetivo. Recorde-se, em amparo a este posicionamento, que o controle do ato administrativo pelos motivos surgiu e se “popularizou” justamente por sua objetividade, que o colocava em vantagem com relação ao controle da finalidade, na qual se exigia a difícil investigação de aspectos psicológicos do agente.

Entre os autores mais recentes é largamente aceita esta natureza mormente objetiva do elemento “motivos”. A maioria deles o conceitua como sendo os pressupostos de fato ou de direito que autorizam o ato, impõe sua realização, ou lhe servem de fundamento. Esta orientação também foi adotada pelo legislador pátrio, no art. 50 da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/99).³⁷ Nesta idéia, nos parece, há dois aspectos que merecem discussão e esclarecimento.

O primeiro deles é definir se os motivos se constituem de fatos e direito ou apenas de fatos. Quanto a isto, embora a maioria dos autores aceite a primeira

³⁵ Logo nas primeiras linhas sobre a *teoria dos motivos determinantes*, JÈZE dá o seguinte conceito: “El motivo determinante es personal, subjetivo; varía según los individuos. Un mismo acto jurídico (préstamo, compraventa, donación, legado, etc.) puede tener muy diferentes motivos determinantes, según las personas y las circunstancias. Un mismo individuo no siempre presta dinero, por el mismo motivo determinante. Puede suceder que preste un día, para realizar un negocio; otro día, para adquirir un inmueble; otro, para jugar a las carreras, etc. El objeto de cada uno de estos préstamos es el mismo, pero varía el motivo determinante” (ob. cit., p. 223).

³⁶ Ob. cit., p. 89.

³⁷ Assim reza o *caput* do referido artigo: “Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos **fatos e dos fundamentos jurídicos**, quando: (...)” (grifou-se).

hipótese (fatos e direito)³⁸, há vozes na doutrina que o definem apenas como os pressupostos de fato.³⁹ Embora o pensamento destes autores, na maioria das vezes, não divirja essencialmente da outra posição (como é o caso de Garrido Falla, que não chega a negar que o direito tenha importância para a análise dos motivos), nos parece essencial que se inclua expressamente o fator “direito” numa definição de motivos. Isto porque, como observa com acuidade Araújo Cintra, a importância da teoria dos motivos reside principalmente na identificação do fundamento legal do ato, isto é, na “correspondência entre uma determinada situação de fato e a hipótese descrita pela norma legal que autoriza ou ordena a prática do ato administrativo”.⁴⁰

Todavia, com a devida vênia, nos parece que a simples expressão “pressupostos de fato e de direito” é insuficiente para indicar com precisão esta relação de correspondência. Isto porque, ao se falar simplesmente em “pressupostos de direito”, não se define *quais* sejam tais pressupostos de direito, quando na verdade a idéia é a de que os pressupostos de fato correspondam àqueles previstos anteriormente pela norma jurídica. Diante disso, nos parece mais correto falar em pressupostos de fato previstos em abstrato pela norma jurídica.⁴¹

O segundo esclarecimento que se há de fazer a respeito do difundido conceito de motivos é o efeito que a constatação daquela situação de fato, prevista em norma jurídica, opera sobre a atuação administrativa. Diz-se, quanto a isso, que os motivos autorizam ou impõe a realização do ato⁴², que o justificam⁴³ ou que são seu fundamento⁴⁴, ou, ainda, que integram a vontade do agente.⁴⁵ Estas concepções nos parecem corretas, com ressalva à última, que fala dos motivos como elemento formador da vontade do agente. Sobre isso, voltamos a insistir na

³⁸ Esta é também a orientação adotada pelo legislador brasileiro, que na Lei 4.717/1965, art. 2º, parágrafo único, *d*), assevera: “a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato e de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

³⁹ Por exemplo, FALLA (ob. cit., p. 661).

⁴⁰ Ob. cit., p. 96.

⁴¹ Sobre a questão há que se registrar, ainda, a posição dissidente de Marçal JUSTEN FILHO, para quem “o motivo do ato administrativo consiste não nos fatos propriamente ditos, mas na representação intelectual que o agente realiza a propósito deles” (ob. cit., p. 199). Mas tal posição, nos parece, deve ser afastada, pois dá aos motivos uma tônica psicológica, subjetivista, que logo acima tratamos de rejeitar.

⁴² Neste sentido CINTRA (ob. cit.), Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*Ato...*, p. 72), H. L. MEIRELLES (*Direito...*, p. 130).

⁴³ P. ex., CASSAGNE (ob. cit., p. 197).

⁴⁴ Como DI PIETRO (*Direito...*, p. 203) e TÁCITO (**O Desvio de Poder em Matéria Administrativa**, in “Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)”, v. 1, Rio de Janeiro: Renovar, p. 87).

inconveniência de atrelar os motivos a aspectos psicológicos da ação administrativa, pelas razões já aduzidas. Somente nos parece aceitável falar que os motivos atuem na vontade pessoal da agente naquelas hipóteses em que este possui discricionariedade para apreciá-los, questão a ser analisada mais a frente.⁴⁶ Afora isto, só se poderia aceitar que os motivos integrem a chamada “vontade administrativa” (como faz Gordillo⁴⁷), noção mais ligada à idéia de procedimento.

Sem embargo, nos parece que quem mais precisamente definiu o efeito operado pelos motivos na ação administrativa foi Jèze, ao dizer que o motivo justifica o exercício da competência.⁴⁸ Note-se que, como esclarece Marcello Caetano, não se pode simplesmente confundir a competência com os motivos (dizendo, por exemplo, que o agente é incompetente quando faltam os motivos), pois a competência é atribuída em termos genéricos e existe independentemente dos motivos.⁴⁹ Mas, justamente, ressaltou-se a precisão das palavras de Jèze porque elas, ao mesmo tempo em que indicam a relação entre motivos e competência, não permite que se confundam os elementos: os motivos justificam o *exercício* da competência, e não a própria competência. Enquanto a competência já existe em abstrato (em termo genéricos, como diz Caetano), o seu exercício concreto depende dos motivos.

Dito isto, pode-se conceituar o elemento “motivo” como sendo os pressupostos de fato previstos em abstrato pela norma jurídica como condição para o exercício da competência.

Ainda, a fim de traçar esclarecimentos finais sobre a idéia de motivo, cabe lembrar que esta não se confunde com as noções de móvel e de motivação. Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, “móvel ou intenção é algo *subjetivo*, que reside na intimidade *psicológica* do sujeito que atua”⁵⁰, algo bem diferente de motivo, como demonstrado acima. A motivação, por outro lado, também não se

⁴⁵ TÁCITO (*O Desvio...*, p. 89) e JUSTEN F^o. (ob. cit., p. 99).

⁴⁶ Mas mesmo isto é dito com ressalvas, pois a discricionariedade com relação aos motivos consistiria exatamente na possibilidade de escolhê-los.

⁴⁷ Diz este autor: “La voluntad administrativa es pues un concurso de elementos *subjetivos* (la voluntad de los individuos que actúan) y *objetivos* (el proceso en que actúan y las partes intelectuales que aportan a la declaración)” (ob. cit., t. III, p. IX-1). No seu pensamento, ao qual aderimos, os motivos estão entre os elementos objetivos da vontade.

⁴⁸ Ob. cit., p. 238.

⁴⁹ CAETANO, ob. cit., p. 425.

⁵⁰ **Discricionariedade e Controle Judicial**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 87.

confunde com os motivos, pois é na verdade a exposição que o agente faz deles quando da expedição do ato.

Por fim, apoiando-se novamente na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, cabe dizer que os motivos também não se confundem com os requisitos procedimentais do ato. É que estes, embora também sejam condições para a prática do ato, diferenciam-se por serem atos jurídicos, enquanto que os motivos são claramente fatos jurídicos.⁵¹

2.2.3) A apreensão dos motivos pelo agente – etapas

Segundo Caio Tácito, o processo que aqui chamamos de apreensão dos motivos pelo agente administrativo tem duas etapas: constatação da sua existência e apreciação de seu valor.⁵² Na primeira etapa, segundo o autor, ocorre simplesmente a apreensão dos fatos da realidade pelo agente, enquanto que na segunda ocorre “a ponderação e a medida dos motivos”, envolvendo “um processo psicológico, pertencente ao prisma discricionário”.

Com todo o respeito, porém, nos permitimos fazer dois acréscimos ao pensamento deste professor. Em primeiro lugar, nos parece necessário que na segunda etapa (apreciação) se inclua não apenas a valoração dos motivos segundo os critérios pessoais do agente (em caso de discricionariedade), mas também sua qualificação jurídica. Ou seja, nesta etapa o agente vai verificar se os fatos constatados se encaixam na hipótese legal (qualificação jurídica) e, quando lhe for permitido, valorá-los segundo seus próprios critérios, nos limite da lei.

Como segundo acréscimo, nos parece salutar que também se considere o relato dos motivos como etapa deste processo de apreensão. É bem verdade que o relato pode parecer, em consonância com o que se disse acima, questão pertinente à motivação e não aos motivos, e que nem sempre é obrigatório ao agente. Mas sua importância justifica considerá-lo como etapa da apreensão, pois ele está diretamente ligado à legitimidade dos motivos naquelas situações em que o agente tem discricionariedade para escolhê-los. É que nestes casos tem incidência a terceira regra enunciada por Jèze na teoria dos motivos determinantes (“cuando un

⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, C. A., *Ato...*, pp. 77 e 78.

agente público expresa, en el acto mismo, los motivos que le han hecho obrar, esto motivos, por el mismo que está expresados en el acto, se consideran, en principio, *determinante*).⁵³ Ou seja, mesmo que o agente tenha discricionariedade para escolher os motivos, ele se auto-vincula quando enuncia os motivos escolhidos. Então os fatos existentes deverão corresponder aos enunciados.

