

ROSALINA CRUZ CAVAGNOLLI

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS: APRECIÇÃO JURISDICIONAL**

**CURITIBA
2003**

ROSALINA CRUZ CAVAGNOLLI

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CONCEITOS
JURÍDICOS INDETERMINADOS: APRECIÇÃO JURISDICIONAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, sob a orientação da Professora Doutora Angela Cassia Costaldello.


**CURITIBA
2003**

TERMO DE APROVAÇÃO

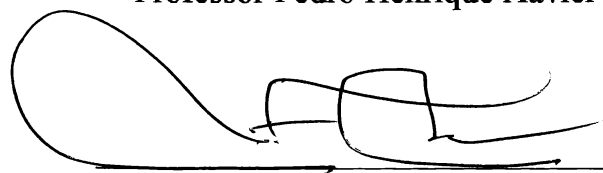
ROSALINA CRUZ CAVAGNOLLI

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E OS CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS: APRECIÇÃO JURISDICIONAL

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientadora: Professora Angela Cassia Costaldello


Professor Pedro Henrique Xavier


Professor Romeu Felipe Bacellar Filho

Curitiba, 07 de outubro de 2003.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E ATO ADMINISTRATIVO	03
1.1 Regime Jurídico Administrativo e função administrativa	03
1.2 Conceito de ato administrativo	06
2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	09
2.1 Vinculação e discricionariedade	09
2.2 Justificação da discricionariedade	14
2.3 Limites da discricionariedade	17
3 O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E A DISCRICIONARIEDADE	21
3.1 O Controle jurisdicional e os elementos do ato administrativo	23
3.1.1 Competência ou sujeito	23
3.1.2 Forma	24
3.1.3 Objeto ou conteúdo	26
3.1.4 Motivo	27
3.1.5 Finalidade	30
3.1.6 Causa	34
3.2 A discricionariedade e a incidência do controle jurisdicional nos conceitos jurídicos indeterminados	35
3.3 Controle na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados à luz dos Princípios Constitucionais implícitos e explícitos	41
3.3.1 Princípio da Legalidade	43
3.3.2 Princípio da Moralidade	46
3.3.3 Princípio da Eficiência	48
3.3.4 Princípio da Razoabilidade	50
3.3.5 Princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial	52
3.3.6 Princípio da Separação de Poderes	53
3.3.7 Os Princípios Constitucionais e os conceitos jurídicos indeterminados	55
CONCLUSÃO	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	59

RESUMO

O exercício da função administrativa ocorre, basicamente, mediante a prática de atos administrativos com a observância dos ditames do regime jurídico administrativo. Nesses atos ora prepondera a vinculação, ora a discricionariedade, cuja existência é justificada por critérios práticos e jurídicos. Várias correntes procuram determinar a natureza e conceito da discricionariedade, e diversos limites são estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, sendo que a extrapolação de qualquer deles pode levar à invalidação do ato pelo Poder Judiciário. Este controle, a ser aplicado sobre o ato em todos os seus componentes, deve ter por pano de fundo os princípios constitucionais explícitos e implícitos, especialmente quando a discricionariedade estiver localizada em situações delineadas por conceitos jurídicos indeterminados, pois há aqui um estreitamento do campo de liberdade de escolha por parte do administrador, devendo este respeitar também os limites do próprio conceito.

Palavras-chave: ato administrativo, controle, discricionariedade, princípios, vinculação.

INTRODUÇÃO

O impulso inicial para a realização da presente pesquisa decorreu de algumas situações vivenciadas em que, após ouvir afirmações do tipo “não é dado ao Judiciário intrometer-se no mérito do ato administrativo”, ficaram as mesmas soando de forma estranha e incômoda, clamando por explicações e fundamentos.

Uma pequena dedicação ao assunto já foi suficiente para perceber que o tema vem afligindo os doutrinadores desde o advento do Estado de Direito, não estando, ainda, pacificada a questão até o momento.

A discricionariedade abrange diversos aspectos o que a torna um assunto bastante amplo, sendo que é natural o encontro de dificuldades para o seu esgotamento, especialmente na espécie de trabalho em tela.

Assim, o presente estudo procura apontar os principais tópicos ligados à idéia, bem como alguns dos diferentes focos dados pela doutrina.

A pesquisa inicia indicando aspectos gerais concernentes ao Direito Administrativo cuja abordagem é imprescindível para a compreensão do tema. É o caso do regime jurídico administrativo e da função administrativa, que serão tratados no primeiro capítulo, juntamente com o conceito de ato administrativo.

Na seqüência o trabalho adentra no núcleo do tema da discricionariedade procurando abordá-la em seu aspecto conceitual, sua natureza e sua estrita ligação com a vinculação, além de seus fundamentos, limites, e formas de manifestação.

O terceiro capítulo é dedicado à análise do controle jurisdicional do ato administrativo, especialmente em seus aspectos discricionários, sendo subdividido em três tópicos: o primeiro aborda o controle jurisdicional do ato administrativo, tanto em sua integralidade, quanto em cada um de seus componentes; no segundo, trata-se do tema do controle sob o prisma dos conceitos jurídicos indeterminados, colocando-se a discussão doutrinária acerca da existência ou não de discricionariedade nos mesmos; no terceiro, passa-se para o fechamento do trabalho com a inserção de aspectos concernentes a alguns princípios constitucionais ligados à discricionariedade, na tentativa de demonstrar argumentos que fundamentem o controle jurisdicional no caso

de o Poder Judiciário se deparar com a necessidade de apreciar atos administrativos que tenham em si conceitos jurídicos indeterminados.

1 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E ATO ADMINISTRATIVO

1.1 Regime Jurídico Administrativo e Função Administrativa

O tema da discricionariedade exige a abordagem de alguns aspectos que estão com ela diretamente relacionados. É o caso do regime jurídico administrativo e da função administrativa.

Segundo os ensinamentos de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, o regime jurídico-administrativo é designado por um sistema de princípios e subprincípios que guardam entre si uma relação lógica de coerência e unidade¹.

Para o autor, o Direito Administrativo tem por fundamento dois grandes princípios apontados como sendo a “pedra de toque” do regime jurídico-administrativo, quais sejam, a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Desses, haveria uma decorrência sucessiva² de diversos subprincípios. Nestes termos, da supremacia do interesse público sobre o privado decorre “a posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares e a posição de supremacia do órgão nas mesmas relações”³. Da conjugação destes dois preceitos, resulta a exigibilidade dos atos administrativos e a possibilidade de revisão dos próprios atos por parte da Administração.

Quanto à indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos, no sentido de que “os bens e interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador”, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO aponta as seguintes conseqüências ou subprincípios:

¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 45-50.

² Sobre essa decorrência sucessiva, explica o citado mestre: “Todos os princípios expostos e que se apresentam como decorrências sucessivas, uns dos outros, sofrem, evidentemente, limitações e temperamentos e, como é óbvio, têm lugar na conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições, respeitados os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas nas normas que os consagram.” (Ibid., p. 63-64).

³ Ibid., p. 60.

a) da legalidade com suas implicações ou decorrências; a saber: princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do Estado; b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública e seu cognato, o princípio de continuidade do serviço público; c) do controle administrativo ou tutela; d) da isonomia, ou igualdade dos administrados em face da Administração; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos; g) do controle jurisdicional dos atos administrativos.⁴

Esses caracteres do regime previsto para a Administração, são justificados pela responsabilidade de atendimento do interesse público, já que é uma organização destinada ao serviço da sociedade. Não se trata de um privilégio, mas de instrumentos necessários para o bom desempenho da função que lhe foi constitucionalmente atribuída.⁵

O conjunto de princípios assinalado identifica no regime jurídico administrativo dois caracteres essenciais, quais sejam, prerrogativas e sujeições, cuja existência dá caráter bipolar ao Direito Administrativo em que se vislumbra tanto a liberdade do indivíduo quanto a autoridade da Administração.⁶

Sendo a função administrativa o objeto do Direito Administrativo, torna-se importante a colocação de alguns apontamentos que, embora sucintos, são de fundamental importância nesta parte inicial da pesquisa, já que envolvem aspectos concernentes à discricionariedade.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, a atividade administrativa é marcada pela idéia de função. Esta expressão, em direito, refere-se à idéia de que “alguém dispõe de um poder à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio”⁷.

⁴ Ibid., p. 65-66.

⁵ Sobre o assunto, Miguel Sánchez MORÓN ensina: “Estes caracteres são precisamente os que – aqui como em todas as partes – legitimam a atribuição à Administração de um conjunto de poderes, faculdades e prerrogativas de direito público, iniciado pela presunção de legalidade de suas atuações e a conseqüente executividade de suas decisões. Tais atribuições jurídicas não constituem, pois, um anomalia (ou um ‘privilégio’, como impropriamente se fala) que se tenha que reduzir ao mínimo, senão que são instrumentos necessários para que a Administração possa desempenhar a função que tem constitucionalmente encomendada, ao serviço da coletividade. (MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa Y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 99-100). Tradução nossa.

⁶ DI PEITRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 58-59.

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Desvio de Poder*. In: *Revista de Direito Público* n. 89, jan-mar 1989, p. 26.

Tal posicionamento advém do magistério de Afonso Rodrigues QUEIRÓ que assim se manifesta:

no caso da atividade administrativa, a norma é antes de mais dirigida como comando aos órgãos ou autoridades que constituem o elemento pessoal da grande corporação designada pelo nome de Administração. Esse comando é sempre um comando de agir, positiva ou negativamente. Nisto se distinguem as normas de direito público administrativo das normas de direito privado, dirigidas aos indivíduos como particulares, que só excepcionalmente representam para os destinatários uma obrigação de agir, quer positiva, quer negativamente. Ninguém tem obrigação de contratar, de dispor por testamento, de exercer o seu direito de propriedade; quando um particular, deve agir, realizar obrigatoriamente um particular complexo de interesses alheios, devemos crer que ele realiza uma função especificamente pública. A essência do direito privado está na autonomia da vontade dos respectivos sujeitos; a essência do direito público, do direito administrativo *in specie*, na obrigação para os respectivos agentes de realizarem os interesses que as leis lhe entregam para que deles curem. Atinge este fim, fundado nesta norma. Não sem intenção dizemos que esta é a essência, quer dizer, o que há de irreduzível em qualquer norma de direito administrativo: esta supõe sempre um agente, um órgão e atribui-lhe uma função, ou seja, atribui-lhe alguns interesses específicos, ou alguns fins concretos, ou algumas atividades determinadas. Interesse, fim, atividade, ato, são termos que se identificam, e são a matéria que a norma de direito circunscreve e individualiza⁸

Assim sendo, como o texto da Constituição Federal estabelece que todo poder emana do povo, “o poder que o agente administrativo maneja é colhido na fonte legislativa – representativa de nossa voz – e só é exercitável para atender ao nosso interesse (interesse do povo, da coletividade). O terceiro – o sujeito alheio ao administrador enquanto tal – é a coletividade em cujo proveito se exerce o poder.”⁹

Lúcia Valle FIGUEIREDO, por seu turno, diz que a função administrativa consiste “no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.”¹⁰

Para Renato ALESSI, função administrativa, no seu plano jurídico, é a função de emanar comandos complementares, ou de atos integrativos, aos preceitos normativos abstratos com a finalidade de lhes dar completa e imediata operatividade.

⁸ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. In Revista de Direito Administrativo. Vol. VI, out 1946, p. 51-53.

⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed., 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 54.

Acrescenta que o princípio da divisão de poderes não é rígido nem absoluto, havendo, portanto, o exercício da função administrativa, de forma atípica, pelo Legislativo e Judiciário.¹¹

Com base nesse magistério, Raquel Cristina RIBEIRO NOVAIS conclui que “a noção de função administrativa pode ser definida como um *dever-poder* (competência) atribuída a determinados órgãos para concretizar os fins do Estado”; correlacionando com a idéia de Estado de Direito, no qual os fins se encontram previstos em lei (normas jurídicas de caráter abstrato), a “produção de atos de natureza jurídica complementar (forma de concretização do dever) só pode se dar de forma circunscrita na lei e em complementação a ela.”¹²

Nestes termos, a concretização dos fins do Estado, previstos no ordenamento, ocorre mediante atos administrativos. Estes só podem ser praticados com estrita observância ao princípio da legalidade, tema que será adiante abordado¹³. Entretanto, é conveniente, para o bom desenvolvimento e entendimento da pesquisa, trazer alguns dos principais aspectos colocados pela doutrina acerca de seu conceito.

1.2 Conceito de ato administrativo

À discricionariedade, é ínsita a noção de ato administrativo, por ser neste que a mesma se manifesta. No nosso caso, o foco principal do trabalho não se refere ao ato propriamente dito, mas a uma de suas formas de manifestação. Assim sendo, serão apenas apresentados alguns conceitos trazidos por administrativistas de renome no cenário nacional.

¹⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 2ª ed. rev. Atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 33.

¹¹ No original: “Ora, funzione amministrativa, sul piano giuridico, è la funzione di emanare statuzioni (o quanto meno atti preparatori od integrativi delle medesime) aventi valore *complementare* nel senso sopradetto, rispetto ad um precetto normativo ostratto mancante di concreta ed immediata operativita, al fine appunto di permettere siffatta operatività concreta” (ALESSI, Renato. Principi di diritto amministrativo. Vol. I, 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1978, p.10.)

¹² NOVAIS. Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In Estudos de Direito Administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 21.

¹³ Ver capítulo 3, item, 3.3, sub-item 3.3.1, p 41.

Para Régis Fernandes de OLIVEIRA, o ato administrativo é definido como sendo “declaração unilateral do Estado, ou de quem faça suas vezes, no exercício da função administrativa, que produza efeitos jurídicos individuais e imediatos”¹⁴.

A definição é explicitada da seguinte maneira: é uma declaração porque os atos materiais encontram-se fora do conceito, entretanto, este engloba os atos de juízo, conhecimento e opinião, já que os mesmos, “embora não sejam frutos da vontade do administrador, recebem o mesmo tratamento normativo, não havendo razão para excluí-los do conceito de atos administrativos”.¹⁵ Por afastar os contratos efetuados pela Administração, já que são bilaterais, considera uma declaração unilateral, sendo esta emanada do estado ou de quem faça suas vezes, “visto que existem atos típicos que são praticados por outras pessoas de Direito Público interno, ou, mesmo, por pessoas criadas pelo Poder Público, de caráter privado, mas que exercem a função administrativa.”¹⁶

A função administrativa, por sua vez, integra o conceito porque é ampla, “sendo o ato um dos modos de sua explicitação”. Ainda, aponta que o ato “deve produzir efeitos jurídicos (ficam, com tal afirmação, excluídos os atos de convites etc.), que nenhum efeito jurídico produzem. Tais efeitos devem ser imediatos e individuais, o que extrema o ato administrativo do regulamento e os efeitos devem, nos atos plurais, ser entendidos como apenas os finais (voto de um Conselheiro no Tribunal de Contas).”¹⁷

De forma aproximada, Lúcia Valle FIGUEIREDO constrói um conceito de ato administrativo no qual insere, além dos caracteres trazidos por Régis Fernandes de OLIVEIRA, a discriminação dos pólos da relação jurídica (Estado e administrado) e a característica essencial de contrastabilidade pelo Poder Judiciário.¹⁸

¹⁴ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 56-57.

¹⁵ *Ibid.*, p. 49.

¹⁶ *Ibid.*, p. 57.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Seu conceito final é o seguinte: “ato administrativo é a norma concreta posta pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, cujo objeto é criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (Estado) e o administrado, suscetível de ser contratada pelo Poder Judiciário.” (FIGUEIREDO, *ob. cit.*, p. 92).

