

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

FELIPE CORREA DOS SANTOS NADER

CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO À LUZ  
DA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

CURITIBA

2008

FELIPE CORREA DOS SANTOS NADER

CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO À LUZ  
DA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira.

CURITIBA

2008

Nader, Felipe Correa dos Santos

Controle Judicial do Ato Administrativo Discricionário à Luz da  
Juridicidade dos Princípios Constitucionais / Felipe Correa dos Santos  
Nader – Curitiba, 2008. 48 f: 29 cm.

Orientador: Egon Bockmann Moreira

Monografia – Setor de Ciência Jurídicas, Universidade Federal do  
Paraná.

1. Controle jurisdicional da atividade administrativa. 2. Juridicidade  
dos princípios constitucionais.

*“Eu aprendi que para se crescer como pessoa é preciso  
me cercar de gente mais inteligente do que eu.”*

William Shakespeare

## RESUMO

A Atividade Administrativa, enquanto exercício da função pública atribuída ao Estado, está sujeita a controle. Esse controle, quando efetuado pelo Judiciário, deverá se restringir a análise da legalidade do ato. Esse, pois, não pode invadir o seu mérito, que se pauta por critérios de conveniência e oportunidade do administrador, sob pena de o Magistrado estar invadindo a esfera de competência do poder Executivo. Todavia, o princípio da legalidade, que pauta e controla a administração pública, teve seu conteúdo jurídico ampliado. Esse princípio, que antes entendido como sujeição à lei no sentido formal, passou a ser entendido como obediência à lei, aos princípios e a todo o ordenamento jurídico. Essa alteração do princípio da legalidade, deve-se ao fato de que os princípios passaram a ter força e coercitividade, passando a integrar o ordenamento jurídico com verdadeiro *status* de norma. Em razão disso, o controle do ato discricionário, que embora não se possa adentrar no mérito, deverá ser controlado no aspecto da legalidade entendida em sentido amplo. Dessa forma, atos desproporcionais, desarrazoados ou de qualquer outra natureza que ofenda algum princípio, será considerado ilegal. Podendo, portanto, ser anulado pelo Poder Judiciário.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS. ....	8
<b>2. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....</b>	<b>8</b>
2.2 O ESTADO E A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA .....	8
2.3 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA X FUNÇÃO ADMINISTRATIVA .....	11
2.4 A PERSECUÇÃO DO BEM-COMUM COMO OBJETIVO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA .....	12
2.5 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA COMO SUJEITA DE CONTROLE .....	14
2.6 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE .....	16
<b>3. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E O “PODER” DISCRICIONÁRIO .....</b>	<b>18</b>
3.1 FUNDAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA. ....	23
3.2 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS .....	24
<b>4. A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM DECORRÊNCIA DA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. ....</b>	<b>28</b>
4.1 NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS:.....	29
4.2 A JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS .....	32
<b>5. O CONTROLE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (SENTIDO AMPLO). ....</b>	<b>34</b>
5.2 DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO .....	35
5.3 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO .....	36
<b>6. CONCLUSÃO .....</b>	<b>42</b>
<b>7. REFERÊNCIAS.....</b>	<b>44</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Muito se escreve sobre controle do ato discricionário. Esse tema, se não for o central do direito administrativo, como afirmou GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>1</sup>, é certamente é um dos que sobre mais se discute. Afinal, como questiona o juspublicista americano Bernard SCHWARTZ, “Verdadeiramente, de que trata o Direito Administrativo senão o controle da discricionariedade?”

Tem-se notado, ao decorrer dos anos, uma mudança na concepção de controle da atividade administrativa. Em especial, no que tange ao controle do mérito dos atos discricionários por ela emanados, onde são consignados critérios de oportunidade e conveniência do administrador. Sempre se defendeu a intangibilidade do mérito do ato administrativo. E não sem razão, pois o princípio da separação dos poderes é um dos alicerces do Estado Democrático.

Contudo, tem surgido uma linha de pensamento, por alguns considerada vanguardista, que prega a possibilidade de sindicância do conteúdo prognóstico da atividade administrativa discricionária. Para os que a ela se identifica, isso passou a ser possível em razão da juridicidade dos princípios constitucionais.

No entanto, deve-se entender a juridicidade dos princípios não como uma justificativa do controle do mérito pelo Judiciário, mas sim como um fenômeno que ampliou o conteúdo jurídico da legalidade, pois o que antes era considerado sujeição à lei formal, passou a ser entendido como sujeição à lei, princípios e a todo ordenamento.

O presente trabalho, portanto, se presta a demonstrar que é despropositada a análise do mérito do ato administrativo, vez que o conteúdo jurídico da legalidade, por si só, já é capaz de controlá-lo em conformidade aos princípios que regem o Direito.

---

<sup>1</sup> GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo apud MOREIRA, Egon Bockmann. **Notas sobre o Sistema dos Atos e Contratos Administrativos**. Fórum Administrativo, nº55, set. 2005, p. 6079.

## 1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

Antes de lançar olhares sob o controle judicial da discricionariedade administrativa, cumpre tecer breves comentários que auxiliarão o desenvolvimento do trabalho. Alguns conceitos que em seguida serão expostos, porque intimamente ligados ao objeto de estudo, serão tratados de maneira breve e não exaustiva, mas nem por isso superficial; servirão, pois, de instrumentos para melhor compreensão do tema.

Traremos algumas idéias defendidas por autores de renome e, quando possível, outras em sentido contrário, procurando sempre tecer algum comentário a título conclusivo. No entanto, é importante que se tome como premissa que as idéias tratadas correspondem às concepções tradicionais de cada tema, não tendo o presente estudo a intenção de esgotar a discussão sobre cada um deles. Até porque, uma tese de 1000 folhas seria insuficiente para isso, tendo em vista a grande produção teórica sobre esse assunto. Nossa preocupação, porém, é traçar as idéias basilares para que se compreendam as causas que ensejaram a mudança da concepção do controle do ato administrativo discricionário.

## 2. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

### 2.2 O ESTADO E A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

“Uma sociedade perfeita de homens livres que tem por finalidade a regulamentação do direito e a consecução do bem-estar coletivo”. Essa, pois, é a centenária concepção de Estado para Hugo GROTIUS<sup>2</sup>, talvez o primeiro doutrinador da Teoria do Estado. Embora antiga, essa idéia de Estado como

---

<sup>2</sup> GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz = De jure belli ac pacis**. Tradução de Ciro Mioranza, Ijuí: UNIJUÍ, 2004.

persecutor do bem estar coletivo ainda permanece atual. Sua existência, segundo CAVALCANTI<sup>3</sup>, não é outra, senão motivada para atender as necessidades vitais da coletividade.

Para isso, o Estado satisfaz essas necessidades coletivas conforme as funções a que foi confiado. Essas funções, de acordo com a doutrina tradicional<sup>4</sup>, tal como preconizada por STRECK e MORAIS<sup>5</sup>, apresentam-se de três formas:

*“legislativa que se manifesta através da edição de normas gerais e obrigatórias para todos, a executiva que atua através da implementação de soluções concretas, sendo a função como responsabilidade de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, além da administração pública em geral e a jurisdicional cujo campo é o da solução em específico dos conflitos surgidos e regulados pelas regras gerais, interpretando e aplicando a lei.”*

Atentaremos nesse estudo para a função executiva atribuída ao Estado, pois, conforme ensina DI PIETRO<sup>6</sup>, entende-se que todo ato realizado nessa função é “ato administrativo”. A partir dessa premissa, é possível afirmar que os atos administrativos, que, em regra, são efetuados pelo Executivo, tendem a concretizar a função administrativa (ou executiva) atribuída ao Estado.

Não adotaremos com tanta freqüência, nesse trabalho, o termo “ato administrativo”, pois, como esclareceu Marçal JUSTEN FILHO<sup>7</sup>, “O conceito de ato

---

<sup>3</sup> CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**. 3ª ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

<sup>4</sup> De acordo com Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO: “Em nosso tempo histórico, no mundo ocidental, prevalece o esmagadoramente na doutrina a afirmação de que há uma trilogia de funções do Estado: a legislativa, a administrativa e a jurisdicional” (**Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 29).

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. e MORAIS José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 153.