Entendemos, assim, que a apreensão dos motivos pelo agente administrativo passa por três etapas: 1ª) constatação dos fatos; 2ª) apreciação do valor dos fatos (segundo critérios da própria norma e pessoais do agente, nos casos em que haja discricionariedade); e 3ª) o relato dos motivos. Optamos por chamar o processo todo de apreensão para não utilizar o termo apreciação, que é o nome dado a uma das etapas. Convém esclarecer, ademais, que a utilização do termo “apreensão” não exclui as situações em que, aceita a possibilidade de discricionariedade, a vontade do agente tenha influência na apreciação dos motivos, eis que apreensão não se confunde com constatação (mera apreensão da realidade).

2.2.4) Requisitos de validade do ato administrativo com relação aos motivos

Para que se indique os requisitos de validade do ato administrativo é necessário ter em mente a função específica que a análise dos motivos exerce na investigação da legalidade do ato, qual seja, a de verificar se há correspondência entre os fatos em que se apoiou o ato concreto e aqueles previstos em abstrato, na hipótese normativa, como já se disse mais acima.

Diante do que já se expôs sobre as etapas de apreensão dos motivos do ato administrativo, e tentando guardar coerência com a idéia defendida, nos parece que os requisitos de validade vêm da realização de cada uma das referidas etapas corretamente. Assim, na etapa de constatação, quando cabe ao agente apenas apreender a realidade, o requisito de validade será o de que os motivos sejam reais, isto é, que os motivos *existam*. Após, na etapa de apreciação, deve o agente empreender a valoração dos fatos, verificando se são conformes à hipótese normativa (ou agindo discricionariamente quando tal lhe for dado); neste caso, o requisito de validade será a correspondência dos fatos à hipótese legal (os fatos devem ser subsumíveis à hipótese), o que significa dizer que os motivos devem ser

⁵² O *Desvio...*, p. 96.

legais. Finalmente, se na última etapa se espera do agente o relato dos fatos, implicando isto em auto-vinculação, a *exatidão* surge como requisito de validade dos motivos nos atos em que o agente pode apreciá-los discricionariamente.

Longe de ser originalmente nosso, este entendimento está em consonância com o que ordinariamente é admitido pela doutrina. Veja-se, em amparo, as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (que ressalta igualmente ressalta estes três requisitos de validade relativamente aos motivos, ainda que utilizando nomenclatura um pouco diferente)⁵⁴ e Hely Lopes Meirelles.⁵⁵

Convém ressaltar, ainda, que o que se expôs também está escorado na Lei da Ação Popular (Lei 4.717/65), em seu artigo 2º, parágrafo único, *d*) (transcrito em nota de rodapé, mais acima), deixando esta apenas de referir a necessidade exatidão dos motivos, o que é compreensível diante do fato de que isto só se torna requisito de validade pertinente aos motivos quando o agente puder apreciá-los com discricionariedade.⁵⁶

Registre-se, ainda, que, nestas situações em que há discricionariedade na apreciação dos motivos, podem surgir outros requisitos de validade, mas que se devem, na verdade, à necessidade de exercício correto do poder discricionário, levando-se em conta, inclusive, os chamados “limites do poder discricionário”.

Terminada esta exposição básica sobre os motivos do ato administrativo, cumpre partir ao exame da discricionariedade, como segunda premissa teórica necessária ao desenvolvimento deste trabalho.

⁵³ JÈZE, ob. cit., p. 233.

⁵⁴ *Ato...*, pp. 72 e 73. Com relação à necessidade de existência dos motivos, o autor “materialidade”.

⁵⁵ *Direito...*, pp. 130 e 131.

⁵⁶ Nos casos em que o agente está completamente vinculado na apreciação dos motivos, a inexatidão será, obviamente, vício pertinente à motivação, e portanto ao elemento “forma”.

3) DISCRICIONARIEDADE

3.1) INTRODUÇÃO

Embora o agente administrativo se submeta à legalidade no exercício de suas competências, é conhecida a idéia de que poderá fazê-lo, em certas situações, com alguma margem de liberdade. Mas é inevitável que tal idéia suscite alguns questionamentos, a começar pela aparente contradição entre “submissão à lei” e “liberdade”. Há de se perguntar: quando age o administrador com mais liberdade e quando age com menos? Ou, mais especificamente, o que define se haverá atuação mais ou menos livre? A resposta a este questionamento, se pretender ser consentânea com a realidade jurídica brasileira, deve ser precedida do esclarecimento de que o Estado brasileiro é um Estado de Direito, e que isto implica a sua completa submissão à ordem jurídica.

Obviamente este esclarecimento preliminar não esgota a questão proposta, mas, como se disse, é imprescindível a qualquer resposta. Partindo-se, então, do pressuposto de que a atividade estatal (e a administrativa especialmente) está inteiramente submetida à ordem jurídica, é inafastável a conclusão de que, se administrador público tem uma certa margem de liberdade em sua atuação, isto provem necessariamente da ordem jurídica. Na feliz imagem de Almiro do Couto e Silva⁵⁷, a atividade pública se submete a uma malha legal cujo tecido não é homogêneo, podendo variar de uma composição de fios muito estreitos que não deixem qualquer espaço ao administrador público, a uma rede de fios mais abertos, que o permita liberdade de deliberação e ação.

É nesta seara que se inserem as questões da discricionariedade e vinculação administrativas. Preliminarmente, sem pretensão de estabelecer um conceito definitivo, pode-se dizer que há discricionariedade quando a lei concede alguma margem de liberdade ao administrador para que realize suas competências. De outro lado, há vinculação nas situações em que a conduta a ser tomada pelo administrador está descrita minuciosamente e de maneira unívoca na lei, não restando a ele senão a aplicação automática. Esta liberdade sob a ordem jurídica é

⁵⁷ COUTO E SILVA, Almiro do, **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**, In RDA n. 179-180, p. 51.

a característica fundamental da discricionariedade, sem a qual, haveria arbítrio, incompatível com o Estado de Direito.⁵⁸

Vencida esta etapa, de todo introdutória, restam ainda várias questões das quais se pretende tratar nas subseções que seguem. Uma vez que o objetivo deste trabalho não é fazer um exame exaustivo da discricionariedade, mas sim verificar a possibilidade de sua existência na apreensão dos motivos do ato administrativo, limitar-se-á ao tratamento das questões mais básicas sobre o tema, deixando-se o tema dos critérios de localização da discricionariedade para o último capítulo, dada a complexidade desta última questão e sua enorme importância para esclarecer a relação da discricionariedade com os motivos.

3.2) JUSTIFICAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Dado que a submissão da atividade administrativa à ordem jurídica é o princípio regente, pode-se dizer que a vinculação é a regra, e a discricionariedade é a exceção. Diante disso, se põe a questão da justificação da discricionariedade. Isto é, considerando-se que a submissão do Estado à ordem jurídica foi uma conquista histórica contra os abusos de poder, porque ainda deixar margens de liberdade?

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em excelente estudo sobre o tema da discricionariedade⁵⁹, sistematizou bem a questão da justificação da discricionariedade, dividindo-a em justificativas de ordem prática e de ordem jurídica.

De fato, como razões de ordem prática, é necessário que um certo espaço de liberdade seja deixado ao administrador, sob pena de inviabilizar uma atuação satisfatória. A referida autora enumera⁶⁰, como justificativas práticas à existência da discricionariedade, a necessidade de evitar um nocivo automatismo na atividade administrativa e de permitir ao administrador um poder de iniciativa diante dos crescentes e complexos problemas coletivos; de outro lado, identifica também a impossibilidade de o legislador prever de antemão todas as situações de fato com

⁵⁸ CRETELLA JR., José, ob. cit., p. 100, define arbítrio como “a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, sem a observância de qualquer norma jurídica. É a liberdade do ser irracional, que opera no mundo da força e da violência, onde imperam os apetites e se conhecem por limites apenas as impossibilidades de ordem física e material”.

⁵⁹ **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**, São Paulo: Atlas, 1991, pp. 41-44.

⁶⁰ Id., p. 41.

que se deparará o administrador. Parece-nos, ainda, que esta necessidade de liberdade para que o administrador adapte as normas à complexidade dos fatos se acentua numa época de rápidas mudanças, como ressalta Odete Medauar.⁶¹

Na excelente metáfora de Caio Tácito, a discricionariedade se justifica diante de que “o fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança. Carece, portanto, a administração, de maleabilidade de métodos para atender-lhes aos reclamos imperativos e díspares”.⁶²

Por outro lado, voltando à sistematização da Profa. Di Pietro, há também uma justificativa jurídica para a existência da discricionariedade⁶³, a qual reside na teoria da formação do direito por degraus, de Kelsen. Neste sentido, a discricionariedade seria o elemento inovador que deve ser acrescentado em cada degrau de formação do direito, como medida necessária à sua aplicação, e estaria subordinada a todos os degraus superiores (Constituição, Lei, regulamentos e atos administrativos hierarquicamente superiores).