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, por sua vez, aponta uma noção de ato administrativo em sentido amplo - no sentido de que abrange atos gerais e abstratos e os atos convencionais - como sendo “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes –como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”¹⁹.

Em sentido estrito, diz o autor que deve acrescentar-se ao conceito as características de concreção e unilateralidade, surgindo a seguinte noção: “declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”²⁰.

Depreende-se dessa breve análise que o estudo da teoria dos atos administrativos segue, via de regra, a teoria geral dos atos jurídicos. Ou seja, há atos praticados ou provocados pela Administração aos quais o Direito atribui determinados efeitos jurídicos.

Por outro lado, as noções de ato administrativo mencionadas indicam a existência de alguns elementos essenciais que compõem o conceito, podendo ser apontados os seguintes: manifestação ou declaração (presente aqui, portanto, o elemento vontade); a unilateralidade (expressão do poder de império da Administração, com as prerrogativas e restrições do regime jurídico administrativo); emissão por parte do Estado ou de quem faça suas vezes; necessidade de produção de efeitos jurídicos e sujeição ao controle do Poder Jurisdicional.

¹⁹ MELLO, Curso ... p. 352.

²⁰ Ibid., p. 354.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Está pacificado na doutrina o entendimento de que a discricionariedade não só existe como é uma necessidade em qualquer das formas de Estado, inclusive no Estado de Direito²¹. Passamos, portanto, à análise de sua natureza a qual, por razões adiante mencionadas, não pode ser dissociada da idéia de vinculação.

2.1. Vinculação e discricionariedade

Conforme indica Lúcia Valle FIGUEIREDO, “é fácil dizer o que não é a discricionariedade, mas difícil a afirmação positiva.”²²

Assim, diversas correntes doutrinárias formaram-se ao longo do tempo visando explicar sua natureza²³. Algumas delas, entretanto, já estão superadas. É o caso da que afirma ser a discricionariedade um campo de insubordinação a regras jurídicas, defendida por MICHOU²⁴.

Resiste, entretanto, vários posicionamentos podendo-se indicar três grandes grupos:

O primeiro sector doutrinário vê na discricionariedade uma liberdade de escolha do agente entre vários comportamentos possíveis – a lei indicaria ao agente o fim a prosseguir, mas deixar-lhe-ia a determinação dos meios e das circunstâncias.

²¹ QUEIRÓ, ob. cit., p. 44.

²² FIGUEIREDO, ob. cit., p. 135.

²³ Uma síntese das diversas correntes é encontrada em artigo escrito por Walter CAMPAZ: Discricionariedade. *In* Revista de Direito Público, n. 47-48, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano IX, p. 29-37. Deixamos de inseri-lo no texto por detectar algum entendimento diferente no original. É o caso, por exemplo, de Carlos Garcia OVIEDO, citado por CAMPAZ como sendo um dos que equipara a discricionariedade a um campo de insubordinação a regras jurídicas. Entretanto, GARCIA OVIEDO, em sua obra “Derecho Administrativo”, após apontar a diferença entre poder discricional e regulamentado, expressamente faz a seguinte ressalva: “Do que resulta, que, se no poder discricional a Administração se vê obrigada a acomodar sua atuação no fim do serviço, previsto na lei, já não é mais possível falar de um poder discricional à moda clássica, isto é, como poder extralegal, absolutamente livre. Mas se se considerar este poder segundo o sentido que lhe dá a doutrina moderna, sua existência é inegável, derivando da impossibilidade de a lei prever todas as necessidades e circunstâncias objeto da ação administrativa, o que obriga ao reconhecimento de ampla faculdade à Administração para proceder segundo os ditados do momento, se bem que sempre de acordo com o fim do serviço prevista na mesma. É um poder de apreciação condicionado pelo fim.” (OVIEDO, Carlos Garcia. *Derecho Administrativo*. 3ª ed. Madrid: E.I.S.A., 1951, p. 89-90).

²⁴ *Apud*: QUEIRÓ, ob. cit., p. 41.

O segundo grupo pretende que a discricionariedade é uma operação intelectual por parte do agente; a norma jurídica emprega por vezes conceitos vagos, imprecisos, ou susceptíveis de vários sentidos, e compete ao agente completar a norma, precisar-lhe o sentido, e obter assim a directiva para o caso concreto.

Por fim a última corrente considera que o cerne da discricionariedade é a remissão do agente para normas extra-jurídicas, que podem ser técnicas, científicas, ou ainda normas de boa administração. O agente deveria sempre preencher o vazio da norma jurídica com a referência a estas normas.²⁵

As duas últimas idéias são expurgadas por André Gonçalves PEREIRA por não abrangerem a totalidade das características jurídicas do poder discricionário. A última idéia aponta tão-somente um dos aspectos, designado como discricionariedade técnica. Quanto à penúltima, afirma que a discricionariedade se distribui pelos vários elementos do ato administrativo e que não há liberdade na interpretação da norma, pois “reduzi-la à simples formulação de um juízo é afinal negar o próprio poder discricionário, reconduzir todo o poder à vinculação”. Expõe que “a discricionariedade começa onde acaba a interpretação”²⁶.

Assim, a característica essencial da discricionariedade é a “existência de várias soluções válidas”, e a escolha faz-se pela vontade psicológica do agente. Desta forma, conclui que “há discricionariedade quando a norma jurídica previamente confere valor jurídico a qualquer actuação do agente, dentre uma série quer ilimitada, quer limitada, de actuações possíveis, desde que a intenção do agente seja a prossecução do fim legal.”²⁷

A dificuldade de conceituação leva os autores, via de regra, a trilhar um caminho de contraposição à vinculação para chegar à construção de um conceito de discricionariedade.

Para Régis Fernandes de OLIVEIRA a vinculação se caracteriza “pela impossibilidade de mais de um comportamento possível por parte da Administração. (...) Ocorrido, pois, o pressuposto fático previsto na hipótese normativa e presente o mandamento ou comando legal, outra coisa não resta ao agente que cumprir o

²⁵ PEREIRA, ob. cit., p. 216.

²⁶ Ibid., ob. cit., p. 217.

²⁷ Ibid., ob. cit., p. 221.

dispositivo. (...) Não há opção. A lei impõe determinado comportamento e só um, de tal forma que não há possibilidade de entendimento diverso.²⁸

Já, a discricionariedade para o autor compreende “a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública.”²⁹

No mesmo sentido, expõe Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO:

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o *único* possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu *objetivo* reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irredutível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se que, em tais casos, a Administração dispõe de um “poder” discricionário.³⁰

A utilização da expressão “poder discricionário”, segundo Vitor Nunes LEAL, é mais acertada do que “ato discricionário”, já que o ato administrativo nunca será inteiramente discricionário.³¹

Explica Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que esse poder jamais pode resultar da ausência de lei que disponha sobre o assunto, mas tão somente pode irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado. Portanto, assim como a grande maioria dos autores, não admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei.³²

Igual posicionamento é encontrado em Luiz Alberto BLANCHET o qual ressalta a importância da norma como fonte da discricionariedade, já que neste caso o

²⁸ OLIVEIRA, ob. cit., p. 75.

²⁹ Ibid., p. 78.

³⁰ MELLO, Discricionariedade ... , p. 09

³¹ LEAL, Vitor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. In: Revista de Direito Administrativo, vol. 14, 1948, p. 57-58.

³² MELLO, Discricionariedade ... , p. 13.

legislador determina o rumo que deve seguir a Administração Pública. A norma, ao mesmo tempo que cria a discricionariedade, condiciona também o seu exercício.³³

Ainda sobre o “poder”, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO explica que o “eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever.” Fala de um dever assinalado pela lei, como um comando existente no Direito Público, ou seja, a finalidade estampada na lei se propõe, para qualquer agente público, “como um ímã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico”³⁴. É de se ressaltar que o seu entendimento de discricionariedade não compreende apenas o tema concernente ao mérito do ato administrativo - opção administrativa efetuada com base em critérios de conveniência e oportunidade – inserindo também a intelecção dos conceitos vagos.

Com isso, conclui pelo seguinte conceito de discricionariedade:

discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios conscientes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.³⁵

Na mesma opinião, isto é, de que a discricionariedade caracteriza-se por uma certa margem de liberdade de decisão, deixada intencionalmente pelo legislador, para que a autoridade, diante do caso concreto, opte por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito, encontra-se o posicionamento de Maria Sylvania Zanella DI PIETRO.³⁶

³³ BLANCHET, Luiz Alberto. Discricionariedade Administrativa.(dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito Público da UFPR) 1990, p.21.

³⁴ MELLO, Discricionariedade ... , p. 15.

³⁵ Ibid., p. 48.

³⁶ A noção é assim exposta: “Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, *todas válidas perante o direito*. Nesses casos, o poder da Administração é *discricionário*, porque a adoção de uma ou de outra solução é baseada em critérios de *mérito* – oportunidade, conveniência, justiça, igualdade, a serem perquiridos pela autoridade, porque não definidos pelo legislador. Foi este que, ao reger a matéria, deixou intencionalmente a decisão para a Administração, segundo critérios que só podem ser levados em consideração, adequadamente, diante do caso concreto.” (DI PIETRO. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988, São Paulo: Atlas, 1991, p. 40).

Lúcia Valle FIGUEIREDO, por seu turno, ressalta a interpretação³⁷, a ser realizada com critérios de razoabilidade, como momento anterior à tomada de decisão por parte do agente. Sua conclusão converge com a de DI PIETRO no sentido de que, somente diante do caso concreto, ou seja, no processo dinâmico da norma, é que o administrador encontra a melhor solução para o atendimento do interesse público.³⁸

Outro sentido, ligeiramente diferente, é dado por Bartolomé A. FIORINI, o qual afirma que a discricionariedade administrativa não surge por deficiências da legislação ou por descuido do legislador, sendo a mesma caracterizada como ferramenta da Administração para assegurar uma forma eficaz de utilização dos meios para o atingimento dos fins, ou seja, dos interesses públicos entregues a sua tutela. Assim conclui o autor:

La discrecionalidad es, entonces, la herramienta jurídica que la ciencia del derecho entrega al administrador para que la gestión de los intereses sociales se realice respondiendo a las necesidades de cada momento. (...) es una autorización limitada a un fin determinado, para que aprecie las condiciones presentes cuando administre el interés social específicamente contenido en la norma legislativa. La discrecionalidad es una forma de actuar de la administración pública para poder realizar una recta administración de los cambiantes intereses sociales.³⁹

Por fim é de se ressaltar que, acerca da vinculação e discricionariedade, é pacífico na doutrina que não existe ato totalmente vinculado ou ato totalmente discricionário⁴⁰. Ou seja, uma vez que o ato administrativo possui vários componentes,

³⁷ “O intérprete, o aplicador, para concretizar a norma geral, deverá primeiramente interpretá-la, depois terá de valorar qual a melhor maneira de atender à utilidade pública. Tal valoração, entretanto, não é livre, no sentido de que possa o administrador, se assim o entender, preencher o conceito com seus critérios próprios.” (FIGUEIREDO, ob. cit., p. 127).

³⁸ Id.

³⁹ Tradução: A discricionariedade é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize respondendo às necessidades de cada momento. (...) é uma autorização limitada a um fim determinado, para que aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificamente contido na norma legislativa. A discricionariedade é uma forma de atuar da administração pública para poder realizar um reta administração dos mutáveis interesses sociais. (FIORINI, Bartolome A. La Discrecionalidad em la Administracion Pública. Buenos Aires: Ed. Alfa, 1948, p. 40.)

⁴⁰ Nesse sentido, explica Hely Loles MEIRELLES que “a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado.” Da mesma forma, expõe o autor que dificilmente nos deparamos com um ato administrativo inteiramente vinculado, já que existem aspectos sobre os quais a Administração terá opções na sua realização. (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 18ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p.102-103.)

alguns deles, como é o caso, por exemplo, da competência e da finalidade, devem estar sempre subordinados ao disposto pela lei, enquanto que outros podem ser discricionários⁴¹.

Do que foi exposto, conclui-se que a definição de vinculação é pacífica na doutrina, como sendo a unicidade de comportamento da Administração em atendimento ao que já está preestabelecido na lei. Já, em relação à discricionariedade, parece que, dentre as idéias mencionadas, os melhores argumentos são os apresentados pela corrente que aponta a liberdade de escolha, por parte do agente, de uma, dentre duas ou mais opções, todas válidas perante o ordenamento jurídico, posicionamento este que prevalece atualmente. Discussão mais acirrada reside, entretanto, na questão dos conceitos jurídicos indeterminados, aspecto que será adiante abordado⁴².

2.2 Justificação da discricionariedade

Conforme Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, costuma-se justificar a discricionariedade administrativa segundo critérios práticos e critérios jurídicos.

Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade se justifica tanto pela impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses a serem enfrentadas pelo administrador, quanto para que não ocorra automatismo na ação da Administração, já que esta necessita de iniciativa para atender da melhor forma as necessidades coletivas, pois, “a dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.”⁴³

Sob o ponto de vista jurídico, explica DI PIETRO que a justificação decorre da teoria de Kelsen, ou seja, da idéia de que a ordem jurídica não é um sistema de normas de igual hierarquia, havendo uma graduação das mesmas, sendo que a validade da inferior remonta à superior. Citando Kelsen, a autora explica que ocorre “uma margem mais ou menos ampla de livre apreciação, de maneira que a norma de grau superior

André Gonçalves PEREIRA, na mesma esteira, conceitua a discricionariedade e não o poder discricionário. Justifica: “parece-nos a única solução compatível com o reconhecimento de que em todos os actos há discricionariedade e vinculação, e que a discricionariedade pode existir em relação a diversos elementos do acto.” (PEREIRA, ob. cit., p. 222.)

⁴¹ Ver infra, capítulo 3, item 3.1, p.22.

⁴² Ver infra, capítulo 3, item 3.2, p. 34.

tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de consumação que a executa, o caráter de um marco que há de ser observado por esse ato”. Os atos administrativos teriam, assim, o acréscimo de um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, sendo lícitos se respeitados os limites desta. Conclui que “é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade.”⁴⁴

QUEIRÓ aponta também a impossibilidade lógica de o legislador transmitir comandos precisos e inuvidosos. Dado que no Estado de Direito é o órgão legislativo que formula as diretrizes da atividade da Administração, e que estas são normas dirigidas como comandos de agir, positiva ou negativamente, com indicação das condições de fato em que a Administração deve agir, “é material e logicamente impossível, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto”, de tal forma que o agente ao executar essas ordens, fixe-se numa das várias interpretações possíveis.⁴⁵

Esse mesmo ponto de vista é partilhado por Régis Fernandes de OLIVEIRA. Para este, no que tange à impossibilidade jurídica, ainda que fosse possível o legislador explicitar minuciosamente suas intenções, com abrangência de todas as ocorrências possíveis, acabaria ocorrendo supressão do órgão administrativo ou executivo, já que este não passaria de mero cumpridor de ordens emanadas pelo Poder Legislativo.⁴⁶

Sobre essa colocação sobressai a ponderação de FIORINI, quando afirma que “el legislador puede sancionar una ley con todos los detalles posibles, pero no podrá captar las transformaciones inciertas futuras. Por otra parte si llegara a hacerlo, la vigencia temporal de esta norma sería precaria, y se resentiría por su ineficacia. Sería siempre una norma inoperante.”⁴⁷

⁴³ DI PIETRO, Discricionariedade ... p. 41.