<sup>6</sup> Maria Sylvania Zanella DI PIETRO entende que “ficam incluídos todos os atos da administração, pelo só fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos normativos do Executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos”. (**Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002. p.185)

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 137.

administrativo perdeu sua relevância como instrumento de compreensão e organização do direito administrativo. O fundamental está em considerar a atuação administrativa de modo global, não cada ato administrativo isoladamente”, pelo que usaremos o termo “atividade administrativa” para nos referir a externalização da função administrativa.

Pois bem. Esclarecidas essas premissas, tratamos agora de explicar no que consiste a atividade administrativa.

A atividade administrativa pode ser entendida como um conjunto ordenado de atividades, exercidas pelo Estado, ou por quem lhe esteja fazendo as vezes, que exigem uma estrutura organizada e permanente de bens e pessoas<sup>8</sup>, com a finalidade de satisfazer o bem comum na realização de seus serviços<sup>9</sup>.

Diógenes GASPARINI<sup>10</sup>, nesse sentido, explica que atividade administrativa “é a gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando ao bem comum”.

Pedro Henrique XAVIER<sup>11</sup> complementa esse entendimento, afirmando que a característica fundamental da atividade administrativa está na sujeição de seus atos ao controle judicial. Conceitua, então, a “atividade administrativa como conjunto de atividades do Estado, exercidas sob a lei formal, sujeitas ao controle jurisdicional de sua legitimidade”.

Por fim, ressaltamos a posição de Marçal JUSTEN FILHO<sup>12</sup>, para quem a atividade administrativa é “um conjunto de ações dirigidas à satisfação de necessidades coletivas e à promoção dos direitos fundamentais, que se desenvolve sobre a égide do princípio da legalidade”.

Esse sentido, adotado pelo Professor Marçal JUSTEN FILHO, mostra-se pertinente para o contexto atual, vez que, além de entender que a atividade

---

<sup>8</sup> *Idem.*

<sup>9</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 37.

<sup>10</sup> DIÓGENES GASPARINI, **Direito Administrativo**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 53-54.

<sup>11</sup> XAVIER, Pedro Henrique. Ato Administrativo: conceito e elementos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, América do Sul, 22 3 09 2007. p. 107.

<sup>12</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 138.

administrativa deve ser regida sob o rigor do *princípio da legalidade*, e com o objetivo de *satisfazer as necessidades da coletividade*, vai além, a efeito de afirmar que a administração deve promover os *direitos fundamentais*, que consistem em não somente garantir a liberdade do cidadão, mas também em garantir prestações positivas em favor deste<sup>13</sup>. Esse conceito, portanto, atento às bases do constitucionalismo moderno, entende a atividade administrativa enquanto promovida por um Estado Social atento às injustiças e desigualdades sociais<sup>14</sup>.

### 2.3 ATIVIDADE ADMINISTRATIVA X FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

É comum a confusão entre os conceitos de *função administrativa* e *atividade administrativa*. Aqui cabe esclarecer, como ensina Odete MEDAUAR<sup>15</sup>, que “função administrativa é um conjunto de competência; e a atividade administrativa é a seqüência conjugada de ações e omissões das quais se exercita a função e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam a sua existência”.

A *função administrativa*, diz Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO<sup>16</sup>, existe quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar poderes requeridos para supri-las. E conclui, o autor, que quem exerce função administrativa está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade.

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, leia-se o artigo “Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional”. MENDES, Gilmar. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de agosto de 2008.

<sup>14</sup> Nesse sentido é o que Alexandre de MORAES entende por Direitos Fundamentais: (...) direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.”. (**Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 202.)

<sup>15</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 124.

<sup>16</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2005, p.68.

Egon Bockmann MOREIRA<sup>17</sup>, conceituando *função*, para o Direito Administrativo, através dos elementos que o compõe, conclui que a função administrativa deva ser exercida por “*agente público, no dever de satisfazer uma finalidade no interesse público, tal como fixado em lei, necessitando para isso dos poderes indispensáveis à consecução de seu dever, outorgados sempre no interesse alheio que maneja o poder*”.

Dessa forma, enquanto a função administrativa deve ser entendida como a competência atribuída ao Estado, em razão de estar investido no dever de satisfazer a coletividade, a atividade administrativa se apresenta como a executora das ações que concretizam a função administrativa.

#### 2.4 A PERSECUÇÃO DO BEM-COMUM COMO OBJETIVO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

Sendo o conjunto de atos (atividades), que realizam a função administrativa, a atividade administrativa deve seguir o mesmo objetivo da função, qual seja, de satisfazer uma finalidade pública e alcançar o *bem comum*. O constituinte, atentando-se a isso, assentou esse pressuposto em cláusula pétrea na Magna Carta<sup>18</sup>, referindo-se, expressamente, como objetivo fundamental do Estado “promover o bem de todos”.

Afirma Humberto ÁVILA<sup>19</sup>, que o bem comum seria “o mais compreensivo e abstrato fim, verdadeiro fundamento de permanência da vida social, a ser entendido

---

<sup>17</sup> MOREIRA, Egon Bockmann. **Processo Administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 32.

<sup>18</sup> “**Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

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

<sup>19</sup> ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de agosto de 2008.

como *medida* ou *proporção* estabelecida entre bens jurídicos exteriores conflitantes e individuais”.

Por mais abstrato ou filosófico<sup>20</sup> que esse conceito possa parecer, a despeito do conceito de ÁVILA, não se pode afastar sobre ele a tutela do direito. Romeu Felipe BACELLAR FILHO<sup>21</sup>, ao citar a lição de Manoel Oliveira FRANCO SOBRINHO, afirma que “O bem comum não foge ao direito. De certa maneira é a condição da justiça como princípio e fim ao mesmo tempo, justificando, no sistema político o equilíbrio entre os poderes, e contendo o estado nas suas atividades em razão da lei e das garantias que ele mesmo segura”.

Marçal JUSTEN FILHO<sup>22</sup>, no entanto, adverte que o uso da expressão “Bem Comum” para justificar uma atuação do governo, não pode ser incompatível com a ordem jurídica, mesmo quando a decisão governamental merecer aprovação da maioria da população. Adotar a concordância popular como critério de validade das decisões, segundo o autor, é um passo fundamental em direção à instauração de uma ordem política fascista.

Sendo, porém, compatível com a ordem jurídica, a persecução do bem comum deve ser o motor da atividade administrativa<sup>23</sup>, e o nosso ordenamento assinalou como meta a ser alcançada pelo Estado, sobretudo dentro do regime jurídico de direito público<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Nesse sentido são as palavras de CRETELLA JÚNIOR: “O motor da ação administrativa, ao contrário, é essencialmente desinteressado: é a persecução do interesse geral, ou ainda, da utilidade pública ou, numa perspectiva mais filosófica, do bem comum” (**Filosofia do Direito Administrativo**, 1ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 67).

<sup>21</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípio Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 24.

<sup>22</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.

<sup>23</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito Administrativo**, 1ª ed. Forense, Rio de Janeiro: 1999, p. 67.

<sup>24</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed. Malheiros, São Paulo: 1998, p. 33.

## 2.5 A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA COMO SUJEITA DE CONTROLE

Na conceituação de GASPARINI e de Pedro Henrique XAVIER expostas anteriormente<sup>25</sup>, percebe-se, ainda, que característica fundamental da atividade administrativa é a sujeição de seus atos à lei e ao controle de legalidade. Com razão, pois, se a atividade administrativa objetiva a satisfação dos interesses do bem comum, deve-se guiar pelos trilhos da lei, que representa a vontade comum enquanto emanada pela Lei elaborada pelos cidadãos. Diogo Figueiredo MOREIRA NETO<sup>26</sup>, nesse sentido, destaca a existência de dois fatores de contenção que caracterizam o Estado de Direito: a *limitação* e o *controle*.

É intuitivo pensar, portanto, que administração pública tenha que ser controlada para que não fuja à persecução do objetivo a ela confiado pela coletividade. Os agentes públicos, instituídos de prerrogativas em função da atividade que exercem, podem cometer abusos ou ilegalidades (como de fato cometem): são, pois, sujeitos à corrupção e à falhas em razão da própria natureza humana a que são revestidos. Ademais, como disse MONTESQUIEU<sup>27</sup>: “Todo aquele que tem poder, tende a abusar dele, o poder vai até onde encontrar limites”.