3.3) JUÍZO DO ADMINISTRADOR NAS HIPÓTESES DE DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

Cabe aqui considerar o que orienta a atuação do agente administrativo quando no exercício de uma competência discricionária. Isto é, dado que a ordem jurídica deixa-lhe um espaço de escolha e que a lei não lhe determina qual das soluções possíveis deve tomar, qual critério de decisão deve seguir? Quanto a isto, a doutrina é firme em afirmar que o espaço livre da discricionariedade é dado ao agente para que decida segundo critérios de conveniência e oportunidade⁶⁴.

Sobre o assunto, André de Laubadère assevera que, enquanto nas situações de discricionariedade o administrador pode escolher a solução que entenda mais oportuna, nos casos de vinculação o juízo de oportunidade é feito previamente pela norma jurídica, e o administrador deve segui-lo independente de sua opinião sobre o

⁶¹ **Direito Administrativo Moderno**, 8ª ed. rev. e atual, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 130.

⁶² Ob. cit., p. 93.

⁶³ Ob. cit., pp. 43 e 44.

⁶⁴ Neste sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Discricionariedade...*, 2ª ed. , p. 38; BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 471; CRETELLA JR., José, ob. cit., p.200; FAGUNDES, Miguel

assunto. Nestes casos, a lei faz da oportunidade do ato uma condição de sua legalidade.⁶⁵

No Direito brasileiro, onde se adota a noção de mérito do ato administrativo, associa-se a este ao exercício da discricionariedade. Nos dizeres de Seabra Fagundes,

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta.

(...)

Esses aspectos, muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles *interesses*, e não *direitos*.⁶⁶

O referido autor afirma, ainda, em consonância com o que acima se transcreveu, que o mérito “constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários”⁶⁷, no que é seguido por Hely Lopes Meirelles.⁶⁸

3.4) SINDICABILIDADE JUDICIAL DE ATOS QUE ENVOLVEM DISCRICIONARIEDADE

Viu-se que a discricionariedade é o espaço de liberdade que a própria lei confere ao administrador, em razão das justificativas práticas e jurídicas acima enumeradas, para que este dê sua contribuição pessoal à aplicação da lei. É imperioso ressaltar, embora isto não tenha sido expressamente dito até aqui, que as opções de escolha dadas ao agente pela competência discricionária são, todas elas, necessariamente legais, eis que concedidas pela própria lei. O contrário, como já se disse, significaria arbitrariedade.

Conseqüência disto é o não cabimento de revisão judicial da porção do ato administrativo especificamente realizada no exercício da competência discricionária. É que se o fizesse, o juiz estaria extrapolando sua função de dizer o direito (já que a

Seabra, ob. cit., pp. 91-93; FALLA, Fernando Garrido, ob. cit., p. 283; DE LAUBADÈRE, André, ob. cit., p. 285, dentre outros.

⁶⁵ Ob. cit., pp. 285 e 286.

⁶⁶ Ob. cit., pp. 180 e 181.

⁶⁷ Ob. cit., p. 180, nota de rodapé 120,

norma, em caso de discricionariedade, apenas fornece opções, sem se manifestar sobre elas), e estaria invadindo o espaço decisório reservado pela própria lei ao administrador. Ocorre que, como magistralmente sintetizou Michel Stassinopoulos, “le juge exprime la volonté de la loi, l’administrateur exprime la sienne.”⁶⁹

Não pode haver dúvida, porém, quanto ao fato de que apenas e tão somente a porção discricionária do ato não pode ser revista em juízo. Ou seja, todos os aspectos vinculados do ato, relacionados diretamente à sua legalidade, não escapam ao controle judicial. Sobre isso, lecionou conclusivamente Hely Lopes Meirelles:

Erro é considerar o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.⁷⁰

Mas a verdade é que, mesmo que hoje se entenda pacificamente que apenas a porção discricionária do ato foge ao controle judicial, isto nem sempre foi assim. Como informa Odete Medauar, durante muito tempo, na França, os “atos discricionários” eram tidos como atributo do soberano, e não eram suscetíveis a qualquer controle judicial.⁷¹ Sobre eles escreveu Maurice Hauriou, na sétima edição dos seus “*Précis de Droit Administratif et de Droit Public*”, datada de 1911, diferenciando-os dos atos que são insuscetíveis de controle judicial por conterem matéria de “pure faculté” ou pura disciplina administrativa (o que corresponde à idéia atual de discricionariedade). Veja-se:

Il ne faut pas confondre cette catégorie avec celle des actes qualifiés autrefois de *discrétionnaires*; l’acte discrétionnaire évoquait l’idée d’un pouvoir arbitraire de l’Administration dans une matière qui, par ailleurs, aurait pu être contentieuse et c’est une catégorie qui a disparu. Mais il faut convenir qu’en un autre sens et justement parce que la matière n’est pas contentieuse, nos actes pourraient de nouveau s’appeler discrétionnaire.⁷²

⁶⁸ *Direito...*, p. 131. Cabe aqui registrar, também, a opinião divergente de CRETELLA JR., ob. cit., p.201, segundo a qual mesmo nos atos completamente vinculados existiria uma parcela de mérito, mas *in potentia*, não utilizável pela autoridade administrativa.

⁶⁹ *Traité des Actes Administratifs*, 1985, p. 143.

⁷⁰ Ob. cit., pp. 99 e 100. Veja-se também a precisa colocação do mestre argentino Agustín Gordillo, ob. cit., v. 1, p. X-21: “En ningún momento se puede pensar actualmente que una porción de la actividad administrativa puede estar fuera o por encima de orden jurídico(...)”.

⁷¹ Ob. cit., pp. 126 e 127.

⁷² *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 7ª ed., 1911, p. 436.

Percebe-se, portanto, a abissal diferença que existe entre a idéia original de discricionariedade e a concepção atual, motivo pelo qual muitos autores defendem que não mais seja usada a expressão “ato discricionário”, por seu significado histórico, mas também (e principalmente) por se entender que não há ato completamente discricionário, sendo que qualquer ato administrativo está, na sua maior parte, sujeito ao controle judicial.⁷³

Quanto do ato pode estar relegado à discricionariedade do agente e quanto dele é vinculado, é questão que será melhor abordada no capítulo seguinte, que, como já se disse, contém o tratamento do critério da discricionariedade. Por ora, basta que fique claro que o que é matéria de legalidade está sempre sujeito ao exame jurisdicional. No conceito de legalidade, para estes fins, há de se incluir não apenas a lei, como também normas constitucionais e regulamentos administrativos.⁷⁴

3.5) O CERCEAMENTO DA DISCRICIONARIEDADE PELOS PRINCÍPIOS

Antes que se dê fim a este capítulo, é indispensável que se fale, ainda que brevemente, a respeito do cerceamento exercido sobre a discricionariedade pelos princípios de Direito Administrativo e do Direito em geral. Como se tem procurado deixar claro durante todo o capítulo, a discricionariedade existe necessariamente sob a ordem jurídica e na medida desta. No entanto, como referido logo acima, não se há de entender por ordem jurídica apenas a lei em sentido estrito, mas todas as normas do ordenamento. Cumpre noticiar, neste item, a influência que os referidos

⁷³ Sobre isto escreveu DE LAUBADERE, ob. cit., pp. 286 e 287, “Il est devenu banal de répéter, après Hauriou, qu’il n’existe pas d’actes discrétionnaires, mais seulement un certain pouvoir discrétionnaire des autorités administratives. Cette précision est une allusion à une catégorie d’actes aujourd’hui disparue dont la notion était en effet très différente de celle du pouvoir discrétionnaire. On appelait *actes discrétionnaires (ou de pure administration)* certains actes à l’égard desquels aucune critique de légalité ne paraissait concevable et qui échappaient ainsi par leur nature à tout contrôle ; leur régime d’immunité juridictionnelle était le même que celui des actes de gouvernement dont on parlera plus loin. Cette notion d’actes discrétionnaires que le Conseil d’État a abandonnée (C.E. 31 janvier 1902, *Grazietti*, S. 1903.3.113, note Hauriou, cf. Alibert, *Contrôle juridictionnel*, p. 83) différait évidemment tout à fait de celle du pouvoir discrétionnaire.”

⁷⁴ Sobre isto Caio TÁCITO, ob. cit., p. 98, nota de rodapé 55: “Além da limitação legal, poderá a própria autoridade administrativa, por meio de regulamentos ou normas de serviço, estabelecer novas condições ao seu poder discricionário (...)”. Cabe, ainda, mencionar que a Lei 4.717/65 (Ação Popular), em seu art. 2º, parágrafo único, c), incluiu expressamente os regulamentos dentro do conceito de legalidade para fins de controle do ato administrativo.

princípios (sejam de origem constitucional ou infraconstitucional), podem exercer sobre a discricionariedade, atuando ao lado da norma que atribui de competência na definição do espaço discricionário.