⁴⁴ Ibid., p. 44.

⁴⁵ QUEIRÓ, ob. cit., p. 51-58.

⁴⁶ OLIVEIRA, ob. cit., p. 80

⁴⁷ Tradução: “o legislador pode sancionar uma lei com todos os detalhes possíveis, porém não pode captar as transformações incertas futuras. Por outro lado, se chegasse a fazer, a vigência temporal desta norma seria precária e ressentir-se-ia por sua ineficácia. Seria sempre uma norma inoperante.” (FIORINI, ob. cit., p. 37.)

Para Miguel Sánchez MORÓN, a discricionariedade, necessária no Estado de Direito, possui fundamento na Constituição pois esta atribui aos órgãos de governo função de direção política e administrativa. Se essa função institucional estiver preestabelecida de maneira absoluta e rígida pela lei, não há possibilidade de ser desempenhada corretamente em virtude do grande volume de necessidades coletivas e tarefas impostas ao atual modelo de Estado.⁴⁸

Idéia parecida é encontrada em Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO para quem o fundamento da discricionariedade “reside, simultaneamente, no intento legislativo de cometer ao administrador o encargo, o dever jurídico, de buscar identificar e adotar a solução apta para, no caso concreto, satisfazer de maneira perfeita a finalidade da lei e na inexorável contingência prática de servir-se de conceitos pertinentes ao mundo do valor e da sensibilidade, os quais são conceitos chamados vagos, fluidos ou imprecisos”.⁴⁹

Afonso Rodrigues QUEIRÓ apresenta também a questão sob o ponto de vista de ponderação entre os princípios da certeza do direito e da segurança jurídica e eventual sacrifício da equidade:

A predeterminação legislativa do meio jurídico a empregar é um tributo pago à necessidade da *certeza* do direito, da segurança jurídica, com possível sacrifício da equidade, pois não pode haver dúvidas de que, para considerar adequadamente o valor ou desvalor – o valor relativo – de um procedimento para a prossecução de um certo fim prático, estão normalmente os bons administradores em muito melhor posição do que o legislador. O administrador pode atender às particularidades de cada caso, enquanto o legislador dispõe para a generalidade deles, para casos considerados em abstracto e só, portanto, pelo lado de seus aspectos comuns. Com a predeterminação legislativa da medida a adotar, sacrifica-se o interesse da equidade em benefício do interesse da certeza jurídica.⁵⁰

⁴⁸ MORÓN, Ob. cit., p. 113.

⁴⁹ MELLO, Curso ... p. 826.

O mesmo posicionamento possui Hely Lopes MEIRELLES que também justifica a discricionariedade pela impossibilidade de o legislador catalogar na lei todos os atos que a prática administrativa exige. Aponta que a liberdade deixada “funda-se na consideração de que só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica – lei – de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto” (MEIRELLES, ob. cit., p.104).

⁵⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. O Poder Discricionário da Administração. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1948, p. 234.

Assim, se o legislador muitas vezes não vincula a atividade da Administração, é porque reputa necessária a sua liberdade. Existe, portanto, a intencionalidade do legislador em outorgar a liberdade de escolha ao agente, podendo aquele, sempre que quiser, predeterminar em todos os pormenores, a conduta da Administração em todas as hipóteses. “Não é, portanto, em uma razão de absoluta impossibilidade, de inexequibilidade de uma vinculação integral, que se pode filiar a atribuição, em determinados casos, de certa margem de discricionariedade à Administração pública.”⁵¹

Vê-se, portanto, que as teorias que procuram identificar as razões da discricionariedade, buscam-na, em regra, no momento da atividade legiferante, ou seja, da criação legislativa. Na maioria das vezes, isto ocorre com ênfase na intencionalidade do criador da norma em deixar o espaço de decisão para a Administração.

2.3 Limites da discricionariedade

Não há dúvidas de que a discricionariedade se trata de um poder demarcado, delimitado. Esses limites são, entretanto, apontados pela doutrina sob o prisma de diversos ângulos.

Para Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, os pontos que demarcam a extensão desses limites são os próprios pressupostos legais justificadores do ato, a finalidade normativa e a causa do ato.

Explica que, por mais vagas e fluidas que sejam as noções manipuladas pela lei, não existe imprecisão absoluta, sendo sempre possível circunscrever o âmbito da significação e reduzir a fluidez a um mínimo. Afirma que “a discricionariedade fica, então, acantonada nas regiões em que a dúvida sobre a extensão do conceito ou sobre o alcance da vontade legal é *ineliminável*.”⁵²

Sobre a finalidade, traz a idéia de que a atividade administrativa é subordinada ao cumprimento de certos interesses, adentrando na noção de função já exposta no início

⁵¹ Ibid., p. 237.

deste trabalho⁵³. O plexo de poderes de que desfruta o administrador “não lhe é conferido *in abstracto*, mas para ser mobilizado à vista de certa situação e em ordem a satisfazer certa finalidade.”⁵⁴

A causa é inserida pelo autor como limite, dentro da acepção trazida por André Gonçalves PEREIRA⁵⁵, ou seja, de uma compatibilidade lógica entre o elemento empírico que serviu de suporte para a prática do ato e o seu conteúdo, tendo em vista a finalidade legal do ato⁵⁶. Afirma Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que “se a lei não expressou o motivo legal justificador do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso.”⁵⁷

Almiro do Couto e SILVA indica limites jurídicos ao exercício do poder discricionário, afirmando que estes são “os traçados na lei que o instituiu ou os que resultam da *ratio legis* e do fim geral de utilidade pública, bem como das normas e princípios constitucionais conformadores da ação do Estado.”⁵⁸

Hely Lopes MEIRELES afirma que “mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa”. Disto decorre, segundo o autor, que a atividade discricionária permanece sempre sujeita a um duplo condicionamento: externamente, pelo ordenamento jurídico a que fica subordinada toda atividade administrativa e, internamente, pelas exigências do bem comum e da moralidade da instituição administrativa.⁵⁹

⁵² MELLO, Curso ... p. 834.

⁵³ Ver supra p. 3.

⁵⁴ Ibid., p. 836.

⁵⁵ Ver infra p. 32.

⁵⁶ A complementação “tendo em vista a finalidade legal do ato” é acrescentada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que justifica afirmando que tal correlação só é reconhecível e só faz sentido em vista da finalidade legal correspondente ao ato”(MELLO, Curso ... p. 373).

⁵⁷ MELLO, Curso ... p. 849.

⁵⁸ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *In: Revista de Direito Administrativo*, jan/jun 1980, p. 51-67.

⁵⁹ MEIRELES, ob. cit., p.104.

MORÓN, reafirmando que a discricionariedade administrativa é legitimada no Estado de Direito, “puesto que atañe a los elementos de oportunidad y a las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la Administración y que no son reductibles a un proceso lógico de interpretación y aplicación de las normas jurídicas”⁶⁰, aponta, além de limites específicos que derivam da norma que regula cada tipo de atuação discricional, limites jurídicos gerais e a submissão às regras de organização e procedimento.

Uma subdivisão em três tipos de limites é feita por FIORINI: negativos, relativos e positivos. Os primeiros dizem respeito aos condicionamentos regulados na ordem jurídica por normas superiores à Administração, incluindo-se aqui também as sentenças judiciais que digam respeito a litígios nos quais tenham sido discutidas situações normativas de essência legislativa; os segundos correspondem a eventuais disposições legais criadas pela própria Administração; os terceiros, por fim, referem-se a limites impostos com uma finalidade positiva, ou seja, são obrigações de fazer por parte da Administração, constituindo-se em guias que esta deve levar em conta ao praticar o ato.⁶¹

Juarez FREITAS coloca, de forma muito clara, a necessidade de observância, quando no exercício do poder discricional, do sistema jurídico como um todo. Explica que este é compreendido “como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos

⁶⁰ MORÓN, ob. cit., p. 91-92. Tradução: “posto que corresponde aos elementos de oportunidade e as valorações técnicas que concorrem em uma grande parte das atuações da Administração e que não são redutíveis a um processo lógico de interpretação e aplicação das normas jurídicas”

⁶¹ FIORINI, ob. cit., p. 129.

Sobre a importância desses limites positivos aponta FIORINI: “A figura jurídica da administração como gestora de interesses de terceiros, confirma o valor que deve ter seu labor. O limite positivo de obrigação de fazer uma boa administração, não pode ser desconhecido. Não se concebe que os direitos outorgados aos pais, sobre os bens que correspondem ao patrimônio do filho menor, sejam administrados de forma irresponsável como se estivessem em poder dos incapazes. A tutela tem por fundamento uma melhor e mais eficaz administração dos bens do menor. Igualmente o curador e os administradores de sociedades e instituições, etc. O mesmo se pode dizer, então, do administrador público; a gestão coletiva não lhe foi entregue para que a realize na forma deficiente da empresa particular se esta teria que satisfazer interesses sociais.” Tradução nossa (Ibid., p. 117).

fundamentais do Estado Democrático de Direito”⁶². Toda liberdade “negativa ou positivamente considerada, somente pode ser aquela que, por assim dizer, decorre da vontade do sistema, bem como de sua abertura ou ínsita indeterminação”, sendo o maior desafio tornar visível a vinculação pela totalidade dos princípios e, ao mesmo tempo, “a discricionariedade como não inteiramente descontínua ou sem limites”⁶³.

Completando essa idéia de discricionariedade vinculada aos princípios, Alexandre PASQUALINI aponta: “como a ordem jurídica se estrutura a partir da sistemática e vertical concatenação de normas, princípios e valores, a chamada discricionariedade se manifesta, apenas e tão-somente, no âmbito mais restrito e inferior das leis positivas, nunca em relação às indisponíveis e onipresentes diretrizes principiológicas do sistema.”⁶⁴

Outra idéia de limitação do poder discricionário pode ser tirada dos ensinamentos de QUEIRÓ quando este afirma que a liberdade é concedida ao administrador para que este obtenha a melhor satisfação da necessidade pública protegida. Explana o autor:

Parece, pois que, no âmbito das suas faculdades discricionárias, a Administração continua ligada ao pensamento, às intenções do legislador, continua a ser *actuação ou aplicação da lei*: os agentes não podem, sob pena de contrariarem a vontade desta, deixar de actuar de acordo com aquela que entendam ser a melhor apreciação dos interesses ou valores relativos dos vários comportamentos susceptíveis de ser utilizados. Os agentes são, em suma, *obrigados* a proceder a uma ponderação honesta do interesse ou do valor de cada medida. Neste sentido, sem dúvida que se pode considerar vinculada a actividade dita discricionária da Administração. Essa vinculação traduz-se, mais precisamente, em os agentes se poderem guiar apenas, e se deverem guiar apenas, pela idéia de satisfazer o melhor possível a necessidade protegida.⁶⁵

Percebe-se, portanto, que os doutrinadores, de uma forma ou de outra, acabam apontado que o principal limite da discricionariedade está assentado no próprio ordenamento jurídico, neste compreendido, além das normas positivas, também os princípios, sem contar outra importante corrente - liderada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO – que aponta também limites internos ao próprio ato administrativo como a finalidade e a causa.

⁶² FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. *In*: Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 137.

⁶³ *Ibid.*, p. 136.

⁶⁴ PASQUALINI, Alexandre. *Heremênutica e Sistema Jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito*. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999, p. 149.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO E A DISCRICIONARIEDADE

A doutrina, de forma geral, afirma que o controle jurisdicional⁶⁶ dos atos administrativos não pode inquirir o mérito, entendido este simplesmente como “o veículo pelo qual a Administração escolhe o caminho que melhor consulte o interesse público”⁶⁷, ou, “oportunidade, conveniência, justiça, igualdade, a serem perquiridos pela autoridade, porque não defnidos pelo legislador”⁶⁸, ou ainda, “o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.”⁶⁹

Hely Lopes MEIRELLES restringe o controle judicial ao exame da legalidade e legitimidade do ato impugnado:

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao judiciário é pronunciar-se sobre o *mérito administrativo*, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O *mérito administrativo*, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito⁷⁰

A parte da doutrina que sustenta a insindicabilidade do mérito do ato faz remissões aos ensinamentos de Miguel Seabra FAGUNDES. Este, em sua clássica

⁶⁵ QUEIRÓ, O Poder p. 268.

⁶⁶ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO eleva o controle jurisdicional dos atos administrativos à esfera de princípio: “(...) Com efeito, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contrastar seus atos com as exigências dela decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos e as reparações patrimoniais cabíveis”. (MELLO, Curso ... p. 76)

⁶⁷ LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. São Paulo: RT, 1981, p.66.

⁶⁸ DI PIETRO, *Discricionariedade* ... p. 40.

⁶⁹ MELLO, *Discricionariedade* ... p. 38

⁷⁰ MEIRELLES, ob. cit., p. 605-606.

obra “O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, trata do conceito de mérito afirmando que o mesmo está no sentido político do ato administrativo, constituindo um aspecto do procedimento da Administração para atender o interesse público com o concomitante ajuste aos interesses privados, os quais devem ser sempre levados em conta em qualquer medida administrativa. Assim, “ao poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente. Sob o prisma da legalidade.”⁷¹

Essa restrição deve ser vista com a devida atenção, uma vez que há necessidade de observância a todo balizamento do sistema jurídico. Nesse sentido bem assevera Juarez FREITAS: “tanto os atos administrativos vinculados quanto os discricionários devem guardar vinculação inteira com o sistema positivado. O mérito do ato não há de ser inquirido, mas, até em razão disso, o controle de sua adequação deve ser realizado com maior rigor, uma vez que a discricção existe, presumidamente, para que o agente concretize, com maior presteza, a vinculante finalidade do sistema.”⁷²

Assim, restringir demasiadamente o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa pode culminar na manutenção de decisões desacertadas e injustas. Entretanto, extremá-lo ilimitadamente leva ao risco de substituir decisões de autoridades democraticamente eleitas por decisões de autoridades que carecem de representatividade, embora tenham legitimidade constitucional para o exercício de suas funções.⁷³

É de se ressaltar que nossa Lei Maior consagra o princípio republicano, que tem ao lado das características da representatividade e transitoriedade, também a responsabilidade⁷⁴.

⁷¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. 6ª ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 126.

⁷² FREITAS, ob. cit., p. 146.

⁷³ MORÓN, ob. cit., p. 15.

⁷⁴ VIEIRA, José Roberto. Princípios Constitucionais e Estado de Direito. In Revista de Direito Tributário n. 54, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 1990, p.101.

Sobre a responsabilidade, Hely Lopes MEIRELLES chama atenção para o caso: “A responsabilidade pelos atos discricionários não é maior nem menor que a decorrente dos atos vinculados. Ambos representam facetas da atividade administrativa, que todo homem público, que toda autoridade, há de perلustrar. A timidez da autoridade é tão prejudicial quanto o abuso de poder. Ambos são deficiências do administrador, que sempre redundam em prejuízo para a Administração. O tímido falha, no administrar os negócios públicos, por lhe faltar fortaleza de espírito para obrar com

É pacífico na doutrina, conforma se verá a seguir, que o exame jurisdicional deve recair aos componentes do ato administrativo separadamente, dada a coexistência de vinculatividade e discricção num mesmo ato.

3.1. O Controle jurisdicional e os componentes⁷⁵ do ato administrativo

Quando se está, efetivamente, diante da discricionariedade, não pode o Poder Judiciário substituir ou anular a decisão da Administração, a não ser nos casos em que haja extrapolação dos limites. Por outro lado, o controle jurisdicional dos atos administrativos deve ocorrer de forma ampla quando há vinculação. A observação da regra impõe-se da mesma maneira quando se analisa separadamente os seus componentes.