Torna-se necessário, portanto, que a atividade administrativa esteja constantemente sob fiscalização e controle.

Além disso, como assevera Romeu Felipe BACELLAR FILHO<sup>28</sup>, esse princípio de controle emana do próprio Estado de Direito, em que a “sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”. É como se a sociedade estivesse outorgando uma procuração ao Estado. O outorgante (sociedade), por via de consequência, tem o direito de pedir conta do que se está fazendo em seu nome.

---

<sup>25</sup> p. 10.

<sup>26</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 18.

<sup>27</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. Apres. Renato J. Ribeiro; Trad. Cristina Murachco. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>28</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 223.

A necessidade de controle, positivada no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>29</sup>, evidencia que é uma preocupação, além de antiga, que privilegia a participação popular.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO<sup>30</sup>, afirma, ainda sobre esse assunto, que:

"O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adianta sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

Hely Lopes MEIRELLES<sup>31</sup> entende controle como a faculdade de vigilância, correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.

No presente estudo, delimitaremos a análise do controle da atividade administrativa apenas sob o enfoque do Poder Judiciário. Mas não se quer esquecer, porém, que o controle da administração também pode ocorrer internamente (quando o controle é executado pelos próprios órgãos da Administração Pública) ou externamente, através do Controle Político, Social e Jurisdicional<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> **Art. 15º.** A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração (Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva. *apud.* FERREIRA Filho, Manoel Gomes. **Liberdades Públicas.** São Paulo, Ed. Saraiva, 1978.).

<sup>30</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 11 ed., São Paulo; Atlas, 2002, p.592.

<sup>31</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro.** 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 636.

<sup>32</sup> Assim ensina Romeu Felipe BACELLAR FILHO que divide as espécies de controle da administração em interno e externo, sendo o externo subdividido em controle Político, Jurisdicional e Social. (**Direito administrativo.** 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.224-237)

## 2.6 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A atividade administrativa deve estar em estrita observância ao princípio da legalidade. Esse princípio, como assevera Lucia Valle FIGUEIREDO<sup>33</sup>, surge como conquista do Estado de Direito, a fim de que os administrados não sejam obrigados a se submeter ao abuso de poder. Ensina, também, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO<sup>34</sup>, que a legalidade surge como antídoto natural contra qualquer poder de característica monocrática ou oligárquica. Por isso, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”<sup>35</sup>.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar, a legalidade cumpre importante função de garantir os direitos fundamentais, na medida em que assegura ao cidadão o direito à liberdade de fazer tudo aquilo que deseja, desde que não defeso em lei.

Já o administrador público, por outro lado, porque está representando e atuando em favor da coletividade, deve exercer sua atividade dentro dos ditames da lei, pois, é por meio dela, enquanto emanada por atuação da vontade popular, que o poder estatal estabelece modos predeterminados de agir, através dos quais a sociedade sabe previamente como atuar na realização de seus interesses<sup>36</sup>.

A atividade administrativa, portanto, estará ligada sempre à verificação de determinados fatos ou situações previstas na norma, não tendo mais espaço o agente público que deseja satisfazer suas vontades pessoais. Lopes MEIRELLES<sup>37</sup>, a respeito de legalidade na administração pública, já afirmou:

“A legalidade, como princípio de administração, (Const. Rep., art.37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade

---

<sup>33</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39.

<sup>34</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 89.

<sup>35</sup> *Op. Cit.* p. 39.

<sup>36</sup> SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 107.

<sup>37</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 78.

funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”

O princípio da legalidade pode ser entendido de várias formas. E aqui cabe trazer algumas lições de José Roberto VIEIRA<sup>38</sup> que, ao explicar a legalidade genérica, cita André GONÇALVES PEREIRA, que entende a legalidade em duas concepções: uma concepção restritiva (não infringir a lei), já ultrapassada sob o enfoque do direito público, e outra concepção ampliativa (agir nos termos da lei).

Segundo GONÇALVES PEREIRA, identifica a concepção restritiva deste princípio, a relação de não contrariedade ou de compatibilidade (agir de modo não contrário ou compatível com a lei, que só fixa os limites – “o que não é proibido é permitido”), numa noção mínima de legalidade. Já a concepção ampliativa da legalidade, segundo o citado autor, nos leva a relação de conformidade (agir conforme a lei, que fixa limites e permissões expressas – “o que não é permitido é proibido”), numa noção máxima de legalidade<sup>39</sup>.

E é nesse segundo sentido – o ampliativo - que o princípio da legalidade tem aplicação no direito público brasileiro. Explica Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>40</sup>, que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina, “Donde administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições”.

---

<sup>38</sup> VIEIRA, José Roberto. Legalidade Genérica, in Fundamentos Republicanos-democráticos da Legalidade Tributárias: Óbvios Ululantes e Não Ululantes. In: FOLMANN, Melissa (coord.). **Tributação e Direitos Fundamentais: Propostas de Efetividade**. Curitiba. Juruá, 2006.

<sup>39</sup> GONÇALVES PEREIRA, André *apud* VIEIRA, José Roberto. Legalidade Genérica, in Fundamentos Republicanos-democráticos da Legalidade Tributárias: Óbvios Ululantes e Não Ululantes. In: FOLMANN, Melissa (coord.). **Tributação e Direitos Fundamentais: Propostas de Efetividade**. Curitiba. Juruá, 2006.

<sup>40</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 94.

Já os particulares, para o mesmo autor, “podem fazer tudo o que a lei não proíbe”.<sup>41</sup> Ou seja, sobre eles, aplica-se o princípio da legalidade entendido restritivamente. Nesse sentido, como afirma Romeu Felipe BACELLAR FILHO<sup>42</sup>, o princípio da legalidade apresenta-se como uma garantia ao cidadão, na medida em que impede a prática de atos abusivos por parte da Administração.

O Professor Luiz Roberto BARROSO<sup>43</sup>, por sua vez, apresenta o princípio da legalidade em outros dois aspectos: *o princípio da preeminência da lei e o princípio da reserva da lei*. Enquanto esse significa que demarcadas matérias somente podem ser reguladas por lei, afastando-se quaisquer regulamentações por outras espécies de atos normativos, aquele (princípio da preeminência da lei) significa que todo e qualquer ato infralegal que não esteja de acordo com a lei será considerado inválido, por ser a lei a fonte suprema do direito.

Qualquer que seja a face do princípio da legalidade que se apresente, no entanto, importa é que na administração pública não há liberdade nem vontade pessoal do agente público<sup>44</sup>, o administrador público jamais poderá agir *contra legem* ou *prarter legem*, mas apenas *secundum legem*, de modo que a amplitude e o alcance desse princípio fazem da atividade administrativa uma estrita submissão à manifestação volitiva do legislador<sup>45</sup>.

### 3. A ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E O “PODER” DISCRICIONÁRIO

A atividade administrativa deve, como vimos, agir dentro da mais estrita observância da lei. Nesses casos, a lei disciplina a administração estabelecendo em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais situações de fato que

---

<sup>41</sup> *Idem*

<sup>42</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. Princípio da Legalidade. **Boletim de Direito Administrativo**, Ano XIII, v. 01, p. 15-28, São Paulo: Editora NDJ, Janeiro de 1997, p. 16-17.

<sup>44</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 86.

<sup>45</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, qual o comportamento único que, diante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente<sup>46</sup>.

Daí se diz que, nesses casos, a atividade pública está *vinculada* ou *regrada* pelo direito positivo, vez que o agente público deverá se ater somente à enumeração minuciosa da lei para realizá-la eficazmente<sup>47</sup>.

Contudo, seria impensável<sup>48</sup> que o legislador pudesse ser tão criativo a ponto de regar todas essas situações que poderiam advir diante ao administrador, sobretudo diante a dinâmica e a imprevisibilidade dos fatos que lhe sobrevêm. Para esses casos, criou-se um espaço, uma margem de atuação<sup>49</sup>, para que administrador público haja lastreado em critério de conveniência e oportunidade diante a determinado fato não regulamentado pela norma. Temos, em decorrência disso, a Atividade Discricionária.

