

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO  
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO  
COM ÊNFASE EM DIREITO ADMINISTRATIVO**

**RONALDO LUIZ BAGGIO**

**PANORAMA DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS  
DISCRICIONÁRIOS: LIMITES, ALCANCE E NOVAS TENDÊNCIAS.**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito Público, com Ênfase em Direito Administrativo, Universidade Federal do Paraná.

Orientador Professor Guilherme Freire de Barros Teixeira (doutorando).

Curitiba

Dezembro de 2004

# **TERMO DE APROVAÇÃO**

**RONALDO LUIZ BAGGIO**

## **PANORAMA DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS: LIMITES, ALCANCE E NOVAS TENDÊNCIAS.**

Monografia como requisito parcial para obtenção do grau de especialista no Curso de Pós-Graduação em Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo, Setor de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Doutor Guilherme Freire de Barros Teixeira (Doutorando)

Curitiba, dezembro 2004.

## **AGRADECIMENTOS**

A todos os Professores do Curso de Pós-Graduação à Nível de Especialização em Direito Público, com Ênfase em Direito Administrativo, pelos valiosos conhecimentos transmitidos.

*“A primeira condição para que um governo possa ser considerado democrático é que ele esteja abaixo (e não acima) das leis. O absoluto respeito à Constituição é requisito indispensável numa democracia, sem embargo de que a Constituição possa e deva ser emendada onde e quando o povo, por seus representantes, achar conveniente e oportuno” (Adilson Abreu Dallari).*

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 VISÃO PRÉVIA DA NECESSIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO.....	11
2.1 Noção de controle.....	11
2.2 Noção de ato administrativo.....	12
2.3 Elementos do ato administrativo.....	14
2.4 Importância do controle.....	16
3 LOCALIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NOS COMPONENTES DO ATO ADMINISTRATIVO.....	19
4 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	25
4.1 Função, noção e natureza do conceito.....	25
4.2 Linguagem jurídica.....	28
4.3. Origem e evolução dos conceitos jurídicos indeterminados.....	30
4.4 Relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade. Controle judicial.....	34
5 DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAL SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO (OU ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA) DISCRICIONÁRIO (A).....	41
5.1 Estado de Direito e o Exercício do Poder.....	41
5.2 Limites ao Controle Jurisdicional do Ato Administrativo: visão tradicional do Direito Administrativo.....	42
5.3 Limites ao Controle Jurisdicional do Ato Administrativo: novas tendências doutrinárias e jurisprudenciais.....	44
5.3.1 Legalidade, Discricionariedade e o Dever Jurídico da Boa Administração.....	47
5.3.2 Controle judicial dos motivos e da motivação do ato administrativo.....	49

5.3.3 Controle pelos princípios gerais fundamentais.....	53
5.4 Jurisprudência a respeito do controle judicial do ato administrativo discricionário.....	56
5.5 Breve notícia sobre a discricionariedade no Direito estrangeiro.....	59
5.5.1 Direito francês.....	59
5.5.2 Direito italiano.....	59
5.5.3 Direito alemão.....	60
5.6 Teoria da discricionariedade zero.....	60
5.7 Discricionariedade técnica.....	64
5.7.1 Origens.....	64
5.7.2 Panorama doutrinário.....	65
CONCLUSÕES.....	73
BIBLIOGRAFIA.....	78

## RESUMO

O controle judicial da discricionabilidade administrativa, considerado por poucos, verdadeiro e perene dilema do Direito Administrativo, e por muitos como a sua essência, tornou-se crescente nas últimas décadas, especialmente em nosso ordenamento jurídico. O crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico e a decorrente estatização trouxeram consigo maior relevância ao exame doutrinário e jurisprudencial das dificuldades da fixação pelo legislador constitucional e infraconstitucional dos limites e alcance da sindicabilidade jurisdicional do ato administrativo. O caminho inverso, trilhado pelo furor das privatizações na última década do século passado, em nada influiu na necessidade da construção de mecanismos legais para o exercício de tal controle externo. A contrário, sofisticou-se e tornou-se mais complexo frente às crescentes e complexas demandas de fiscalização não só do setor público em suas relações com as atividades privadas, prestadoras de serviços públicos, como delas próprias enquanto no exercício de tal mister.

## ABSTRACT

The judicial control of the administrative discretionary, considered for some true and perennial quandary of the administrative law, and for others as its essence, became increasing in the last decades, especially in our legal system. The growth of the intervention of the State in the economic domain and the decurrent nationalization had brought greater relevance to the doctrinal and jurisprudential examination of the difficulties of the setting for the constitutional and infraconstitutional sindacality of the administrative act. The inverse way, trod for the furor of the passed century, in nothing influenced the necessity of the construction of legal mechanisms for the exercise of such external control. In contrast, it was not sophisticated as it has also become more complex in relation to the increasing demands of fiscalization of the public sector in its relations with the private rendering activities of public services, themselves as while the exercise of such necessity.

## 1 INTRODUÇÃO

São profusos os trabalhos que versam sobre o tema discricionariedade administrativa e seu controle judicial. Nada obstante a intensa pesquisa científica que é submetido, evidenciam-se nos diversos estudos doutrinários levados a termo estar longe o seu esgotamento.

O objetivo do presente estudo, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, é investigar o panorama atual e perene dos desafios pertinentes à fixação dos limites e alcance do controle judicial da discricção do Administrador Público, sem descurar da gênese das questões conexas, cujos parâmetros tendem a se alargar na medida da necessidade de reposição da ordem jurídica violada em seus fundamentos.

Esta exacerbação no Brasil, não parece haver dúvidas, se deve em parte à herança do Estado Democrático liberal de Direito, e em outra parte, ao contrário do *common law*, decorre da incorporação em nosso ordenamento do *civil law* da Europa continental, no qual o Direito flui principalmente de uma norma fundamental (Constituição).

Inicialmente o texto versará sobre uma visão prévia da necessidade de fiscalização do ato administrativo a partir da noção de controle e sua importância, passando pela noção de ato administrativo e seus elementos.

Em seguida, devido à impossibilidade de o legislador esmiuçar todas as condutas administrativas possíveis para a concretização do interesse público, por necessário, realizou-se uma breve abordagem sobre a localização da discricionariedade nos componentes do ato administrativo em face do caso concreto.

Surge, na seqüência, a necessidade de se analisar a existência ou não, de discricionariedade diante da insuperável vagueza, ambigüidade e incertezas com que o legislador produz o texto normativo introduzindo em bojo conceitos jurídicos indeterminados, a partir das teorizações de Bernardezik e Tezner, publicistas austríacos e o respectivo controle judicial segundo as correntes doutrinárias que se sucederam.

Num momento intermediário do texto serão enfrentadas as discussões doutrinárias e jurisprudencial acerca dos limites e alcance da sindicabilidade judicial da atuação administrativa sob a ótica do Estado de Direito, segundo a visão tradicional e as

novas tendências, sob a ótica da legalidade e o dever jurídico da boa administração, inclusive as questões dos motivos e motivação do ato administrativo.

Ainda neste contexto será analisado o controle principiológico como causa de intensificação do controle dos atos administrativos. Depois o ensaio fará rápida incursão pelo direito comparado extraído dos ordenamentos francês, italiano e alemão, os quais plasmaram nosso direito.

O texto também procederá a exame da intrigante “teoria da discricionariedade zero”, na qual enfatizamos, como elementos mitigadores da discricionariedade, a observância compulsória pela Administração dos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência como concectários da responsabilidade na gestão fiscal originada da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000.

Ao final, serão trazidos argumentos a respeito do interessante e atual tema rotulado de “discricionariedade técnica”, para alguns mera apreciação técnica, concebida doutrinariamente como forma de desbordamento do controle judicial de questões técnicas altamente complexas, para as quais doutrina minoritária concebe excludentes da compreensão dos juízes, exceto casos de flagrante erro.

## 2. VISÃO PRÉVIA DA NECESSIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Por tratar-se de um dos temas fundamentais da divisão dos poderes<sup>1</sup>, da maior importância para o Estado Democrático de Direito, sempre que o controle judicial dos atos administrativos é exercido surgem controvérsias sobre o seus limites ou alcance. Conforme Alberto B. Bianchi (*El control judicial de la Administración Pública*, in CASSAGNE, Juan Carlos (coord.). *Derecho procesal administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, vol. 1, 2004, p. 183): “Se trata, sin dudas, de uno de los capítulos centrales de la división de poderes, y estamos de acuerdo con Bernard Schwartz<sup>2</sup> en el Derecho Administrativo consiste esencialmente en el control de la discrecionalidad, non caben dudas de que el problema hunde sus raíces en la concepción del modelo de Estado que pretendemos, y del diseño jurídico que debe desarrollarse para lograrlo”.

Nesta ordem de idéias surge a necessidade prévia de se estabelecer a noção de controle e do próprio ato administrativo, anatomia deste e importância daquele, para bem se fixar os seus limites ou alcance.

### 2.1 Noção de Controle

Originada do francês a palavra controle (contre-rôle – controle), “em tema de administração pública, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.<sup>3</sup>

Esta conduta funcional, para efeito de ato administrativo ou ato da administração, via de regra, é materializada por uma ação (ato ou atividade administrativa) ou omissão, decorrentes de atuação ou não atuação de pessoas no exercício de função administrativa.

---

<sup>1</sup> Para Celso Ribeiro Bastos, “o esquema inicial rígido, pelo qual uma dada função corresponderia a um único respectivo órgão, foi substituído por outro onde cada poder, de certa forma, exerce as três funções jurídicas do Estado: uma em caráter prevalente e as outras a título excepcional ou em caráter meramente subsidiário daquela. Assim, constata-se que os órgãos estatais não exercem simplesmente as funções próprias, mas desempenham também funções denominadas atípicas, quer dizer, próprias de outros órgãos”. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 98.

<sup>2</sup> SCHWARTZ, Bernard. (...) what is administrative law about if not the control of discretion. *Administrative law*, 3ª ed. Little Brow and Co., 1991, p. 652.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 23ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 544.

## 2.2 Noção de ato administrativo

Todos os direitos seja qual for a sua natureza, têm origem de algum fato, positivo ou negativo, voluntário ou involuntário, conforme decorram ou não do agir humano, normal ou anormal, instantâneo ou de elaboração progressiva, contemplados em lei, e denominam-se fatos jurídicos.

Aqueles decorrentes de ações humanas que produzem efeitos jurídicos são os atos jurídicos, espécie do gênero fato jurídico, pois “é a vontade que, através de fatos disciplinados pela norma, determina a atividade jurídica das pessoas”.<sup>4</sup>

Quando tais atos são praticados no âmbito do Direito Administrativo, no exercício de funções administrativas, eles são chamados de atos administrativos.

A expressão *atos da administração* teria sido utilizada pela vez primeira em texto legislativo francês por intermédio da Lei nº 16, de 24.08.1790, a qual, paradoxalmente, vedava aos tribunais o conhecimento de “operações dos corpos administrativos”, contando também a mesma proibição a Lei de 03.09.1795, cujo texto proibía “aos Tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie”.<sup>5</sup>

A norma proibitiva do primeiro Diploma Legal (Lei nº 16/1790), assim determinava:

“As funções judiciárias são distintas e ficarão separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos”.

Este dogma da Revolução francesa está a se justificar histórica e culturalmente na sociedade francesa porque “na última fase do *ancien regime*, os parlamentos, que exerciam as funções típicas dos tribunais, transformaram-se no último reduto dos nobres, os quais fizeram dessa instituição uma fortaleza de oposição às grandes reformas de estrutura que tenta empreender o rei, notadamente quando se objetivam transformações da estrutura social”.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 184.

<sup>6</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

Disso resultou que os revoltosos “que vivenciaram essa experiência têm noção do risco que essa questão representava para os ideários da Revolução e, agora, detentores do poder político relutam em aceitar que os juízes, identificados historicamente como as classes conservadoras, venham a se opor ou controlar suas próprias decisões”.<sup>7</sup>

Obviamente que a incipiente noção de ato administrativo só tomou corpo com a aplicação das teorias da separação dos poderes de MONTESQUIEU<sup>8</sup> e, de conseqüência, também, da subordinação da Administração ao Estado de direito.

Abstraindo acepções tidas como incompletas por intermédio de critérios (i) *subjetivo*, (ii) *orgânico* ou *formal*, e (iii) *funcional* (ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos) ou *material* (exercício concreto da função administrativa), bem como os relativos ao ato jurídico do Direito Civil (art. 81 do Código Civil de 1916, todo ato lícito que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, sem correspondência do Código Civil de 2002), excluídos também os atos normativos emanados do Poder Executivo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro define *ato administrativo* como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> *Id.*

<sup>8</sup> No Capítulo VI do Livro XI de *O espírito das leis*, Montesquieu assim se expressa: “Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Executivo das que dependem o direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último poder de julgar e, o outro, simplesmente, o Poder Executivo do Estado. A liberdade política num cidadão é esta tranqüilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança: e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo que um cidadão não possa temer outro cidadão. Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade, pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo Senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se estivesse ligado ao Poder Executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esse três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, São Paulo: Abril Cultural, 1973, p. 156-157). *Apud* NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*, São Paulo: Atlas, 2004. p. 122-123.

<sup>9</sup> *Op. cit.* p. 189.

### 2.3 Elementos do ato administrativo.

Imprescindível para fixação da extensão do controle jurisdicional dos vícios do ato administrativo vinculado ou discricionário simples ou complexo, de império ou de gestão seja brevemente verificada sua anatomia, requisitos necessários à sua formação, ou elementos extraídos do art. 2º, da Lei nº 4.717, de 20.06.1965 (Lei da ação popular), quais sejam, *competência* (sujeito), *forma*, *objeto*, *motivo* e *finalidade*.

*Sujeito* é quem recebe da lei a competência para a execução do ato administrativo, sobrevivendo que não tendo competência (pessoas jurídicas de direito público, órgãos ou agentes) o ato praticado é viciado, portanto, inválido.

Segundo Hely Lopes Meirelles, *competência administrativa* é “o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ele é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática é inválido por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração”.<sup>10</sup> Pode ser delegado ou advogado, conforme as regras pertinentes.

Quanto à *forma dat esse rei*, nas suas acepções *restrita* (exteriorização do ato isoladamente) e *ampla* (além da exteriorização, todas as formalidades a serem observadas na formação da vontade da Administração, incluindo-se o procedimento), sua inobservância conduz à ilicitude do ato.

Na definição de José Cretella Júnior, o aspecto *formal* ou *forma* “é o instrumento ou o meio de algum conteúdo. Assim, mediante *ato formal* - decreto, por exemplo -, pode haver vários tipos de manifestações, cada uma das quais de conteúdo diferente - ato de nomeação, ato de demissão, ato de exoneração, ato de declaração de utilidade pública, necessidade pública ou interesse social”.<sup>11</sup>

*Objeto* ou *conteúdo*, como pressuposto de existência, como efeito jurídico imediato que o ato produz, na conceituação de Celso Antonio Bandeira de Mello “é aquilo que ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na

---

<sup>10</sup> Op. cit., p. 132.

<sup>11</sup> *Controle jurisdicional do ato administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 174 -175.

ordem jurídica. É em suma, a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o *próprio ato*, em sua essência”.<sup>12</sup>

Para verificação da invalidade, ou validade do ato administrativo quanto à sua *forma* ou *conteúdo*, não basta sua contrariedade para com a lei, cumpre ser permitido pela lei, estando diretamente relacionado com o princípio da *legalidade*.

*Motivo*, conforme lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro “é o pressuposto de fato (corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato) e de direito (dispositivo legal em que se baseia o ato) que serve de fundamento ao ato administrativo”.<sup>13</sup>

Pode ou não estar previsto em lei e, neste último caso, há certa liberdade de escolha da situação ou motivo pelo que editará o ato.