Nos termos da lição de André Gonçalves PEREIRA, a falta de conformidade do ato com a lei em seu sentido material pode dar-se em qualquer de seus elementos.⁷⁶ Estes, segundo a maioria doutrinária, são competência ou sujeito, forma, objeto ou conteúdo, motivo, finalidade e causa.

3.1.1 Competência ou sujeito

Por competência, entende-se o plexo de atribuições outorgados pela lei ao agente administrativo para a consecução do interesse público postulado pela norma.⁷⁷

Régis Fernandes de OLIVEIRA afirma ser o sujeito condição de validade do ato administrativo, já que é necessária a existência de um sujeito para emissão do ato e que

firmeza e justiça nas decisões que contrariem os interesses particulares; o prepotente não tem moderação para usar do poder nos justos limites que a lei lhe confere. Um peca por omissão; outro, por demasia no exercício do poder.” (MEIRELLES, ob. cit., p. 153-154).

⁷⁵ Existe divergência doutrinária acerca da utilização do vocábulo “elementos”. Alguns o empregam, enquanto que outros preferem chamar de “requisitos” ou “condições”, dependendo sempre da ótica que se dê ao ato administrativo, ou seja, ora se olha este no que diz respeito à sua existência, ora no que diz respeito a sua validade. A preferência por “componentes” utilizada neste trabalho decorre das aulas de Direito Administrativo ministradas pela Prof^a. Angela Cassia Costaldello, na Faculdade de Direito da UFPR no ano passado, oportunidade em que se ponderou inexistir rotulação com o uso de tal expressão.

⁷⁶ PEREIRA, ob. cit., p. 132.

⁷⁷ FIGUEIREDO, ob. cit., p. 111.

tenha ele competência, entendida esta como o complexo de poderes funcionais conferidos por lei a cada órgão ou cargo para o desempenho das atribuições previstas no ordenamento.⁷⁸

Quanto à possibilidade existência de discricionariedade no que se refere ao sujeito ou competência, André Gonçalves PEREIRA assim se manifesta: “a averiguação pelo agente da extensão e da natureza da sua própria competência é assim, exclusivamente tarefa de interpretação da lei, dando lugar a uma única solução. Não há discricionariedade quanto à competência, embora o agente possa em certos casos escolher entre a passividade e a acção, isto é, pode haver discricionariedade quanto ao exercício da competência”⁷⁹

Idênticos posicionamentos são encontrados em Luciano Ferreira LEITE⁸⁰ e Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, sendo que esta ressalta a questão da irrenunciabilidade da competência que foi atribuída pela lei ao agente, porque lhe foi conferida em benefício do interesse público.⁸¹

Também Caio TÁCITO, já em 1959, sustentou que não há, em direito administrativo, competência geral ou universal, sendo a lei que preceitua, em relação a cada função pública, a forma e o momento do exercício das atribuições do cargo. “Não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de direito. A competência é, sempre, um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador.”⁸²

Pela idéias explanadas, vê-se que a doutrina é unânime em concluir que não há discricionariedade quando se trata do sujeito e da competência.

3.1.2 Forma

A forma, pode ser entendida como sendo o revestimento exterior do ato, ou seja, o modo pelo qual ele parece e revela sua existência⁸³. Via de regra, deve ser escrita.⁸⁴

⁷⁸ OLIVEIRA, ob. cit., p. 86.

⁷⁹ PEREIRA, ob. cit., p. 265.

⁸⁰ LEITE, ob. cit., p.55.

⁸¹ DI PIETRO, Discricionariedade ... p. 51.

⁸² TÁCITO, Caio O abuso de Poder Administrativo no Brasil (conceito e remédios). Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1959, p. 27.

⁸³ MELLO, Curso p. 361.

Em relação a ser a forma vinculada ou discricionária, também não há divergência na doutrina, diferindo tão-somente a maneira de colocação do problema por parte dos autores.

Luciano Ferreira LEITE afirma não haver discricionariedade, “na medida em que a regra de direito não deixar liberado o modo pelo qual deve se expressar a manifestação da vontade administrativa.”⁸⁵

Existem autores, como é o caso de Régis Fernandes de OLIVEIRA, que distingue forma de formalidade. Enquanto esta é prevista no ordenamento como modo de manifestação da vontade, sendo, portanto, sempre vinculante, com possibilidade de vícios⁸⁶, aquela é caracterizada como qualquer exteriorização do ato, pouco importando a formalidade de que ele se reveste. O vício, caso haja, estará sempre na formalidade. Por esse motivo, conclui o autor que a forma poderá ser discricionária.⁸⁷

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, por seu turno, aponta a divergência existente na doutrina e diz que, a não ser que haja imposição legal de obediência a determinada forma, o ato pode ser praticado da maneira que pareça mais adequada ao administrador. Expõe que, quando se fala em formalismo jurídico, o que se quer afirmar, na realidade, é a “necessidade de que ele seja expresso e escrito, salvo hipóteses excepcionais de atos verbais ou até mesmo tácitos.”⁸⁸

O mesmo ponto de vista encontramos em André Gonçalves PEREIRA, que afirma ser a forma um elemento que pode ser deixado sob a determinação do agente.⁸⁹

Disso se conclui que, sempre que houver estipulação pela lei de que determinada forma deve ser observada na prática de um ato administrativo, este só será válido se atender a prescrição legal.

⁸⁴ Lúcia Valle FIGUEIREDO ressalva, entretanto, que a forma pode ser tácita (sinal de trânsito em que o vermelho significa “pare”, o verde “passe” e o amarelo atenção”), ou oral, cujo exemplo é encontrado nas decisões de um colegiado, muito embora estas sejam documentadas ao final. (FIGUEIREDO, ob. cit., p. 117)

⁸⁵ LEITE, ob. cit., p.56.

⁸⁶ Neste caso, Régis Fernandes de OLIVEIRA cita como exemplo a prática de determinada atividade prevista no ordenamento que deve dar-se por decreto e, inobstante, é realizada por simples portaria (OLIVEIRA, ob. cit., p. 68).

⁸⁷ Ibid., p. 65-66 e 87.

⁸⁸ DI PIETRO, Discricionariedade ... p. 52.

3.1.3 Objeto ou conteúdo

A definição de objeto é colocada por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO a qual afirma que o mesmo pode ser definido como o efeito jurídico imediato que o ato produz, ou seja, aquilo que ele enuncia.⁹⁰

No que tange haver ou não discricionariedade neste componente, a citada administrativista assim se manifesta: “a norma jurídica, ao estabelecer os efeitos jurídicos que decorrem de determinada conduta, pode deixar ou não certa margem de discricionariedade para a Administração. Isto ocorre quando ela confere mera faculdade de agir e quando dá à Administração mais de uma opção para agir. É a discricionariedade situada no mandamento da norma.”⁹¹

Régis Fernandes de OLIVEIRA, baseado na lição de ZANOBINI, distingue conteúdo de objeto. Segundo sua visão, enquanto aquele é o próprio ato - a sua prescrição – o objeto é a coisa, a atividade, a relação de que o ato se ocupa, não sendo, portanto, nem elemento nem condição de validade do ato administrativo.⁹²

Assim, por considerar dessa forma – o conteúdo é o próprio ato – diz que trará ele em seu bojo a discricionariedade, já que “é a condição através da qual o ato se revela, se exterioriza.”⁹³

André Gonçalves PEREIRA, por seu turno, entendendo que o objeto “é a própria prescrição ou injunção que o acto contém, e portanto necessariamente uma declaração de vontade ou de conhecimento”⁹⁴, afirma que tal elemento “é o domínio por excelência da discricionariedade, e nenhuma dúvida haverá de que a sua determinação pode ser confiada pela lei ao agente.” Explica, entretanto, que só há discricionariedade quando, tendo a lei fixado o fim, deixa o objeto à livre determinação do agente.⁹⁵

⁸⁹ PEREIRA, ob. cit., p. 265.

⁹⁰ DI PIETRO, Discricionariedade ... p. 52.

⁹¹ Id.

⁹² OLIVEIRA, Ob. cit., p. 65-66.

⁹³ Ibid., p. 87.

⁹⁴ PEREIRA, ob. cit., p. 99.

⁹⁵ Ibid., p. 270.

O entendimento também é partilhado por Caio TÁCITO que conclui ser o objeto, por excelência, o terreno e o núcleo do poder discricionário.⁹⁶

Do que foi exposto se conclui que, em relação ao objeto ou conteúdo, pode haver discricionariedade. Entretanto, há que se ressaltar que o ato só será válido quando enunciar algo lícito, moral e possível jurídica e faticamente.

3.1.4 Motivo

Segundo a lição de Régis Fernandes de OLIVEIRA, o motivo é o pressuposto de fato, ou seja, são as circunstâncias objetivas que autorizam a prática do ato. Afirma que “revela-se o motivo no mundo empírico, podendo ser multiforme e absolutamente vasto. Qualquer acontecimento do mundo dos fatos pode ser trazido para o campo do direito.” Dessa forma, por estar fora do ato, o motivo, para o autor, não é considerado seu elemento, sendo apenas condição de validade.⁹⁷ Assim, uma vez que pode haver escolha dos pressupostos, sua conclusão é que o motivo poderá ser discricionário.

Luciano Ferreira LEITE, aproximando-se do mesmo ponto de vista, aponta que há vinculação nos pressupostos de fato e discricionariedade na escolha dos fatos.

Justifica essa afirmação colocando a possibilidade de controle de legalidade no exame dos pressupostos legais – aqueles abstratamente descritos na norma – sendo esta atividade vinculada se os pressupostos advierem da realidade empírica, ou atividade discricionária se os pressupostos advierem do mundo dos valores ou de conceitos imprecisos.

O mesmo controle de legalidade ocorre no exame dos pressupostos de fato e na qualificação destes pelos agentes. No primeiro caso, aponta vinculação, “na medida

⁹⁶ Seu argumento é o seguinte: “Examinados os motivos, ou seja, a matéria de fato ou de direito, a manifestação de vontade se traduz em um resultado (ação ou omissão), dentro da forma prevista na lei. A autoridade age para alcançar o objeto, ou seja, o efeito do ato jurídico. Este é, por excelência, o terreno do poder discricionário. Não existindo na lei uma obrigação certa de fazer ou não fazer, o administrador pode escolher o objeto do ato administrativo, decidindo sobre a oportunidade e conveniência dele. A livre determinação do objeto é, em suma, o núcleo do poder discricionário.” (TÁCITO, ob. cit., p. 28).

⁹⁷ OLIVEIRA, ob. cit., p. 69-70.

em os fatos se fundam na realidade empírica”, e no segundo caso discricionariedade, já que o agente escolhe os fatos que servirão de pressuposto para a emanção do ato.⁹⁸

Esse entendimento não é diferente da lição de Caio TÁCITO, que expõe: “enquanto a verificação da existência dos motivos é um aspecto objetivo, de feição material, a ponderação e o exame dos motivos é um aspecto subjetivo, correspondendo ao processo psicológico de formação do ato de vontade.”⁹⁹

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, por sua vez, aponta de maneira expressa as hipóteses em que haverá discricionariedade no que se refere ao motivo:

(...) haverá discricionariedade quando:

1. a lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração ‘ex officio’ do funcionário nomeado para o cargo de provimento em comissão (exoneração *ad nutum*); não há qualquer motivo previsto na lei para justificar a prática do ato; em casos como esse, cabe à autoridade escolher o motivo (desde que legal) que a levará a praticar determinado ato;
2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar ‘falta grave’ ou ‘procedimento irregular’ sem definir em que consistem; ou quando exige, para o provimento de certos cargos, ‘notável saber’; enfim, sempre que a hipótese da norma se refere a conceito de valor, como ordem pública, moralidade administrativa, boa-fé, paz pública e tantas outras de uso freqüente pelo legislador.¹⁰⁰

Para análise de legalidade do ato, sob o prisma do magistério de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, é preciso verificar primeiramente a existência do motivo em função do qual o ato foi praticado e, após, a correspondência do motivo existente com o motivo previsto na lei¹⁰¹. Por admitir haver certa discricionariedade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, aponta que, seja qual for a solução que se adote na matéria, ao judiciário caberá, “*quando menos*, verificar se a intelecção administrativa manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma

⁹⁸ LEITE, ob. cit., p.59.

⁹⁹ TÁCITO, ob. cit., p. 27.

¹⁰⁰ DI PIETRO, Discricionariedade ... p. 54.

¹⁰¹ MELLO, Curso ... p. 364-365.

desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo”¹⁰²

Por fim é de se colocar a diferenciação entre motivo e motivação. Esta refere-se à fundamentação que deve conter a regra de direito, os fatos em que o agente se estribou para decidir e a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.¹⁰³

A motivação dos atos administrativos deve ser sempre observada a teor do art. 93, X¹⁰⁴, da Constituição Federal. Sobre esta questão, expõe Juarez FREITAS: “Ambos, administrador e julgador, têm o dever de motivar os seus atos, exatamente em face da inafastável margem de subjetividade no mais vinculado dos atos, assim como em face da necessidade de tornar vinculada a sua atuação ao sistema, ainda quando de admitam, legalmente, os juízos de equidade ou de conveniência.”¹⁰⁵

Ainda sobre a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, sobressai novamente os ensinamentos de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO que, após indicar o dispositivo constitucional supra referido, conclui que, em se tratando de atos vinculados, nas algumas situações em que seja perfeitamente identificável a única providência qualificada legalmente como hábil e necessária para o atendimento do interesse público, o que mais importa é a verificação da efetiva ocorrência do motivo. Nestes casos, a falta de motivação, se demonstrado posteriormente de maneira indubitosa que o ato preexistia, o vício é sanável. Não é o que ocorre quando se tratar de ato praticado no exercício da competência discricionária que deve ser sempre motivado.¹⁰⁶

A conclusão que se tira neste ponto é que há possibilidade de existência de discricionariedade no que tange ao motivo sendo um dos requisitos essenciais do ato administrativo. Porém, deve o Poder Judiciário anular o ato quando este se apresentar

¹⁰² MELLO, Discricionariedade ... p. 92

¹⁰³ MELLO, Curso ... p. 366-367.

¹⁰⁴ “Art. 93 – Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I- (...) X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.”

¹⁰⁵ FREITAS, ob. cit., p. 133.

¹⁰⁶ MELLO, Curso ... p. 369.

com motivo inexistente, falso, imoral ou insuficiente¹⁰⁷. O mesmo deve acontecer se estiver ausente a motivação, ressalvando-se, neste caso, apenas a hipótese de ato manifestamente vinculado em que esteja claramente demonstrada a preexistência do motivo e a inexistência de prejuízo aos direitos dos indivíduos, caso em que pode o vício ser sanado.

3.1.5 Finalidade

A finalidade, segundo se demonstrará, é elemento vinculado já que o administrador não pode ter outro interesse a perseguir que não o interesse público.