Alguns estudiosos acreditam que a discricionariedade administrativa seria o objeto central do estudo do Direito Administrativo, outros a consideram a “quaestio diabolica” do Direito Administrativo, dada a imprecisão de seu conceito e a multiplicidade de posições sobre ela assentada na doutrina<sup>50</sup>. Tentaremos, contudo, trazer alguns dos conceitos encampados pela doutrina brasileira, não antes, no entanto, de ressaltar que a atividade discricionária, para os fins desse trabalho, deve ser entendida não como uma liberdade irrestrita conferida ao agente público,

---

<sup>46</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 16.

<sup>47</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p 113.

<sup>48</sup> Expressão utilizada por Almiro do COUTO E SILVA ao justificar a discricionariedade, *in verbis*: “No estado contemporâneo, extremamente complexo, seria impensável que a lei sempre determinasse, até os últimos pormenores, qua deveria ser o comportamento e a atuação dos diferentes agentes administrativos.(grifo nosso) (Poder Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 179/80:51-92, jan./jun. 1990. p. 53.)

<sup>49</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 61.

<sup>50</sup> CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. **Revista de Direito Público**. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais, 47/48, 1976, p. 28.

mais como um dever estabelecido pela lei<sup>51</sup>. Essa premissa, conquanto se verá, está presente na maioria dos conceitos adiante.

Rodrigues QUEIRÓ<sup>52</sup>, já em 1942, resumiu seu entendimento sobre a discricionariedade como “uma faculdade de escolher uma entre várias significações contidas num conceito normativo prático, relativo as condições de fato do agir administrativo – escolha feita sempre dentro dos limites da lei”.

Para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO<sup>53</sup>, estaremos diante da competência discricionária, quando o regramento não atinge a todos os aspectos da atuação administrativa, deixando a lei uma certa margem de liberdade de decisão do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas para perante o direito.

A *contrario sensu*, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>54</sup> entende que a margem de atuação discricionária conferida pelo legislador ao agente público, não suporta outra, senão a solução (única) ótima para o caso concreto. Em suas palavras, “quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita, do administrador, outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”.

CRETELLA JÚNIOR<sup>55</sup>, no mesmo enfoque, afirma que a discricionariedade consiste na “possibilidade de a autoridade selecionar dentre várias hipóteses que a norma oferece a que melhor traduza”, em dado momento, a vontade da Administração, orientada para o interesse público. (grifo nosso) Obviamente, segundo o autor, que a escolha de uma dentre as possibilidade conferidas por lei

---

<sup>51</sup> De acordo com Almiro COUTO E SILVA que afirma: “o poder discricionário é poder, mas poder sob a lei e que só será válida e legitimamente exercido dentro das áreas cujas fronteiras a lei demarca”. (COUTO E SILVA. Almiro do. “**Poder Discricionário no Direito Brasileiro**”. RDP, 179/180/51-55, Rio de Janeiro, 1972).

<sup>52</sup> QUEIRÓ, Rodrigues. *apud* MANCUSO, Sandra Regina. **A Concreção do Poder Discricionário**. RT – 686. Dezembro: 1986, p. 66.

<sup>53</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 40.

<sup>54</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Poder” Discricionário. **Revista de Direito Público**. nº. 76 out./dez. 1985. p. 103.

<sup>55</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 148.

deverá obedecer a critérios de conveniência, oportunidade e justiça, quando da ocorrência do caso concreto.

Sobre outro enfoque, Hely Lopes MEIRELLES<sup>56</sup> conceitua o “Poder Discricionário” como o poder que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência e oportunidade e conteúdo. Nesse mesmo sentido, é o que escreve José dos Santos CARVALHO FILHO<sup>57</sup>, para quem o poder administrativo é “o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins”.

Esses entendimentos, porém, - de que a discricionariedade é um “Poder” conferido à Administração Pública -, como afirma Marçal JUSTEN FILHO<sup>58</sup>, foram combatidos por alguns doutrinadores que concluíram que a atuação administrativa não é fruto de um poder, mas sim, de um dever. O poder deverá ser entendido apenas como um instrumento para o cumprimento do dever, manejável no interesse de outrem.

Entre esses autores, encontramos Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>59</sup>, para quem a discricionariedade administrativa pode ser definida como:

“A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o *dever* de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso em concreto, segundo critério subjetivos próprios a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

---

<sup>56</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 114.

<sup>57</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. A Discricionariedade: análise de seu Delineamento Jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). **Discricionariedade Administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 14.

<sup>58</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.153.

<sup>59</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2005, p 401.

Por isso, esse mesmo autor defende que o administrador não dispõe de poderes-deveres, como às vezes de se diz, mas de *deveres-poderes*, locução que, segundo ele, expressa com mais fidelidade que a anterior a verdadeira índole de suas competências<sup>60</sup>.

Mas daí é intuitivo se questionar. Qual seria o limite da atuação discricionária?

Conforme diz QUEIRÓ, ao ser citado por Regina HELENA COSTA<sup>61</sup>, “os limites da discricionariedade são os da própria lei, isto é, o limite é a legalidade e só a legalidade”.

Da mesma forma, entende Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO<sup>62</sup>, para quem os limites da discricionariedade “se encontram nos motivos determinantes do ato jurídico e no fim com que é praticado, tendo em vista a preocupação do seu agente e a razão de ser do próprio instituto jurídico.”

De modo semelhante, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO<sup>63</sup>, aponta como limitação ao exercício da discricionariedade administrativa os motivos e a finalidade indicados na lei, bem como a causa do ato, entendida esta como a relação de adequação entre os pressuposto do ato e o seu objeto, tendo em vista aquela finalidade.

Não é outro o entendimento de Almiro do COUTO E SILVA, que, diga-se, adequado com a sistemática desse trabalho, na medida em que afirma que os limites não se restringem apenas à lei, mas como aos princípios constitucionais, *in verbis*:

---

<sup>60</sup> BANDEIRA DE MELLO, **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 54.

<sup>61</sup> COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista de Direito Público**, nº95, julh/set 1990, p. 129.

<sup>62</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 423.

<sup>63</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Elementos de Direito Administrativo**, 1ª ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987, pp.241/251.

“Os limites do poder discricionário são os traçados na lei que os instituiu ou os que resultam da *ratio legis* e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípio constitucionais conformadores da Ação do Estado.”<sup>64</sup>

Portanto, longe de representar uma liberdade irrestrita ao administrador público, a atividade discricionária significa atuação, dentro dos limites da lei, ou, diga-se mais, dentro dos limites da legalidade, afim de que sejam executadas as funções atribuídas ao Estado que visam o bem comum.

### 3.1 FUNDAMENTAÇÃO DA ATIVIDADE DISCRICIONÁRIA.

Quanto à fundamentação a justificar a atuação discricionária, a doutrina apresenta várias correntes: a *fundamentação material*, que se encontra respaldada em diversos autores, e aqui lembramos novamente de Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO<sup>65</sup>, que considera que nem sempre a lei poderá prever objetivamente qual o comportamento, *in concreto*, apto a atingir a finalidade da norma.

A *fundamentação lógica*, que, segundo Rita TOURINHO<sup>66</sup>, prega que “dada a impossibilidade de o legislador fixar o alcance de todos os conceitos utilizados na linguagem normativa”, urgiria a necessidade da atividade discricionária, de modo que o agente público busque a essência do conceito indeterminado e aplique-o no caso concreto.

---

<sup>64</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Poder Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 179/80:51-92, jan./jun. 1990.

<sup>65</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 42.

<sup>66</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues *apud* TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004.

Nesse sentido, também Eros Roberto GRAU<sup>67</sup>: “O que justificaria a discricionariedade da Administração, entre nós – assim o entende a parte maior da nossa doutrina – seria emprego, pela lei, de conceitos indeterminados.”

Por fim, a *fundamentação jurídica*, segundo a qual, caso fosse possível ao legislador prever todas as possibilidades de ocorrência, guiando, minuciosamente, o administrador, teríamos a substituição de um órgão de poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo, que passaria a ser mero cumpridor de ordens emanadas do legislativo<sup>68</sup>.

O exercício da competência discricionária, portanto, embora se apresente com uma liberdade ao administrador, não pode ser confundido com exercício arbitrário de poder. Deve-se, antes de tudo, ser entendido como dever-poder que a lei transfere à Administração, para o alcance das finalidade pretendidas por ela<sup>69</sup>; diferente do exercício arbitrário, quando o agente atua segundo seu exclusivo critério<sup>70</sup>.