Relacionado com a *teoria dos motivos determinantes*, vincula-se o Administrador ao motivo que alegou para a prática do ato.

Para efeito do exame da legalidade, a análise dos motivos abrange a *materialidade* do ato. A real ocorrência do motivo anunciado e a *correspondência* deste com o motivo previsto na lei.

Finalmente, da maior relevância é o controle jurisdicional do *fim*, ou *finalidade* do ato administrativo, posto que intimamente relacionado com o denominado *desvio de poder*.

Em lição mais recente “é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato”<sup>14</sup>, não havendo, no caso, liberdade alguma de opção, daí desatendido seu fim ocorre *desvio de poder ou de finalidade*.

Depois destas teorizações necessárias retomamos a abordagem propriamente da análise dos limites ao controle jurisdicional do ato administrativo, a partir da visão tradicional ou controle restrito do ato pelo Direito Administrativo.

---

<sup>12</sup> *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 15ª ed, Malheiros Editores, 2003, p. 360.

<sup>13</sup> *Op. cit.*, p. 203.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *op. cit.*, p. 202.

## 2.4 Importância do controle

O nosso sistema de controle dos atos administrativos é o da *jurisdição única* “porque tanto os atos dos particulares quanto aqueles emanados da administração pública se submetem à jurisdição comum”.<sup>15</sup>

Encontra fundamento na Constituição de 1988, mais precisamente no seu art. 5º, XXXV<sup>16</sup>, o qual estabelece a inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário detentor do monopólio da jurisdição, mediante controle *externo, a posteriori, repressivo ou corretivo*, não mais se admitindo o contencioso administrativo previsto nas revogadas Emendas Constitucionais 1/1969 e 7/1977.

Desencadeado por provocação, o lesado pode se utilizar um arsenal jurídico previsto na própria Constituição e nas leis, nos limites fixados pelo próprio Poder Judiciário para correção do atuar ilegal, irregular ou deficiente da Administração Pública, teleologicamente vinculado sobredito controle ao interesse público.

Compete, portanto, aos juízes ou tribunais o julgamento dos litígios decorrentes das relações jurídicas entre a Administração e administrados. O sistema possui como vantagens, (i) unidade de jurisdição, (ii) simplicidade e (iii) ausência de conflitos de competência, sem deslembrar, em contrapartida, como pontos desfavoráveis, a falta de especialização e sobrecarga ao órgão jurisdicional em face do aumento crescente do número de litígios.

Por outro lado, revela-se desalentador e frustrante o atual quadro da Administração Pública no Brasil. Como outrora, encontra-se desgastada por endêmica corrupção generalizada, dela decorrendo crescente falta de credibilidade das autoridades públicas em todos os escalões, acrescido de institucionalizada e acomodada impunidade, mesmo diante de seríssimos e escancarados escândalos públicos.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>16</sup> O tema está assim delineado na Constituição da República de 1988: “Art. 5º. *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:*.....  
XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>17</sup> Susan Rose-Akerman, discorrendo sobre o tema “A economia Política e a Corrupção, afirma que: “Um estudo do Banco Mundial envolvendo companhias privadas no Brasil ilustrou a história – talvez apócrifa – de um empresário que denunciou ter sido visitado por inspetores estaduais e federais simultaneamente. O objetivo da visita conjunta era garantir que a empresa fosse flagrada na violação de pelo menos uma das duas leis discordes do

Tal situação subverteu valores consagrados pela doutrina haurida da experiência universal dos povos civilizados, tais como, a *presunção de legitimidade e veracidade dos atos do Poder Público*, inserindo-se, indevidamente, no entendimento do cidadão comum pátrio que, em princípio, todo administrador público é considerado *incapaz e corrupto, até prova em contrário*.

A par disso ou em decorrência, o Estado, tido como de Direito, é hoje, o maior vilão a lesar os direitos individuais e coletivos, situação de dolorosa realidade que enseja conjuramento e, ao mesmo tempo, intensificação dos controles internos e externos do Poder Público, máxime dos atos administrativos emanados do hipertrofiado Poder Executivo, o qual mais adquire do que perde poderes perante a soberania popular, esquecendo-se do seu principal papel de *fidel executor das leis*.

Das mais fortes finalidades para a consagração dos conhecidos postulados do Estado de Direito, sempre foi a de conter os poderes concentrados nas mãos dos governantes.

Já no Século XVIII, na lição de Alice Gonzales Borges<sup>18</sup>, afirmava MONTESQUIEU: “temos a experiência eterna de que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo, até que encontre algum limite. E, quem o diria, até a própria virtude precisa de limites”.

Acrescenta a insigne professora, para que tal não aconteça, recomendava MONTESQUIEU será preciso que “*Le pouvoir arrête pouvoir*” (que o poder detenha o poder)”<sup>19</sup>.

A própria França, a partir da Revolução de 1789, tão arredia ao conhecimento pelo Judiciário dos atos administrativos públicos cedeu à certeza da necessidade de controle por intermédio do conhecido Conselho de Estado, verdadeiro tribunal dotado de jurisdição especializada administrativa.

---

governo sobre a localização de extintores de incêndio (Stone, Levey e Paredes, 1992:29), In: ELLIOTT, Kimberly Ann (Org.). *A corrupção e a economia global*, tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Souza. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002, p.67.

<sup>18</sup> *O controle jurisdicional da administração pública*, Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo nº 192, abr./jun. 1993, p. 51.

<sup>19</sup> Id.

Feitas estas considerações é tempo de identificarmos onde se encontra a discricionarieade nos componentes do ato administrativo e os demais temas propostos para exposição e análise.

### 3 LOCALIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE NOS COMPONENTES DO ATO ADMINISTRATIVO

As competências que permitirão aos agentes públicos desempenhar suas funções são estabelecidas pela lei, cabendo-lhes satisfazer os interesses da coletividade de modo concreto, efetivo e eficaz.

Conforme as circunstâncias e a matéria tratada, a lei procura prever com maior precisão possível as necessidades e os problemas a serem enfrentados pelo agente público. Tenta impor o comportamento que deve manter, assim como as soluções e as escolhas possíveis.

O legislador é incapaz de estabelecer normas nas quais estejam presentes todos os elementos de fato das situações postas à Administração Pública. É temerário à sociedade que se estabeleçam normas por demais especificadas, podendo resultar em riscos aos direitos e garantias individuais e à própria coletividade.

Portanto, a lei define comandos específicos desde que ausente qualquer ameaça aos princípios básicos do Estado de Direito. Caso essas diretivas se mostrem potencialmente danosas ao interesse público, ou insuficientes para a sua satisfação, caberá à lei criar o necessário espaço para que a Administração Pública possa atuar em proveito do “bem comum, identificado com o interesse social ou interesse coletivo”.<sup>20</sup>

No âmbito do regime jurídico-administrativo, o dever-poder discricionário consiste na prerrogativa concedida pelo ordenamento jurídico à Administração Pública, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.<sup>21</sup>

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “é possível conceituar ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes - como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 104-105.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 102.

<sup>22</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 352.

Embora não haja unanimidade na doutrina, no que tange às questões terminológicas, os atos administrativos são formados pelos seguintes elementos: sujeito (competência), forma, objeto (conteúdo), motivo e finalidade.

O sujeito é o autor do ato. A pessoa habilitada para produzir o ato administrativo.

A forma é o revestimento exterior do ato administrativo, através do qual ele ingressa no ordenamento jurídico, como, por exemplo, decreto governamental, portaria, resolução etc.

O objeto é a disposição jurídica expressada pelo ato. Corresponde ao conteúdo do ato administrativo, isto é, “a criação, modificação, ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público”<sup>23</sup>, ou, como prefere José Cretella Júnior, “efeito prático que, na ordem administrativa, o sujeito pretende alcançar através de sua ação direta ou indireta: é a própria substância do ato, seu conteúdo”.<sup>24</sup>

O motivo compreende os pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam a edição e concretização do ato. Subdivide-se em motivo material e legal.

O motivo material é a situação jurídica subjetiva que ensejou a expedição do ato administrativo. Já o motivo legal, advém da previsão legal abstrata do fato jurídico-administrativo.

O motivo não se confunde com a motivação, pois esta compreende a exteriorização daquele. Na motivação, expõe-se a regra de direito que habilita a ação administrativa concreta (motivo legal), a situação jurídica subjetiva que serviu de base para a decisão (motivo material), bem como a enunciação da relação de pertinência lógica entre o motivo material e o motivo legal.

A finalidade representa o interesse público específico a ser atingido ou tutelado com a edição e concretização do ato administrativo, ou o resultado prático que se procura alcançar pela modificação trazida à ordem jurídica, ou, nas palavras de Caio

---

<sup>23</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Op. cit.*, p. 135.

<sup>24</sup> *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 257.

Tácito: “(...) é o sentido teleológico do ato, é o objetivo jurídico material a que se dirige, em última análise, a ação administrativa”.<sup>25</sup>

Para José Cretella Júnior: “No ato, parte-se do **motivo**, passa-se pelo **objeto** e atinge-se o **fim**”.<sup>26</sup>

A maior distinção entre os atos administrativos é a que os divide em atos vinculados e discricionários.

Nos atos vinculados não há apreciação subjetiva por parte da Administração, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único comportamento que a Administração pode ter perante a situação prevista em termos objetivos na lei.

Os atos discricionários são os praticados pela Administração com certa margem de liberdade de decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade, mesmo que atrelada à lei reguladora de sua expedição.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello “não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”.<sup>27</sup>

A maior parte da doutrina nacional afirma que nenhum ato é totalmente discricionário, posto que sempre será vinculado com relação ao sujeito, à lei, qual indica quem é o competente para a prática do ato, e à finalidade, sempre constituída por um interesse público.

Ao contrário de toda a doutrina e jurisprudência pátrias, bem como das estrangeiras, entende o já nominado autor que “(...) pode haver certa discricionariedade quanto ao fim. Embora seja indiscutível que o fim do ato administrativo deva ser sempre e necessariamente um interesse público, sob pena de invalidade, na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a uma objetividade absoluta. Preferimos dizer que o fim é sempre vinculante (como, aliás, todos os elementos da norma), de tal modo que só pode ser perseguido o interesse

---

<sup>25</sup> TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1975, p. 301.

<sup>26</sup> Op. cit., p. 272 (grifo no original).

<sup>27</sup> *Curso de Direito Administrativo, 15ª ed.*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 394.

público; porém, a qualificação do interesse público comporta certa margem, delimitada, é certo, de juízo discricionário”.<sup>28</sup>

Conforme acentua o mestre: “A lei, ao regular certas situações, pode deixar margem de liberdade de apreciação para a Administração quanto: a) ao momento da prática do ato; b) à forma do ato; c) ao motivo do ato; d) à finalidade do ato; e) ao conteúdo do ato”.

Acrescenta que “o grau de discricionariedade administrativa é crescente quando se caminha da primeira para a última hipótese. Além do mais, a liberdade relativa eventualmente fruível pelo administrador pode se referir a um, a vários ou a todos os aspectos mencionados, dependendo da disciplina legal. Em função disto, a discricionariedade será maior ou menor”.<sup>29</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que um dos âmbitos de aplicação da discricionariedade é quanto ao momento da prática do ato, ou seja, se a lei nada estabelece a respeito, pode a Administração escolher o momento mais adequado para atingir um determinado fim.<sup>30</sup>

Entende a citada autora que a discricionariedade pode se referir aos elementos do ato administrativo.

Quanto ao sujeito, o ato é sempre vinculado, somente podendo “praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência”.<sup>31</sup>

Em relação à finalidade aborda dois aspectos. Existe discricionariedade quando se tratar da finalidade em sentido amplo, correspondente ao interesse público, visto que a lei utiliza noções vagas e imprecisas, tais como “ordem pública, moral, segurança, bem-estar”. Se considerá-la em sentido estrito, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada, é sempre vinculada.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> Ibid, p. 396.

<sup>29</sup> Ibid, p. 371.

<sup>30</sup> *Direito administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 207.

<sup>31</sup> Id.

<sup>32</sup> Id.

Os atos, quanto à forma, geralmente são vinculados, pois esta é previamente definida em lei, podendo eventualmente a lei conferir mais de uma forma para se praticar o mesmo ato.<sup>33</sup>

Assinala, por fim, que a discricionariedade é verificada, com mais frequência, no motivo e no conteúdo do ato administrativo.<sup>34</sup>

No motivo em duas situações. Quando a lei não o definir, ficando este ao critério da Administração, ou quando a lei o define utilizando-se, porém, de noções vagas, os denominados conceitos jurídicos indeterminados.<sup>35</sup>

No tocante ao conteúdo (objeto), haverá discricionariedade quando a lei prevê vários objetos, todos válidos perante o direito, para atingir um mesmo fim.

Diógenes Gasparini alerta que “não há ato inteiramente discricionário, dado que todo o ato administrativo está vinculado, amarrado à lei, pelo menos no que respeita ao fim (este sempre há de ser público) e à competência (o sujeito competente para praticá-lo é o indicado em lei)”.<sup>36</sup>

Em suma, a discricionariedade pode estar localizada nos elementos fundamentais à prática do ato administrativo, quais sejam, (i) *sujeito*: somente pode praticar o ato o sujeito ao qual a lei atribui competência. Entretanto, o sujeito, obviamente competente, pode exercer poder discricionário no espaço que a lei permitir; (ii) *objeto ou conteúdo*: a norma jurídica pode deixar ou não margem de discricionariedade para a Administração quando ela confere mera faculdade de agir ou quando atribui mais de uma possibilidade de agir, respectivamente; (iii) *forma*: ao contrário do Direito Privado, é a regra no Direito Público, devendo todos os atos obedecer à forma escrita e expressa. Todavia, mantida a forma documental e no silêncio da lei poderá o administrador ponderar com relação às demais formalidades que entender necessária; (iv) *motivo*: haverá discricionariedade quando a lei não defini-lo deixando-o ao inteiro critério da Administração, ou quando a lei, ao defini-lo, ao mesmo tempo utiliza-se de noções vagas e vocábulos imprecisos; (v) *finalidade*: evidentemente

---

<sup>33</sup> Ibid, p. 208.

<sup>34</sup> Id.

<sup>35</sup> Id.

<sup>36</sup> *Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 88.

que o administrador está vinculado ao interesse público, não obstante a existência de hipóteses em que os fins devem ser analisados em relação a cada caso concreto.

## 4 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

### 4.1 Função, noção e natureza do conceito

Conceito, do latim *conceptus*, possui como função a comunicabilidade de signos lingüísticos, revelar a substância das coisas, ou função final, nos seus múltiplos aspectos, ou função instrumental.

A função instrumental do conceito é a de “*descrever* os objetos da experiência para permitir do seu reconhecimento. (...) *classificar* os fatos nos conceitos. (...) *organizar* os dados da experiência de modo que se estabeleçam entre eles conexões de natureza lógica. (...) *previsão* como meio antecipatório ou projetante”.<sup>37</sup>

O legislador, ao disciplinar a conduta humana por intermédio de normas jurídicas utiliza palavras, ou signos lingüísticos, para enunciar o sentido daquilo que *deve ser*.

Este uso, conforme Tércio Sampaio Ferraz Jr., varia entre a fisionomia *onomasiológica* da palavra (uso comum para a designação de um fato) e a aparência *semasiológica* (significação normativa). Estas duas faces das palavras podem justapor-se, “mas nem sempre isto ocorre”.