Nos termos expostos, Caio TÁCITO, após proclamar a célebre locução de que “a regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador”, reafirma que a Administração deve servir, necessariamente, ao interesse público, não sendo lícito aos agentes servirem-se de suas atribuições para proporcionar a satisfação de interesses pessoais, político-partidários, ou até mesmo a outro interesse público estranho a sua competência. “A finalidade é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade nos atos administrativos.”¹⁰⁸

André Gonçalves PEREIRA afirma que quanto ao fim, não há discricionariedade no sentido de o agente poder determinar o objetivo a prosseguir. O autor chama atenção para certas hipóteses em que a lei formula alternativamente dois ou mais fins de interesse público, deixando ao agente a possibilidade de escolha daquele que pretende concretizar. Neste caso, explica, continua havendo vinculação pois o que há,

¹⁰⁷ É o que já vem acontecendo em alguns julgados, citando-se os seguintes: STF – “Controle jurisdicional de ato administrativo vinculado. O exame, pelo Poder Judiciário, de sua legalidade, compreende, quer os aspectos formais, quer os materiais, nestes incluindo os motivos e pressupostos que o determinaram” (STF – Pleno – Embargos em REextr. nº 75.421/BA – Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Diário da justiça, 1º out. 1976).

STJ – “Banco Central. Carta-Patente. Autorização. Poder discricionário da instituição. Controle jurisdicional. Vedação. Em se tratando de autorização, sujeita ao poder discricionário da administração e subordinada, nos limites da lei, aos critérios de conveniência e oportunidade, vedado é o controle jurisdicional” (STJ – 4ª T. REsp. nº 1.994/RS – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo).

No mesmo sentido: STF – 1ª T. – REextr. nº 81.523/PA – Rel. Min. Rodrigues Alckmin, Diário da Justiça, 9 ago. 1977.

¹⁰⁸ TÁCITO, ob. cit., p. 28.

na verdade, é uma amplitude maior de um fim também de interesse público para o qual é remetido o agente.¹⁰⁹

No mesmo sentido é a posição de Afonso Rodrigues QUEIRÓ, quando afirma que “a Administração não nasceu para a prossecução de todo e qualquer fim; o legislador não pode omitir a designação das finalidades a cuja realização deve tender a actividade administrativa (...) A Administração constitui-se e funciona para a satisfação de necessidades públicas, cujo número aumenta ou diminui de acordo com a vontade do legislador.”¹¹⁰

Ressalva, entretanto, que o fim pode ser traduzido tanto em conceitos teóricos como em conceitos de valor¹¹¹. Assim, por entender haver discricionariedade neste último caso, aponta que considerar o fim plenamente vinculado é um exagero.¹¹²

Neste tópico, enquadra-se também a ideia de desvio de poder. Isto porque a doutrina coloca tal questão, via de regra, como vício de finalidade.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO que dedica ao tema capítulo específico de sua obra “Discricionariedade e controle Jurisdicional”, aponta que a ideia de função administrativa “reclama do intérprete a inteligência de que o sujeito a exerce, recebeu da ordem jurídica um dever: o dever de alcançar certa finalidade preestabelecida, de tal sorte que os poderes que lhe assistem foram-lhe deferidos para serem manejados instrumentalmente, isto é, como meios reputados aptos para atender à finalidade que lhes justificou a outorga.”¹¹³

Explica que o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade, pois se trata de uma transgressão da lei, de um comportamento que “se desgarra do fim legal”, consistente “no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está

¹⁰⁹ PEREIRA, ob. cit., p. 271-272.

¹¹⁰ QUEIRÓ, O Poder p. 232.

¹¹¹ QUEIRÓ explica a diferença: “Com efeito há no direito conceitos teóricos e conceitos de puro valor. Os primeiros são interpretáveis logicamente, conceitualmente, É quanto a estes que se pode discutir um critério, uma teoria interpretativa, puramente formalistas, dedutivistas, mesmo que ajudados por elementos teleológicos. Os segundos, porém, são ininterpretáveis (...) e não encerram uma só significação, mas várias, sobre uma das quais o agente se fixará, obedecendo na sua escolha os princípios orientadores do Estado de que é servidor. (QUEIRÓ, A Teoria ... p. 77).

¹¹² Ibid., p. 78.

¹¹³ MELLO, Discricionariedade p. 53

outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica.”¹¹⁴

Sobre esse controle de legalidade e a cautela que normalmente tem o Poder Judiciário neste tipo de vício, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, após levantar que o desvio de poder pode ser praticado tanto abertamente quanto de forma disfarçada, à sorrelfa, alerta que nesta última situação o vício é de maior gravidade e periculosidade por apresentar-se mais sutil e com trajes de inocência. Neste caso, “se o Poder Judiciário, em face dele, mostrar-se excessivamente cauto, tímido ou, indesejavelmente, precavido em demasia contra os riscos de invasão do mérito do ato administrativo, os administrados ficarão a descoberto, sujeitos, portanto, a graves violações de direito que se evadam à correção jurisdicional.”¹¹⁵

Aponta, entretanto, na mesma esteira exposta por QUEIRÓ, que se a finalidade vier expressada por via de conceitos práticos¹¹⁶ – e somente neste caso - pode ocorrer certa discricionariedade administrativa. Isto porque, diz o autor, “além de toda interpretação possível, restará, afinal, muitas vezes, embora nem sempre, um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos.”¹¹⁷

Nesse mesmo sentido é o posicionamento de Rafael MUNHOZ DE MELLO, quando afirma que impõe-se o reconhecimento da existência de discricionariedade na delimitação da finalidade do ato administrativo quando esta esteja veiculada através de conceitos imprecisos. Ressalva, entretanto, que isto não significa que seja lícito ao

¹¹⁴ Ibid., p. 57

¹¹⁵ Ibid., p. 58

¹¹⁶ Refere-se aos conceitos indeterminados, ou de puro valor já expostos na página anterior.

¹¹⁷ MELLO, Curso... p. 829.

Aqui o autor cita o exemplo de um lei que disponha: “as pessoas que se portarem indecorosamente serão expulsas do cinema a fim de se proteger a moralidade pública”. Expõe que o conceito social de moralidade pública varia no tempo e no espaço. Não há possibilidade de fixação precisa do conceito. Daí afirmar haver certa discricionariedade, muito embora a vinculação ao interesse público continue presente.

agente administrativo perseguir finalidade diversa do interesse público tal qual eleito pelo legislador.¹¹⁸

É de se considerar, por fim nos termos dos ensinamentos de Caio TÁCITO, que o desvio de poder é, por definição, “um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras, de modo a impedir que a prática do ato administrativo, calcada no poder de agir do agente, possa dirigir-se à consecução de um fim de interesse privado, ou mesmo de outro fim público estranho à previsão legal.”¹¹⁹

Assim sendo, mesmo que se considere a possibilidade de existência de discricção no componente finalidade (nos termos expostos por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO e por QUEIRÓ), há que se observar sempre o fim último da Administração, que não é outra coisa senão o atendimento do interesse público¹²⁰. Em sendo constatado qualquer desvio deste propósito, deve o Poder Judiciário invalidar o ato, o que já vem acontecendo nos Tribunais¹²¹.

¹¹⁸ MUNHOZ DE MELLO, Rafael. O desvio de poder. *In* Revista de Direito Administrativo, vol. 228, abril/junho 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p. 43.

¹¹⁹ TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *In* Revista de Direito Administrativo, vol. 228, abril/junho 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p. 02.

¹²⁰ Uma espécie de reconhecimento dessa discricionariedade pode ser encontrada no seguinte julgado: STF- “A independência e autonomia dos poderes registram nítida distinção entre a instância judiciária e a administrativa. O mérito do ato administrativo, entendido como juízo de oportunidade e conveniência, é próprio do administrador. Vedado ao judiciário substituí-lo. Admissível, porém, analisar os fundamentos da decisão para concluir se a opção guarda respaldo jurídico. Dentre conclusões legalmente admissíveis, a Administração escolhe a que melhor atenda o interesse público. Resta ao judiciário julgar a conformidade do ato com o Direito” (ementário STJ, nº 3/530 – RMS nº 129 – PR. Reg. nº 8900116584. Rel. Min. Vicente Cernicchiaro. 2ª T. Unânime. Diário da Justiça, 2 abr. 1990).

¹²¹ É o caso do seguinte julgado: STJ – “Desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (formal ofensa ao texto de lei) ou por censurável comportamento do agente valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. A análise da motivação do ato administrativo, revelando um mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público, defluindo o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento” (STJ – 1ª T. REsp. nº 21.156-0/SP – Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Ementário SYJ, nº 11/075).

3.1.6 Causa

A causa é indicada pela doutrina como sendo o vínculo de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato administrativo.¹²²

A origem da idéia é remissiva a André Gonçalves PEREIRA, cuja explicação dá-se nos seguintes termos: a ação da administração, que visa produzir efeitos no mundo exterior, há de ter por base qualquer situação de fato ou de direito do mundo sensível, que vai se caracterizar como pressuposto (motivo). Este, por sua vez tem que ser determinado, seja pela lei ou seja pelo agente, para que surja o objeto (conteúdo) do ato. Essa relação entre o pressuposto do ato e seu objeto é que define o porquê do ato, ou seja, a sua causa.¹²³

O administrativista português explica que se deve fazer distinção entre a apreciação da existência material dos pressupostos, ou seja, a sua qualificação técnica ou jurídica, e a escolha dos fatos que figurarão como pressupostos do ato. No primeiro caso, quer sejam os fatos legais, quer sejam escolhidos pelo agente, diz o autor que não há nunca qualquer grau de discricionariedade, “pois o agente deve servir-se de critérios puramente naturalísticos, objectivos, e que não visam a determinar a idoneidade desses factos a servir como pressupostos (determinação que, a dar-se, é no momento da escolha dos pressupostos) mas unicamente a sua existência material.”¹²⁴ Quanto às qualificações jurídica e técnica, por se tratar de interpretação (vinculada) do ato, não há discricionariedade. Expõe que qualquer dificuldade que possa haver em determinar se um caso concreto entra ou não na previsão legal, esta só pode localizar-se na descoberta de uma única solução, não na escolha entre várias soluções possíveis e igualmente legais¹²⁵.

No que tange à escolha dos fatos que irão servir de pressupostos, aponta André Gonçalves PEREIRA que pode haver discricionariedade, esclarecendo que

¹²² MELLO, Curso ... p. 373

¹²³ PEREIRA, ob. cit., p. 122-123.

¹²⁴ Ibid., p. 265.

¹²⁵ Ibid., p. 268-269.

corresponde a um poder discricionário quanto à causa, em que é dado ao agente escolher os pressupostos do ato.¹²⁶

Luciano Ferreira LEITE, aceita parcialmente a posição de André Gonçalves PEREIRA, asseverando que “não há como negar que, quando os pressupostos estiverem estatuídos em lei, mas contiverem conceitos indeterminados ou de valor, não mais se poderá cogitar de vinculação, já que tais conceitos ensejam necessariamente uma valoração subjetiva por parte das autoridades administrativas.”¹²⁷

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, por sua vez, aponta que

o exame da causa apresenta especial relevo nos casos em que a lei omitiu-se na enunciação dos motivos, dos pressupostos, que ensejaram a prática do ato. Nestas situações não haveria como cotejar o motivo legal com a situação fática para aferir ajuste ou desajuste entre eles, precisamente por ter faltado a indicação normativa. Ainda aqui a liberdade discricionária encontraria cerceios. Admitido que o agente pudesse escolher o motivo em função do qual haja exarado o ato, cumpre, de todo modo, que este seja logicamente correlacionado com o conteúdo do ato, em vista da finalidade que o categoriza.¹²⁸

Assim sendo, pode-se concluir que, ainda que o agente tenha escolhido os motivos (dada a possibilidade de discricionariedade já referida em tópico anterior (item 3.1.4), se estes não guardarem relação de pertinência com o ato praticado, este será inválido, devendo o judiciário expurgá-lo do mundo jurídico.

3.2 A discricionariedade e a incidência do controle jurisdicional nos conceitos jurídicos indeterminados

É polêmica na doutrina a questão da existência ou não de discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

A origem da discussão, segundo Almiro do Couto e SILVA, remonta a um confronto mais que centenário do direito austríaco, entre as posições de BERNAZIK e TEZNER. Enquanto o primeiro sustentava a existência de uma discricionariedade técnica, referindo-se à complexidade com que freqüentemente se apresentam os

¹²⁶ Ibid., p. 270.

¹²⁷ LEITE, Ob. cit., p.57.

¹²⁸ MELLO, Curso ... p. 842.

problemas administrativos, o segundo foi quem primeiro estabeleceu a diferenciação entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.¹²⁹

Por conceito jurídico indeterminado, pode-se entender, segundo Karl ENGLISH, como sendo “aquele cujo conteúdo e extensão são, em larga medida, incertos.” Assim, podemos distinguir nos mesmos “um *núcleo* conceitual e um *halo* conceitual. Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão de um conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito”¹³⁰.

Na Alemanha e Espanha, prevalece o entendimento de que não há discricionariedade. A justificativa é que nestes casos só se admite uma única solução justa que é encontrada através da subsunção dos fatos à esfera significativa do conceito, mediante um processo lógico-jurídico.

MORÓN, ao falar sobre o tema, expõe a diferença que a doutrina entende existente entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, ponderando, entretanto, que a jurisprudência de seu país, embora admita para o caso uma única solução justa, vem aceitando a existência de uma certa margem de apreciação por parte da Administração na concreção do conceito em cada caso:

cuando la ley condiciona el ejercicio de la potestad administrativa mediante un concepto jurídico indeterminado, sólo admite una solución justa, que es aquella que derivaría de la subsunción de los hechos en la esfera significativa del concepto mediante un proceso lógico-jurídico. Este proceso subsuntivo excluiría toda discrecionalidad, ya que ésta supone por definición admitir que existen varias soluciones igualmente lícitas entre las que la Administración puede optar libremente.¹³¹

Eduardo Garcia de ENTERRÍA, com fundamento da doutrina alemã, também afirma que a discricionariedade nada tem a ver com a fluidez dos conceitos imprecisos,

¹²⁹ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, jan/jun 1980, p. 51-67.

¹³⁰ ENGLISH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. 6ª ed., Tradução de J.Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.208-209.

¹³¹ MORÓN, ob. cit., p. 116-117. Tradução: “quando a lei condiciona o exercício da discricionariedade administrativa mediante um conceito jurídico indeterminado, só admite uma solução justa, que é aquela que derivaria da subsunção dos fatos na esfera significativa do conceito mediante um processo lógico-jurídico. Este processo subsuntivo excluiria toda discricionariedade, já que esta supõe por definição admitir que existem várias soluções igualmente lícitas entre as que a Administração pode optar livremente.”

pois essa indeterminação só existe em abstrato, admitindo ser precisada no momento da aplicação, já que “lo peculiar de estos conceptos jurídicos indeterminados es que su calificación en una circunstancia concreta no puede ser más que una: o se da o no se da el concepto; (...) o hay utilidad pública o no hay; o se da, en efecto, una perturbación del orden público, o no se da; o el precio que se señala es justo o no lo es, etc.”¹³²

O questionamento a ser colocado, entretanto, diz respeito ao caminho a ser percorrido para se chegar a essa univocidade de solução. O que indicada a doutrina é a superação de etapas de sobreposição das camadas de linguagem, num processo de sucessivas generalizações, que segue, aproximadamente, as etapas a seguir mencionadas:

Os conceitos jurídicos indeterminados aparecem na linguagem do Direito Positivo, e esta, por ser a linguagem do legislador, exprime-se livre e naturalmente, com alguns pontilhamentos de símbolos científicos, exposta em termos prescritivos e de forma técnica.

Sobre esse enredo normativo, debruça-se o cientista do Direito, para o fim de observar, investigar, interpretar, descrever esse corpo de linguagem. É a Ciência do Direito, com seu discurso eminentemente descritivo que, em termos científicos, procura transmitir conhecimentos sobre a realidade jurídica. Entretanto, inobstante o emprego de termos técnicos e o modo científico com que se expressa o jurista, o teor de vagueza dos conceitos ainda permanece nesse nível.