Os autores que tratam deste tema o fazem, geralmente, sob a designação de “limites da discricionariedade”. Agustín Gordillo, por exemplo, fala em limites elásticos da discricionariedade, aos quais contrapõem o que chama de limites concretos, consistentes na tradicional vinculação. Este autor qualifica os chamados “limites elásticos” como “una série de principios de derecho que constituyen una valla a la discrecionalidad administrativa”, sendo vagos e imprecisos, de modo que sua transgressão apenas poderia ser verificada no caso concreto.⁷⁵ Baseando-se na legislação argentina, Gordillo enuncia quatro limites elásticos: razoabilidade, desvio de poder, boa-fé e *alterum non laedere*.

Também Michel Stassinopoulos⁷⁶ se dedica à matéria, falando simplesmente em limites do poder discricionário, e enunciando-os como sendo três: limite extremo ou racional (sobre a inteligência racional dos conceitos vagos), limites da boa-administração e limites impostos pelo princípio da igualdade.

Sem a pretensão de tratar com profundidade da matéria, limitamo-nos a dizer que, segundo nos parece, todos aqueles princípios plasmados no ordenamento jurídico e que se apliquem ao Direito Administrativo têm este condão de cercear a discricionariedade no caso concreto. Assim, por exemplo, os princípios enunciados no art. 37 da Constituição e no art. 2º da Lei do Processo Administrativo Federal (Lei 9.784/1999).

Todavia, optamos por não usar aqui a expressão “limites da discricionariedade”, especialmente em função dos contornos que Gordillo dá à idéia. Segundo este autor, a denominação de princípios elásticos da discricionariedade se justifica em vista da diferenciação que se faz entre eles e as situações de vinculação, qual seja, a de que a limitação à atuação do agente está pré-estabelecida na norma nos casos de vinculação, e surge apenas no caso concreto quando advinda de limites elásticos. Ocorre que, muito embora concordemos com o autor no sentido de que os efeitos destes princípios com relação à discricionariedade ocorrem apenas na situação concreta, a questão de surgir a discricionariedade na

⁷⁵ Ob. cit., t. I, p. X-21.

⁷⁶ Ob. cit., pp. 208-216.

estática da norma ou apenas na sua aplicação ao caso concreto será abordada com mais detença no terceiro capítulo do trabalho, e a adoção da terminologia “limites” anteciparia, inconvenientemente, a discussão.

4) A DISCRICIONARIEDADE NA APREENSÃO DOS MOTIVOS

4.1) O CRITÉRIO DA DISCRICIONARIEDADE – PANORAMA DA DOCTRINA

4.1.1) Introdução

Pretende-se, aqui, fazer uma explanação sobre as variadas posições da doutrina sobre o critério da discricionariedade. Trata-se isto de identificar em que situações e de quais maneiras pode a lei atribuir discricionariedade à Administração Pública, isto é, identificar um critério de surgimento da discricionariedade.

Como se disse no título do item, o que se pretende é apenas dar um panorama do pensamento dos autores estudados, sem, por ora, extrair conclusões. Ocorre que os doutrinadores procuram tratar do critério da discricionariedade de maneira completa, ou seja, pretendem identificar todas as maneiras através das quais ela pode surgir, enquanto que o objetivo deste trabalho é apenas investigar a possibilidade de discricionariedade na apreensão dos motivos. É preciso considerar, também, que o estudo do critério da discricionariedade abriga temas espinhosos, como o da possibilidade da discricionariedade quanto à finalidade do ato, admitida por alguns autores⁷⁷, e o desenvolvimento de um posicionamento conclusivo sobre um tema como este exigiria um trabalho próprio.

Desta forma, neste item serão apresentados os posicionamentos da doutrina, mas conclusões ficarão reservadas para os itens seguintes, e serão restritas à investigação da possibilidade de discricionariedade na apreensão dos motivos.

Dito isto é possível passar já ao exame da doutrina. Esta, de fato, não é uniforme nos posicionamentos, e menos ainda na maneira de tratar a matéria. A maioria dos autores não se refere ao tema como “critério da discricionariedade”⁷⁸ e muitos nem sequer reservam para ela um lugar próprio. Mesmo assim, é possível, num esforço classificatório, identificar quatro padrões quanto à maneira pela qual os

⁷⁷ É o caso, p. ex., de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade...*, p. 19, de Almiro do COUTO E SILVA, ob. cit., p. 57, e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, ob. cit., p. 56. Obviamente nenhum destes estudiosos aceita que o ato possa se realizar sem finalidade pública, mas aceitam que pode haver variações quanto à finalidade específica do ato quando esta é definida por um conceito fluido.

autores tratam da matéria. Procuram identificar o critério da discricionariedade (i) na formação do ato administrativo, (ii) nos elementos do ato administrativo, (iii) na norma jurídica e (iv) na matéria versada. As quatro subseções que seguem são pertinentes à exposição do pensamento dos autores pesquisado, dividindo-os nestas quatro maneiras de explorar o tema.

4.1.2) Posicionamentos quanto à discricionariedade na formação do ato

Dentre as obras pesquisadas, dois autores optaram expressamente por buscar o critério da discricionariedade por esta via: Michel Stassinopoulos e Caio Tácito. Para o primeiro,⁷⁹ todo ato administrativo passa por quatro etapas lógicas: interpretação da lei, constatação dos fatos, subsunção dos fatos à norma jurídica e formação da vontade. Quanto à etapa de interpretação, assevera que as noções utilizadas pela lei podem ter ou não seu significado dado pela lei e faz uma profunda análise sobre este tema, mas isto será abordado na subseção que trata do critério da discricionariedade na lei. Importa, por ora, dizer que o autor entende que as noções cujo conteúdo não é dado pela lei foram deixadas deliberadamente à determinação do administrador.

Especificamente quanto à identificação da discricionariedade nas quatro etapas lógicas do ato, Stassinopoulos afirma que ela só pode haver quando a lei utilizar aquelas noções cuja determinação de parte do conteúdo, segundo ele, foi deixada ao administrador.⁸⁰ Nestes casos a discricionariedade será exercida após a interpretação, no espaço de liberdade que restar. Diz ele:

“On peut donc dire que le domaine du pouvoir discrétionnaire commence là où se termine celui de l’interprétation.”⁸¹

Com relação às demais etapas, afasta a discricionariedade pelas seguintes razões: na constatação dos fatos porque se trata apenas de uma apreensão objetiva da realidade, que não compreende qualquer elemento de apreciação ao

⁷⁸ Apenas André DE LAUBADÈRE e Michel STASSINOPOULOS utilizam esta nomenclatura.

⁷⁹ Ob. cit., p. 146.

⁸⁰ Id., p. 155.

⁸¹ Id., p. 151.

juízo;⁸² na subsunção dos fatos à norma e na formação da vontade porque não são mais do que operações inteiramente submetidas às regras da lógica (a primeira sendo um silogismo e a segunda o seu resultado) e, por conseqüência, à lei que a remete a elas.⁸³

Este autor aceita também a existência de discricionariedade quanto ao objeto do ato (que chama de conteúdo), contanto que consentida de maneira precisa pela lei.⁸⁴

Caio Tácito⁸⁵, a seu turno, divide o processo de criação do ato administrativo em etapas que estão ligadas aos seus elementos. A primeira etapa seria a da verificação da competência, que considera vinculada. Posteriormente, a primeira “forma dinâmica” de produção do ato administrativo seria a constatação da *existência dos motivos*, seguida da apreciação do *valor desses motivos*. Para o autor, pode haver discricionariedade na apreciação do valor dos motivos, eis que, se “na verificação da *existência material ou legal* dos motivos não há senão o processo de apreensão da realidade, na sua *valorização* subjetiva-se a tramitação do ato administrativo”.⁸⁶

Também, fazendo referência a Bonnard, Tácito afirma que o núcleo do poder discricionário está na livre determinação do objeto do ato. Também considera condições vinculantes a finalidade e a forma, ambos dados pela lei.⁸⁷

Há, ainda, um terceiro autor que, embora não se dedique a tratar diretamente das etapas do ato, nos parece mais próximo desta maneira de abordar o critério da discricionariedade do que de qualquer das outras. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello escreve que

(...) se deve concluir pela outorga de poderes discricionários quando a lei, embora preveja a ação e a faça depender de elementos ou requisitos de fato, esses elementos ou requisitos de fato são acertados por juízo subjetivo da autoridade pública, segundo o interesse coletivo, ou ainda quando o juízo objetivo não pode fornecer dados técnicos decisivos, peremptórios, e, por isso, deixa margem à apreciação individual da autoridade administrativa.⁸⁸

⁸² Id., p. 154.

⁸³ Id., p. 155.

⁸⁴ Id., p. 162.

⁸⁵ Ob. cit., pp. 95-97.

⁸⁶ Id., p. 96.

⁸⁷ Id., p. 97.

⁸⁸ Ob. cit., p. 474.

Quando fala em “acertar”, entendemos que o autor quer se referir à etapa prévia à edição do ato na qual se faz a verificação dos requisitos previstos em lei, conforme a definição que ele mesmo dá do ato preparatório de “acertamento”.⁸⁹ A considerar-se as coisas desta forma, tem-se que o autor aceita a possibilidade de discricionariedade na etapa de “acertamento”, na qual se verifica a se as circunstâncias de fato atendem aos requisitos legais. Cabe completar dizendo que o autor entende possível a discricionariedade também com relação à escolha do conteúdo (objeto) do ato e de sua forma.⁹⁰

4.1.3) Posicionamentos quanto à discricionariedade nos elementos do ato administrativo

Esta é uma abordagem bastante comum na doutrina, e é a que geralmente é dada pelos autores que não dedicam espaço especial ao critério da discricionariedade. Nesta categoria se insere Agustín Gordillo. Para este autor⁹¹, a discricionariedade se trata principalmente da correspondência entre o objeto do ato e as circunstâncias de fato que lhe são exteriores (motivos, portanto). Diz ele que há discricionariedade nas situações que o agente tem certa margem de liberdade para eleger a situação de fato diante da qual se adotará a decisão, ou quando pode eleger a decisão diante de certa situação de fato.