As normas jurídicas podem conter vocábulos tirados da linguagem habitual, “mas freqüentemente lhes atribui um sentido técnico apropriado à obtenção da disciplina desejada. Este sentido técnico não é absolutamente independente, mas está ligado de algum modo ao sentido comum, sendo por isso passível de dúvidas que emergem da tensão entre ambos”.<sup>38</sup>

Por este raciocínio pode-se dizer que o objetivo principal do exegeta vai além da mera compressão do texto, seu “sentido” e “movimento” no “contexto” em que é observado tal como faz o historiador, mas verificar sua “força e alcance” e colocar “o texto normativo em presença dos dados atuais de um problema”.<sup>39</sup>

Explica o mesmo jurista que os signos, como função simbólica da linguagem, têm por alicerces sons ou fonemas. A aglutinação de fonemas forma signos, como por

---

<sup>37</sup> ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos Ivone Benedetti, 4ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 168.

<sup>38</sup> *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 255.

<sup>39</sup> *Ibid*, p. 256.

exemplo, DI-REI-TO. Dialeticamente o conceito de DIREITO<sup>40</sup>, conceito cultural<sup>41</sup> referente a valores, mundo do *dever ser* (conteúdo indeterminado), tanto serve como signo de normas jurídicas (positividade do Direito), como signo de justiça, ou signo de segurança e paz social, ou uma ciência social, e até mesmo o sentido de deslocamento de um objeto (lado direito, lado esquerdo, à frente, etc.).

Os signos podem ser naturais (exemplo de parada cardíaca permanente: signo da morte) e artificiais (concepção humana, a exemplo da alocação parada cardíaca).

Os signos lingüísticos artificiais, “com base fonética, são símbolos”, que, somente possuem significação pelo seu uso. Tomados “isoladamente, nada significam”.

Na linguagem comum são vagos (indefinidos) e ambíguos (quando usados com diferentes intenções).<sup>42</sup>

Do próprio signo ou da junção de signos pode resultar na formação de conceitos, instrumentos da comunicabilidade de signos lingüísticos.

Consoante Abbagnano Nicola<sup>43</sup>, a noção genérica de conceito consiste em “todo processo que torne possível a descrição, a classificação e a previsão dos objetos cognoscíveis. (...) e pode incluir qualquer espécie de sinal ou procedimento semântico, seja qual for o objeto a que se refere, abstrato ou concreto, próximo ou distante, universal ou individual, etc. (...), além disso, não é um elemento simples ou

---

<sup>40</sup> Conforme os diferentes modos de ver o Direito, de várias formas, sob várias perspectivas, Eros Roberto Grau afirma que, na verdade, não podemos jamais descrever a realidade, mas o *nosso modo de ver da realidade*. “É que a realidade da qual tomamos consciência (isto é: a *consciência real*) existe *com existe* (= *está intrínseca*) em nosso pensamento (*ainda que o nosso pensamento – a consciência – seja por determinado*). A realidade (*realidade da que tomamos consciência*) é o que *aparenta ser* (*se apresenta = ‘presenta’*) para cada consciência. Diante de um objeto qualquer, minha consciência recebe o impacto do que ele *representa* (como ele *se apresenta*), para mim. Posso dizer, então, que minha consciência vê os objetos exteriores como eles são, visto que eles são (*para nós*), nas suas manifestações (*aparicções*), absolutamente indicativos de si mesmos. Como, porém, os objetos e a realidade existem em suas manifestações (*aparicções*) para mim, jamais os descrevo – os objetos e a realidade; descrevo apenas o *modo sob o qual eles se manifestam* (=o que *representam*) para mim. Logo, ao afirmar que podemos descrever o *direito* (note-se bem que me refiro, aqui, a *direito* como objeto em nível de abstração) *de várias formas e desde várias perspectivas*, estou a dizer que o *direito se manifesta, para nós, de várias formas e desde várias perspectivas*. E, também, que *não descrevemos o direito, porém os nossos modos de ver o direito*”. *Direito posto e Direito pressuposto*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 17-18.

<sup>41</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosófica do Direito*, Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada, Universidade de Coimbra, 6ª ed., Coimbra: Armênio Amado – Editor, sucessor, 1997, p. 160.

<sup>42</sup> Op. cit., p. 257-258.

<sup>43</sup> Op. cit., p. 164.

indivisível, mas pode ser constituído por um conjunto de técnicas simbólicas extremamente complexas como é o caso das teorias científicas (...).”

Na concepção grega clássica o conceito (logos) tem por natureza a *substância* ou *essência necessária* das coisas, como tarefa própria da razão. Por se referir ao objeto, é inalterável pela mudança de perspectivas.

Num salto da concepção clássica para a idéia hegeliana de conceito, ainda observamos o mesmo realismo da abordagem. Para Hegel o “verdadeiro conceito é único que possui realidade justamente porque ele mesmo a assume. Toda realidade que não for a realidade assumida pelo próprio conceito é existência passageira, contingência exterior, opinião, aparência superficial, erro, ilusão, etc. A forma concreta que o conceito a si mesmo se dá ao realizar-se está no conhecimento do próprio conceito, o segundo momento distinto da sua forma de puro conceito”.<sup>44</sup>

Nas palavras de Onaldo Franco Jannotti bem está sintetizada a natureza do conceito, seja ele “a própria essência ou substância do objeto, seja um signo que **significa** o objeto, importa é observar que somente nos comunicamos ou nos entendemos por meio de palavras que são signos e que estes dignificam algo. Vale dizer, continuamente nos servimos de conceitos. Conceitos que, na linguagem comum, em geral, são mais ou menos vagos e, não raro, imprecisos, indeterminados e equivocados”.<sup>45</sup>

Nessa ordem de idéias importa assinalar que as palavras, convencionalmente utilizadas, “nada mais são que rótulos com um conteúdo mínimo imposto aos seres e objetos com o fito de individualizá-los”.<sup>46</sup>

Nesse sentido, o Professor Celso Antonio Bandeira de Mello sublinha que “a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria ruído. Logo, tem que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que vagos, fluídos, ou imprecisos, os

---

<sup>44</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução de Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 1.

<sup>45</sup> *Conceitos indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade*, Revista de Direito Público - RDP - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 64, out./dez. 1982, p. 40.

<sup>46</sup> MORESCO, Celso Luiz. *Conceitos jurídicos indeterminados*, Revista Trimestral de Direito Público, nº 14, 1996, p. 81.

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”.

Para esse autor, de qualquer dos conceitos de conteúdo indeterminado utilizados pela norma jurídica “se pode dizer que compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro na 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 abrangida. As dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambas”.

Exemplificando, esclarece, “em inúmeros casos será *indivíduo* 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 *notável saber*; que determinado evento põe em risco a *segurança pública*, a *moralidade pública*, a *tranquilidade pública* ou, pelo contrário, que não as molesta”.<sup>47</sup>

Uma vez demonstrada a função, noção e natureza do conceito, necessária breve consideração a respeito da linguagem, veículo do conceito, especialmente a linguagem jurídica, muito mais próxima da imprecisa linguagem comum do que se imagina.

#### 4.2 Linguagem jurídica

A palavra articulada ou escrita dos conceitos a respeito dos objetos é a linguagem. Possui diversos matizes. Mas a que nos interessa para efeito desta monografia é a linguagem jurídica, não raro caracterizada por imprecisão das suas definições, dada a vagueza e ambigüidade dos conceitos que abriga.

O discurso jurídico legislativo, conseqüentemente, não possui a precisão científica da linguagem peculiar e artificial das ciências exatas.

Como espécie, o gênero linguagem natural, a linguagem jurídica é universo referencial do discurso jurídico, mas este último é dotado de “gramática distinta da gramática natural, com a intenção (nem sempre bem sucedida) de não deixar ambigüidades, aparecendo como uma sintagmática<sup>48</sup> preocupada com a formação

---

<sup>47</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 29.

<sup>48</sup> Sintagma significa “fusão, reunião ou combinação de dois ou mais elementos, em que o determinante estabelece um elo de subordinação com o determinado, formando ou uma unidade léxica (*vaglória*, que é *vã* é determinante

correta dos enunciados, em um ‘quer dizer’ inicial recoberto de uma rede modal, que se expressa através” dos enunciados qualitativos e funcionais.<sup>49</sup>

Cláudia Servilha Monteiro considera o raciocínio jurídico como dialético, portanto, “a indeterminabilidade é característica inerente à sua própria natureza e, tanto, como em qualquer outro raciocínio dialético, não pode ser eliminada”.<sup>50</sup>

Da célebre polêmica entre Genaro R. Carrió<sup>51</sup> e Sebastián Soler<sup>52</sup>, mencionados por Onaldo Franco Jannotti (Op. cit. p. 41), surgiram posições antagônicas quanto ao nível formalizado da linguagem jurídica.

Carrió, ao contrário de Soler, admite que a linguagem do Direito, constituída por normas e regras jurídicas, é a linguagem cotidiano, natural, e não se harmoniza com palavras formalizadas pelo rigor científico.

Enumera Carrió como características naturais da linguagem (i) a vagueza: seja o vocábulo de significado único ou múltiplo, a dúvida, em certos casos, poderá persistir; (ii) zona de penumbra: os objetos não estão claramente incluídos ou excluídos de um vocábulo considerado; (iii) textura aberta: impossibilidade de total descrição de objetos materiais com múltiplas peculiaridades.

Segundo Soler, a transposição do vocábulo ou expressão comum para o texto legal já seria suficiente para conferir precisão técnica. Segundo suas próprias palavras: “Cuando el legislador incorpora un enunciado em uma estructura normativa, con esse solo acto elimina todo sentido equívoco em cuanto *modus operandi* de aquél. Desde esse momento será absolutamente claro, sin la menor sombra de Duda, que aquello no es una broma ni una exhortación ni una definición ni una súplica ni una oferta ni las mil

---

de glória) ou locucional (*dona de casa*, em que *casa* é determinante de *dona*), ou termo da oração *As crianças pequenas choram*, em que os adjuntos adnominais *as pequenas* são determinantes de *crianças*), ou oracional (*O aluno apreendeu a lição*, em que o predicado – *apreendeu a lição* – é determinante do sujeito- *o aluno* - (...). FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*, 2ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 1592.

<sup>49</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 4ª ed., revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 179.

<sup>50</sup> *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2003, p. 139.

<sup>51</sup> *Algumas palabras sobre las palabras de la ley*, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1971, p. 1-23.

<sup>52</sup> *Las palabras de la ley*, México, Fondo de Cultura Económico, 1969, p. 170-171.

cosas que com palabras se pueden hacer, que son más incluso que las que piensa Austin, pues con aquéllas se puede todò, desde dar vida hasta matar”.<sup>53</sup>

Na verdade confere apenas maior grau de precisão, e não total precisão técnica. Esta é, portanto, a contribuição de Soler resultante da polêmica suscitada com Carrió.

Deste panorama se infere que fracassaram todas tentativas de construção de uma linguagem jurídica rigorosamente técnica, lógica e científica. O legislador não consegue superar a vagueza, a ambigüidade e as incertezas, enfim a acepção dialética da linguagem. Impossível, portanto, a busca do “sentido fundante, originário, primevo, unívoco ou correto de um texto jurídico”.<sup>54</sup>

Diante destas dificuldades, a doutrina, principalmente na Alemanha, desenvolveu a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados presentes na estrutura da norma jurídica, sob o enfoque de ensejar ou não ensejar discricção administrativa.

#### 4.3 Origem e evolução dos conceitos jurídicos indeterminados

As primeiras teorizações, conforme explica Germana de Oliveira Moraes<sup>55</sup>, originaram-se do célebre debate entre Edmund Bernartzik e Friedrich Tezner em plena Áustria do século XIX, formulando ambos posições contrárias sobre o assunto.

Na obra intitulada *Rechtsprechung um materielle rechtskraft* publicada em 1886 Bernartzik ponderou que os “conceitos legais indeterminados” conferem discricionarietà à Administração, cuja acepção foi prestigiada pelo Supremo Tribunal Austríaco.

Para Tezner, os conceitos legais indeterminados e determinados diferem entre si apenas quanto ao “grau de insegurança da palavra”. Todavia, o controle judicial dos conceitos indeterminados, segundo o jurista austríaco, abrange por igual o “controle da discricionarietà técnica”.

Entretanto, Almiro do Couto e Silva<sup>56</sup> acredita dever-se à Tezner a efetiva distinção entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados. Resultou da

---

<sup>53</sup> *Las palabras de la ley*, Vera Cruz, México: Editorial Praxis Jurídica, 1970, p. 190.

<sup>54</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Op. cit.*, p. 256.

<sup>55</sup> *Controle jurisdicional da administração pública*, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 71-72.

formulação de críticas à Corte Administrativa da Áustria, a qual não admitia controle jurisdicional decorrente do emprego de “conceitos jurídicos indeterminados”, a exemplo das locuções “interesse público”, “conveniência”, “paz e ordem pública”, dentre outras.

Do embate teórico entre Bernartizik e Tezner surgiram as teorias da “multivalência” (várias decisões corretas – campo da discricionariedade) e da “univocidade” (uma única decisão correta – espaço dos conceitos jurídicos indeterminados).

Estas correntes doutrinárias evoluíram na Alemanha, tornando-se hegemônica a teoria da univocidade. Dela concebeu-se a transposição dos conceitos jurídicos (ou legais) indeterminados da esfera discricionária para ser colocada no âmbito da vinculação legal, admitindo controle judicial pleno do processo de completamento do único significado apropriado de conceitos vagos envolvendo, via de regra, discussão sobre direitos individuais. Não significa concessão de discricionariedade à Administração, por se tratar de ponderação vinculada.

O apogeu da doutrina da univocidade deu-se após a Segunda Grande Guerra por intermédio de Reuss, o qual alargou a concepção de conceitos *legais* indeterminados para conceitos *jurídicos* indeterminados.

O passo doutrinário seguinte, ainda impulsionado na Alemanha, foi distinguir conceitos empíricos de conceitos de valor formulado por Ernest Forsthof<sup>57</sup>, adepto da teoria da multivalência. Reintroduziu os conceitos jurídicos indeterminados no espaço da discricionariedade administrativa, cujo sindacato judicial seria limitada pela lei.

Os conceitos indeterminados empíricos estariam associados “a fatos, estados ou situações da natureza ou da realidade”<sup>58</sup>, portanto, vinculados, tais como tempestade, trovão, óbito, cuja interpretação, ou completamento do significado, se faz por mera operação lógica, sem espaço discricionário. Ao passo que os conceitos de valor, ou normativos, inseridos na órbita da discricionariedade, estariam a exigir operação mental

---

<sup>56</sup> *Poder discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: Revista de Direito Administrativo, volumes 179-180, jan./jun., 1990, p. 58.

<sup>57</sup> *Traité de Droit Administratif Allemand*, Bruxelas: Bruylant, 1969. *Apud* MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 72.

<sup>58</sup> COUTO E SILVA, Almiro do. *Op. cit.*, p. 58.

de valoração pluridimensional, a exemplo da noção de interesse público, proposta mais conveniente, notável saber jurídico etc.

Na década de 50 do século passado Otto Baschof<sup>59</sup> concebeu a teoria rotulada de “margem de livre apreciação”. Significa a utilização de conceitos jurídicos indeterminados que importam em conceitos de valor (*Wertbegriffe*) e de experiência (*erfahrungsgriffe*), como forma de tangenciar o controle judicial dos juízos valorativos emitidos pela Administração.

Antonio Francisco de Souza<sup>60</sup>, citado por Germana de Oliveira Moraes (*op. cit.*, p. 74) demonstra que Baschof distingue, no caso concreto, “a interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados”.

Entende Baschof, conforme o autor português, que a interpretação, no sentido da verificação do seu âmago, por ser uma “questão de direito” submete-se ao controle judicial, assim como se sujeita à sindicalidade dos tribunais a verificação concreta dos fatos.

Diversamente, na acepção do publicista alemão, é a aplicação, ou seja, “a subsunção dos factos a um conceito indeterminado”. Nesta operação há de se investigar “se a lei quer ou não atribuir à autoridade administrativa um espaço de apreciação”.