Passa-se, então para o patamar da Teoria Geral do Direito, onde se descreve os pontos de intersecção dos vários segmentos da Ciência do Direito. Sua linguagem também apresenta de forma descritiva e com a utilização de termos rigorosamente científicos. Ainda neste plano, porém, permanece o problema das indeterminações.

¹³² Tradução: “o peculiar destes conceitos jurídicos indeterminados é que sua qualificação em uma circunstância concreta não pode ser mais que uma: ou se dá ou não se dá o conceito; (...) ou há utilidade pública ou não há; ou se dá, em efeito, uma perturbação da ordem pública ou não se dá; ou o preço que se assinala é justo ou não é, etc.” (GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. 3ª ed., 2ª reimpressão, Madrid: Civitas, 1995, p. 35).

Chega-se, por fim, ao altiplano da Lógica Jurídica na qual a linguagem é absolutamente unívoca e seus termos têm somente uma significação¹³³. Aqui, então, é que se encontraria a única solução justa para um determinado caso concreto, situação que afasta a existência de discricionariedade nos referidos conceitos.

Sobre esse processo de formalização, todavia, há que fazer algumas ponderações.

Ao se fazer unia conjugação do método da lógica com os planos sintático, semântico e pragmático da lingüística, pode-se chegar a uma ilação diferente¹³⁴. Ou seja, a utilização do processo mencionado só tem cabimento apenas para o plano sintático que é formado pelo relacionamento entre os termos lingüísticos sem qualquer alusão ao mundo exterior. E o problema dos conceitos jurídicos indeterminados deve ser visto sob o plano da semântica que concerne à relação entre os termos e os seus referentes empíricos.

Veja-se a conclusão a que chega Lourival VILANOVA: “a lógica jurídica, como a Lógica em geral, representa apenas um corte temático sobre um todo, a separação abstrata de alguns componentes, pondo os demais entre parêntesis, na atitude antinatural de suspender o interesse pelo mundo em torno de mim, que é um fluxo indistinto e inseparável de fatos, de homens, de valores, em substância, tudo resultante da inevitável ocupação do sujeito com o seu mundo circundante.”¹³⁵

Com efeito, um dos métodos de que se utiliza a lógica é o “terceiro excluído”, do qual resulta que uma proposição ou é verdadeira ou é falsa. Assim, “no plano formal, tudo que não é dado conceito é a sua negação e não há terceira possibilidade. Advirta-se, contudo, que nas relações formais, meramente sintáticas, os termos são vazios de conteúdo semântico e, pois, o conceito de “dois”, como conceito perfeitamente determinado, e o de “relevância”, como conceito indeterminado, terão a mesma valência semântica, ou seja, zero.”¹³⁶

¹³³ CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 06-08.

¹³⁴ NOVAIS, ob cit., p. 28-30.

¹³⁵ VILANOVA, Lourival. As Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 252.

¹³⁶ NOVAIS, ob. cit., p. 29.

Com base nesse juízo não há como negar a existência de uma relação entre conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade. Enquanto aqueles caracterizam-se por uma definição que se faz de forma incerta, no plano do “halo”, o juízo de subsunção que se emite dentro deste “halo” é que está no plano da discricionariedade.¹³⁷

Um posicionamento aproximado é o de MORÓN que, ao expor sobre a unicidade de solução justa, faz uma crítica no sentido de que se trata de idealismo apoiado em um conceito transcendente de justiça e verdade ao qual é difícil de aderir. Na maioria dos casos em que se depara com a aplicação de um conceito jurídico indeterminado, por seu alto grau de abstração, constata-se a possibilidade de aplicação de uma pluralidade de opiniões todas sustentáveis com argumentos lógicos e razoáveis, ficando complicado afirmar que não se trata de discricionariedade. O problema, portanto, está tão-somente em determinar quem pode escolher essa solução reputada como a mais conveniente (e não a justa e verdadeira) dentre as que são válidas perante o direito, não restando dúvidas de que é papel da Administração. O que ocorre nestas situações, apenas, é que há um estreitamento do campo de liberdade já que a operação de escolha comporta valoração dos fatos à luz da previsão legal, com atenção voltada para o atendimento do interesse público a ser tutelado em cada caso. E essa valoração administrativa está restrita ao conceito jurídico indeterminado, não podendo transbordar a “zona de certeza negativa”, sob pena de contrariar o direito.¹³⁸

Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, também aborda a questão sob o prisma da significação das palavras, afirmando que o direito é uma linguagem e, sendo assim, o administrador, ao aplicar a norma, não pode atribuir às palavras que encerrem conceitos vagos ou imprecisos, expressas no texto legal, um conteúdo dissonante daqueles que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde. Ou seja, em qualquer deles está compreendida uma zona de certeza

¹³⁷ Ibid., p. 28-30.

¹³⁸ MORÓN, ob. cit., p.118-120.

positiva e uma zona de certeza negativa, situando-se as dúvidas somente no intervalo existente entre elas.¹³⁹

Lúcia Valle FIGUEIREDO, na sua pequena grande obra *Controle da Administração Pública*, ao expor sobre o conceito indeterminado do princípio da razoabilidade, também faz remissões aos ensinamentos de KARL ENGISH o qual afirma que a linguagem das ciências não exatas contém, em geral, conceitos do tipo de que falamos, mas que nem por isso deixam de poder ser objetivados¹⁴⁰.

Com efeito, afirma ENGISH que “no domínio da administração ou no da jurisdição, a convicção pessoal (particularmente, a valoração) de quem quer que seja chamado a decidir, é elemento decisivo para determinar qual das várias alternativas que se oferecem como possíveis dentro de certo «espaço de jogo» será havida como sendo a melhor e a «justa».”¹⁴¹ A valoração de que fala o autor diz respeito aos conceitos normativos (não os de simples subsunção) que o aplicador do direito deve procurar e determinar as valorações preexistentes num setor social relevante, ou seja aquilo que as pessoas pensam e sentem sobre determinada questão. Afirma que a função desses conceitos normativos, em boa parte, é permanecer abertos às mudanças das valorações:

O órgão aplicador do direito tem de «averiguar» quais são as concepções éticas efetivamente vigentes. A sua própria valoração do caso é tão-só um elo na série de muitas valorações igualmente legítimas com as quais ele a tem de confrontar e segundo as quais ele, sendo caso disso, a deverá corrigir. A valoração própria (pessoal) é, portanto, apenas uma parte integrante

¹³⁹ Explica: “Deveras, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria um ruído. Logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no “motivo legal”) ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só têm cabida no intervalo entre ambas. Isto significa que em inúmeros casos será *induidoso* que uma situação é, *exempli gratia*, *urgente*, ou que seguramente não o é; que há um interesse público *relevante* ou que certamente não há; que dado cidadão tem *reputação ilibada* ou não tem; que possui ou não possui a *segurança pública*, a *moralidade pública*, a *tranquilidade pública* ou, pelo contrário, que não as molesta.”(MELLO, *Discricionariedade* ... p. 29 - grifos no original).

¹⁴⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 16.

¹⁴¹ ENGISH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. 6ª ed., Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 227. O autor completa que é problema da hermenêutica jurídica indagar onde e com que latitude tal discricionariedade existe.

do *material* do conhecimento, e não o último *critério* de conhecimento. Nesta conformidade, também as decisões singulares e os grupos de decisões através das quais estes conceitos objectivo-normativos carecidos de preenchimento valorativo são «concretizados» têm o significado de algo como uma espécie de interpretação destes conceitos; ao mesmo tempo que também a determinação da valoração correspondente ao caso concreto revela certo parentesco com a «subsunção».¹⁴²

Como se vê, apesar de ser grande a discussão sobre o tema, parece que a corrente que defende a existência da discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados possui argumentos mais razoáveis. Com efeito, a forma de expressão do Direito é a linguagem e os planos desta não podem ser desconsiderados. Evidentemente, que nessas situações o controle jurisdicional deve ser realizado de forma mais atenta com o fim de verificar se o ato praticado não transbordou a zona de certeza negativa do conceito, hipótese em que, sem dúvida alguma deve haver invalidação.

3.3 Controle jurisdicional na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados à luz dos Princípios Constitucionais implícitos e explícitos

Conforme já exposto supra (item 2.3), a discricionariedade encontra limites no ordenamento jurídico como um todo, sendo de especial relevância a observação da conformidade dos atos administrativos com os princípios que regem o Direito Público.

Nestes termos, Juarez FREITAS ressalta a importância do controle jurisdicional dos atos discricionários: “qualquer ato discricionário que se torne lesivo a qualquer dos princípios pode e deve ser anulado. São os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, deveriam ser controlados, não para tolher o administrador, muito menos para usurpar a sua correta função, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir a impunidade de manifestos desvios de poder.”¹⁴³

Não é o núcleo da presente pesquisa a exposição dos Princípios Constitucionais, razão pela qual apenas faremos breves indicações acerca daqueles que possuem vínculo mais estrito com a discricionariedade. Sem deixar de considerar a necessidade de observância de todos os princípios por parte da Administração, foram eleitos os da

¹⁴² Ibid., p.239-240.

legalidade, moralidade, eficiência, razoabilidade e inafastabilidade do controle jurisdicional por serem os que, manifestadamente, mais fundamentam a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Por outro lado, o princípio da separação de poderes é o de que normalmente se utilizam os Tribunais para justificar a falta de análise dos atos administrativos na sua integralidade.

Antes de adentrar, porém, na exposição sobre os princípios mencionados, convém assinalar aspectos sobre a questão da diferença entre princípios e regras. Conforme os ensinamentos de CANOTILHO, existe uma diferença qualitativa, quando se leva em consideração a categoria de normas. Enquanto os princípios são normas jurídicas “impositivas de otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos, as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida.”¹⁴⁴ As remissões do mestre neste ponto dirigem-se a DWORKIN. Com efeito, este explica que enquanto que os princípios, numa relação de conflito, coexistem, numa dimensão de peso e importância, as regras excluem-se umas às outras.¹⁴⁵ Essa característica inerente aos princípios permite que estes sejam utilizados sob a forma de balanceamento de valores e interesses “consoante o peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes”, pois eles apenas contêm “*exigências* ou *standards* que, em *primeira linha (prima facie)* devem se realizados.”

¹⁴³ FREITAS, ob. cit., p. 133.

¹⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002, p. 1145.

Robert ALEXY, de igual forma propõe que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são *comandos de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e na medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais senão também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras opostas. Em troca, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há que se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm *determinações* no âmbito fático e juridicamente possível. ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86-87.) Grifos no original.

¹⁴⁵ DWORKIN, Ronald. Los derechos en serio. Tradução para o espanhol de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel Editorial, 1995, p. 77-78.

As regras, por sua vez, contêm “*fixações normativas, definitivas*, sendo insustentável a *validade* simultânea de regras contraditórias”¹⁴⁶.

Por fim, há ainda uma questão importante a ser colocada antes da explanação dos princípios escolhidos, que é a de que estes não necessitam estar estabelecidos expressamente para que exijam observância. Alguns deles, conquanto não mencionados pela Carta Maior, encontram-se nela abrigados logicamente como consequência de outros princípios expressos, implicações evidentes do próprio Estado de Direito.¹⁴⁷

3.3.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988¹⁴⁸. Sobre tal colocação, aponta Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “No Brasil, o princípio da legalidade, além de assentar-se na própria estrutura do Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo, está radicado especificamente nos arts. 5º, II, 37 e 84, IV, da Constituição Federal. Estes dispositivos atribuem ao princípio em causa uma compostura muito estrita e rigorosa, não deixando válvula para que o Executivo se evada de seus grilhões”¹⁴⁹.

A evolução da idéia de legalidade administrativa está muito bem posta na obra de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO - *Discrecionabilidade Administrativa na Constituição de 1988* – na qual a autora faz um estudo frente ao Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e no Estado Democrático de Direito.

No Estado Liberal de Direito caracterizou-se a “vinculação negativa da Administração, já que, por ela, a lei apenas impõe barreiras externas à liberdade de

¹⁴⁶ CANOTILHO, ob. cit., p. 1145-1146. (grifos no original)

¹⁴⁷ MELLO, Curso ... p. 86.

¹⁴⁸ Sobre esse conteúdo constitucional, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO expõe: “Além da parte introdutória da Constituição, onde se afirma os seus princípios fundamentais, em vários outros dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está mais submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição, relacionados com a liberdade, igualdade, segurança, desenvolvimento, bem-estar e justiça.” (DI PIETRO, *Discrecionabilidade* p. 34).

¹⁴⁹ MELLO, Curso.... p. 93.

autodeterminação da Administração Pública”¹⁵⁰. Quer dizer: A Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não proibisse.

No período do Estado Social de Direito, ressaltam-se duas tendências - a socialização e o fortalecimento do Poder Executivo:

Por outro lado, o acréscimo de funções a cargo do Estado – que se transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor – trouxe como consequência o fortalecimento do Poder Executivo e, inevitavelmente, sérios golpes ao princípio da separação de poderes. Já não se vê mais o Legislativo como único Poder de onde emanam atos de natureza normativa. O grande volume de atribuições assumidas pelo Estado concentrou-se, em sua maioria, em mãos do Poder Executivo, que, para atuar, não podia ficar dependendo de lei, a cada vez, já que sua promulgação depende de complexo e demorado procedimento legislativo¹⁵¹

Por tal motivo, e pela influência do positivismo jurídico, a legalidade nesse período passou de vinculação negativa para vinculação positiva da Administração à lei, ou seja, “a vinculação à lei passou a abranger toda atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou sentido novo, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite”¹⁵².

Entretanto, pondera Maria Sylvia Zanella DI PIETRO que, apesar de representar um avanço - porque coloca toda a Administração Pública sob a égide da lei - quando se analisa a questão sob a ótica da produção legislativa desse período, “houve um retrocesso, pois ela deixou de ser manifestação da vontade geral do povo e instrumento de garantia dos direitos fundamentais, na medida em que o Poder Legislativo deixou de ser o único a editar normas legais, assumindo uma posição de dependência em relação ao Executivo, além de que passou a promulgar leis em sentido apenas formal, desvinculadas da idéia de justiça.”¹⁵³

Quanto ao Estado Democrático de Direito, explica DI PIETRO que se acrescentou o elemento da participação popular no processo político, nas decisões de

¹⁵⁰ DI PIETRO, Discricionariedade ... p. 19.

¹⁵¹ Ibid., p. 22.

¹⁵² Ibid., p. 27.

¹⁵³ Ibid., p. 28.

governo e no controle da Administração Pública, bem como vislumbra-se a vinculação da lei aos ideais de justiça.¹⁵⁴

Com efeito, explica José Afonso da SILVA que “a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”¹⁵⁵

André Gonçalves PEREIRA, ao expor sobre a submissão da ação da Administração à lei, no que se refere aos atos administrativos, pronuncia-se no sentido da necessidade de que haja uma relação de conformidade com a lei em seu sentido material –concepção ampliativa - contrapondo-se à relação de simples compatibilidade ou concepção restritiva de legalidade¹⁵⁶.