Ainda entre os estrangeiros, Fernando Garrido Falla não apenas não dedica item especial ao critério da discricionariedade como sequer trata da matéria diretamente. Pinçando pontos de sua obra, porém, é possível afirmar que ele aceita a possibilidade quanto ao objeto do ato administrativo e a seu motivo.⁹²

Entre os administrativistas brasileiros, Seabra Fagundes entende que pode haver discricionariedade na apreciação dos motivos, do objeto ou de ambos ao mesmo tempo. É interessante notar que este autor associa o binômio oportunidade-

⁸⁹ Id., p. 540.

⁹⁰ Id., p. 472.

⁹¹ Ob. cit., v. I, p. X-11.

⁹² Ob.cit. Quanto à discricionariedade no objeto do ato, menciona-a na parte específica da obra sobre discricionariedade, p. 287; a possibilidade de discricionariedade quanto aos motivos é mencionada mais a frente, na parte específica sobre motivos (que o autor chama causa), p. 665: “Cuando se trate de la apreciación y subsiguiente calificación de unos hechos, entonces la posibilidad de que el error pueda ser fiscalizado por una jurisdicción revisora depende del grado de discrecionalidad que a la Administración haya sido concedido para realizar tal apreciación.”

conveniência especificamente à discricionariedade quanto aos motivos⁹³, e com relação à discricionariedade quanto ao objeto fala em liberdade no modo de agir.⁹⁴

Hely Lopes Meirelles, sem desenvolvimento mais profundo, afirma também que a discricionariedade pode ocorrer com relação ao objeto e aos motivos do ato administrativo.⁹⁵

Também José Cretella Jr. adota esta posição. Embora este autor também não dedique seção especial ao tema, demonstra aceitar a possibilidade de discricionariedade quanto aos motivos e ao objeto ao tratar do mérito do ato administrativo.⁹⁶

Por fim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em tendência inversa à dos autores acima citados, entende que o único elemento do ato administrativo em que sempre há vinculação é o sujeito, que deve necessariamente exercer a competência que lhe foi conferida em benefício do interesse público.⁹⁷ Quanto à forma, a autora esclarece que quando se fala em formalismo do ato administrativo quer se significar apenas a necessidade de que seja escrito, para fins de documentação e maior segurança do administrado, mas que se a lei não fixar forma cabe ao agente escolher aquela que entender mais adequada.⁹⁸

Quanto à finalidade do ato, entende que deve ser sempre pública, mas que pode variar quando a lei a fixa através de conceitos indeterminados (como ordem pública, moralidade, bem-estar, etc.) e tem que ser analisada diante do caso concreto.⁹⁹

Quanto aos motivos, finalmente, entende que pode haver discricionariedade em duas ordens de situação: (i) quando “a lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração”, como nas exonerações *ad nutum*; (ii) quando “a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios

⁹³ Ob. cit., pp. 91-93.

⁹⁴ Id., p.123.

⁹⁵ **Os poderes do administrador público**, RDA n. 51, p. 328.

⁹⁶ Ob. cit., pp. 200 e 201.

⁹⁷ *Discricionariedade...*, p. 51.

⁹⁸ Id., pp. 53 e 54.

⁹⁹ Id., p. 56.

de valor que lhe são próprios”, o que exemplifica com a previsão de “falta grave” ou “procedimento irregular” como motivos de punição.¹⁰⁰

4.1.4) Posicionamentos quanto à discricionariedade na norma

Preliminarmente, faz-se necessário o esclarecimento de que no presente item serão também analisados os ensinamentos dos autores quanto à possibilidade de geração de discricionariedade através dos chamados conceitos jurídicos indeterminados. Entendemos que a inclusão deste tema nesta subseção, embora ele seja tratado separadamente por alguns autores, se justifica plenamente diante do fato de que um “conceito jurídico indeterminado” nada mais é do que um conceito expresso na norma e que é mais amplo do que o comum, a ponto de poder abranger uma gama de situações de fato.

Aqui, como nas subseções anteriores, há autores que tratam diretamente da geração da discricionariedade na norma e outros que abordam o tema indiretamente ou de passagem. Neste sentido, Odete Medauar, não dedica uma divisão específica de sua obra para tratar das origens da discricionariedade na norma, mas do seu conceito de discricionariedade pode-se inferir que aceita que seja gerada pelo comando da norma.¹⁰¹ De fato, o referido conceito, por se referir a possibilidade de escolha ante “certa circunstância”, daria margem até ao entendimento de que a autora não aceita a possibilidade de discricionariedade a partir do suposto da norma. Mas esta interpretação fica afastada diante do fato de que a autora dedica um item de seus escritos apenas à relação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.¹⁰² Quanto a eles, entende que os conceitos em si não seriam indeterminados, eis que podem expressar verbalmente seu significado, mas há impossibilidade de determinar *a priori* as situações que neles se encaixam. Finalmente, assume a posição de que os conceitos jurídicos indeterminados podem dar margem a discricionariedade quando, já aplicados à situação concreta, dêem a possibilidade de escolha entre mais de uma solução válida.

¹⁰⁰ Id., p. 54.

¹⁰¹ Isto se apreende, p. ex., do seu conceito de poder discricionário, ob. cit., p. 126: “Em essência, *poder discricionário* é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis.”

¹⁰² Ob. cit., pp. 133 e 134.

Em segundo lugar, André de Laubadère dedica um item de sua obra exclusivamente ao critério da discricionariedade¹⁰³, e neste trecho opta por afastar a teoria de Bonnard, segundo a qual há discricionariedade nas situações em que a lei não enuncia os motivos ou os enuncia sem precisão (de modo que ficaria impedido o controle de sua qualificação). De Laubadère assume esta posição com base no desenvolvimento que observa na jurisprudência, a qual, segundo ele, havia estendido bastante sua atividade interpretativa sobre as leis que enunciavam os motivos de maneira vaga ou indireta. Este autor, portanto, contrariamente à professora cujo pensamento acima se expôs, não aceita que a discricionariedade possa surgir dos conceitos jurídicos indeterminados.

Na mesma linha se posiciona Almiro do Couto e Silva. Este autor, em um primeiro momento, aceita que a discricionariedade se origine do mandamento da norma. Para tanto, utiliza a imagem de que, se na estrutura silogística simples da norma jurídica existe uma hipótese de suporte fático e uma conseqüência jurídica (ou mandamento) correspondente, na estrutura da norma que confere discricionariedade haveria várias hipóteses de conseqüência jurídica para uma hipótese de suporte fático.¹⁰⁴

Num segundo momento o autor nega expressamente a possibilidade de que se origine discricionariedade a partir de conceitos jurídicos indeterminados, aceitando, todavia, que eles podem gerar, na aplicação ao caso concreto, situações em que mais de uma solução é legalmente aceitável, devendo o juiz, então, se abster de revisar a decisão administrativa se o agente houver optado por uma delas. Neste sentido, utiliza um critério preciso para distinguir as situações de liberdade surgidas na aplicação do conceito jurídico indeterminado das situações de discricionariedade: o de que na discricionariedade estão definidas *a priori* as linhas de ação que poderia seguir o administrador e também o limite à apreciação do juiz; por outro lado, no caso dos conceitos jurídicos indeterminados, o limite à apreciação judicial apenas se define no momento da aplicação da lei pelo julgador, após fazer a interpretação da norma face à situação concreta.¹⁰⁵

¹⁰³ Ob. cit., 291 e 292.

¹⁰⁴ Ob. cit., p. 56.

¹⁰⁵ Ob. cit., p. 60.

Em posição oposta está Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a discricionariedade pode decorrer de três aspectos da norma: (i) da sua hipótese, quando os motivos estiverem descritos de forma imprecisa; (ii) do seu comando, “seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuído competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias”; (iii) de sua finalidade, pois que se exprime através de conceitos plurissignificativos.¹⁰⁶

Mas o autor aprofunda a investigação sobre a geração de discricionariedade a partir de conceitos fluídos, e demonstra que esta não se confunde com toda a gama de possibilidades abrangidas pelo conceito em abstrato, mas define-se após algumas delimitações necessárias, quais sejam: o afunilamento que se dá diante da situação concreta¹⁰⁷, de modo que muitas das possibilidades cabíveis no conceito em abstrato são eliminadas; e o balizamento ocorrido em função da finalidade legal, o qual direciona a atuação do agente e também pode eliminar possibilidades¹⁰⁸. Para Celso Antônio, portanto, o exame de legitimidade nestes casos se estende até o ponto em que o controlador, interpretando a norma em face do caso concreto, depara-se com duas ou mais alternativas igualmente legítimas.¹⁰⁹

Ao final, compete voltar à doutrina de Michel Stassinopoulos, eis que este autor realiza um exame aprofundado sobre a questão das noções utilizadas pela lei e de como elas podem atribuir discricionariedade ao agente.¹¹⁰ Segundo ele, as noções utilizadas dividem-se, primeiramente, em (1) noções cujo significado e conteúdo é dado pela lei, isto é, noções jurídicas, e (2) noções sobre cujo significado e conteúdo a lei não se pronuncia.