Baschof, segundo ainda Antonio Francisco de Souza (*Op. cit.*, p. 340) destaca “ser possível tanto a pluridimensionalidade dos conceitos de experiência (na medida em que na prática não é possível uma apreciação suficientemente clara), como a univocidade dos conceitos de valor (na medida em que a referida idéia de valor é suscetível de objetivação, de modo que parece só existir uma única decisão correta)”.<sup>61</sup>

Também entende o jurista alemão, ainda interpretado seu pensamento pelo publicista português que “nos conceitos de experiência, o reconhecimento de uma ‘margem de apreciação’ depende da possibilidade prática de uma apreciação suficientemente clara dos factos tendo em devida conta a responsabilidade da autoridade administrativa”.<sup>62</sup>

---

<sup>59</sup> *Jueces y Contitución*, Madrid: Civitas, 1985. *Apud* MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>60</sup> SOUZA, Antonio Francisco. *A discricionariedade administrativa*, Lisboa: Danúbio, 1987, 340.

<sup>61</sup> *Apud* MORAES, Germana de Oliveira. *Op. cit.* p. 74.

<sup>62</sup> *Id.*

Não passou impune a teoria da margem de livre apreciação, uma forma disfarçada de discricionariedade. As concepções doutrinárias que reduzem o controle judicial dos atos da Administração sofrem atualmente severas críticas.

Dentre os que se opõem Germana de Oliveira Moraes<sup>63</sup> cita o jurista Hans Rupp, o publicista espanhol Eduardo Garcia Enterría e o próprio Antonio Francisco de Souza.

Atualmente, consoante Regina Helena Costa<sup>64</sup>, a doutrina alemã adota posição diametralmente oposta, abandonando, portanto, a teoria da “margem de apreciação”. Na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados (univocidade da solução justa em cada caso) e discricionariedade (pluralidade de resultados possíveis e justos) não existe dependência entre um e outro instituto.

Conquanto também discordar em parte da doutrina alemã e afirmar que “perante situações concretas a fluidez de conceito indeterminado é insuscetível de reduzir-se a uma acepção única, ensejando, pois, que remanesça *alguma* discricção administrativa”, Celso Antonio Bandeira de Mello (Discricionariedade e controle judicial, São Paulo, Malheiros Editores, 2ª ed, 1993, p. 91) traz à baila entendimento de Eduardo Garcia Enterría e Tomás Ramón Fernandez<sup>65</sup> (afinados com a moderna doutrina alemã), porquanto a viscosidade de tais conceitos não está afeta à discricionariedade e que este campo de incertezas terá de ser desfeito pelo *próprio magistrado*. Sua fluidez somente existe *in abstracto*.

Conforme dizem os autores ibéricos, “(...) não obstante a indeterminação do conceito admite ser precisado no momento da aplicação” (...) já que “ao estar se referindo a pressupostos concretos e não a vaguezas imprecisas, contraditórias, é claro que a aplicação de tais conceitos à qualificação de circunstâncias concretas não admite mais que uma solução: ou ocorre ou não ocorre o conceito; ou há boa fé ou não há; ou o

---

<sup>63</sup> Id.

<sup>64</sup> *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, Revista de Direito Público nº 95, jul./set., 1990, p. 131-133. Segundo a autora, conforme doutrina de Garcia Enterría e Ramón Fernandez (*Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, p.275) a nova doutrina alemã propugna “pela possibilidade de o juiz revisar a aplicação inicial do conceito jurídico indeterminado feita pela administração, apreciando sua adequação à lei. Assim, o juiz pode vir a reduzir a ‘zona de incerteza’ e reconduzir o caso concreto a uma das zonas de certeza, a positiva ou negativa, o que faz diante de todo problema interpretativo”

<sup>65</sup> *Curso de derecho administrativo*, 4ª ed., Madrid: Civitas, v. I, 1983, p. 433-434.

preço é justo ou não o é; ou se faltou à probidade ou não se faltou. *Tertium non datur*. Isto é o essencial do conceito indeterminado: a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma ‘unidade de solução justa’ em cada caso”.

Entretanto, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador pode decorrer da “atuação discricionária” em favor da Administração, cujo inter-relacionamento será analisado a seguir.

#### **4.4 Relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade. Controle judicial.**

Vale dizer, no mínimo alguns conceitos jurídicos indeterminados, tanto no âmbito dos conceitos empíricos como na esfera dos conceitos de valor, estão a justificar tratamento diferenciado atraindo conseqüentemente controle judicial limitado, especialmente aqueles resultantes de “ponderação altamente complexa que tem de ser feita (entre elementos positivos e negativos, públicos e privados, presentes e futuros, fixos e variáveis, etc.) da prognose e, sobretudo, de uma grande proximidade e até sobreposição de elementos políticos e jurídicos”.<sup>66</sup>

Essa relatividade do controle judicial da Administração, decorrente da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, segundo Almiro do Couto e Silva “não os transforma, entretanto, em fonte de poder discricionário”.<sup>67</sup>

É nesse passo que se faz necessário distinguir os institutos. Conforme Sainz Moreno (*apud* COSTA, Regina Helena, *op. cit.*, 132): “existe discricionariedade quando a autoridade administrativa pode escolher entre várias decisões, de modo que, na vontade do legislador, qualquer delas é juridicamente admissível e tem o mesmo valor; existe um conceito jurídico indeterminado, por sua vez, quando só uma decisão é juridicamente admissível”.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> COELHO, Paulo Guimarães da Costa. *Op. cit.*, p. 116.

<sup>67</sup> *Op. cit.* p. 59.

<sup>68</sup> *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, 1ª ed., Madrid: Editorial Civitas, 1976, p. 234.

Calha nesta altura lembrar, conquanto a oposição perfilhada por respeitados publicistas do quilate de Garcia Enterría e Ramón Fernandes, que a norma jurídica conferidora de descrição também pode hospedar na sua estrutura conceitos jurídicos indeterminados.

Nesse sentido é a orientação de Afonso Rodrigues Queiró<sup>69</sup>:

“ Por sua vez, a norma é obra de um *legislador*; e seria insensato negar que a este legislador é impossível, 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 vagos e incertos, de tal maneira que o agente ao executar essas ordens e interpretar esses conceitos deve fixar-se, devendo agir em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos. Aquilo que o agente deve fazer está prescrito na norma, invariavelmente – “*das das muss stets im Gesetze zu finden sein; kann der Staat nur “wollen” und handeln was in der rechtsordnung statuiert ist, das Staatsorgan setzt niemals die Zwecke, die es mit seiner Organtätigkeit realisiert*” – e é só sob esta condição que determinado ato pode ser imputado ao Estado, ou, mais precisamente, à Administração. As condições de ato que a norma aponta são, pois, as condições de imputabilidade (*Zurechenbarkeitsbedingungen* – Kelsen, JÖHR) de qualquer ato à Administração; são o mínimo exigível para que um ato à Administração se impute. Ante estas condições que vão sintetizadas no conceito geral de competência e designam o próprio conteúdo da atividade administrativa, tal ordem jurídica a delinea, o agente desenvolve primeiro uma atividade *interpretativa*, e, visto como a norma *realmente*, por impossibilidade lógico-natural, não consegue tudo regular em forma absolutamente especificada e detalhada a atividade interpretativa do agente administrativo, socorrida de todos os meios que indique uma correta teoria da interpretação das leis administrativas, chega a um ponto em que não tem mais que verificar *incerteza* da vontade legal (*Ungewissheit über den Gesetzesinhalt*).

---

<sup>69</sup> A teoria do 'desvio de poder' em Direito Administrativo, Revista de Direito Administrativo, vol. VI, out. 1.946, p. 55-56.

No fim de contas, decorrido o processo interpretativo fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência, e portanto, também do conteúdo do seu agir. A interpretação defronta-se com duas espécies terminológicas e conceituais: conceitos de significação definível, e conceitos de significação exata indeterminada. Estes últimos são mais corretamente designáveis por ‘plurissignificativos’ – ‘mehrdeutige’ -, pois comportam um número limitado de significações igualmente possíveis, e não um número indefinido delas”.

Esclarece o autor português que o texto legal, ao estabelecer uma função administrativa, expõe fatos e situações teóricas da natureza segundo um princípio de causalidade, abrangendo matéria relativa a espaço e tempo ou conceito de número (quantidade), sem qualquer espaço para discricção (conceitos unissignificativos vinculados).

Pode a norma jurídica, conforme acrescenta, referir-se a fatos e situações do mundo da cultura, pressupondo conceitos práticos de valor, onde se circunscribe a discricionariiedade.

Nessa ordem de idéias o conceito de poder discricionário, conforme acepção do mesmo autor lusitano, resume-se à escolha de uma opção “entre várias significações contidas num conceito normativo prático relativo às condições-de-fato do agir administrativo - escolha feita sempre dentro dos limites da lei”.<sup>70</sup>

Em um plano mais próximo da realidade, sem defender a teoria da “margem de livre apreciação” da Administração, divergindo em parte de Queiró e da moderna doutrina alemã, Regina Helena Costa<sup>71</sup> tece considerações a respeito da relação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariiedade. Acredita na existência de “situações em que a indeterminação do conceito jurídico, por não poder, logicamente falando, ser totalmente eliminada pelo uso da interpretação, remanesça conferindo breve margem de liberdade à administração para preencher a significação daquele”. (...) Neste caso a Administração diante de conceitos de valor e encerrada a interpretação, em

---

<sup>70</sup> Op. cit., p. 77-78.

<sup>71</sup> Op. cit., p. 133.

solução casuística, excluindo-se os conceitos de experiência (basta o processo interpretativo), restando ainda uma zona cinzenta, pode escolher “entre mais de uma significação possível, sempre tendo como guia o princípio da razoabilidade<sup>72</sup>”.

O processo interpretativo basta para tornar precisos os conceitos de *experiência*, o que já não ocorre, portanto, com os conceitos jurídicos indeterminados de *valor*.

Nesse sentido afirma também Celso Antonio Bandeira de Mello, por decorrência de “relativa indeterminação de conceitos, irreduzíveis a uma objetividade completa, alguma discricção remanesce para o administrador também no que respeita à finalidade”. (...) porquanto “além de toda *interpretação* possível restará, afinal, um campo nebuloso onde não há como desvendar um significado milimetricamente demarcado para os conceitos práticos”.<sup>73</sup>

A esse respeito, ou seja, do problema da interpretação ao problema da subsunção, Lúcia Valle Figueiredo não diverge. Considera necessário, primeiramente, ser interpretado o conceito e somente na hipótese de não haver subsunção da premissa menor (o fato), ou da premissa maior (a norma geral ou conjunto de normas) “é que se vai colocar alguma discricionariade”.<sup>74</sup>

Lembremos, à guisa de exemplo, a nomeação de ministros do Supremo Tribunal Federal. A norma Constitucional (art. 101, CF) exige como requisitos para a escolha que o candidato seja cidadão com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de *notável saber jurídico e reputação ilibada*.

---

<sup>72</sup> Parte da doutrina trata o princípio da razoabilidade como feição do princípio da proporcionalidade. “Racionalidade, normalidade, equilíbrio são critérios que devem ser observados pelo agente público no exercício de atividades discricionárias, sob pena de ilegitimidade da medida adotada. Ademais, os controles externos – realizados pelo Poder Legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas – e o controle judicial, ambos incidentes sobre o ato decorrente do exercício pela Administração de competência discricionária não invadem o mérito do ato administrativo, pois a discricionariade é exercida dentro dos limites fixados legalmente, e não fora dele. O ato desarrazoado ultrapassa as fronteiras estabelecidas pelo ordenamento jurídico, implicando ilegalidade – o que, por conseguinte, autoriza e, mais do que isso, impõe os controles externo e judicial, para que se invalide e para que se puna o administrador responsável pela edição do ato irracional, anormal e que não atende à finalidade pública prevista na lei de competência” (BERNTOCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 172).

<sup>73</sup> *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 239.

<sup>74</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 201.

A nomeação do escolhido pelo Presidente da República depois da aprovação pela maioria absoluta do Senado é discricionária. Em que pese essa discricção na escolha e nomeação, a existência dos requisitos, no caso, conceitos indeterminados de valor, *notável saber jurídico e reputação ilibada*, são passíveis de revisão pelo Poder Judiciário.

Neste caso, enquanto conceito jurídico normativo, opera-se, conforme Karl Engisch<sup>75</sup>, o que se denomina da “*referência a valores*”, ou seja, “a referência do conteúdo e da extensão de todo o conceito jurídico às específicas idéias valoradas pelo Direito”. Portanto, no conceito de valor a hipótese normativa é plurissubjetiva, ou multissignificativa.

Segundo o mesmo autor, os conceitos jurídicos indeterminados possuem um “*núcleo conceitual*”, do qual se extrai noção clara do “conteúdo e extensão” dos conceitos e um “*halo conceitual*”, a partir do qual as dúvidas se iniciam, tornando-se os conceitos “*carecidos de um preenchimento valorativo*”<sup>76</sup>, cuja indeterminação ao mesmo tempo produz “*insegurança e relativa desvinculação na aplicação da lei*”.<sup>77</sup>

O Constituinte deliberadamente, neste caso, utilizou-se de expressões imprecisas para descrever situações fáticas. Isto decorre da impossibilidade de previsão de todas as situações recorrentes. Não pode o legislador, portanto, abdicar da edição de normas gerais e abstratas para expedir regulamentação individual típica dos atos administrativos, sob pena de malferir o princípio constitucional de separação dos poderes. A subsunção do fato à norma atrai opiniões diversas, abrindo possibilidade de discricção administrativa ou judicial, segundo uma escala de experiência e valores do exegeta.

O presidente dispõe da faculdade, conforme sua concepção pessoal e em conformidade com os deveres do cargo, de determinar qual deva ser “o fim próximo e imediato”<sup>78</sup> de sua escolha, não sendo lícito conduzir-se inspirado de modo canhestro e

---

<sup>75</sup> *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª ed., tradução de João Batista Machado do original alemão intitulado *EINFÜHRUNG IN DAS JURSTISCHE DENKEN*, 8, neu bearb. Auflage, 1983, VERLAG W. KOHLHAMMER GmbH, Stuttgart, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 211.

<sup>76</sup> *Ibid*, p. 213.

<sup>77</sup> *Ibid*, p. 210.

<sup>78</sup> *Ibid*, p. 223.

declaradamente por critérios mutáveis e impertinentes ao texto legal, como por exemplo, a confissão religiosa do ungido, sua filiação partidária, ou afeição ao desporto futebol, não sendo estes, portanto, os pontos de vistas eminentemente pessoais que interessam.

Não se descarta, porém, a refinada e honesta introdução de pressupostos éticos fundamentais, associados aos conceitos normativos indeterminados de valor, segundo uma ordem de valores metajurídicos harmonizados com as leis da teleológica que regem a convivência humana.

No exemplo analisado há um halo valorativo num conceito de valor, como pode haver, em situações limítrofes, um *halo* valorativo nos conceitos de experiências e um núcleo de experiência nos conceitos de *valor*<sup>79</sup>.

Há, portanto, conforme Afonso Rodrigues Queiró, “um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar a *abstração* à *individualização*, da norma abstrata à ordem individualizada: quer dizer, sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito”<sup>80</sup>.

Acreditamos que ressalvadas as situações limites entre conceitos de *experiência* e conceitos de *valor*, no caso dos primeiros que se referem a fatos, situações e circunstâncias empíricas, a determinação para tornar preciso o conceito se realiza pela comprovação segundo critérios objetivos exteriores e anteriores aos fatos, situações e circunstâncias empíricas, mediante processo interpretativo, totalmente controlável judicialmente, não havendo neste caso liberdade de escolha por exclusão de qualquer margem de discricionariedade.