Reforçando essa noção, Lúcia Valle FIGUEIREDO expõe que o princípio da legalidade “é bem mais amplo do que a mera sujeição do administrador à lei, pois abriga, necessariamente, a submissão também ao direito, ao ordenamento jurídico, às normas e princípios constitucionais.”¹⁵⁷

Na mesma esteira, inserimos os ensinamentos de FIORINI que aponta:

El Estado de derecho no se justifica simplemente con la introducción de la norma en las actividades estatales, sino por la intervención de la ciencia del derecho en todas sus manifestaciones, el derecho como un sistema ordenado del conocimiento humano. Todo orden jurídico es una construcción material, técnica, sistema y lógica normativa. La norma positiva – constitucional, legislativa, administrativa o jurisdiccional – cumple su misión dentro de la unidad del sistema jurídico realizando la labor específica que le corresponde según la división de poderes del Estado. El estudio de la discrecionalidad administrativa se impone al conocimiento del investigador teniendo en cuenta la actividad que realiza dentro del orden jurídico; y esto sólo puede delimitarse específicamente teniendo en cuenta la función que cumple la administración.¹⁵⁸

¹⁵⁴ Ibid., p. 29.

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 123.

¹⁵⁶ PEREIRA, ob. cit., p. 49.

¹⁵⁷ FIGUEIREDO, Curso p. 40.

¹⁵⁸ FIORINI, ob. cit., p. 58.

O princípio da legalidade caracteriza-se, portanto, como corolário lógico do Estado de Direito. É, dentre as garantias estabelecidas pela Constituição Federal, um dos mais importante para qualquer indivíduo. Dentro do estudo da discricionariedade, toma ainda dimensão maior na medida em que deve ser visto na sua devida amplitude assinalada pela “noção mais abrangente e mais profunda de legalidade, ou seja, a de juridicidade administrativa”¹⁵⁹. E esta não é outra coisa senão a submissão da Administração Pública a toda ordem jurídica¹⁶⁰, caracterizando, portanto, o primeiro e mais manifesto limite à discricionariedade.

3.3.2 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade administrativa está insculpido na Constituição Federal de 1988 nos artigos 5º, LXXIII (dentro da ação popular)¹⁶¹ e artigo 37 *caput*¹⁶². Sobre essas previsões expressas, é de se apontar o magistério de José Guilherme GIACOMUZZI que, buscando aprofundar os fundamentos e a história do conceito, traz duas conclusões importantes. Afirma que a origem do princípio está em HAURIU e que WELTER, discípulo daquele,

sabedor de que o Conselho de Estado francês só poderia – como até hoje – perscrutar a *legalidade* do ato administrativo, buscou, com base no seu mestre Hauriu, uma “forma” segundo a qual se pudesse controlar o ato administrativo aparentemente legal, mas desviado na sua finalidade. E aqui o ponto: foi ao tratar do desvio de finalidade que Hauriu, sem muito desenvolvimento, costumava referir-se à moralidade administrativa na sua vasta obra.¹⁶³

¹⁵⁹ COSTALDELLO, Angela Cassia. A invalidade dos atos administrativos - uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé. Curitiba: Tese para obtenção do grau de Doutora em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1998, p. 50.

¹⁶⁰ Id.

¹⁶¹ Art. 5º, inciso LXXIII – “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à **moralidade administrativa**, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” (Grifo nosso).

¹⁶² “Art. 37- A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, **moralidade**, publicidade e eficiência e , também ao seguinte: I - ...” (grifo nosso).

¹⁶³ GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa – História de um Conceito. In Revista de Direito Administrativo, vol. 230, out/dez 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p. 296.

Conclui que a moralidade prevista no artigo 5º da Constituição Federal não é outra senão aquela já prevista na Lei de Ação Popular desde 1965 que se refere, justamente, ao desvio de finalidade, à legalidade interna do ato. “O que devemos é tentar controlá-la, e isso já será muito. Sabe-se que este vício, o do desvio da finalidade, é o mais oculto dos vícios. O mais difícil de provar.”¹⁶⁴

Quanto à previsão do artigo 37, conclui GIACOMUZZI que tem a mesma por principal função “veicular ao Direito Público o princípio da boa-fé, que vem do Direito Privado. A boa-fé objetiva principalmente, porque a subjetiva está consubstanciada na improbidade administrativa, prevista no § 4º do mesmo art. 37.”¹⁶⁵

Idéia parecida é encontrada no magistério de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO. Esta afirma que a idéia de moralidade nasceu vinculada à de desvio de poder, já que a imoralidade estaria na intenção do agente. Entretanto, adotar essa relação significa colocar a questão sob o prisma da legalidade, o que tira o sentido da norma constitucional que tem em si a moralidade como requisito de validade da atuação administrativa. Conclui que a imoralidade resulta do próprio objeto do ato administrativo, “quando o conteúdo contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa-fé, ao trabalho, à ética das instituições.”¹⁶⁶

Com efeito, a moralidade administrativa traduz-se na necessidade de atuação do agente em conformidade com os princípios da lealdade e da boa-fé, sendo-lhe vedado constitucionalmente qualquer comportamento astucioso ou eivado de malícia. Como brilhantemente expõe DI PIETRO, “imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação

¹⁶⁴ Ibid., p. 299.

¹⁶⁵ Ibid., p. 300. Explica aqui o autor que há uma razão histórica para esse entendimento. Afirma que HAURIUO falou pela primeira vez em moralidade administrativa em 1903, quando escreveu sobre “A declaração de vontade no Direito Administrativo francês” a qual sustentava ser idêntica à do ato jurídico alemão, referindo-se neste caso ao papel que a boa fé dos §§ 157 e 242 cumpriam no BGB e que a moralidade administrativa do Direito Francês deveria igualmente cumprir.

¹⁶⁶ DI PIETRO, Discricionariedade ... p. 111.

moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna.”¹⁶⁷

Assim, não resta dúvida que o princípio da imoralidade é também um limite à discricionariedade. Nesse sentido já são encontradas algumas decisões dos nossos Tribunais.¹⁶⁸ E o respaldo constitucional para que o Poder Judiciário invalide os atos imorais praticados pelo administrador, sejam eles vinculados ou discricionários, é amplo, já que à Administração Pública, no exercício da função administrativa, só é dado tutelar o interesse público.

3.3.3 Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi expressamente introduzido no *caput* do artigo 37 da na Constituição Federal de 1988 pela Emenda 19, de 04 de junho de 1998. Antes disso, parte da doutrina já o considerava um princípio implícito na Constituição¹⁶⁹, visto que

¹⁶⁷ Id.

¹⁶⁸ STJ – “Erigida, singularmente, pois, a moralidade administrativa, pela dignidade constitucional, como princípio fundamental, o funcionário público (acepção lato sensu) pode e deve ser chamado à responsabilidade pelos danos materiais causados, não apenas ao erário, mas também à moralidade, ofensa nascida de desprimoroso comportamento. A lesividade ao patrimônio moral da Administração não pode ser premiada pelo esquecimento. Existe a responsabilidade de indenizar. Reconforta – agora, como se disse: com a dignidade constitucional – a moralidade administrativa, distinguida como princípio de ordem pública, portanto, indisponível, quando afetada lesivamente, integrando o ato censurado, reclama, reparação combativamente, ainda que signifique ousada exigência. A dinâmica social, a respeito, não perdoará o silêncio. (...) Mas não é só. A ofensa à moralidade, per se, causou dano à administração. Só a obrigação de recompor os gastos feitos pela municipalidade (dinheiro público), ditada contra o agente violador da lei, homenageará a moralidade que, como dito, integra a legalidade dos atos administrativos. Na rama dessas anotações, para argumentar, mesmo que ficassem esquecidos os argumentos oriundos da espúria e questionada relação de trabalho, como responsabilidade presumida na lei que veda a nomeação, estaria presente a obrigação de reparar o dano, só pela prática de ato lesivo à moralidade administrativa” (STJ – 1ª T. REsp. nº n-1/RJ – Rel. Min. Garcia Vieira, decisão: 14-10-1992).

No mesmo sentido: STF – 2ª T. – REextr. nº 160.381-SP, Rel. Min. Marco Aurélio; RTJ 153/1.030; TJSP – Apelação Cível nº 151.580 – Rel. Dês. Cardoso Rolim. RDA 89/134.

¹⁶⁹ As maiores referências da doutrina no que tange à implicitude constitucional do princípio apontam para Hely Lopes MEIRELES.

Ademais, conforme aponta Celso Ribeiro BASTOS, o próprio Texto Constitucional já fazia alusão ao princípio no art. 74, II, que versa sobre o sistema de controle interno dos três Poderes: “Art. 74- Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - ...

II- comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da

não seria razoável pensar em atividade da Administração Pública desempenhada com ineficiência e sem o atingimento de seu objetivo maior que o da realização do bem comum.

Conforme indica Juliano Henrique da Cruz CERREIJO, essa inclusão pode ser tida como “parte de um esforço agressivo empreendido pelo Governo Federal para a implementação da chamada ‘administração gerencial’, sucessora da ‘administração burocrática’”. Nesses termos, o citado autor aponta que o controle da eficiência está intrinsecamente relacionado com os meios empregados, indicando o seguinte conceito: “trata-se de norma principiológica destinada a conferir aos agentes públicos o dever de selecionar e utilizar criteriosamente os melhores meios a serem empregados no cumprimento das atividades necessárias à boa administração, voltada ao atingimento de sua finalidade legal e, em última análise, do interesse público que lhe dá embasamento e legitimidade”.¹⁷⁰

Neste ponto, como bem assevera Romeu Felipe BACELAR FILHO, “antes de aventurar-se na descoberta de sentidos do princípio da eficiência, é preciso enfrentar uma questão, anterior a todas as outras: qualquer significado a ser atribuído a este princípio terá de passar pelo exame da conformidade com a Constituição.”¹⁷¹ Chama, assim, atenção para o fato de ser um princípio que deve sofrer contínuo processo de interpretação conforme a Constituição, bem como da necessidade de interação do mesmo com os demais princípios constitucionais da Administração Pública, com a devida ponderação na aplicação ao caso concreto.¹⁷²

Para Marcelo HARGER, o princípio da eficiência “traduz o dever de administrar, não só de modo razoável e conforme a moral, mas utilizando as melhores opções

aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado”. (BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 22ª ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 339).

¹⁷⁰ CERREIJO, Juliano Henrique da Cruz. O Princípio Constitucional da eficiência na Administração Pública. *In* Revista de Direito Administrativo, vol. 226, outubro/dezembro 2001, Rio de Janeiro: Renovar, p. 231.

Este autor propõe que a eficiência seja colocada como um pressuposto de validade do ato administrativo, ao lado do motivo e dos requisitos procedimentais, ou, na tradicional conceituação doutrinária dos elementos do ato administrativo, ao lado do sujeito, forma, finalidade, motivo e conteúdo. (Ibid., p. 234).

¹⁷¹ BACELAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 193

¹⁷² Ibid., p. 194.

disponíveis. É o dever de alcançar a solução que seja ótima ao atendimento das finalidades públicas.”¹⁷³

HARGER aponta que, enquanto nos atos vinculados a melhor solução já vem inserta na norma, nos atos discricionários é que o princípio da eficiência apresenta relevância, já que o administrador não pode optar de maneira aleatória entre as várias soluções disponíveis. O princípio impõe a adoção da melhor opção, servindo, portanto, de baliza para a atuação discricionária.¹⁷⁴

Efetivamente, trata-se de outro princípio expresso que deve ser levado em conta pela Administração Pública na sua atuação. Entretanto, não pode o mesmo servir de sustentação para que outros princípios igualmente importantes sejam infringidos. Como bem expressa Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, “jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência”¹⁷⁵. Portanto, a se deparar o Judiciário com um ato administrativo praticado com observância da eficiência, mas com violação da moralidade ou legalidade, por exemplo, sua decisão não pode ser outra que não a invalidação desse ato.

3.3.4 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade, apesar de ter sido incluído no projeto original, não foi mencionado no texto da Constituição Federal de 1988.¹⁷⁶ In obstante, é reconhecido e tido pela doutrina e jurisprudência¹⁷⁷ como de observância obrigatória por parte do administrador público, sendo princípio constitucional implícito. Ademais, o próprio legislador ordinário já o fez inserir na Lei nº 9.784/99 (art. 2º) que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, fazendo, inclusive,

¹⁷³ HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. In Revista de Direito Administrativo, julho/setembro 1999, Rio de Janeiro: Renovar, p. 159

¹⁷⁴ Ibid., p. 160

¹⁷⁵ MELLO, Curso ... p. 112.

¹⁷⁶ DI PIETRO, Discricionariedade ... p. 126.

¹⁷⁷ “A conveniência da Administração em prorrogar a validade de concurso público, ato discricionário, transfunde-se em arbitrário quando a autoridade coatora, após a nomeação e conseqüente investidura de servidor, em cargo público, resolve, a seu alvedrio, desfazer tais nomeações ao argumento de que o prazo de validade do concurso havia-se exaurido” (STJ – 6ª T. –

menção ao seu conteúdo (parágrafo único, inciso VI) como critério a ser observado nos processos administrativos.¹⁷⁸

O princípio da razoabilidade deve ser tratado em conjunto com o da proporcionalidade, porque este é apenas uma das facetas daquele.¹⁷⁹ O tratamento em separado só é justificado na medida em que se queira dar destaque especial à proporcionalidade.

Nesse sentido é o entendimento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO quando coloca que a “irrazoabilidade corresponde, basicamente, à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa”¹⁸⁰ Além disso, uma medida também será não razoável quando lhe falte correlação com a finalidade almejada¹⁸¹ ou quando seja arbitrária, isto é, aquela que é adotada por capricho, por motivos pessoais ou sem motivo preciso que possa ter embasamento no ordenamento jurídico. Ainda, a irrazoabilidade pode exprimir-se, especialmente quando a lei usa termos caracterizados como conceitos jurídicos indeterminados, nos casos em que a medida, embora esteja aparentemente de acordo com a lei e nos limites da discricionariedade, contraria manifestamente o senso comum do que é certo, justo e adequado com o interesse público.¹⁸²

Neste passo, oportuna a menção de que Lúcia Valle FIGUEIREDO utiliza o princípio em tela em seu conceito de discricionariedade. Isto porque entende que a discricionariedade traduz-se na competência-dever do administrador, no caso concreto,

RMS nº 3.507-7/BA – Rel. Min. Anselmo Santiago, ementário STJ 12/048). Conferir, ainda: JTJ 149/236. conferir, ainda: RT 619/61

¹⁷⁸ Art. 2º - “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, os princípios da legalidade, finalidade, motivação, **razoabilidade**, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (grifo nosso).

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

....

VI- adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

¹⁷⁹ MELLO, Curso ... p. 101.

¹⁸⁰ DI PIETRO, Discricionariedade p. 147.

¹⁸¹ Neste caso, não há que se confundir com a hipótese de desvio de poder, já que nesta “a autoridade usa de uma competência legal para praticar um ato contrário ao interesse público ou com finalidade diversa daquela prevista em lei (...) na irrazoabilidade, os fins legais são observados, porém os meios utilizados para atingi-los são inadequados. (Ibid., p. 148).

valorar dentro dos critérios de razoabilidade, entendida esta como “a relação de congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração”, qual a melhor solução de concretização da utilidade pública posta na norma.¹⁸³

Deve, assim, o princípio da razoabilidade ser considerado como um limite à discricionariedade. Ainda que a atuação do agente não transgrida nenhuma norma concreta e expressa, se for irrazoável, será ilegítima. Por outro lado, é de se considerar também que uma providência desarrazoada, não pode ser havida como comportada pela lei, sendo, portanto, ilegal.¹⁸⁴

4.3.5 Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional

O direito brasileiro inscreve-se entre aqueles que consagram o sistema da jurisdição una, resultante da adoção do princípio da inafastabilidade do controle do controle jurisdicional. A previsão encontra-se inserida no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, muito embora a expressão usada para identificar o princípio seja diferente da que foi adotada pelo legislador, que optou pela seguinte: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sobre este princípio, com muita propriedade, expõe Lúcia Valle FIGUEIREDO:

“Afigura-se-me, sem sombra de dúvida, que a prestação judicial há de ser implementada sempre que solicitada. (...) O ato administrativo, individual ou de caráter normativo, *deve ser esmiuçados até o limite em que o próprio magistrado entenda ser seu campo de atuação*. Não há atos que se preservem a um primeiro exame judicial. (...) O exame judicial terá de levar em conta não apenas a lei, a Constituição, como também os valores principiológicos do texto constitucional, os *standards* da coletividade.”¹⁸⁵ (grifos no original)

Muito embora pareça simples, seu conteúdo é de grande amplitude e importância pois exige a prestação de uma tutela jurisdicional adequada, completa e efetiva. E isso só pode acontecer se o Poder Judiciário realizar a necessária ponderação dos princípios constitucionais, especialmente entre aqueles balizadores da Administração Pública.