### 3.2 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Outro tema de relevante – e longa - discussão dentro do campo da Atividade Administrativa<sup>71</sup>, e que, como vimos, é entendido como um dos fundamentos da discricionariedade, é aquele que os juristas alemães intitulam de **conceitos jurídicos indeterminados**. Trazemos alguns apontamentos sobre o assunto apenas

<sup>67</sup> GRAU, Eros Roberto. **Poder Discricionário**. Revista de Direito Público. Nº 93, jan./mar.1990: p.42.

<sup>68</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *apud* TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 85.

<sup>69</sup> SUNFELD, Carlos Ari. **O Ato Administrativo Inválido**, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1990, p. 31.

<sup>70</sup> BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 423.

<sup>71</sup> Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO defende que “não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluídos é estranho ao tema da discricionariedade”, (**Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23)

para que se conclua que o princípio da legalidade também deve ser reitor da atividade de intelecção desses conceitos<sup>72</sup>.

Alude à idéia de conceito jurídico indeterminado, aquelas expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação no caso concreto<sup>73</sup>.

A grande controvérsia doutrinária sobre isso, é quanto a existência ou não da competência discricionária quando da aplicação desses conceitos indeterminados.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO<sup>74</sup>, por exemplo, comentando a doutrina de Tezner, preceitua que a liberdade da administração na utilização dos conceitos indeterminados dependerá do interesse dos particulares. Caso se trate de aplicação de lei concernente a direitos individuais, caberá ao judiciário fiscalizar a correta atuação da Administração na aplicação destes conceitos e, tratando-se de leis de eficácia internas, a Administração estará livre de apreciação judicial.

Conforme esse entendimento, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estaria sobre o âmbito da discricionariedade apenas quando se tratar de normas internas à Administração, não sofrendo, nesse caso, a apreciação do Judiciário.

O jurista alemão Georg JELLINEK, por sua vez, entende que os conceitos jurídicos indeterminados estariam dentro da competência discricionária do administrador público:

"O conceito indeterminado é que abre oportunidade à discricionariedade do Juízo. É necessário que isto seja bem compreendido. Nem sempre que a lei emprega um conceito indeterminado resulta que, só por esse fato, ela autorize uma atividade discricionária, toda atividade fundada em juízo discricionário pressupõe uma ordem legal, traduzida em conceito

---

<sup>72</sup> A expressão "conceitos jurídicos indeterminados" também pode ser entendida na doutrina como "normas aberta", "conceitos de valor", "conceitos elásticos", "conceitos imprecisos" dentre outras.

<sup>73</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 158.

<sup>74</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo Atlas, 1991, p. 68.

indeterminado (...) Juízo discricionário é também a faculdade de delimitar ou circunscrever um conceito legal indeterminado, com a ressalva de que não incorra em erro."<sup>75</sup>

Pensando de forma contrária, Antônio Francisco de SOUZA<sup>76</sup>, monografista português sobre o tema, comentando o posicionamento de Buhler, sustentou que todos os conceitos vagos são jurídicos, ou melhor, pertencem ao âmbito da vinculação legal. Com efeito, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, o agente público deve considerar apenas o sentido legal, decidindo pela sua verificação ou não. Conclui, então, que não existe espaço residual pertencente exclusivamente à administração, sendo critério geral para interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados a “opinião comum”.

Eduardo GARCIA DE ENTERRIA<sup>77</sup>, por sua vez, entende que os conceitos indeterminados compreendem conceitos de experiência ou de valor – não conduzem a uma situação de indeterminação na sua explicações. Tais conceitos, segundo o estudioso, só permitem uma “unidade de solução”.

Já Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO<sup>78</sup>, defende que não se pode negar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, igualmente razoáveis, em decorrência da fluidez dos conceitos indeterminados, que permitirá ao administrador a escolha de qualquer uma delas. Afirma, ainda, que apesar de o administrador estar agindo dentro de uma liberdade intelectual, não haveria título jurídico que qualquer controlador de legitimidade, ainda que fosse o Judiciário, que lhe corrigisse a conduta. Isso porque, prossegue o autor, se a intelecção administrativa não

---

<sup>75</sup> JELLINEK, Walter. *Gesetzanwendung und Zweckniässigkeitserwagund*, p. 36/37, apud CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**, vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958, p. 28.

<sup>76</sup> SOUZA, Antônio Francisco de. “Conceitos Indeterminados” no *Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. P. 37, apud TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariiedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 42.

<sup>77</sup> GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. I Madrid: Civistas, 1981, p. 385.

<sup>78</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio **Discricionariiedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 23.

contrariar o direito – este é o pressuposto – faleceria título jurídico ao órgão controlador de legitimidade.

Conclui, por fim, o professor Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO<sup>79</sup>, que tanto a liberdade intelectual, própria da aplicação dos conceitos fluídos, quanto e a liberdade volitiva, própria da discricionariedade, produzem efeitos de direito idênticos.

Nossos Tribunais superiores têm entendido no sentido de que, muito embora aos conceitos indeterminados seja conferido algum grau de discricionariedade, o Poder Judiciário não se exime de analisar se a aplicação pelo agente público é a mais adequada para o caso em concreto.

Nesse sentido, é o que julgou o Ministro Eros ROBERTO GRAU, em sede de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança<sup>80</sup>, *in verbis*: “Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário”. Não foi diferente o entendimento do Ministro FÉLIX FISHER que, ao julgar o RMS 19.590, que versa sobre a aplicação do conceito “relevante interesse público” ponderou:

“Assim, não há outro exame a fazer senão o dos próprios motivos apresentados pelo Conselho da Magistratura, quando indeferiu o pedido do recorrente, com vistas a verificar se, de fato, adotou-se a solução adequada.”<sup>81</sup> (grifo nosso)

Embora, portanto, ainda não esteja pacificado o entendimento sobre o tema, é consensual que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, sendo entendido, ou não, como de exercício discricionário, não pode fugir ao “direito”. Converte-se o entendimento de que a falta de observância legal, ou seja, a negativa de observância ao princípio da legalidade, quando da aplicação do conceito jurídico

---

<sup>79</sup> *Op Cit*, p. 25.

<sup>80</sup> STF, RMS 24.699/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30/11/2004.

<sup>81</sup> STJ, RMS 19.590/RS, Rel. Min. Félix Fischer, DJ 20/03/2006.

indeterminado no caso concreto, possibilitaria o controle judicial nos limites da legalidade.<sup>82</sup>

#### **4. A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE EM DECORRÊNCIA DA JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS.**

O princípio da legalidade, como já afirmamos antes, preceitua que Administração nada pode fazer senão o que a lei determina, “donde administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições”<sup>83</sup>.

Todavia, o princípio da legalidade na administração, que antes entendido como mera subversão da atividade administrativa à lei no sentido formal, típica do pensamento do Estado Liberal<sup>84</sup>, passou a ser entendida de maneira ampla e adequada à nova fase do pensamento jurídico<sup>85</sup>. A legalidade, a partir desse momento, admite outros tipos de expressões jurídicas além da lei, como os princípios, regras, normas, regulamentos etc. Nesse sentido, é o esclarecedor ensino do professor Juarez FREITAS:

---

<sup>82</sup> BANDEIRA DE MELLO, **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998. p. 25.

<sup>83</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 94.

<sup>84</sup> DI Petro, Maria Silvy Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. p. 19.

<sup>85</sup> Conforme ensina Paulo SCHIER, essa nova fase jurídica decorre como antítese dos “longos anos em que o Direito viveu sob o quadro escuro do positivismo jurídico. Sob a ditadura dos esquemas lógico-subsuntivos de interpretação, da redução do direito a enunciados lingüísticos, da repulsa aos fatos e à vida em relação a tudo que se dissesse jurídico” [...] Precisou o neoconstitucionalismo trazer a luz e as águas reparadoras ao mundo do Direito” (Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n° 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 25 de agosto de 2008).

"Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como razoável. Não significa dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A submissão razoável apresenta-se menos como submissão do que como respeito. Não é servidão, mas acatamento pleno e concomitante à lei e, sobretudo, ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia relativa, assertiva que vale para os princípios em geral.<sup>86</sup>

Para compreendermos melhor esse fenômeno, porém, é necessário esclarecer que os princípios, no pensamento jurídico moderno, possuem status conceitual e positivo de norma de direito, de norma jurídica.<sup>87</sup> O que possibilitou, portanto, o alargamento do conceito de legalidade.