Quando se cuida de conceitos de *valor* a hipótese da norma introduz a vontade do agente, não bastando o processo interpretativo. A significação dos conceitos envolve apreciação, ou valoração subjetiva e individual do aplicador ou intérprete, segundo critérios discricionários próprios para a escolha de qualquer das opções colocadas em evidência pela norma.

---

<sup>79</sup> SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionalidad administrativa*, 1ª ed., Madrid, Editorial Civitas, 1976, p. 204-205. *Apud* COSTA, Regina Helena. *Op. cit.*, p. 134.

<sup>80</sup> *Op. cit.*, p. 57.

Nesta hipótese o controle judicial se restringe aos contornos e limites do ato administrativo, cessando quando a opção bate às portas da substituição da vontade administrativa pela vontade do juiz, ou se a alternativa escolhida cingiu-se à fronteira do razoável, isto é, se houve correta dosagem quanto a intensidade na aplicação dos meios em relação aos fins visados pelo legislador.

A discussão se espraia para a questão das diferentes interpretações doutrinárias e jurisprudenciais do controle judicial do ato administrativo como veremos a seguir.

## 5 DISCUSSÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAL SOBRE O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO (OU ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA) DISCRICIONÁRIO (A)

### 5.1 Estado de Direito e o exercício do poder.

O Estado de Direito, segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, é a garantia da prévia subordinação do poder e seus instrumentos ao sistema jurídico vigente, o qual decorre de um projeto político caracterizado pela proteção do cidadão contra condutas estatais intemperadas, assegurando-se legítima correção das condutas arbitrárias e violadoras do direito individual ou coletivo, além de eventuais reparações patrimoniais, sujeitando o agressor às leis e aos controles jurisdicionais.<sup>81</sup>

Conforme o mesmo autor, “o Estado de Direito traz consigo fundando este projeto de contenção do poder à tese que é imanente: a da soberania popular. Ou seja, esta concreta realização histórica de Estado nega a justificação do poder pelo poder ou por algum direito divino, proclamando, pelo contrário, como consta das Constituições modernas, que todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”.<sup>82</sup>

Disso decorre o pressuposto de não se cogitar uma exclusiva e voluntária autolimitação do poder pelos seus detentores. Concebeu-se uma função independente e harmônica com as demais representada pelo Poder Judiciário para dizer o direito e a submeter a conduta estatal desviada ou abusiva à vontade da soberania popular.

Nesta linha de raciocínio, uma das conquistas do Estado de Direito foi submeter a Administração e os administrados ao império da lei. Enquanto estes têm suas relações jurídicas disciplinadas pela autonomia da vontade, o exercício da vontade daquela está previamente regulamentada pela lei, não podendo dela desbordar.

Todavia, necessário primeiramente estabelecer a importância do controle da Administração Pública no contexto do significado do Estado de Direito, partindo-se

---

<sup>81</sup> *O controle judicial dos atos administrativos*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: abr./jun., nº 152, 1983, p. 2.

<sup>82</sup> *Id.*

desde logo para a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, firmada em 1789, a qual, no seu art. 15, estabelece, *in literis*: “A sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”.

Álvaro Gil Robles y Delgado<sup>83</sup>, citado por Odete Medauar (*Controle da Administração Pública*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 10), sobre a importância e necessidade de controle da Administração, menciona que: “O cidadão de nossos dias está paradoxalmente cada vez mais desamparado frente à ação dos poderes estabelecidos e, em especial, do ‘aparato administrativo’, cujas decisões em geral não entende, nem lhe explicam, embora seja obrigado a suportar-lhe as conseqüências”.

O publicista ibérico pensando além acrescenta: “Uma idéia fundamental deve predominar hoje mais do que nunca na sociedade contemporânea: o cidadão tem de ser protegido com eficácia ante o atuar irregular ou insuficiente da Administração Pública, tanto central, como regional autônoma, local ou institucional”.

## **5.2 Limites ao Controle Jurisdicional do Ato Administrativo: visão tradicional do Direito Administrativo.**

Com o advento da República herdamos o *Judicial Control*, experiência americana do norte haurida, por sua vez, conforme Roger Bonnard<sup>84</sup>, citado por Themistocles Brandão Cavalcanti (*Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., v. IV, 1961, p. 465) do sistema em vigor da Bélgica desde a Constituição de 1831.

Graças aos esforços de Rui Barbosa e dos positivistas da época, por longo tempo a doutrina e a jurisprudência pátrias tinham em conta que o controle judicial limitar-se-ia “ao exame da legalidade do ato administrativo, circunscrevendo-se à verificação das formalidades intrínsecas, sendo-lhe destarte vedado o ingresso no exame do mérito administrativo”<sup>85</sup>, restringindo-se, de conseqüência ao controle jurisdicional somente em matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto.

---

<sup>83</sup> *El Control Parlamentario de la Administracion*, Madrid, 2ª ed., 1.981, pp. 14 e 26.

<sup>84</sup> *Le Controle Jurisdictionnel de l'Administration*, p. 18.

<sup>85</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Op. cit.*, p. 42.

Tal orientação dos *doutos* provém de “uma forte tendência privatista que lhes incultou o sistema romano-germânico agravado pelo autoritarismo positivista e pelo dogmatismo católico que inspiram nossa cultura”.<sup>86</sup>

A separação dos poderes era um dos argumentos a fundamentar essa orientação. Sustentava-se a impossibilidade institucional de o Poder Judiciário imiscuir-se “em atividades típicas do Poder Executivo”. Nesta linha de raciocínio, pensava-se também que os juízes, “desprovidos de mandato eletivo”, não tinham “legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público”<sup>87</sup>, moldado por agentes políticos guindados pela vontade popular.

Segundo entendimento do Professor Miguel Seabra Fagundes, manifestado já na década de oitenta do século passado, ao judiciário seria proibido controlar o mérito dos atos administrativos, o qual limitar-se-ia tão somente à apreciação de sua legalidade.<sup>88</sup>

O próprio Supremo Tribunal Federal no ano de 1938, conforme referência em texto doutrinário<sup>89</sup>, acolhendo voto do Min. Laudo de Camargo assentou que: “existindo o processo administrativo, não se pode anular o ato demissionário”, em clara demonstração que diante do mérito do ato administrativo, não seria lícito o controle judicial.

Em outra oportunidade ponderaria ainda o Min. Costa Manso: “A função dos Tribunais Judiciários é assegurar a aplicação da lei. Não lhes compete examinar sob o aspecto intrínseco, os atos legislativos ou administrativos para declará-los oportunos ou inoportunos, convenientes ou inconvenientes, justos ou injustos, conforme princípios científicos ou deles divorciados (...)”<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> SLAIB FILHO, Nagib. *Razoabilidade e discricção administrativa*. Revista de Direito Público nº 85, janeiro-março de 1988, p. 172.

<sup>87</sup> MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 172.

<sup>88</sup> *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984, p. 126.

<sup>89</sup> JAPPUR, José. *Mérito do ato administrativo perante o judiciário*, Revista de Direito Público nº 70, abr./jun. de 1984.

<sup>90</sup> Supremo Tribunal Federal. FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO – EXISTINDO O PROCESSO ADMINISTRATIVO, NÃO SE PODE ANULAR O ATO DEMISSONÁRIO – O JUDICIÁRIO APENAS APRECIA A LEGALIDADE E NÃO A JUSTIÇA DO ATO – IRRELEVÂNCIA PARA PROCEDÊNCIA DA AÇÃO, DA ABSOLVIÇÃO CRIMINAL DO ACUSADO. Apelação Cível nº 6.845, do Distrito Federal. Apelantes o Juízo e a União, Apelado João de Aquino Ribeiro, Relator Min. COSTA MANSO, 16.05.1938. Acórdão nº 6.845, Revista Forense nº 78, p. 495.

A consagração de tal entendimento tradicional, até mesmo considerado como superstição, deve-se à equivocada interpretação do art. 13, § 9º, da Lei nº 221, de 20.11.1894, a qual instituiu a ação sumária especial para anulação dos atos administrativos, cujo Diploma Legal foi revogado pelo velho Código de Processo Civil.

O mencionado dispositivo (art. 13, § 9º, Lei nº 221/1894), estabelecia que:

“ Verificando a autoridade judiciária que o ato ou resolução em questão é ilegal, o anulará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor:

a) consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões judiciais, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência e oportunidade.

b) A medida administrativa, tomada em virtude de uma faculdade, ou poder discricionário, somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou do excesso de poder.”

Guarda similitude o preceito do art. 9º, do Decreto-Lei nº 3.365, de 21.06.1941 (Lei das Desapropriações), o qual dispõe que: “Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública”.

Deste modo dizia-se “que os limites do controle judicial começavam onde se iniciava o *mérito* ou o *merecimento* do ato administrativo – expressões tomadas de empréstimo do direito italiano, mas que deitaram raízes sólidas no nosso direito – não se permitindo que o exame se estendesse aos aspectos da conveniência e oportunidade”.<sup>91</sup>

Embora muito lentamente, a reação se fez presente em posturas consideradas como novas tendências de controle pelo Poder Judiciário.

### **5.3 Limites ao Controle Jurisdicional do Ato Administrativo: novas tendências doutrinárias e jurisprudencial.**

A rigidez da equivocada postura tradicional aos poucos cedeu lugar ao que se convencionou denominar de **jurisdicalização do ato administrativo**, obviamente,

---

<sup>91</sup> COUTO E SILVA, Almiro. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: jan./jun, v. 179 e 180, 1990, p.64.

por intermédio de decisões dos Tribunais e vozes provindas da doutrina, vislumbrando-se, então, a palpável possibilidade do exame jurisdicional do valor intrínseco dos atos administrativos, inclusive atos de governo.

É indiscutível que o Poder Judiciário não poderia e não pode renunciar ao exame do mérito do ato administrativo, atualmente considerado como o **fundo da substância litigiosa**.

De importância histórica é o voto paradigmático e vencedor da lavra do Ministro Orozimbo Nonato, no qual a hipótese de revisão de substanciais aspectos do ato administrativo, no caso enfocado, o reexame de prova constante em inquérito realizado pela Administração, para apurar faltas de funcionários:

“(...) o que se discute é se o Poder Judiciário pode conhecer do ato administrativo de demissão do funcionário, apesar de coberto pelo inquérito administrativo, ou se, ao contrário, lhe é vedado fazê-lo. ... Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo visual de legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça.

A essa tese jamais darei meu invalioso apoio. Entendo, ao revés, que ao Poder Judiciário é que compete, principalmente, decidir o direito que a parte oponha à administração baseada em lei do país. Quem dirá se o ato foi justo ou injusto: a própria administração, acobertada por um inquérito formalmente perfeito, ou, ao cabo de contas, ao Poder Judiciário?

A minha resposta é que cabe ao Poder Judiciário, porque a este compete, especificamente, resolver as pendências, as controvérsias que se ferem entre cidadãos ou entre o cidadão e o Estado”.

Rebatendo argumentos do Procurador-Geral da República, ainda no bojo do acórdão, acrescenta:

“Se, a final, o inquérito administrativo é inexaminável no Judiciário, neste caso, teríamos dificuldade flagrante de trazer o caso ao Poder Judiciário, entendendo-

se o direito já declarado administrativamente. O Poder do Juiz apenas se limitaria a homologar a decisão administrativa, pelas formalidades extrínsecas de um ato emanado de outro Poder.

Isto é que importaria em mutilação do Poder Judiciário; isto é que não tem assento em lei e em doutrina. E o eminente constitucionalista, Ministro Castro Nunes, acaba de demonstrar que a tese verdadeira é a que nós propugnamos; o que ao Judiciário é defeso decidir da *oportunidade* do ato administrativo, de sua *conveniência*. Não pode o Juiz determinar que o funcionário preste este ou aquele serviço, mas pode e deve corrigir excessos, injustiças porventura perpetradas por essa Administração contra o direito do funcionário”.<sup>92</sup>

José Jappur destaca o equívoco da corrente tradicional. Em posição atualizada imputa insensatez à até então posição hegemônica em opor-se ao controle de “um ato inoportuno ou inconveniente”, por se constituírem em formas de lesão “ao próprio princípio de legalidade ou de legitimidade”.

Convicto, dá prioridade ao controle da eficiência do ato administrativo, por entender “mais importante do que o controle puro e simples da legalidade. Interessa ao bem comum que a ação administrativa se processe com legalidade e com moralidade. Mas interessa, também, e muito, que tal ação seja eficiente. Esbulha o povo o administrador desonesto; mas pode esbulhá-lo mais ainda o administrador indolente ou incapaz que adota medidas inoportunas ou inconvenientes. Por isso a velha superstição cede lugar ao controle aberto”.<sup>93</sup>

Tal espécie de controle pressupõe, além do incontroverso exame da legalidade do ato administrativo, sua revisão no aspecto teleológico, cujo fim é o dever jurídico da melhor escolha dentre as várias opções que se apresentam ao administrador público.

---

<sup>92</sup> Supremo Tribunal Federal. ATOS ADMINISTRATIVOS – EXAME DA SUA VALIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO – FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO – CONFRONTO DA PROVA PRODUZIDA EM INQUÉRITO ADMINISTRATIVO E EM PROCESSO JUDICIAL Embargos na Apelação Cível nº 7.307. Francisco Assis Brasil *versus* União Federal, Relator Min. CASTRO NUNES, 20.12.1944, Acórdão, Revista de Direito Administrativo, v. III, Rio de Janeiro, 1946, pp. 80-81.

<sup>93</sup> Op. cit., p. 176-177.

### 5.3.1 Legalidade, discricionariedade e o dever jurídico da boa administração.

À Administração é conferido poder pela lei para instrumentalização do cumprimento dos seus deveres, subordinando-se seus atos ao comando legal.

Caso este comando descreva com rigor e precisão um único e específico comportamento e venha a Administração a cumpri-lo com exatidão, nenhum problema ocorrerá quanto à extensão e conteúdo do controle judicial. Esta é a hipótese menos freqüente.

No entanto, predomina certa liberdade ao administrador para decidir conforme um leque de possibilidades, propiciando a lei discricionariedade para este decidir conforme as circunstâncias fáticas, “se”, “quando” e “que” ato deverá ser praticado conforme os interesses permitidos ou obrigatórios, o que induz à Administração o dever jurídico da “melhor solução”, ou “dever jurídico de boa administração”;

É, pois, relevante a vinculação da Administração ao cumprimento de uma *finalidade* estabelecida pela lei, representada pelo *dever* da boa administração, mediante exercício do instrumento do *poder* que satisfaça o interesse público em cada caso concreto.

Mais importante, ainda, para efeito de controle judicial do ato, é a idoneidade das medidas encetadas para a consecução compulsória de um interesse público.

Celso Antonio Bandeira de Mello reforça a idéia estabelecendo uma relação lógica entre o fim e o meio. Segundo o autor “não se consegue alcançar um dado fim senão quando as medidas adotadas para lográ-lo são convenientes e oportunas, ou seja, adequadas. Se não o forem, irão desencontrar-se com o fim, deixando, pois, de alcançá-lo. Ora, como a Administração está, de direito, obrigada a atender o fim legal, resulta que o *dever da boa administração* – condição, que é, para atendimento do fim a que está proposta – configurar-se claramente como ‘*um dever jurídico*’”.

Nesta linha de raciocínio, conforme ainda coloca o tema, “resulta que o campo de liberdade discricionária abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais, esta liberdade será sempre muito menor e pode até desaparecer”.

Pode ocorrer, acrescenta, “que ante uma situação real específica exigente de pronunciamento administrativo só um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal”.