¹⁸² Id.

¹⁸³ FIGUEIREDO. Curso ... p. 127.

¹⁸⁴ MELLO, Curso ... p. 100.

¹⁸⁵ FIGUEIREDO, Controle ... p. 43.

A natureza do direito à proteção jurisdicional, conforme CANOTILHO, tem atualmente uma dupla dimensão, caracterizada por um direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos ou violação de seus direitos por terceiros e, por outro lado, um dever de proteção do Estado.¹⁸⁶

E a missão é exclusiva do Poder Judiciário, porque só a ele cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito¹⁸⁷. Felizmente, em não raras situações, o encargo vem sendo reconhecido pelos Tribunais¹⁸⁸. Muitos julgadores, entretanto, deixam de ir a fundo em seu campo de atuação para não invadir o “mérito” do ato, esquecendo que este deve estar de pleno acordo com todo o ordenamento jurídico, especialmente com os princípios da legalidade, moralidade e razoabilidade. O resultado disso é um desequilíbrio entre o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional e o exercício da discricionariedade administrativa, situação esta não agasalhada pela nossa Constituição.

3.3.6 Princípio da Separação de Poderes

O princípio da Separação de Poderes está expresso na Constituição Federal, em seu artigo 2º, que prevê: “Art. 2º . São poderes da União, independentes e harmônicos

¹⁸⁶ CANOTILHO, ob. cit., p. 489.

¹⁸⁷ MELLO, Curso .. p. 110.

¹⁸⁸ STF – “A ordem jurídico-constitucional assegura aos cidadãos ao judiciário em concepção maior. **Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível**” (STF – 2ª T. – REextr. nº 158.655-9/PA – Rel. Min. Marco Aurélio, Diário Justiça, Seção I, 2 maio 1997, p. 16.567). Grifo nosso.

STF – “Incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: **A solução negativa importaria em subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ao ameaça de direito**” (STF – Pleno – MS nº 21.239/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Diário da Justiça, Seção I, 23 abr.1993, p. 6.920). Grifo nosso.

STF – “Exame e avaliação do candidato com base em critérios subjetivos, como, por exemplo, a verificação sigilosa sobre a conduta, pública e privada, do candidato, excluindo-o do concurso sem que sejam fornecidos os motivos. Ilegitimidade do ato, que atenta contra o princípio da inafastabilidade do conhecimento do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito. É que, se a lesão é praticada com base em critérios subjetivos, ou em critérios não revelados, fica o judiciário impossibilitado de prestar a tutela jurisdicional porque não terá como verificar o acerto ou o desacerto de tais critérios. **Por via oblíqua, estaria sendo afastada da apreciação do judiciário, lesão a direito**” (STF – Pleno – REextr. nº 25.556/PR – Rel. Min. Carlos Velloso, Diário da Justiça, Seção I, 15 maio 1992, p. 6.786). Grifo nosso.

entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”¹⁸⁹ A par disso, está estabelecido também ao longo do Texto Constitucional as composições, funções e prerrogativas desses poderes.

Por outro lado, estabelece também a nossa Carta Maior diversos mecanismos de controles recíprocos, com o fim de garantia do Estado Democrático. Segundo ensina José Afonso da SILVA, a harmonia que quer a Constituição pode ser localizada primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. O outro aspecto dessa harmonia está localizado exatamente no sistema de freios e contrapesos que busca um equilíbrio necessário à realização do bem comum e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento de outro. Essa harmonia não significa “nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles há de haver consciente colaboração e controle recíproco.”¹⁹⁰

Em algumas situações postas à análise do Judiciário, muito embora a Administração venha invocando em sua defesa o princípio em exame, o julgador, sabidamente, tem afastado a tese, em virtude de manifesta violação a outros princípios.¹⁹¹

Inobstante isso, por outro lado, o princípio vem servindo de fundamento para decisões dos Tribunais que abstêm-se de examinar o ato administrativo por completo.¹⁹² Para essa hesitação, QUEIRÓ identifica a seguinte explicação:

¹⁸⁹ A idéia de divisão de funções estatais advém de Aristóteles, na obra Política, detalhada posteriormente por John Locke no Segundo tratado do governo civil e, finalmente, consagrada por Montesquieu em O espírito das Leis. (MORAES, Alexandre de . Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. São Paulo: Atlas, 2002, p. 137).

¹⁹⁰ SILVA, ob. cit. p. 114-115.

¹⁹¹ STF – “Concurso – Correção de prova – Princípio Político Constitucional da Separação da Independência e Harmonia dos Poderes. Longe fica de contrariar o disposto no art.2º da Carta Política da República provimento judicial que, a partir da premissa sobre a má-vontade da banca examinadora na correção de prova manuscrita, considerada a caligrafia do candidato, assenta a improcedência dos erros apontados” (STF – Ag. nº 171342-0 – Ag. Rg. – Rel. Min. Marco Aurélio – Informativo STF, nº 28)

¹⁹² É o caso, por exemplo, do seguinte julgado: STJ: “É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da **separação dos poderes**, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado” (STJ- RMS nº 1.288-0- SP. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. 1ª T. Unânime. Diário da Justiça, 0/05/1994). Grifo nosso.

“a partir do momento em que na vida jurídica se instauraram o sistema montesquieuano da divisão dos poderes e a idéia rousseauiana da superioridade da lei (da legislação) em relação às outras funções ou poderes estaduais – a partir daí deixou de ser possível reduzir a função executiva a uma atividade puramente mecânica de tradução em ato de imperativos legais, e deste modo deixou de ser possível submetê-la a um completo e total controle jurisdicional. Daí uma hesitação do órgão ou órgãos jurisdicionais encarregados desse controle”¹⁹³

Há que se ter em conta, portanto, que o conteúdo do princípio da separação de poderes traz em si essa peculiaridade do controle recíproco muitas vezes deixada de lado pelos magistrados.

3.3.7 Os princípios constitucionais e os conceitos jurídicos indeterminados

Conforme demonstrado no item 3.2, nas situações em que os antecedentes fáticos que autorizam a prática de um ato administrativo estão delineados por meio de conceitos indeterminados, cabe ao administrador, após um processo interpretativo, determinar qual é a melhor providência a ser tomada no caso concreto para um melhor atendimento da finalidade estabelecida na norma.

Essa liberdade de determinação da melhor solução no caso concreto é sempre relativa e limitada, já que esses conceitos, por serem conceitos, têm limites.¹⁹⁴ “De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrigada.”¹⁹⁵ Dúvidas só passam a existir num intervalo, ou, nas palavras de Karl ENGISH, no “halo do conceito”¹⁹⁶ E é aqui que se situa a discricionariedade nesses casos.

Necessário, portanto, uma interpretação por parte do administrador, respeitada essa limitação. E ao interpretar, deve o agente se fixar nos princípios orientadores do Estado de que é servidor. E princípio é, por definição, “mandamento nuclear de um sistema, verdadeira alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata

¹⁹³ QUEIRÓ, A Teoria ... p. 50.

¹⁹⁴ Ibid., ... p. 53.

¹⁹⁵ MELLO, Discricionariedade ... p. 29.

compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”¹⁹⁷

Todas as possibilidades, em maior ou menor escala, devem guardar fundamentação no sistema¹⁹⁸.

Ocorre, pois, que se trata de discricionariedade vinculada aos princípios fundantes do sistema jurídico, devendo o controle jurisdicional ser também preponderantemente principiológico. “O mérito do ato não há de ser inquirido, mas, até em razão disso, o controle de sua adequação deve ser realizado com maior rigor, uma vez que a discricião existe, presumidamente, para que o agente concretize, com maior presteza, a vinculante finalidade do sistema.”¹⁹⁹

Assim sendo, ainda que muitos dos princípios constitucionais sejam eles próprios conceitos jurídicos indeterminados, o aplicador do direito tem que conhecer e averiguar quais são as concepções éticas efetivamente vigentes a fim de contrastar a interpretação realizada pelo administrador com a que almeja o ordenamento jurídico.

¹⁹⁶ ENGLISH, ob. cit. p. 209.

¹⁹⁷ MELLO, Curso ... p. 817-818.

¹⁹⁸ A noção de sistema é explicada por Paulo de Barros CARVALHO: “... o sistema aparece como objeto formado de porções que se vinculam debaixo de um princípio unitário ou como a composição de partes orientadas por um vetor comum. Onde houver um conjunto de elementos relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.” (CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 128).

¹⁹⁹ FREITAS, ob. cit., p. 146.

CONCLUSÃO

A concretização dos fins do Estado, estabelecidos de forma ampla na Constituição Federal, dá-se mediante o exercício da função administrativa, entendida esta como um poder à conta de um dever para satisfazer o interesse da coletividade, que é posta em prática através de atos administrativos.

Dentre os poderes-deveres inseridos na idéia de função, encontra-se a possibilidade de livre escolha por parte do administrador da melhor providência a ser tomada em determinado caso concreto quando a lei não especifique de forma detalhada o único comportamento possível, sendo que a sua opção deve estar devidamente amparada pelo ordenamento jurídico.

A não estipulação de todos os detalhes pela lei decorre principalmente pela impossibilidade de o legislador prever todas as hipóteses que possam ocorrer no âmbito da vida prática da Administração. Assim, para o atendimento dos critérios de generalidade e eficácia durante o maior tempo possível, a lei, não raras vezes, utiliza-se de conceitos em certa medida imprecisos.

Quanto ao controle jurisdicional, o ato administrativo deve ter seus componentes analisados separadamente. Isto porque num mesmo ato ocorre simultaneamente vinculação e discricionariedade.

A discricionariedade pode ocorrer nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas que autorizam a prática do ato estejam delineadas por conceitos indeterminados. Existe outra corrente que afirma que esses conceitos não se confundem com discricção, sob a justificativa de que, através de processo lógico-jurídico, pode-se chegar a uma solução unívoca. Entretanto, o direito se expressa através da linguagem e esta deve ser considerada em seus planos sintático, semântico e pragmático. E, sobre o nível da semântica, há fragilidade na aplicação da lógica, pois esta representa apenas um corte temático que não leva em consideração o entorno dos fatos, especialmente os valores.

Os princípios constitucionais implícitos e explícitos constituem limite à discricionariedade administrativa e ampliam a extensão do controle jurisdicional o qual não deve ficar adstrito ao exame puramente formal do ato administrativo.

É de suma importância a análise pelo Judiciário, além do exame da legalidade, considerada esta no seu sentido amplo, também da moralidade e da razoabilidade dos atos administrativos a fim de se averiguar se a medida tomada está dentro dos limites legais e correspondente à finalidade pública. Além disso, há que ter a devida atenção ao princípio da eficiência que não pode servir de supedâneo para a violação, por parte da Administração, de outros princípios constitucionais.

A realização do controle deve ocorrer a partir de uma ótica mais abrangente e compatível com as reivindicações de um verdadeiro Estado de Direito, com a devida consideração ao conteúdo dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e o da separação de poderes, para que dê atendimento a uma ordem justa e eficiente. A atividade judiciária deve ser restauradora da juridicidade da Administração Pública e o parâmetro a ser utilizado está nos princípios explícitos e implícitos do ordenamento jurídico, na busca de um constante equilíbrio entre os interesses da coletividade e os interesses privados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22ª ed. atualizada, São Paulo: Saraiva, 2001.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Discricionariedade administrativa**.(dissertação para obtenção do grau de mestre em Direito Público da UFPR) 1990.

CAMPAZ, Walter. Discricionariedade. *In Revista de Direito Público*, n. 47-48, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 29-37.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

CEREIJIDO, Juliano Henrique da Cruz. O Princípio Constitucional da eficiência na Administração Pública. *In Revista de direito administrativo*, vol. 226, outubro/dezembro 2001, Rio de Janeiro: Renovar, p. 231-241.

COSTALDELLO, Angela Cassia. **A invalidade dos atos administrativos - uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé**. Curitiba: Tese para obtenção do grau de Doutora em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 1998.

DI PEITRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

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

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução para o espanhol de Marta Guastavino, Barcelona: Ariel Editorial, 1995

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 6ª ed., Tradução de J.Baptista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p.227.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6ª ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 1984..

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 2ª ed. rev. atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. **Controle da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FIORINI, Bartolomé A. **La discrecionalidad em la administracion pública**. Buenos Aires: Ed. Alfa, 1948.

FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. *In: Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p.126-146.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo**. 3ª ed., 2ª reimpressão, Madrid: Civitas, 1995.

GIACOMUZZI, José Guilherme. A Moralidade Administrativa – História de um Conceito. *In Revista de direito administrativo*, vol. 230, out/dez 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p. 291-303.

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. *In: Revista de direito administrativo*, julho/setembro 1999, Rio de Janeiro: Renovar, p. 151-161.

LEAL, Vítor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da Administração. *In: Revista de direito administrativo*, vol. 14, 1948, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, p. 53-82.

LEITE, Luciano Ferreira. **Discricionariedade administrativa e controle judicial**. São Paulo: RT, 1981.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 18ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Desvio de Poder. *In: Revista de Direito Público* n. 89, jan-mar 1989, São Paulo, Revista dos tribunais, p. 23-36.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed., 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

MORÓN, Miguel Sánchez. **Discrecionalidad administrativa y control judicial**. Madrid: Tecnos, 1995.

MUNHOZ DE MELLO, Rafael. O desvio de poder. *In: Revista de direito administrativo*, vol. 228, abril/junho 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p. 31-66.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. A razoabilidade e o exercício da discricionariedade. *In: Estudos de direito administrativo em homenagem ao Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello*, São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 19-47.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OVIEDO, Carlos Garcia. **Derecho administrativo**. 3ª ed. Madrid: E.I.S.A., 1951.

PASQUALINI, Alexandre. **Hermenêutica e sistema jurídico: uma introdução à interpretação sistemática do direito**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 1999.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e ilegalidade no acto administrativo**. Lisboa: Ática, 1962.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. *In: Revista de direito administrativo*. Vol. VI, out/1946, p. 41-78, e vol. VII, jan/mar1947, p. 51-80.

_____. **O Poder discricionário da administração**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, 1948.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *In: Revista de direito administrativo*, jan/jun 1980, Rio de Janeiro: Renovar, p. 51-67.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

TÁCITO, Caio. **O abuso de poder administrativo no Brasil (conceito e remédios)**. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1959.

_____. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. *In Revista de direito administrativo*, vol. 228, abril/junho 2002, Rio de Janeiro: Renovar, p. 02-12.

VIEIRA, José Roberto. Princípios Constitucionais e Estado de Direito. *In* **Revista de direito tributário** n. 54, out/dez 1990, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 95-104.

VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.