A primeira categoria, por sua vez, divide-se em (1.1) noções jurídicas em sentido estrito e (1.2) noções jurídicas em sentido amplo. Quanto às noções jurídicas

¹⁰⁶ *Discricionariedade...*, p. 19.

¹⁰⁷ *Id.*, p. 36.

¹⁰⁸ *Id.*, pp. 43 e 44.

¹⁰⁹ *Id.*, p. 48, onde o autor dá o seguinte conceito de discricionariedade: “Discricionariedade, portanto, 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 situação unívoca para a situação vertente” (itálico no original).

¹¹⁰ *Ob. cit.*, pp. 147-151.

em sentido estrito, elucida que são aquelas cujo significado e conteúdo a lei se preocupou em definir expressamente, de modo que passam a ter um sentido unívoco para o Direito, independente do sentido que assumam em outras áreas. Por outro lado, também é possível que a lei contenha noções jurídicas em sentido amplo, situação na qual não define expressamente seu conteúdo, mas o faz através de remissão a conhecimentos que o definam. É o caso das noções da experiência comum (como a de “jogo de azar”) e das noções técnicas (cujo significado será definido pela ciência respectiva).

Segundo o autor, a discricionariedade surge das noções em cujo significado ou conteúdo a lei não se preocupa em definir, deixando deliberadamente esta tarefa ao administrador. Exemplifica com a situação em que a lei prevê a promoção para o funcionário “mais capaz”, definição que obviamente comporta alta dose de subjetivismo. Ressalta, porém, mais à frente,¹¹¹ que mesmo com relação a estas noções, o administrador deve respeitar os limites da racionalidade, e cita caso em que o Conselho de Estado Helênico anulou ato administrativo no qual, em cabendo à autoridade administrativa dar promoção aos subordinados “mais capazes”, havia entre os promovidos funcionários manifestamente incapazes, aos quais já tinham sido infligidas graves penas disciplinares.

4.1.5) Posicionamentos quanto à discricionariedade em razão da matéria abordada

Nesse sub-item pretende-se dar notícia de duas concepções teóricas que, ao contrário das anteriores, relacionam o surgimento da discricionariedade à natureza da matéria tratada, e não a aspectos formais do ato ou da norma. A primeira destas concepções é a defendida por Afonso Rodrigues Queiró, e identifica o surgimento da discricionariedade na utilização de conceitos de valor pela norma ao definir os pressupostos fáticos (motivos) do ato. Diz o autor:

Quando, pois, o conceito legal relativo às condições-de-fato requeridas para o exercício duma determinada competência é um conceito prático, suscetível duma série mais ou menos suscetíveis de sentidos entre si diferentes, estamos no domínio da competência discricionária dos órgãos administrativos. (...) Quando essas condições, pelo contrário, são enunciadas em conceitos teóricos (supondo um *Gesetzlichkeit* da natureza) então incumbe ao órgão administrativo determinar exatamente o conceito e os fatos, e só quando a subsumção dos fatos no conceito legal for precisa ele deverá agir: sua competência está *vinculada* à

¹¹¹ Id., pp. 208-210.

verificação no domínio da realidade natural são exatamente os implícita ou explicitamente delineados nesse conceito.¹¹²

Esta posição, é necessário que se diga, foi posteriormente abandonada por seu autor¹¹³, o qual passou a entender que conceitos vagos ou indeterminados não podem dar margem a discricionariedade. No entanto, continuaremos a considerar a posição antiga para efeitos de discussão sobre a origem da discricionariedade, mister para o qual ela continua sendo interessante.

A segunda concepção a se noticiar é a da chamada “discricionariedade técnica”, na qual, segundo Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, “a atividade livre se circunscreve dentro de limites mais estreitos da lei, tendo como diretriz restritiva o acertamento de elementos de fato em face de juízo qualificado a seu respeito, de modo a serem satisfeitas as exigências técnicas, dispostas pela lei, quanto a sua natureza, e que explicam a atuação administrativa”.¹¹⁴

Tal concepção, todavia, já quase não ocupa grande espaço na doutrina, sendo rejeitada por não poucos autores.¹¹⁵ Veja-se, neste sentido, a posição de Cesar Augusto Guimarães Pereira, para quem a existência da discricionariedade é independente da natureza técnica da matéria versada, de modo que, para que a discricionariedade surja em questão técnica, são necessárias as mesmas condições que concorrem para o surgimento da discricionariedade em qualquer situação.¹¹⁶

A despeito deste quadro, porém, entendemos necessário manter a menção à “discricionariedade técnica”, pois que, assim como a teoria abandonada de Queiro, certamente ilustrará a discussão.

¹¹² *A Teoria...*, RDA n. VI, p. 62. “Conceitos práticos” e “conceitos de valor” são expressões sinônimas para o autor.

¹¹³ Tal se percebe no seguinte artigo: **O Limite do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas**, in RDA, n. 97 (jul-set 1969), pp. 1-8. Referência na p. 2.

¹¹⁴ Ob. cit., p. 475.

¹¹⁵ Neste sentido o próprio Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 475), bem como GORDILLO (ob. cit. t. I, p. X-15), JUSTEN Fº (ob. cit., p. 166) e César Augusto Guimarães PEREIRA (**Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração**, in RDA n. 231, pp. 217-267, ref. p. 261).

¹¹⁶ Ob. cit., pp. 257 e 261.

4.2) A DISCRICIONARIEDADE NA APREENSÃO DOS MOTIVOS

4.2.1) “Balanço” dos posicionamentos vistos

Toda a exposição doutrinária que se fez acima objetiva fornecer subsídio técnico para a investigação sobre a possibilidade de discricionariedade no processo de apreensão dos motivos do ato administrativo pelo agente. Assim, fazendo um “balanço” destes posicionamentos doutrinários, tem-se que dentre os autores que buscam a discricionariedade nos elementos do ato administrativo (item 4.1.3), todos aceitam a possibilidade de que ocorra com relação aos motivos. Aprofundando mais a matéria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica duas maneiras pela qual haveria discricionariedade quanto aos motivos: a omissão da lei em defini-los ou a utilização de conceito plurissignificativo para tal mister.

Entre os posicionamentos dos autores que buscam a discricionariedade nas etapas de formação do ato (item 4.1.2), nos parece haver certa dissensão. É que, enquanto Stassinopoulos entende que a discricionariedade se encontra na definição do conteúdo da noção legal pelo administrador, Caio Tácito e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello entendem que esta discricionariedade pode estar na liberdade na apreciação dos fatos. Nos parece que aí há uma diferença no sentido de que, segundo o pensamento de Stassinopoulos, a discricionariedade poderia surgir já no plano da abstração, no processo de desvendar o sentido da norma (podendo o agente definir discricionariamente o conteúdo da noção da norma após terminado o processo de interpretação). Em oposição, Tácito e Bandeira de Mello falam em discricionariedade quando da apreciação dos fatos. Por outro lado, há consenso entre eles no sentido de que a verificação material da existência dos motivos, também chamada constatação, é atividade plenamente vinculada.

Em terceiro lugar, quanto aos autores que buscam a discricionariedade na norma jurídica, e especificamente no que toca à possibilidade de discricionariedade com relação aos motivos, há duas posições básicas: a dos autores que aceitam que a discricionariedade possa surgir em razão de a norma ser imprecisa ao definir os

motivos legais¹¹⁷ (Medauar, Celso Antônio Bandeira de Mello e Stassinopoulos) e a dos que não o aceitam (de Laubadère e Almiro do Couto e Silva). Mas outra divisão importante ocorre entre os autores que aceitam a discricionariedade advinda da imprecisão na definição dos motivos legais: Stassinopoulos, como já referido, entende que para que haja a discricionariedade basta que a lei utilize um conceito cujo conteúdo e significado não define, isto é, ele aceita que a discricionariedade já existe em abstrato; diferentemente, Celso Antônio e Odete Medauar entendem só se pode falar em discricionariedade quando, interpretado o conceito à luz da situação concreta, restem ainda mais de uma opção legítima ao administrador.

Também são necessários alguns esclarecimentos quanto à corrente que não aceita que a discricionariedade possa surgir da definição imprecisa dos motivos legais. De Laubadère, inicialmente, não chega a realizar argumentação em favor de seu posicionamento, e diz adotá-lo em razão de corresponder à postura da jurisprudência. Couto e Silva, do contrário, vai mais a fundo na defesa de sua tese, e, apesar de entender que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados ao caso concreto pode chegar a uma situação em que há mais de uma solução legal, considera que isto não é discricionariedade, pois que só o seria aquele espaço de liberdade que se define *a priori* na norma, ainda em abstrato, e não diante do caso concreto.

Por fim, quanto às concepções que vêem a origem da discricionariedade na matéria versada (a teoria do surgimento da discricionariedade em razão dos conceitos de valor, de Queiró, e a idéia de “discricionariedade técnica”), é de se notar que implicam necessariamente na aceitação da possibilidade de discricionariedade na apreensão dos motivos. Em confirmação disso, veja-se que Queiro fala expressamente em conceito de valor para definir as “condições-de-fato” do ato administrativo. A “discricionariedade técnica”, por sua vez, seria exercida no “acertamento de elementos de fato”, nos dizeres de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello.