Adverte que “cumpre desde logo suprimir a idéia, muito freqüente, de que a outorga de liberdade discricionária pela lei significa, inevitavelmente, que a matéria esteja isenta de apreciação judicial quanto à procedência da medida administrativa adotada”.<sup>94</sup>

Na hipótese de desajuste ao comando legal da finalidade, ocorre uma indesejada violação a direito subjetivo. Resulta, então, um gravame não permitido a ensejar proteção judicial sendo “indispensável uma investigação ampla sobre a adequação ou inadequação do ato administrativo ao parâmetro da *boa administração* e tendo em conta que esta substancia um *dever jurídico*, segue-se que pertence ao campo de atribuições do juiz proceder esta investigação”.<sup>95</sup>

Em decorrência desta moderna concepção, complementa Almiro do Couto e Silva, “surgiu, em toda a parte, a tendência a apertar o controle judicial sobre os atos administrativos, fundada no argumento de que quando a norma jurídica concede poder discricionário ao administrador, tal poder há de ser exercido de forma que a decisão seja a que melhor atenda ao interesse público”.<sup>96</sup>

Entretanto, o mesmo doutrinador alerta que por mais atraente “possa parecer esta idéia, tem ela contra si, desde logo, as numerosas situações em que a própria lei claramente equipara as alternativas possíveis (p. ex., a nomeação de juiz ou servidor mediante escolha de uma lista de nomes; nomeação para cargo em comissão; concessão de títulos e condecorações; outorga de autorização)”.<sup>97</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio acrescenta:

“ Nas demais hipóteses, o que se há de verificar são os reais limites do poder discricionário. Já vimos que a definição desses limites consiste, freqüentemente, numa tarefa complexa, pela multiplicidade de elementos que

---

<sup>94</sup> *Controle judicial dos atos administrativos*, Revista de Direito Administrativo, v. 152, Rio de Janeiro, abr./jun. 1983, p. 10.

<sup>95</sup> *Ibid*, p. 11.

<sup>96</sup> *Op. cit.*, p. 66.

<sup>97</sup> *Id.*

devem ser levados em conta: o fim perseguido pela lei; os princípios e regras constitucionais; os princípios fundamentais do direito administrativo; a proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o determinou, etc. O espaço que restar, após a consideração desses variados fatores, será o poder discricionário dos agentes administrativos. Nesse campo, diferentemente do que se passa com a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, não poderá o Poder Judiciário imiscuir-se. Não será, aliás, inoportuno relembrar que a distinção, hoje plenamente consolidada entre poder discricionário e conceitos indeterminados teve a consequência prática de sujeitar de forma integral, na generalidade dos casos, uma larga fatia do que antes se considerava poder discricionário ao controle judicial”.<sup>98</sup>

Portanto, nesta acepção, o controle pelo Judiciário não se limita à análise da adequação entre os atos praticados e a finalidade legal, não podendo, entretanto, substituir o juízo do administrador quanto à conveniência e oportunidade, mas, sim, também, entre outros pressupostos dos atos administrativos, os motivos.

### **5.3.2 Controle judicial dos motivos e da motivação do ato administrativo**

Os motivos, pressupostos de fato (situação fática) ou de legalidade (previsão abstrata) que autorizam ou exigem a prática do ato, envolvem, também, investigação judicial da sua lisura para garantia da legitimidade da decisão administrativa.

Caio Tácito<sup>99</sup> esclarece que inexistindo o motivo, ou se dele o administrador tenha extraído “consequências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, o ato será nulo por violação da legalidade. Não somente o erro de direito, como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo”.

Ainda alinhado com a idéia da possibilidade de controle judicial dos motivos, acrescenta o mencionado autor que vedar “ao Juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco”.

---

<sup>98</sup> Id.

<sup>99</sup> Op. cit., p. 60.

Além da existência fática dos motivos, há de ocorrer adequação entre sua concretude e a previsão legal cuja verificação é simples quando são precisos e determinados os conceitos.

Em sede de controle da legitimidade do ato administrativo, *motivo* e *causa* são pressupostos diversos. Identifica-se a diferença pelo exame da pertinência do *motivo* (pressuposto de fato) com o *conteúdo* do ato, em face da finalidade concebida pela lei, visto que entre um fato e uma conduta só existe nexu lógico em face de um *fim*.

Será, portanto, inválido o ato administrativo para o qual faltar adequação entre sua finalidade e os fatos ou circunstâncias levadas em conta para a concretude da conduta administrativa.

Neste caso, “ter-se-á configurado, em *ultima ratio*, *incompetência material do agente*, pois, haverá agido fora do âmbito de poderes que *in concreto* lhe assistiam. Se os exercitou fora deste quadro, haverá manejado forças que a lei não lhe deu, vale dizer, terá extravasado a regra de competência”.<sup>100</sup>

A ausência de motivos, por outro lado, segundo orientação objetivista do legislador ordinário pátrio, atrai lesividade ao patrimônio público e, portanto, a nulidade do ato administrativo. É o que se constata da regra da alínea “d”, do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 4.717, de 29/06/1965 (Ação Popular), *in literis*:

“ A inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.”

Dai resulta, também, a necessidade do exame dos princípios da “*razoabilidade*”, “*proporcionalidade*”, “*lealdade*”, “*boa-fé*” e “*igualdade*”, dentre outros predicados, para efeito de avaliação da “*causa*” do ato.

Não se confunde com *motivação* do ato, ou seja, discurso justificativo do ato, ou exteriorização das razões que serviram para fundamentá-lo, posto que *motivos*, conforme explica Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>101</sup> “podem até ter existido e, em despeito disto, a Administração haver-se omitido em decliná-los, quando da expedição

---

<sup>100</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.87.

<sup>101</sup> Op. cit., p. 98-99.

do ato. Em tal caso, haverá motivos, mas faltará motivação. De revés, pode não ter existido os motivos – ou não serem aqueles aptos a supedanear o ato – e a Administração, equivocadamente ou ainda à falsa-fé, haver motivado o ato, reportando-se a eles, tal como se estivessem existido ou como se fosse idôneos para apoiá-lo”.

Ainda analisando a *motivação* do ato, diz o mesmo autor que faltando menção da *regra jurídica* considerada como aplicável, torna-se impossível se saber a respeito da adequação do ato, “ou seja, se corresponde à *competência* utilizada; omitindo-se a enunciação dos  *fatos* e situações à vista dos quais se está procedendo de dado modo, não se terá como controlar a própria *existência material* de um motivo para ele e, menos ainda, seu *ajustamento à hipótese normativa*: carecendo de fundamentação esclarecedora do *porquê* se agiu da maneira tal ou qual não haverá como se reconhecer, nos casos de discricção, *se houve ou não razão prestante* para justificar a medida e, pois, se ela era, deveras, confortada pelo sistema normativo”.<sup>102</sup>

Esta obrigatoriedade de motivação possibilita potencial controle judicial do ato administrativo, quer seja ele vinculado ou discricionário, exigência explícita nas decisões administrativas dos Tribunais (art. 93, X, CF), que, segundo Odete Medauar, a ausência de dispositivo para os demais casos não afasta a necessidade de motivação, porquanto “encontra respaldo na característica democrática do Estado brasileiro (art. 1º da CF) e, no princípio da publicidade (art. 37, *caput*, da CF) e, tratando-se de atuações processualizadas, na garantia do contraditório (inciso LV do art. 5º)”.<sup>103</sup>

No âmbito da União o princípio da motivação do ato administrativo consagra-se na Lei nº 9.784, de 29/01/1999, a qual disciplina o processo administrativo da Administração Pública Federal.

O seu art. 50 estabelece que os atos administrativos devem ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, (i) quando: neguem, limitem ou afetem direitos e interesses; (ii) imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; (iii) decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; (iv) dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; (v) decidam recursos administrativos;

---

<sup>102</sup> Id.

<sup>103</sup> *Direito Administrativo moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 155-156.

(vi) decorram de reexame de ofício; (vii) deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; (viii) comportem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Esta é a orientação hegemônica seguida pelos Tribunais, tal como a ementa do seguinte acórdão, *in verbis*:

“ ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AVIADOR MILITAR. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. HABILITAÇÃO AO ACESSO POR ANTIGUIDADE. TRANSFERÊNCIA PARA A RESERVA REMUNERADA. ATO DISCRICIONÁRIO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL.

- O repertório normativo que regula a instauração do Conselho de Justificação confere expressamente ao Ministro Militar certa margem de liberdade de aceitar ou rejeitar a deliberação tomada e adotar a providência cabível no caso, competência esta situada no âmbito do poder discricionário, impondo-se, todavia, a necessidade de declinar os motivos de sua decisão na hipótese de rejeição das conclusões do julgamento colegiado.

- A transferência do militar para a reserva remunerada com fundamento nos fatos descritos pela Comissão de Promoções de Oficiais, com desprezo desmotivado das conclusões apresentadas pelo Conselho de Justificação, que o considerou habilitado para o acesso, é passível de revisão pelo controle judicial, porque desprovida de vitalidade jurídica”.<sup>104</sup>

Outro aspecto ampliador da sindicalidade judicial dos atos administrativos, inclusive discricionários, sob a ótica da finalidade e da moralidade, é a aplicação da teoria dos motivos determinantes concebida por Gastón Jèze.

Segundo Afonso Rodrigues Queiró (*Teoria do desvio de poder em Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, v. VI, out., 1946, p. 55) Jèze<sup>105</sup> considera as questões de fato ou de direito que levam um indivíduo a realizar

---

<sup>104</sup> Superior Tribunal de Justiça. MS 4162 / DF. Acórdão da 3ª Seção, Relator Ministro Vicente Leal, julg. em 23/04/1997.

<sup>105</sup> *Essai d'une théorie générale sur l'influence des motifs déterminants sur la validité des actes juridiques en droit public français*. RDP, 1922.

certos atos jurídicos. A teoria, considerada um tanto confusa, traz consigo a idéia de ser o motivo determinante pessoal e subjetivo.

Em algumas hipóteses os pressupostos de direito são amplos suficientes a permitir discricão. Todavia, uma vez expendidos os pressupostos fáticos a indicar os motivos da decisão, aqueles se vinculam à veracidade destes. Conseqüentemente, o Poder Judiciário pode invalidar o ato caso os motivos alegados não se harmonizarem com sua finalidade e interesse público.

A necessidade de motivação dos atos administrativos, prevista implicitamente em dispositivos da Constituição Federal e explicitamente em legislação infraconstitucional, constitui-se em “importante princípio normativo de caráter geral”<sup>106</sup>, o qual não deixa de ser também princípio fundamental. O seu controle, além das questões já vistas neste subitem será também objeto de análise a seguir.

### 5.3.3 Controle pelos princípios gerais fundamentais

Princípio, termo polissêmico, consoante De Plácido e Silva, deriva do Latim *principium* (origem, começo), em sentido vulgar quer exprimir o *começo de vida* ou o *primeiro instante* em que as pessoas ou as coisas começam a existir. É, amplamente, indicativo do *começo* ou da *origem* de qualquer coisa”.<sup>107</sup>

Sabe-se que no moderno constitucionalismo não mais tem aplicação a visão ultrapassada “que reduzia a Constituição a um mero modelo retórico, programático e de linhas de intenções absolutamente tênues (...) . Antes, a contrário, (...) a Constituição ocupa o coração da ordem jurídica nacional e tem uma missão dirigente e vinculadora dos poderes do Estado”.<sup>108</sup>

Atualmente, os princípios explícitos (expressos) ou implícitos (desvendáveis por inferência ou por interpretação) inseridos no coração da Constituição, como um sistema aberto, constituem vetores teleológicos, ou núcleos de valores colocados acima de qualquer norma ou regra de enorme significado para o sistema de normativo, o qual

---

<sup>106</sup> BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 169.

<sup>107</sup> *Vocabulário jurídico*, edição universitária, Rio de Janeiro: Forense, 1987, v. 2-3, p. 447.

<sup>108</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Op. cit.* p. 51 e 52.

está a exigir do administrador público sua observância e do Juiz compulsória observância, como parâmetros privilegiados, quando do exame da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (introduzido este último princípio pela EC nº 19/1998) dos atos da Administração Pública, direta ou indireta, de qualquer dos poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, conforme estabelece o art. 37 da atual Constituição Federal, o qual observou a experiência da Constituição espanhola (art. 103).

Com a constitucionalização do princípio da eficiência, na mesma proporção que o campo da descrição do administrador público encolheu, ampliou-se o controle judicial do ato administrativo, especialmente o discricionário, insuflado pela previsão da improbidade administrativa no §4º, do art. 37, da Constituição Federal, ao qual seguiu-se a edição da Lei nº 8.429, de 02/06/1992, dispondo sobre a regulamentação dos atos ímprobos e das sanções decorrentes de lesão aos princípios regentes da probidade, potencializando, no caso, o também princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

A estes princípios de eficácia jurídica<sup>109</sup> imediata e direta, estruturados segundo uma noção de coerência científica, ilustrativamente podemos acrescentar muitos outros, tais como, o da igualdade de todos perante a lei, do atendimento à finalidade do bem comum, da liberdade, da certeza e segurança jurídica, lealdade, boa-fé, interesse

---

<sup>109</sup> “Eficácia jurídica é um atributo associado às normas e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada uma delas. O Natural seria que se pudesse exigir diante do Poder Judiciário exatamente aquele efeito que a norma pretende produzir e que, por qualquer razão, não veio a acontecer espontaneamente. Bastaria, assim, identificar o feito pretendido pela norma e solicitar ao Judiciário que o produzisse no mundo dos fatos coativamente” Embora essa seja a situação norma, nem sempre o ordenamento jurídico atribui essa espécie de eficácia jurídica ao efeito pretendido pela norma. Se alguém vendeu um bem, entregue, vencendo-se o prazo para pagamento, não recebeu do comprador o preço, bastará à parte pedir ao Judiciário que obrigue o comprador a pagá-lo. Em outros casos, todavia, o ordenamento cria formas de eficácia jurídica específicas ou adicionar a essa eficácia normal outras modalidades diversas, como acontece, e.g., com a possibilidade de responsabilização da autoridade que não oferece ou oferece irregularmente ensino fundamental gratuito (CF, art. 209, parágrafo 2º). Na verdade, a observação demonstra que a ordem jurídica associa às normas uma variedade de modalidades de eficácia jurídica, algumas delas desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência e outras tiradas de forma específica pelo direito positivo. Não há razão única para esse fenômeno” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 59-60).

público, razoabilidade/proporcionalidade<sup>110</sup>, da ampla sindicabilidade dos atos, contratos e procedimentos administrativos, dentre inúmeros outros.

Refletem, conforme lúcida reflexão doutrinária: ...”um posicionamento ideológico do Estado e da Nação frente aos diversos valores da humanidade. Bem por isso, a administração pública, na gestão do Estado, na condução das políticas públicas e em suas relações com os administrados, não pode ignorá-los; antes, ao contrário, está a eles vinculada, mesmo nas hipóteses de atuação discricionária. Toda a atividade administrativa se desenvolve debaixo do ordenamento jurídico que dela exige o cumprimento de certos requisitos formais de outros, ainda, materiais. Não basta que a atividade respeite a regra de competência e se dê pelo devido processo legal formal. É preciso mais do que isso é preciso que o ato emanado, ainda que de natureza discricionária, esteja em harmonia com os fins e os valores do ordenamento jurídico”.<sup>111</sup>

A importância do controle jurisdicional pela principiologia é ressaltada tomando-se de empréstimo a lição de Eduardo Garcia de Enterría, conforme suas próprias palavras:

“Las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales del Derecho son muy extensos. Hay principios generales que funcionan como reserva última para condenar resultados externos obtenidos por la Administración, como el principio de la iniquidad manifiesta, o el de la irracionalidad, o el de la buena fe, o el de la proporcionalidad de los medios a los fines, o el de la naturaleza de las cosas, etcétera. Otros principios se revelan como límites directos más inmediatos y operantes, como el fundamental principio de igualdad ‘cornerstone of administrative justice’, y en general, todos los derivados de las decisiones políticas fundamentales (en el

---

<sup>110</sup> Sobre proporcionalidade: “A irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade, de correlação ou de adequação entre os meios e os fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa. O princípio tem grande aplicação no direito francês, no direito argentino, no direito espanhol, onde, com frequência, o Judiciário anula atos administrativos que contrariem o princípio da razoabilidade, precisamente pela inexistência daqueles requisitos. A matéria é particularmente relevante quando se trata de sanções disciplinares ou de medidas de polícia, umas e outras excessivas ou sem qualquer correlação com os fins visados pelo ordenamento jurídico. (...) se a opção administrativa recair sobre hipótese *irrazoável*, ela se tornará inválida e, portanto, suscetível de ser anulada judicialmente. Daí a razoabilidade inserir-se como um dos principais limites à discricionariedade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, p.205-0206).