#### 4.1 NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS:

Quem muito nos ensina sobre a normatividade dos princípios, Paulo BONAVIDES<sup>88</sup> aponta três fases distintas sobre a juridicidade dos princípios: a fase jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista.

Segundo o autor, a fase jusnaturalista posiciona os princípios em uma escala abstrata e metafísica, basicamente “nula e duvidosa”, em que os autores da época

---

<sup>86</sup> FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60-61.

<sup>87</sup> ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 60.

<sup>88</sup> BONAVIDES. Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 232.

tratavam os princípios como “axiomas jurídicos” ou normas estabelecidas pela “reta razão”.

Em um segundo momento, na fase Positivista, da qual, diga-se, ainda herdamos alguns vícios, os Princípios integram os códigos como fonte alternativa subsidiária, ou, como diz Gordillo CAÑAS, ao ser citado por BONAVIDES, como “válvulas de segurança” das codificações. Seu valor não se apresenta em razão ou por constituírem um Direito Natural ou ideal, senão por derivarem da própria lei<sup>89</sup>.

Por ultimo, a fase atual, do pós-positivismo, que, segundo BONAVIDES<sup>90</sup>, corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século passado, acentua a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual “assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.

Usando a mesma figura de linguagem, cabe registrar, também, a douta colocação de Miguel REALE, que afirma que os princípios não podem se dissociados do contexto geral:

"Um edifício tem sempre suas vigas mestras, suas colunas primeiras, que são o ponto de referência e, ao mesmo tempo, elementos que dão unidade ao todo. Uma ciência é como um grande edifício que possui também colunas mestras. A tais elementos básicos, que servem de apoio lógico ao edifício científico, é que chamamos de princípios, havendo entre eles diferenças de destinação e de índices, na estrutura geral do conhecimento humano."<sup>91</sup>

Bonavides prossegue sua explicação, não antes de prestar tributo à BOULANGER, Professor da Faculdade de Lille, a quem reputa ser o idealizador da teoria da normatividade dos princípios, afirmando que:

---

<sup>89</sup> *Op cit* p. 235.

<sup>90</sup> *Op cit* p. 237.

<sup>91</sup> REALE Miguel. **Filosofia do Direito**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 61.

[...] não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e princípios a espécie.<sup>92</sup>

O diferencial entre essas categorias, também ensina o Professor alemão Robert ALEXY<sup>93</sup>, é que o princípio, como espécie de norma jurídica, não determina as conseqüências normativas de forma completa, são mandados de otimização do sistema jurídico, ao contrário das regras, que possuem caráter de obrigação definitiva.

Os princípios são, ainda segundo ALEXY, proposições normativas de um tão alto nível de generalidade que podem, via de regra, não ser aplicados sem o acréscimo de outras premissas normativas e habitualmente, são sujeitos às limitações por conta de outros princípios.<sup>94</sup>

Dentro desse enquadramento, apresenta-se a constituição, e aqui podemos falar da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como um documento normativo formado por essas duas categorias regulatórias diferentes: princípios e regras. E merece ter a nossa concordância o Professor Paulo SCHIER, para quem princípios e regras, sob o ponto da vigência e coercitividade, não divergem. “São ambos comandos normativos e vinculantes e, por isso, dotados de autoridade que lhes conferem a rigidez e supremacia da Constituição”<sup>95</sup>.

---

<sup>92</sup> BONAVIDES, Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 259.

<sup>93</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy editora, 2001, p. 248.

<sup>94</sup> *Idem*

<sup>95</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo, **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 15 de agosto de 2008.

Por fim, sintetizando tudo o que se explica, vale-se, novamente, das de Luis Roberto BARROSO<sup>96</sup>:

"E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade funcional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada.

As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídicos. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu no Brasil, a nova interpretação constitucional."

Assim, pois, é que devem ser entendidos os princípios para a boa gestão da coisa pública, como normas de eficácia e efetividade aptas a pautar a atividade administrativa, sendo certo que a violação de qualquer dessas, sendo de natureza constitucional ou administrativa, caracterizam-se em evidente caso de ilegalidade.

#### 4.2 A JURIDICIDADE DOS PRINCÍPIOS

Em decorrência da visão pós-positivista dos princípios, que os consideram normas jurídicas aplicáveis e coercitivas, observa-se a tendência de mudança no conteúdo jurídico do princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito. Esta,

---

<sup>96</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**, tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, pp. 5/6.

pois, não se refere mais apenas à estrita observância da lei em sentido formal, mas sim a todo o ordenamento jurídico.

Passou-se, então, a ser concebido o conceito de juridicidade dos princípios, segundo o qual a atividade administrativa deve agir não só em conformidade à lei, decretos ou regulamentos, mas como também a todos os princípios do ordenamento jurídico. O princípio da juridicidade, com efeito, passaria a abranger o princípio da legalidade, conforme afirma Germana MORAES<sup>97</sup>:

“A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição.”

[...]

“A moderna compreensão filosófica do direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, com a conseqüente substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins de controle jurisdicional da Administração Pública.”

Ao nosso juízo, no entanto, o princípio da legalidade entendido em sentido amplo, tal como entendido por Lúcia Valle FIGUEIREDO<sup>98</sup>, que afirma que “o princípio da legalidade é bem mais amplo de que mera sujeição do administrador à lei, pois aquele, necessariamente, deve estar submetido também ao Direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais”, levaria a mesma

---

<sup>97</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 24.

<sup>98</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed. Malheiros, São Paulo: 1998, ps. 39-40.

conclusão e aos mesmos efeitos da observância do princípio da juridicidade. Ambos preceituam que a atividade administrativa deve-se pautar não apenas na lei, mas como também às normas e princípios constitucionais.

Dessa forma, em que pese o entendimento da Professora Germana MORAES, não haveria necessidade de se substituir a aplicação do princípio da legalidade – entendido em sentido amplo – pelo princípio da juridicidade.

Mais importante do que isso, porém, é celebrar a conquista alcançada pela solidificação desses conceitos no contexto jurídico atual, que abriram novas margens para a atuação e controle da atividade administrativa, na medida em que a legalidade passar a ser composta, também, pelas normas, princípios e todo o ordenamento jurídico.

## **5. O CONTROLE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO EM FACE DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (SENTIDO AMPLO).**

Conforme discorremos anteriormente, a atividade administrativa carece de controle, pois a sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração<sup>99</sup>. No entanto, é discussão centenária na doutrina, quais seriam os limites do controle realizado pelo Judiciário da atividade administrativa.

Como questiona Lúcia Valle FIGUEIREDO<sup>100</sup>, “até onde o Poder Judiciário poderia chegar? Pode atingir a chamada “área discricionária”? Tem também o magistrado discricionariedade, ou sua tarefa é a subsunção à lei?”

Se é certo que a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito<sup>101</sup>, é certo também que o juízo de conveniência e oportunidade

---

<sup>99</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007 p. 223.

<sup>100</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed. Malheiros, São Paulo: 1998, p. 316.

<sup>101</sup> **Constituição Brasileira**: art 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”.

emanado pelo agente público sob determinado fato não pode ser substituído pelo do Juiz, sob pena de detrimento do princípio da tripartição dos poderes.

Não temos a pretensão propor uma solução à esses questionamentos, até porque, em que pese muito já se ter escrito, a doutrina e a jurisprudência ainda em muito divergem.

## 5.2 DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Todo ato administrativo, para ser considerado válido, deverá atender certos requisitos: quais sejam, *competência*, *finalidade*, *forma*, *motivo* e *objeto*. Ensina Romeu Felipe BACELLAR FILHO<sup>102</sup> que a *competência* deve ser entendida como parcela de atribuições conferida pela lei ao agente público; a *Finalidade* é o resultado a que se quer chegar com a prática do ato<sup>103</sup>; a *Forma* é o revestimento exterior do ato administrativo; o *Motivo* consiste na compatibilização dos fatos com o direito; e o *Objeto* do ato administrativo relaciona-se aos efeitos a serem alcançados com a realização deste.