¹¹⁷ Na realização deste balaço de posicionamentos e na tomada de posição que lhe segue utilizaremos indiscriminadamente, como sinônimas, as expressões “conceito jurídico indeterminado” (ou apenas “conceito indeterminado”), “conceito vago”, “conceito fluído” etc.

4.2.2) Tomada de posição

Feito este balanço dos posicionamentos dos autores, é chegada a hora de assumir um posicionamento quanto à possibilidade de discricionariedade na apreensão dos motivos.

O primeiro ponto sobre o qual entendemos necessário firmar posição é o da impossibilidade de discricionariedade quanto à primeira etapa da apreensão dos motivos: a constatação. Quanto a isto, em verdade, não parece haver discórdia na doutrina, mas aderimos à explicação que nos parece mais clara, desenvolvida por Caio Tácito, segundo o qual esta constatação não pode envolver liberdade por consistir apenas na “apreensão da realidade”.

Obviamente, no mesmo sentido, também não se pode cogitar de discricionariedade na terceira etapa do processo de apreensão: aquilo que chamamos de relato dos motivos. Se a constatação, de um lado, é mera apreensão da realidade, o relato, de outro, é mera descrição. Isto é, ou é correta ou não o é.

Resta, assim, a segunda fase da apreensão dos motivos, que merece análise mais demorada. Inicialmente, tendo em conta a lição de Maria Sylvia Di Pietro, nos parece clara a existência de duas situações distintas em que poderia ocorrer discricionariedade na apreciação dos motivos: a uma, a da não indicação de nenhum motivo pela lei (apesar da expressa atribuição de competência) e, a duas, a da indicação de motivos através de conceito indeterminado.

Quanto à primeira situação, nos parece difícil negar que haja discricionariedade. O exemplo dado pela profa. Di Pietro é o da exoneração *ad nutum* de funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão, e nos parece bastante para encerrar a questão. Ninguém ousaria negar o caráter discricionário de um tal ato. Adicionalmente, porém, é importante esclarecer que para que esta forma de discricionariedade surja é necessário que a competência seja atribuída expressamente ao agente, sendo a omissão restrita aos motivos. É óbvio que na omissão total o agente não terá qualquer legitimidade para agir.

Mas é sobre a segunda situação enunciada que se desenvolve a discussão mais tormentosa. Trata-se, então, de verificar a possibilidade de que o agente aprecie discricionariamente os motivos definidos pela lei através de conceitos vagos ou indeterminados. Considerando as divergências já identificadas na doutrina

relativamente a esta matéria, restam-nos três importantes questões a serem respondidas: (i) é possível que a utilização de conceitos fluídos para definição dos motivos legais dê margem à apreciação livre, pelo administrador, dos motivos do ato? Se afirmativo, (ii) esta liberdade de apreciação ocorre tão só pela norma, em abstrato, ou surge apenas diante do caso concreto? E, por fim, (iii) esta liberdade de apreciação pode ser chamada discricionariedade?

Quanto à primeira questão, apenas André de Laubadère coloca-se contra a possibilidade de que esta margem de liberdade surja, e adota tal posição por entender que a interpretação dos conceitos fluídos pelo controlador da legalidade estende-se a ponto de poder eliminar todas as dúvidas. Em sentido contrário, Almiro do Couto e Silva, ainda que não aceite, nos termos expostos, que os conceitos jurídicos indeterminados possam gerar discricionariedade, entende que “haverá limite (ao exame da legalidade) se, em face da complexidade do caso, da diversidade de opiniões e pareceres, não podendo ver com clareza a melhor solução, não lhe couber outra alternativa senão a de pronunciar um *non liquet*, deixando intocada a decisão administrativa”.¹¹⁸ Nisto, é forçoso reconhecer, sua opinião coincide com a de Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Medauar.

Avaliando a questão, uma forte razão nos faz pender pela possibilidade de existência de apreciação livre em aplicação de conceito indeterminado. Esta razão é o exemplo prático da aplicação do conceito de funcionário “mais capaz” em casos de promoção por merecimento. Este exemplo foi invocado por Stassinopoulos (como indicado acima), e a ele também recorreu Seabra Fagundes.¹¹⁹ Numa situação como esta, acreditamos, dificilmente a interpretação da lei (mesmo que à luz do caso concreto), indicará solução única. Quanto a isto, é possível que se oponha o argumento de que, mesmo que a lei não o tenha dito com precisão, sempre haverá, entre os funcionários, aquele que é o mais capaz. Todavia, refutamos um tal argumento, pois é inegável que diferentes agentes podem ter diferentes entendimentos quanto à identificação do funcionário mais capaz, dependendo isto dos critérios e valores que adotem.

¹¹⁸ Ob. cit., p. 60.

¹¹⁹ Ob. cit., p. 91, nota de rodapé 149: “Da competência livre quanto ao motivo, há exemplo frisante no ato de promoção por merecimento.”

Isto, porém, não encerra a questão. A dúvida ressurgiu face a outro exemplo prático, qual seja, a decisão do Supremo Tribunal Federal que entendeu, como informa Antônio Carlos de Araújo Cintra, que “saber se um bem foi acertada ou erradamente qualificado como de valor histórico ou artístico não constitui exame de conveniência ou oportunidade, mas precisamente uma indagação de se foi devida ou indevidamente aplicada a lei”.¹²⁰ Embora a expressão “valor histórico ou artístico” seja inegavelmente vaga, não nos parece despropositada a posição do STF. Qual seria, então, o critério de diferenciação que permite dizer se um conceito (ou expressão) vago é capaz de gerar margem de liberdade ao agente na apreciação dos motivos?

Acreditamos que a questão pode ser equacionada da seguinte forma: ainda que ambas as hipóteses normativas se constituam de conceitos fluídos, o conceito de “agente mais capaz” se diferencia essencialmente porque tende originalmente a implicar escolha. Neste caso, a natureza do conceito impõe a identificação, dentre as situações de fato que se oferecem, daquela que melhor se encaixa no conceito legal. Esta necessidade de escolha deriva diretamente, no caso, da utilização do termo “mais”, que é advérbio de grau comparativo de intensidade, e implica necessariamente a diferenciação.

Diz-se, portanto, que uma tal hipótese normativa tende a implicar escolha livre, porque se aliam os seguintes fatores: (i) a necessidade de seleção de um entre um grupo de fatos e (ii) a fluidez do conceito, isto é, a falta de critérios precisos para que se faça esta seleção. Parece-nos perfeitamente razoável entender que, numa situação como esta, se houver dois ou mais agentes que tenham bom desempenho, sem que um se destaque claramente (isto é, se houver dois ou mais agentes que possam, com razoabilidade, se encaixar no conceito vago), a utilização do conceito fluído pelo legislador significa que relegou propositalmente a escolha à discricção do administrador. Do contrário o legislador teria estabelecido critérios precisos, como se faz no caso da promoção por antigüidade.

No caso do tombamento, por outro lado, é de se reparar que não existe a necessidade de seleção, sem o que também não se poderia falar em escolha. Neste tipo de situação, pelo contrário, o agente pode realizar tantos tombamentos quanto

¹²⁰ *Apud* CINTRA, ob. cit., pp. 51-52.

necessário, de modo que a cada fato que se lhe apresenta cabe apenas fazer (ou não) a subsunção. A diferença é que em tais situações não há risco de que surja a escolha entre dois “fatos” que razoavelmente se encaixem no conceito legal, limitando irremediavelmente o exame da legalidade.

Diante disto, assumimos posição no sentido de que a aplicação de conceitos indeterminados pode sim gerar liberdade de apreciação ao agente. Ressaltamos, todavia, que existe probabilidade maior de que isto aconteça quando o conceito vago implique em escolha, de modo que a margem de liberdade seria margem de escolha. Por medida de prudência, porém, não ousamos afirmar que conceitos fluídos que não implicam em escolha nunca gerarão margem de liberdade ao agente na apreciação dos motivos.

Assim, aceitando que a margem de liberdade pode ocorrer em função dos ditos conceitos, é preciso responder se ela existiria já na norma, em abstrato, ou se nela se poderia falar apenas diante da situação concreta. Aqui, em oposição ao pensamento de Stassinopoulos, e em concordância com os demais autores, optamos pela segunda posição. Imaginando que a liberdade de apreciação se traduza em liberdade de escolha dos motivos (como parece ser mais provável acontecer), entendemos que não há sequer cabimento em se falar em liberdade de escolha diante de conceito fluído em abstrato, pois que a sua imprecisão, se analisada em abstrato, abrange uma gama enorme de situações. É necessário o afunilamento desta gama pela situação de fato (na expressão de Celso Antônio), para que se possa, ao menos, identificar as hipóteses de escolha que se colocam. Se não houver opções identificadas, não é possível falar em escolha.

Ademais, como já se havia deixado entrever acima, a apreciação livre (escolha livre) surgirá somente quando houver dois fatos capazes de serem encaixados ao conceito sem violar o sentido deste. Ou seja, ainda utilizando o exemplo do conceito de “agente mais capaz”, deve-se perceber que a tendência inicial de que haja escolha pode não se confirmar diante da situação concreta se, do grupo de agentes em apreciação, apenas um realize razoavelmente bem suas funções, sendo os demais reconhecidamente relapsos e incompetentes.