<sup>111</sup> *Ibid*, p. 50.

sentido de Carl Schmitt) y de los derechos y libertades fundamentales de las personas y las instituciones, puesto que es evidente que la Administración no puede, en nombre de sus facultades discrecionales, violar principios constitucionalmente consagrados como base entera de la organización comunitaria y del orden jurídico”.<sup>112</sup>

Pelo exposto, nos atos administrativos discricionários, conquanto a lei conceder à Administração alternativas decisórias válidas e justas quanto ao conteúdo, ainda assim devem se harmonizar não só com o ordenamento jurídico, mas forte e especialmente de acordo com os princípios fundamentais constitucionais.

O controle judicial deve estar dotado de visão sistemática e aparelhado científica e teoricamente para, sem configurar usurpação de poderes, ser exercido de modo a identificar a existência de atos administrativos de discricção vinculada aos princípios constitucionais do ordenamento, como forma de “coibir os desvios ou omissões no exercício” do poder inclusive político. “Quanto maior a liberdade, maior o controle no sistema de recíprocos contrapesos entre os Poderes”.<sup>113</sup>

Todavía, perderão valor a Constituição e as leis caso falte uma efetiva atuação de um Poder Judiciário forte, independente e, principalmente, eficiente, caso contrário a realização do ideário do Estado Democrático de Direito não se concretiza, principalmente a justiça material.

Nesta linha de raciocínio a jurisprudência possui relevância, cujo tema examina-se a seguir.

#### **5.4 Jurisprudência a respeito do controle judicial do ato administrativo discricionário.**

Na acepção de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO<sup>114</sup>, além da teoria do desvio de poder, o controle dos motivos é outra via pela qual se realiza eficazmente o

---

<sup>112</sup> *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, 3ª ed., Madrid: Editorial Civitas S.A., 1983, p. 46-48.

<sup>113</sup> FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 235; 237.

<sup>114</sup> *Discricionariedade - Fundamentos - Natureza e Limites*, Revista de Direito Público nº 33, Ano VII, Edição da Editora Revista dos Tribunais, p. 96.

controle jurisdicional da atividade administrativa que hospeda discricionariedade nos limites que a lei estabelece.

Mas nem sempre foi assim. Nos idos de 1944, um dos precedentes que pontificou o esforço de reação ao entendimento do Supremo Tribunal Federal que, no exame da legalidade do ato demissionário, “nada tem que ver com a justiça ou injustiça da demissão”<sup>115</sup>, foi um Acórdão do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul.

Nele ficou consignada a possibilidade da apreciação pelo Poder Judiciário, não só da legalidade, como também do mérito das provas, produzidas em processo administrativo, pelo qual resultou em demissão de funcionário público.<sup>116</sup>

Em contraste, atualmente o Supremo Tribunal Federal, no caso específico de remoção imotivada de servidor público, reiteradamente tem confirmado decisões da inferior instância adotando como fundamento lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que “mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excesso ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível.”<sup>117</sup>

De sorte que a jurisprudência, conforme comentário de José Jappur<sup>118</sup>, não obstante algumas resistências, “vem paulatinamente quebrando a cidadela da resistência através do que se convencionou denominar de “jurisdicionalização” do ato administrativo. (...) Pacificamente hoje se examinam perante o Poder Judiciário os seguintes elementos do ato administrativo: sujeito, objeto, motivo e fim”.

De fato, se de um lado existem ranços antigos, de outro o controle, em alguns casos concretos, pode ser realizado com exacerbação. O fato estaria a exigir esforços

---

<sup>115</sup> Supremo Tribunal Federal. Apelação Cível nº 7.307. Relator Min. JOSÉ LINHARES, o qual fundamentou o seu voto vencedor no entendimento transcrito, atribuindo-o à autoria dos Ministros NONATO e FALCÃO.

<sup>116</sup> Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul. FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO – APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DAS PROVAS PRODUZIDAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO – EXAME DA LEGALIDADE E DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. Apelação Cível nº 2.213. Acórdão. 29.03.1944. Antonio Vieira *versus* Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Rel. Desembargador ERASTO CORREIA, *in* Revista de Direito Administrativo, v. 1, fasc. 1, janeiro – 1945, Rio de Janeiro, p.193.

<sup>117</sup> Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul. FUNCIONÁRIO PÚBLICO – DEMISSÃO – APRECIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DAS PROVAS PRODUZIDAS NO PROCESSO ADMINISTRATIVO – EXAME DA LEGALIDADE E DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. Apelação Cível nº 2.213. Acórdão. 29.03.1944. Antonio Vieira *versus* Prefeitura Municipal de Porto Alegre. Rel. Desembargador ERASTO CORREIA. *In* Revista de Direito Administrativo, v. 1, fasc. 1, janeiro – 1945, Rio de Janeiro, p.193

<sup>118</sup> *Mérito do Ato Administrativo Perante o Judiciário*, Revista de Direito Público nº 70, Ano XVII, abril-junho de 1984, p.176.

quanto à fixação de limites jurídicos quanto ao exercício das técnicas de controle judicial da discricionariedade.

A questão não se restringe ao direito pátrio. Miguel Sánchez Morón<sup>119</sup> alerta “[...] el control judicial de la discrecionalidad administrativa está alcanzando un punto que desborda el contenido de la función de juzgar y se traduce en la apropiación por el juez de parcelas de aquella discrecionalidad, cosa que la Constitución no permite”.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, ao editar a Súmula nº 473, em 03/10/1969, publicada no Diário da Justiça da União de 10/12/1969, p. 5929, explicitamente colocou em evidência a amplitude do controle judicial dos atos administrativos abrangendo os discricionários, *in literis*:

“ A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvados, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Para finalizar esta abordagem, impende registrar típica decisão judicial equilibrada proferida pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, a respeito de controle judicial da discricionariedade administrativa em sede de concurso público, no qual, questões de prova objetiva, formulada pelo sistema de múltipla escolha com mais de uma resposta correta.

Conquanto menção no acórdão que se tratava de controle da legalidade do certame, na verdade o controle foi exercitado, examinando-se, não só por parte do juiz monocrático, como, também, pelo juiz relator do colegiado, a juridicidade das assertivas propostas para fins de ponderação sobre correção ou incorreção<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid: Tecnos, 1996, p. 10.

<sup>120</sup> Tribunal de Alçada do Estado do Paraná. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA OBJETIVA. QUESTÕES AMBÍGUAS COM MAIS DE UMA ALTERNATIVA CORRETA. ANULABILIDADE. Em provas objetivas, com questões de múltipla escolha, a resposta correta deve ser precisa, inequívoca, materializada com segurança em uma única opção. A Banca Examinadora dispõe de discricionariedade, de forma a poder optar pela resposta mais razoável, conquanto não configure abuso. Se, do confronto da alternativa com norma de direito positivo, ou da exegese ordinária, conclui-se pela existência de mais de uma resposta tida como certa, a questão se torna anulável. Neste caso, incumbe ao Poder Judiciário exercitar o devido controle sobre a legalidade das provas, pena de se instaurar o arbítrio. Reexame necessário e apelação desprovida. Reexame Necessário e Apelação Cível nº 0118596-8, Acórdão nº 7254, da 8ª Câmara Cível, julgamento em 27.04.1998, p. no Diário da Justiça de 08.05.1998.

O controle judicial, por outro lado, dependendo do enfoque, pode se revelar um tanto complexo quando se trata de discricionariedade qualificada, envolvendo elementos técnicos, como examinaremos a seguir.

### **5.5 Breve notícia sobre a discricionariedade no Direito estrangeiro**

As várias possibilidades de controle e atuação judicial sobre o ato discricionário podem ser mais bem visualizadas mediante análise do Direito Comparado:

#### **5.5.1 Direito Francês.**

A doutrina francesa formatou um modelo rígido de separação dos poderes, sem qualquer interferência entre os órgãos constitucionais. Neste sentido, entende-se que o judiciário não deve intervir nas atividades do legislativo. Portanto, o controle da constitucionalidade é eminentemente político, feito pelo próprio legislativo.

Da mesma forma, os atos do executivo não podem ser examinados pelo judiciário. Para tanto, existem órgãos especializados do próprio executivo que tratam do contencioso administrativo.

Deste modelo é que surgiu a idéia de discricionariedade administrativa como liberdade perante os Tribunais e perante o Legislador.

A despeito da primeira idéia de ser este um sistema subdesenvolvido com relação ao controle da discricionariedade, é preciso reconhecer que a França desenvolveu um forte sistema de controle administrativo a ponto de se admitir que em nenhum outro país da Europa as liberdades públicas e os direitos individuais são tão protegidos.

Como ponto fraco, o sistema admite a saturação e leve morosidade, assim como se observa a falta de algumas ações especiais e recursos processuais.

#### **5.5.2 Direito Italiano.**

Seguindo o modelo francês, a Itália adota o sistema de contencioso administrativo. Todavia, o modelo Italiano de controle da discricionariedade é, aparentemente, mais limitado. Salvo raríssimas exceções, alcança apenas o controle da

legitimidade e não de mérito. Assim, o ato administrativo somente pode ser questionado nos casos de incompetência, violação de lei ou desvio evidente de poder.

### 5.5.3 Direito Alemão.

Possivelmente o sistema mais desenvolvido de controle da discricionariedade. Adota o paradigma americano de separação dos poderes, influenciado que foi, igualmente, pela doutrina de Montesquieu: o famoso sistema de freios e contrapesos. No sistema americano não existe separação absoluta. A divisão dos poderes é dotada de tal porosidade que um órgão está autorizado a interferir no outro de maneira a coibir abusos.

Em decorrência da experiência pós-facista, os alemães primam por uma forte proteção das liberdades individuais. Todo o ato administrativo que se revela abusivo e desviante de sua função precípua deve ser controlado. Entretanto, hodiernamente, despontam alguns limites a este controle, v.g.: a sentença que anula o ato administrativo não pode editar um ato substitutivo, o que configuraria invasão de competência.

### 5.6 Teoria da discricionariedade zero

Há quem propugne pela eliminação pura e simples das possibilidades de escolhas válidas entre várias e justas alternativas que a lei oferece ao agente público. Esta teoria reduz o poder discricionário “ao dever de agir segundo critérios perfeitamente aferíveis e passíveis de questionamento em juízo por afronta a direito subjetivo ou interesses legítimos”.<sup>121</sup>

Nesta linha de raciocínio, diante das circunstâncias do caso concreto, desaparece a velha e polêmica questão dos limites ou alcance do controle judicial, bem como os vícios decorrentes da discricionariedade, cuja eliminação torna-se compatível com a hipótese de redução da margem de liberdade de escolhas de várias alternativas possíveis e igualmente válidas mediante a adoção de determinadas regras funcionais<sup>122</sup> até o

---

<sup>121</sup> HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito Administrativo e Direito Judiciário. Doutrina, jurisprudência, ação de indenização e projeto de lei*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1998, p. 90.

<sup>122</sup> LAZZARA, Paolo. *Autorità indipendente e discrezionalità tecnica*, Padova: Cedam, 2001, p. 266-267. *Apud* PEREIRA, César A. Guimarães. *Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*, Revista de Direito Administrativo, vol. 231, jan./mar. Rio de Janeiro: Renovar, 2.003, p. 241-242.

alcance de um número menor, ou a uma única solução admissível que não se confunde com vinculação, mas que poderá gerá-la dependendo do caso concreto.

Consoante César Guimarães Moreira, a questão se restringe apenas em “reconhecer que, em certos casos, a discricção é reduzida. O fenômeno é de abrangência geral. Há uma discricção no plano da norma – que não significa, por si só, a existência de uma margem de liberdade de escolha. Apenas no caso concreto é que se pode saber se existe ou não, efetivamente, a discricionariiedade”.

Conclui dizendo que “a discricionariiedade estará na margem de escolha entre opções igualmente legítimas, inclusive sob o ângulo da racionalidade e razoabilidade e quanto ao cumprimento das ‘regras funcionais’. Resultará da impossibilidade de se determinar, de modo objetivo, qual a solução mais adequada para satisfazer o interesse público no caso concreto”.<sup>123</sup>

Esta teorização se aproxima pelo menos em parte da concepção de discricionariiedade perseguida por Celso Antonio Bandeira de Mello. Segundo o publicista pátrio resultando o poder discricionário das hipóteses previstas no plano normativo, “a lei pretende que seja adotada *em cada caso concreto* unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou”.<sup>124</sup>

Observa-se que o *punctum saliens* da questão é o exame do caso concreto. Para a efetiva existência de discricção neste plano da realidade dos fatos, além, é claro, da previsão na esfera da norma de mais de uma solução igualmente válida aos olhos do Administrador Público, a caracterizar margem de liberdade de escolha.

Portanto, as *regras funcionais*, a que alude Lazzara, são circunstâncias de fato, e não de regramento legislativo do exercício da liberdade de escolha. Pode existir discricionariiedade no plano da norma “que não significa, por si só, a existência de uma margem de liberdade de escolha. Apenas no caso concreto é que se pode saber se existe ou não, efetivamente, a discricionariiedade”.<sup>125</sup>

---

<sup>123</sup> PEREIRA, César Guimarães. Discricionariiedade e apreciações técnicas da administração, Revista de Direito Administrativo, v. 231, jan./mar., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 244-245.

<sup>124</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 821.

<sup>125</sup> PEREIRA, César A. Guimarães. *Op. cit.*, p. 242.

Compatível em parte com a teoria da redução da discricionariedade a zero é a teorização de Luiz Antonio Hentz. Concebe o fim da discricionariedade como poder. Segundo o professor e magistrado paulista, o princípio da legalidade associado ao princípio da moralidade trouxe novos contornos ao controle judicial dos atos administrativos. A partir da nova ordem decorrente da promulgação da Constituição de 1988, o poder de agir, eliminado, transmudou-se para o dever de agir, inclusive a possibilidade de avaliação “do que seria conveniente e oportuno”.

Conclui seu raciocínio afirmando que “a exigência de comportamento administrativamente moral inviabiliza a discricionariedade porque o agente público só completa validamente o comando legal quando se orienta pelo propósito de servir da melhor maneira o interesse público específico a realizar. Então inexistente discricionariedade possível de ser exercida porque a lei incompleta no seu comando será preenchida por ação qualificada por dever de comportamento legal e moral, traduzindo indeclinável dever de agir quando verificados os pressupostos legais e morais, sendo a ação perpetrada em contrário sempre passível de revisão em juízo”<sup>126</sup>

Rejeita-se em parte esta teorização. Não se descarta a existência de uma esfera de liberdade no plano da norma e a existência de discricionariedade no caso concreto, cujas opções válidas e igualmente justas que se apresentam ao agente público podem ser todas, ou na sua maioria, compatíveis com o princípio da moralidade previsto no *caput* do art. 37, da Constituição Federal, e nem por isso a livre escolha de uma delas ofende aos preceitos da moral e da razão administrativas.