Para nós, cabe estudar o *motivo* do ato administrativo do tipo discricionário, mais especificamente seu *mérito*, que consiste na valoração dos fatos em face dos critérios de oportunidade e conveniência<sup>104</sup>.

SEABRA FAGUNDES<sup>105</sup>, ensina que o mérito do ato administrativo envolve interesses políticos, que extrapolam ao direito: "Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, eqüidade, razoabilidade moralidade, etc. de cada procedimento administrativo". E, em virtude

---

<sup>102</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66-69.

<sup>103</sup> Para Romeu Felipe Bacellar Filho, deve-se sempre almejar a finalidade pública. (**Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 66-69).

<sup>104</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed. Malheiros, São Paulo: 1998, p. 179.

<sup>105</sup> SEABRA FAGUNDES, M. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957, p. 167-168.

disso, e muito embora tenha admitido que os atos administrativos fossem subsimíveis ao controle judicial, afirmou que o *mérito* do ato administrativo não poderia ser sindicado.

Esse entendimento, contudo, passou a ser relativizado, principalmente em decorrência da expansão do Poder Executivo, que trouxe como conseqüência o crescimento do seu controle pelo Poder Judiciário, inclusive quanto aos critérios de conveniência, oportunidade e justiça do mérito dos atos discricionários<sup>106</sup>, bem como em decorrência da efetividade dos princípios constitucionais, que passaram a ter *status* de norma jurídica.

### 5.3 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

O mérito do ato discricionário, portanto, envolve questões políticas e de governo, onde é conferido, pela lei, liberdade de atuação ao agente público a fim de que sejam alcançadas as finalidades públicas.

Embora não seja de forma exclusiva, a maioria dessas atividades estatais é realizada no âmbito do Poder Executivo. Atendida à legalidade (sentido amplo), não se pode permitir a ingerência dos outros poderes nos atos de caráter político conferidos ao Executivo.

Daí decorre o entendimento, perfilhado pela maioria da doutrina, de que o mérito do ato administrativo não sofre a apreciação pelo Poder Judiciário.

É que o princípio da separação dos poderes, que outrora considerado absoluto, sob pena de se estar diante da tirania<sup>107</sup>, ainda é digno ser observado. Seu

---

<sup>106</sup> BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Renovar, 2003, Rio de Janeiro, p. 52.

<sup>107</sup> “Madison, um dos idealistas do sistema americano, no O Federalista, n. XLVII, diz: A acumulação de todos os poderes, legislativos, executivos e judiciais, nas mesmas mãos, sejam estas de um, de poucos ou de muitos, hereditárias, auto-nomeadas ou eletivas, pode se dizer com exatidão que constitui a própria definição da tirania.”( O Federalista, XLVII DALLARI *apud* Dalmo ABREU. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 19ª edição, Editora Saraiva, 1995, São Paulo-SP p. 196).

principal idealista moderno, Charles de MONTESQUIEU<sup>108</sup>, concebeu a separação dos poderes sob a perspectiva de que os três poderes, executivo, legislativo e judiciário, exercessem suas funções de maneira independente, autônoma e harmônica entre si.

Não obstante esse princípio da separação ser alvo de constantes ataques e críticas, vez que, como diz Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO<sup>109</sup>, “sua importância costuma ser minimizada; seu fim, profetizado; sua existência, até negada”, a separação dos poderes desempenha papel relevante no contexto jurídico contemporâneo, não apenas porque é cláusula pétrea na Constituição de 1988<sup>110</sup>, mas também porque atua como um importante sistema de controle jurídico do poder, conforme ensina o professor português Nuno PIÇARRA, citado por BARROSO<sup>111</sup>:

“Na sua dimensão orgânico funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação dos poderes políticos-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente seu núcleo intangível”.

Dessa forma, o princípio da separação dos poderes, que ao mesmo tempo distribui funções típicas a cada Poder, atribuindo-lhes competência para atuar, também prevê o controle jurídico de cada um deles. A grosso modo, portanto, negar a competência do executivo para atuar discricionariamente, independente de interferências dos outros poderes, é negar a própria existência de controle efetuado

---

<sup>108</sup> MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. Apres. Renato J. Ribeiro; Trad. Cristina Murachco. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

<sup>109</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gomes. **Curso de Direito Constitucional**, 21ª ed., São Paulo: Saraiva. p. 119.

<sup>110</sup> Art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

<sup>111</sup> PIÇARRA, Nuno *apud* BARROSO, Luis Roberto. Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, nº. 4, dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 20 de setembro de 2008.

entre eles, pois ambos conceitos são próprios e inerentes à teoria de MONTESQUIEU.

Isso, pois, explica, de maneira sucinta, os motivos pelos quais não compete ao Judiciário sindicá-lo o mérito do ato administrativo quando atento à legalidade. E a doutrina, de modo geral, atende nessa linha. A exemplo é o ensino de Diógenes GASPARINI:

"Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha, se faz por critérios de *conveniência e oportunidade*, ou seja, de *mérito*. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou de outro modo

Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da *conveniência* e da *oportunidade*, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública, conforme vêm decidindo nossos Tribunais (RF, 225:96 e RT 446:213)"<sup>112</sup>

Lúcia Valle FIGUEIREDO<sup>113</sup> adota o mesmo posicionamento quanto à impossibilidade de apreciação, pelo Judiciário, do mérito do ato discricionário:

---

<sup>112</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 87/88.

<sup>113</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 211/212.

“A jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários não se submeteriam a controle, no pertinente a seu *mérito*. O caminho da evolução foi – sem dúvida – a afirmação de que ao Judiciário caberia controlar toda a atividade administrativa desde que não invadisse o *mérito* das decisões discricionárias.”

E por *mérito* do ato compreendiam-se as razões de conveniência e oportunidade que teriam fundamentado a decisão do administrador”

Por fim, também defendem esse entendimento Marçal JUSTEN FILHO, pelo qual “não se admite que o juízo de conveniência e oportunidade, inerente à atividade administrativa, seja revisado pelo órgão de fiscalização”<sup>114</sup>, e Romeu Felipe BACELLAR FILHO,<sup>115</sup> que afirma:

“Uma vez que a competência, a finalidade e a forma são vinculadas, ou seja, a lei não deixa margem de atuação, tem-se que o mérito, que pressupõe o exercício da discricionariedade, recai sobre os elementos objeto e motivo. Em relação a estes aspectos, não cabe correção judicial, desde que não caracterizem excesso ou desvio de poder. Assim, afirma-se que não compete ao Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo.”

Por mais acertado que seja esse entendimento, há quem diga que o mérito deva ser sindicado pelo Judiciário. Isso é o que diz o Professor da Universidade Federal de Minas Gerais, Florivaldo DUTRA ARAÚJO, ao afirmar “quanto menos intensamente regrado o ato, mais a motivação faz-se necessária ao seu controle e, pois, à sua validade.”<sup>116</sup>

---

<sup>114</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 746.

<sup>115</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

<sup>116</sup> ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992, p. 133.

Perfilha nesses caminhos, ainda, alguns julgados de nossos Tribunais Superiores que, a título de garantidores da aplicação dos princípios da razoabilidade e moralidade, afirmam ser possível o controle de mérito do ato administrativo discricionário. Pede-se licença para transcrever ementa de um desses:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei.
2. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, **pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.**
3. O Ministério Público não logrou demonstrar os meios para a realização da obrigação de fazer pleiteada.
4. Recurso especial improvido.”<sup>117</sup>(grifo nosso)

Argumentando seu voto, cuja ementa se transcreveu, a Ministra Eliana Calmon afirma:

Assim, quando o Judiciário exerce o controle "a posteriori" de determinado ato administrativo não se pode olvidar que é o Estado controlando o próprio Estado. Não se pode, ao menos, alegar que a competência jurisdicional de controle dos atos administrativos incide, tão somente, sobre a legalidade, ou melhor, sobre a conformidade destes com a lei, pois, como se sabe, discricionariiedade não é liberdade plena, mas, sim, liberdade de ação para a Administração Pública, dentro dos limites previstos em lei, pelo legislador. E é a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação.”<sup>118</sup>(grifo nosso)

<sup>117</sup> REsp 510259 / SP. Min. Eliana Calmon, DJ 19/09/2005.