Também nesta etapa da discussão, cabe fazer menção novamente ao cerceamento do espaço discricionário pelos princípios (de Direito Administrativo ou de Direito em geral, aplicáveis ao Direito Administrativo). Como já dissemos

anteriormente (item 4.1.5), tais princípios contribuem para definição da medida da discricionariedade no caso concreto. Tendo-se definido, até o momento, que os conceitos indeterminados podem gerar um espaço de liberdade ao administrador no caso concreto, é necessário adicionar que este espaço também será, necessariamente, moldado de acordo com a incidência dos referidos princípios.

E, por fim, aceitando que os conceitos fluídos podem dar ao administrador liberdade de apreciação diante do caso concreto, resta saber se esta margem de liberdade pode ou não ser qualificada como discricionariedade. Aqui nos parece que a diferença entre o posicionamento de Almiro do Couto e Silva e o que adotam Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Medauar reside meramente na abrangência do conceito de discricionariedade, e não no regime jurídico pretendido. Neste sentido, é preciso notar que os ensinamentos destes dois últimos autores são expressos em levar em conta, para definir a margem de discricionariedade, além dos aspectos legais, as circunstâncias do caso concreto.

Isto significa dizer que, em qualquer das duas posições, se aceita que, quando a lei utiliza um conceito jurídico indeterminado para descrever os motivos do ato, pode restar ao administrador, após a interpretação da norma e a consideração das circunstâncias do caso concreto, a liberdade de escolher entre mais de uma posição sem fugir da legalidade. A diferença está em que Couto e Silva deixa de incluir este espaço de liberdade no conceito de discricionariedade em razão de que ele não pode ser determinado *a priori*.

Nos parece que o simples fato de o espaço de liberdade não poder ser definido *a priori* (isto é, em abstrato), não o exclui do conceito de discricionariedade, eis que se mantêm as características básicas desta: um espaço de liberdade, no qual o administrador pode apreciar, de acordo com seu senso de oportunidade e conveniência, os fatos que se lhe apresentam, podendo inclusive escolher entre eles, sendo todas estas possibilidades de ação conformes à lei.¹²¹

¹²¹ Com isto confirma-se correta nossa ressalva, no item 4.1.5, em chamar de “limites da discricionariedade” o cerceamento exercido pelos princípios sobre a discricionariedade. É que, como se disse, GORDILLO os diferencia da vinculação, em razão de operarem apenas no caso concreto. Uma vez que nos posicionamos no sentido de que a discricionariedade forma-se realmente apenas no caso concreto, e considerando o mesmo com relação à vinculação, não faz sentido chamar de “limites à discricionariedade” a ação dos princípios, podendo-se dizer que eles exercem verdadeira vinculação no caso concreto.

Para concluir esta “tomada de posição”, resta verificar se, para que esta discricionariedade ocorra, é necessário que a matéria dos motivos envolva valores ou critérios técnicos. Optamos, desde logo, pela negativa. Quanto aos conceitos de valor, para afastar a sua necessidade basta observar o exemplo dado sobre o conceito de “valor histórico ou artístico”. Ficou claro que um tal conceito, sendo inegavelmente um conceito de valor, pode não gerar discricionariedade.

De outro lado, com relação à matéria técnica, aderimos ao entendimento de César Guimarães Pereira, quando diz a discricionariedade existe (ou não) independentemente de que a matéria seja técnica. O que de fato ocorre, cremos, é que, em se tratando de matéria técnica, o legislador atribua propositalmente, com mais frequência, competência discricionária ao administrador, o que não significa que esta natureza técnica seja suficiente para criar a discricionariedade.

Resulta disto que a discricionariedade, segundo cremos, tem seu surgimento ligado à forma das palavras da lei, e não à matéria de que tratam. Quanto à discricionariedade na apreensão dos motivos, conforme demonstrado acima, dependerá da omissão da lei em enunciá-los (mas conferindo expressamente a competência ao agente) ou da utilização de conceitos indeterminados ao defini-los (contanto que a indeterminação se mantenha diante das circunstâncias de fato).

5) CONCLUSÕES

Por estas razões, conclui-se dizendo que, uma vez verificado que a apreensão dos motivos pelo agente administrativo ocorre em três etapas (item 2.2.3), apenas uma delas poderá ser desenvolvida com discricionariedade: a etapa de apreciação. Isto porque as etapas de constatação e de relato dos motivos compreendem meramente apreensão e descrição da realidade (respectivamente), operações que não admitem qualquer liberdade; são corretas ou não. A apreciação, por outro lado, consiste na valoração dos motivos constatados, que fica submetida a critérios exclusivamente legais ou a estes somados aos critérios pessoais do agente.

Buscando-se saber quando os critérios pessoais do agente poderão entrar em cena, havendo portanto discricionariedade, verifica-se que ela poderá surgir em duas sortes de situações: (i) quando a norma legal não indique os motivos que devem justificar o ato ou (ii) quando estes forem previstos na norma através de conceitos fluídos.

Com relação às situações em que a norma legal não indique os motivos necessários à expedição de certo ato, é necessária a ressalva de que a competência deve ser expressamente atribuída, sendo a omissão legal restrita aos motivos. Há de ser forçosamente assim porque a Administração Pública não está submetida à lógica das pessoas privadas, onde a omissão total da lei implica em liberdade de ação. Somente poderá agir se lhe for atribuída competência, mas terá certa liberdade para tanto se a lei se omitir quanto aos motivos. É o que ocorre, por exemplo, no caso das exonerações *ad nutum* em cargos de provimento em comissão.

De outro lado, deve-se observar que a utilização de conceitos fluídos na hipótese normativa nem sempre gerará discricionariedade. De acordo com o que se asseverou no item 4.2.2, a discricionariedade tenderá a surgir preferencialmente quando da utilização de conceitos que, por sua natureza, tendam a gerar situação de escolha (como o conceito de “agente mais capaz”, para o que é fundamental a presença do advérbio de grau comparativo de intensidade “mais”). A discricionariedade surgiria, portanto, da aliança entre a necessidade de escolha e a

falta de critérios impostos pela lei (dada a fluidez do conceito) para que se faça esta escolha.

Deve-se considerar, entretanto, que a esta escolha discricionária só se configurará realmente (ou não) no plano concreto, pois só ali poderão ser identificadas as opções disponíveis, graças à ação concorrente do afunilamento provocado pelas circunstâncias fáticas e da incidência dos princípios (do Direito Administrativo ou do Direito em geral), os quais trazem critérios escolha adicionais que se impõem à escolha. Desta forma, são perfeitamente cabíveis situações em que, embora haja conceito fluído na hipótese normativa, a discricionariedade não chegue a ocorrer na aplicação da norma em função de as circunstâncias concretas ou os princípios aplicáveis indicarem apenas uma solução possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Ato Administrativo e Direitos dos Administrados**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

_____. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2ª ed., 7ª tir. São Paulo: Malheiros, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. V. 1, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**. 1ª. ed. bras. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

CASSAGNE, Juan Carlos. **El Acto Administrativo**. 2ª ed., atual. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e Motivação do Ato Administrativo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

COUTO E SILVA, Almiro do. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. In RDA n. 179-180, pp. 51-67, Janeiro-Junho 1990.

CRETELLA JR., José. **Tratado de Direito Administrativo**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

DE LAUBADÈRE, André. **Traité de Droit Administratif**. V. I, 9ª ed. (atualizada por Jean-Claude Venezia e Yves Gaudamet) Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

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

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. atualizada por Gustavo Binenbomj. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

GARRIDO FALLA, Fernando. **Tratado de Derecho Administrativo**. V. I, 9ª ed. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. T. I e III, 7ª ed. e 6ª ed. respectivamente. Belo Horizonte: Del Rey – Fundación de Derecho Administrativo (Buenos Aires), 2003.

HAURIUO, Maurice. **Précis de Droit Administratif et de Droit Public**. 7^a ed. Paris : Librairie de la Societé du Recueil Sirey, 1911.

JÈZE, Gaston. **Principios Generales de Derecho Administrativo**. Tradução para o espanhol (da 3^a edição francesa) por Julio N. San Millán Almagro. V. III. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 14^a ed. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

_____. **Os poderes do administrador público**. In Revista de Direito Administrativo, n. 51. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, Janeiro-Março de 1958, pp. 1-18.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 2^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1980.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. **Discricionariedade e apreciação técnica da administração**. In Revista de Direito Administrativo, n. 231. Rio de Janeiro: Renovar-Fundação Getúlio Vargas, Janeiro-Março de 2003, pp. 217-267.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo**. In Revista de Direito Administrativo, ns. VI e VII. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, outubro de 1946 e janeiro-março de 1947 (respectivamente).

_____. **Os Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas**. In Revista de Direito Administrativo, n. 97. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, julho-setembro de 1969.

RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. De Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

STASSINOPOULOS, Michel D. **Traité des Actes Administratifs**. Atenas: Institut Français d'Athènes, 1985.

TÁCITO, Caio. **Controle dos Motivos do Ato Administrativo**. In: Temas de Direito Público (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 331-336.

_____. **O Desvio de Poder em Matéria Administrativa.** In “Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)”. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. pp. 71-159.