<sup>118</sup> *Idem*

Percebe-se, no entanto, que a Ministra adotou sentido restrito ao entendimento de legalidade, pois não considerou a moralidade e razoabilidade como seus integrantes, pelo que afirmou ser necessário invadir ao mérito do ato discricionário para que tais princípios fossem observados.

Contudo, como já se explicou aqui, não é necessário que se invada o mérito do ato discricionário para que seja corrigido em função da observância dos princípios, pois o mesmo, nesse particular, deverá ser considerado ilegal. E, em virtude disso, e somente porque considerado ilegal, é que há a possibilidade de ser controlado pelo Judiciário.

Nesse viés, inclusive, é o que afirma Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO<sup>119</sup>, que ensina que extrapola o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente público adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal. Dessa forma, naqueles atos contaminados por intuits pessoais, os realizados fora da competência, os que revelam opção desarrazoada e os que exprimem medidas incoerentes, a autoridade pública haverá transbordado o mérito do ato e evadindo-se ao campo de liberdade que lhe assistia. Esse ato, portanto, será ilegítimo e o Poder Judiciário poderá fulminá-lo, pois estariam saindo da esfera da legalidade.

O que se quer dizer, portanto, é que o ato administrativo discricionário, embora tendo um núcleo intocável – mérito – deverá atender ao princípio da legalidade entendido no sentido amplo, pelo que deverá observar não somente à lei no sentido formal, mas também todo o ordenamento jurídico vigente, sob pena de ser anulado.

Caso, então, algum princípio constitucional ou administrativo esteja sendo escarnecido pelo ato administrativo discricionário, o que irá se submeter ao exame do Judiciário não será o seu mérito, mais sim sua conformidade com a legalidade.

---

<sup>119</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.pp. 82/83.

Nota-se, por fim, que a opinião trazida à baila, que de nova não tem nada, vez que diversos doutrinadores já caminharam neste sentido, perfilha no entendimento de que, a despeito do mérito do ato discricionário ser inviolável pelo Judiciário, sob pena de violação à separação dos poderes, é necessário que sobre ele recaia controle sob, apenas, o prisma apenas da legalidade. Legalidade, todavia, entendida de maneira rica, ampla, e adequada a nova função que os princípios passam a exercer.

## **6. CONCLUSÃO**

A despeito de ser concisa a presente explicação, algumas idéias podem ser extraídas, as quais, embora não sejam novidade para quem nos lê, contribuem para solidificar uma percepção de controle da atividade administrativa atenta à nova realidade jurídica.

Constatou-se que a atividade administrativa, como exeqüente da função executiva atribuída ao Estado, deve-se pautar na realização do bem-comum e na persecução dos direitos fundamentais. Para isso, é necessária que esteja sob constante controle para que não fuja aos propósitos a que foi criada.

Vimos que como conquista do Estado de Direito, a legalidade surge para garantir que ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer, senão em virtude de lei. Por outro lado, surge, também, para que ao Estado se estabeleça modos predeterminados de agir, a fim atender as necessidades coletivas. Dessa forma, ao Estado não caberia agir senão em virtude do que a lei determina.

Ato contínuo, demonstrou-se que em virtude do legislador não poder prever todos os acontecimentos atinentes à atividade administrativa, a lei cria uma margem de liberdade de atuação ao agente público, que deve sempre observar o conteúdo jurídico da legalidade.

E não somente a atividade discricionária deverá se ater à legalidade, mas também o emprego dos conceitos indeterminados que, em que pese a discussão doutrinária sobre sua natureza discricionária, deverá, igualmente, ter como elemento norteador o princípio da legalidade.

Percebeu-se, também, que a legalidade teve seu conteúdo modificado em razão da normatividade (juridicidade) dos princípios que passam a ter efetividade, passando a ter *status* de norma jurídica. Em virtude disso, esse princípio, que antes era entendido como mera subversão à lei no sentido formal, passou a ser entendido como dever de observância à lei, princípios e a todo o ordenamento jurídico vigente.

Destacou-se, por fim, que no ato administrativo discricionário há um núcleo não apreciável pelo Judiciário, ou seja, que sobre ele o juiz não poderia se opor. Isso porque, conforme se demonstrou, a substituição do juízo do Magistrado pelo do agente público estaria a comprometer o princípio da separação, que ainda cumpre uma importante função no Estado de Direito.

Esse núcleo, no entanto, que corresponde ao mérito do ato discricionário, permaneceria incólume ao controle do Judiciário, desde que o ato não transbordasse o campo da legalidade. Ao Judiciário, portanto, caberia o exame apenas da legalidade do ato discricionário. Legalidade, porém, no sentido amplo.

## 7. REFERÊNCIAS

ABREU, Dalmo. **Elementos de Teoria Geral do Estado**, 19ª edição, São Paulo: Saraiva, 1995.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v.I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de agosto de 2008.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 20ª ed. 2. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Elementos de Direito Administrativo**, 1ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. “Poder” Discricionário. **Revista de Direito Público**. nº. 76 out./dez, 1985.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle judicial**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BARROSO, Luis Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Princípio da Legalidade. **Boletim de Direito Administrativo**, Ano XIII, v. 01, p. 15-28, São Paulo: Editora NDJ, Janeiro de 1997.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Constitucional**, tomo III, Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

\_\_\_\_\_. Ação Declaratória de Constitucionalidade: vedação ao nepotismo. **Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado**, Salvador, nº. 4, dezembro 2005, janeiro/fevereiro 2006. Disponível na Internet: <[www.direitodoestado.com.br](http://www.direitodoestado.com.br)>. Acesso em 20 de setembro de 2008.

BONAVIDES. Paulo Bonavides. **Curso de Direito Constitucional**. 11<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. **Revista de Direito Público**. Rio de Janeiro. Revista dos Tribunais. 47/48, 1976.

CAMPOS, Francisco. **Direito Administrativo**, vol. I , Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **A Discricionariedade: Análise de seu Delineamento Jurídico**. In: GARCIA, Emerson (Coord.). Discricionariedade Administrativa. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria do Estado**. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista de Direito Público**, nº95, julh/set, 1990.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder Administrativo no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 179/80:51-92, jan./jun. 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Filosofia do Direito Administrativo**, 1<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo Atlas, 1991

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DIÓGENES GASPARINI, **Direito Administrativo**, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO, Lucia Valle Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gomes. **Curso de Direito Constitucional**, 21ª ed., São Paulo: Saraiva.

\_\_\_\_\_. **Liberdades Públicas**. São Paulo: Saraiva, 1978.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. **Curso de Derecho Administrativo**, vol. I Madrid: Civistas, 1981.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Poder Discricionário**. Revista de Direito Público. Nº 93, jan./mar.1990.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz = De jure belli ac pacis**. Tradução de Ciro Mioranza, Ijuí: UNIJUÍ, 2004.

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

MANCUSO, Sandra Regina. **A Concreção do Poder Discricionário**. RT – 686. Dezembro: 1986.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª. Ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. 15 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MENDES, Gilmar. "**Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**". Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de agosto de 2008.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **O Espírito das Leis**. Apres. Renato J. Ribeiro; Trad. Cristina Murachco. 3ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003

MOREIRA, Egon Bockmann. Notas sobre o Sistema dos Atos e Contratos Administrativos. **Fórum Administrativo**. nº. 55, set/2005.

\_\_\_\_\_. **Processo Administrativo – Princípios constitucionais e a Lei 9.784/1999**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007

REALE Miguel. **Filosofia do Direito**, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos Desafios da Filtragem Constitucional no Momento do Neoconstitucionalismo. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acessado em 25 de agosto de 2008.

SEABRA FAGUNDES, M. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. e MORAIS José Luis Bolzan. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SUNFELD, Carlos Ari. **O Ato Administrativo Inválido**, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1990.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariedade Administrativa: ação de improbidade & controle principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004.

VIEIRA, José Roberto. Legalidade Genérica, in Fundamentos Republicanos-democráticos da Legalidade Tributárias: Óbvios Ululantes e Não Ululantes. In: FOLMANN, Melissa (coord.). **Tributação e Direitos Fundamentais: Propostas de Efetividade**. Curitiba. Juruá, 2006.

XAVIER, Pedro Henrique. Ato Administrativo: conceito e elementos. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, América do Sul, 22.3.09.2007.