Neste contexto pode-se inserir mais um ingrediente limitador do poder discricionário, que é o princípio constitucional da eficiência, otimizador da ação administrativa. Também mais um fator a ampliar, em contrapartida, o controle judicial da discricionariedade atos administrativo.

O dever da boa administração e da boa escolha<sup>127</sup>, segundo Rita Tourinho, está a exigir que “os administradores não mais podem escolher de maneira aleatória entre

---

<sup>126</sup> Op. cit., ° 90-92.

<sup>127</sup> FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência Administrativa na Constituição Federal*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n° 220, 2000, p. 174.

várias opções disponíveis, pois o caso concreto poderá demonstrar que somente uma dentre as soluções possíveis é a melhor”.<sup>128</sup>.

O princípio da eficiência, portanto, pressupõe que recebendo o Administrador Público as balizas legais do seu agir segundo um leque de possibilidades, deverá escolher a melhor das alternativas, ou seja, a mais eficiente, ou eficaz a satisfazer o interesse público.

Corolário do princípio da eficiência são as normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal originadas da Lei Complementar nº 101, de 04/05/2000, a qual, no § 1º, do seu art. 1º, estabelece:

“ A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar”.

Neste diapasão, a previsão constitucional e infraconstitucional de eficiente gestão em se tratando de arrecadação de receitas e execução das despesas públicas entremeado pelo equilíbrio fiscal, constitui-se em ampliação do controle judicial dos atos administrativos decorrentes e significativa mitigação<sup>129</sup>, ou até mesmo, em determinados casos, total eliminação do poder discricionário.

Tanto a teoria da redução à zero da discricionariedade, como a teoria do fim da discricionariedade como poder contribuem de certo modo para a elucidação dos limites e o alcance do controle judicial dos atos da Administração.

---

<sup>128</sup> TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Discricionariedade Administrativa: Ação de improbidade & Controle Principlológico*, Curitiba, Juruá Editora, 2004, p.92.

<sup>129</sup> ROCHA, Mauro Sérgio. *O princípio da eficiência e, conseqüente lei de responsabilidade fiscal, como forma mitigadora do poder discricionário do administrador público*, Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, Livro de Teses Cível: Ministério Público e a cidadania, vol. 02, Tomo II, XIV Congresso Nacional do Ministério Público, Tese nº 54, 2001, p. 453-461.

Todavia, a discricionariedade pode melhor ser mensurada levando-se em conta, simbolicamente, um percurso que ela pode percorrer entre um ponto de partida “A” e um ponto de chegada “B”, nos termos ditados pela lei. Ainda, simbolicamente, tanto mais próxima do ponto “A”, menor é a liberdade de opção do agente público e maior é o controle judicial decorrente.

Em contrapartida, quanto mais afastado do ponto “A”, ou mais próximo do ponto “B”, maior é a discricção administrativa e menor é a possibilidade de sindicância jurisdicional.

Acreditamos que ambas as teorias, por caminhos diversos, propugnam por uma maior aproximação da esfera de liberdade da Administração ao ponto “A”. Significa que havendo previsão de discricionariedade tanto no plano da norma como no caso concreto, pode existir mais de uma solução eficiente.

Em qualquer caso, o controle judicial do ato administrativo discricionário não permite “a substituição do administrador público pelo juiz, uma vez que caberá ao magistrado apenas dizer se a solução adotada foi ou não satisfatória para o atendimento da finalidade pública, não podendo indicar qual a medida a ser adotada”.<sup>130</sup>

Em seguida analisa-se a denominada discricionariedade técnica, supostamente a legitimar escolhas administrativas insindicáveis judicialmente, conforme será estudada em seguida.

## **5.7 Discricionariedade técnica**

### **5.7.1 Origens**

A teoria sobre a discricionariedade técnica, conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>131</sup>, nasceu na Áustria, com os estudos de Bernatizik, para o qual, devido à alta complexidade, as decisões técnicas são incontrolláveis pelo Poder Judiciário. Desenvolveu-se posterior e principalmente na Itália e em parte na Espanha.

---

<sup>130</sup> TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. *Op. cit.*, p. 93.

<sup>131</sup> *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 112.

Federico Cammeo<sup>132</sup>, consoante Sérgio Guerra (*Discricionariedade na regulação por entidades estatais independentes*, Revista de Direito Público da Economia – RDPE - , Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, nº 6, abri./jun., 2004, p. 213-214) primeiramente em 1902, acreditava que a discricionariedade técnica nutre-se da imprecisão de uma dada norma, possibilitando à Administração, neste caso, o livre agir, observando, para tanto, as balizas técnico-administrativas e a experiência comum.

Em 1914 acrescentou à primeira tese, além das normas imprecisas, que a discricionariedade técnica também possui fundamento nas normas que utilizam conceitos jurídicos indeterminados. Substituiu o balizamento técnico-administrativo pelo critério de oportunidade direcionado ao interesse público.<sup>133</sup> A teoria avizinha-se da discricionariedade pura, afastando o controle judicial dos critérios de conveniência e oportunidade.

### 5.7.2 Panorama doutrinário

Ainda conforme ensinamento de Sérgio Guerra (*op. cit.*, p. 213), para Enrico Presutti<sup>134</sup> é incabível na discricionariedade técnica o critério oportunidade, limitando-se às hipóteses em que a norma imprecisa demanda juízo em face de um fato concreto, afastando exame do interesse público.

Consoante o autor, é com Severo Giannini e Renato Alessi que a teoria evoluiu<sup>135</sup>. Segundo eles “há direta correlação da discricionariedade técnica com os conceitos jurídicos indeterminados que precisam, para sua aplicação, ser apreciados de acordo com os critérios técnicos (Ex.: substância tóxica, grave alteração psíquica), excluindo-se, desta forma, os conceitos integrados por critérios da experiência comum. [...] na discricionariedade administrativa convivem *juízo de valor e vontade* do

---

<sup>132</sup> *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*. Milano: Casa ed. Vallardi (s.f.), *La competenza di legittimità della IV Sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, Torino: Giurisprudenza italiana, 1902, III.

<sup>133</sup> Sobre as teorizações de federico Cammeo ver DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discricionalidad técnica*. Madrid: Civitas, 1997.

<sup>134</sup> PRESUTI, Enrico. *Discrezionalità pura e discrezionalità técnica*. Torino, 1910; *Il limit Del sindacato di legittimità*. Milano: Società Editrice Libreria, 1911, apud DESDENTADO DAROCA, *op. cit.*, p. 32. In GUERRA, Sérgio, *op. cit.*, 213.

<sup>135</sup> GUERRA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 215.

administrador; ao passo que na discricionarietà técnica somente haverá *juízo de valor*".<sup>136</sup>

Em complementação, segundo o mesmo autor, Aldo Sandulli<sup>137</sup> aponta "que na discricionarietà técnica o emprego de critérios técnicos não dá lugar a um único resultado correto, de tal forma que subsiste uma margem de opinião para formação do juízo de valor. No entanto, não existe apreciação de oportunidade".

Para Miguel Sánchez Morón, em contraponto à discricionarietà política *stricto sensu*, a discricionarietà técnica se refere às hipóteses pelas quais a lei confere aos administradores certa margem decisória, via de regra guiada por conceitos indeterminados, para obtenção de resultados em harmonia com o desenvolvimento técnico, cuja concretude muitas vezes é incerta e subjetiva.

Por isso, conforme as palavras do publicista espanhol, "salvo crasos errores de apreciación, no sería conforme a derecho sustituir la opinión de los técnicos de la Administración por la que el juez pueda formar-se en el proceso oyendo a otros técnicos distintos. De lo contrario, se estaría trasladando la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces".<sup>138</sup>

Eva Desdentado Daroca, conforme Sérgio Guerra (*op. cit.*, p. 216-217), teoriza sobre a existência de uma espécie de discricionarietà instrumental jurídico-técnico afastada da discricionarietà pura e do poder de valoração não discricionário da Administração decorrente da existência de métodos científicos diversos, comportando variedade de respostas.<sup>139</sup>

Já Augustín Gordillo<sup>140</sup>, ao comentar o tema "controle judicial da discricionarietà" sob a ótica da tutela judicial na defesa do usuário e do consumidor, esclarece que os novos códigos provinciais argentinos admitem revisão judicial plena dos poderes e faculdades discricionárias da administração.

---

<sup>136</sup> Id.

<sup>137</sup> SANDULLI, Aldo. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Napoli: Ed. Casa Editrice dott Eugene Jovene, 1989, p. 595-596. Apud GUERRA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 215-216.

<sup>138</sup> MORÓN, Miguel Sánchez. *Op. cit.*, p. 129.

<sup>139</sup> DESDENTADO DAROCA, Eva. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico. Construcción teórica y análisis jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 1997, p. 110.

<sup>140</sup> *Tratado de derecho administrativo*, 2º tomo: *La defensa del usuario y del administrado*, 5ª ed., Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. XIII-18.

E, a respeito do controle da discricionariedade em face da regulação técnica o publicista argentino complementa o pensamento, conforme suas próprias palavras: "Lo propio sucede com la llamada discricionalidad técnica, aunque es de lamentar que ahora es el reglamentarismo de la administracion el que escapa, em uma irónica vuelta del destino, a um mijos contralor judicial: t. 1, caps VI y VII. Pero desde luego, cuando la norma legal o reglamentaria es irrazonable, no queda a la justicia otro camino que decidir conforme a derecho, aplicando la solución justa o razonable por encima del texto que manifiestamente se aparte de ello, En esto todavía no hemos avanzado mucho y quién sabe si lo haremos".

Ao contrário dos pensadores alienígenas, entre os doutrinadores pátrios há uma certa uniformidade de pensamento. A maioria admite a existência de mera apreciação técnica e quando ocorre alguma discricção técnica, na sua essência, não a distingue da discricionariedade propriamente dita.

Para Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>141</sup> não há propriamente uma discricionariedade técnica. Todavia admite hipóteses de discricção pura e qualificada. Esta última seria um instrumento da atividade administrativa.

Somente os requisitos ou elementos técnicos de natureza flexível, ou elásticos, conforme pondera, "deixam margem de apreciação subjetiva" à autoridade administrava, enquanto que os de caráter rígido apenas fornecem "dados objetivos" para exame da mesma autoridade, portanto, vinculados.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2001 p. 58-60; 132), fundamentada em Joan Prats i Catalá<sup>142</sup>, o Direito Administrativo, forjado para legitimar o Estado Liberal de Direito, segundo uma concepção antidiscricionária<sup>143</sup>, ou legalidade estrita, não atende às necessidades de eficiência gerencial reclamada pelo Estado Social

---

<sup>141</sup> *Princípios gerais de Direito Administrativo*, 1ª ed., vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 425.

<sup>142</sup> CATALÁ, Joan Prats i. *Direito e gerenciamento nas administrações públicas: notas sobre a crise e renovação dos respectivos paradigmas*. Revista do Serviço Público, ano 47, v. 120, nº 2, maio/agosto 1996, p. 25-26.

<sup>143</sup> Em *Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 231, jan./mar. 2003, p. 243, César A. Guimarães Pereira analisa a teoria da redução da discricionariedade "a zero" como um fenômeno que ocorre em dada "situação em que, diante das circunstâncias do caso concreto e do procedimento administrativo que a Administração deve seguir para a escolha discricionária, a gama de alternativas seja reduzida a um número menor, ou até se chegue a uma única conduta possível".

Democrático. Daí a importação do modelo *American Style Regulation*, a reclamar para alguns o retorno da discricionariedade técnica como forma de desbordar o controle judicial.<sup>144</sup>

Entretanto, acrescenta, devido ao princípio da legalidade do *caput*, do art. 37, associado aos dos incisos II (vedação de imposições ou proibições senão em face da lei) e XXXV (universal acesso ao Poder Judiciário), do art. 5º, ambos da Constituição Federal, conclui a autora faltar “espaço para a discricionariedade técnica”<sup>145</sup>, até porque a utilização pela lei de conceitos indeterminados eminentemente técnicos pressupõe vinculação da Administração à “manifestação de órgãos técnicos”<sup>146</sup>

Após exaustiva pesquisa jurídico-científica César Guimarães Pereira conclui não encontrar discricionariedade em algumas hipóteses tidas como discricionariedade técnica, mas apenas apreciação técnica, enquanto que em outras “há discricionariedade, tal como em qualquer área da atividade administrativa, e sem que se possa vislumbrar qualquer peculiaridade da discricionariedade neste campo em relação a qualquer área”. Em arremate afirma que a locução “discricionariedade técnica deve ser abandonada”.<sup>147</sup>

Eros Roberto Grau diz estar ela estruturada em “decisões administrativas que supõem tal grau de especialização técnica que somente aquele que as toma, a partir da consideração de elementos altamente técnicos, as pode valorar; assim, o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle unicamente em relação aos *erros manifestos* que nelas se exterioriza; daí por que a Administração, nesses casos, goza de liberdade (técnica) de decisão, liberdade que, no entanto, não é absoluta, visto que coartada quando o seu exercício resultar viciado por erro manifesto”.<sup>148</sup>

Entretanto, nega sua existência porque, segundo António Francisco de Souza, existe carga de subjetividade na expressão “decisão altamente técnica”, de vez que, não obstante “inegável dificuldade de controle” o juiz “pode e deve” se louvar de peritos,

---

<sup>144</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, p. 59.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 131-132.

<sup>147</sup> *Discricionariedade e apreciações técnicas da administração*, Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 231, jan/mar. 2003, p. 261 et seg.

<sup>148</sup> *O direito posto e o direito pressuposto*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 214.

não se permitindo à Administração liberdade técnica senão em face da lei, demais de incidir controle judicial tanto para o caso de “erro manifesto” como “não manifesto”.<sup>149</sup>

Para Diogo de Figueiredo Moreira, por admitir restritas opções segundo critérios científicos, “a discricionariedade técnica existe apenas quando a decisão que nela se fundar possa ser motivada também tecnicamente. Esta é, quiçá, a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade, limite este que afasta decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais”.<sup>150</sup>

Em ensaio sobre as questões técnicas e os limites da tutela de urgência, Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara<sup>151</sup>, tomam como exemplo a atividade regulatória da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) para admitirem que a lei, em circunstâncias determinadas, atribui discricionariedade ao órgão regulador, inclusive de natureza técnica, “desde a definição de critérios e condições para o registro e o controle dos medicamentos genéricos até a dos critérios para a aferição da equivalência terapêutica desses medicamentos”.

Marcos Juruena Villela Souto em matéria que sobre o controle da atividade regulatória critica a expressão discricionariedade técnica, mas distingue-a da discricionariedade política porque, peculiarmente na primeira, ao contrário da segunda, há uma multiplicidade de técnicas a inviabilizar “uma única solução válida e justa”. Daí a dificuldade do controle judicial de matéria “sobre as quais, a ciência, ou a técnica, ainda não firmaram uma verdade universal”, excetuando-se, por óbvio, a má utilização dos preceitos técnicos por deficiência procedimental, ou equívocos e inconveniente valoração, dentre outros aspectos conflitantes<sup>152</sup>.

Marçal Justen Filho<sup>153</sup> afirma que a lei desautoriza a inserção do componente político por deliberada vontade do legislador. Entende que o dinamismo do

---

<sup>149</sup> Op. cit., p. 308-309. *Apud* GRAU, Eros Roberto, op. cit., p. 214.

<sup>150</sup> *Mutações do direito administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 169-170.

<sup>151</sup> *Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência*. Revista Interesse Público, Porto Alegre, ano 4, out./dez., 2002, p. 35.

<sup>152</sup> *Direito administrativo regulatório*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.358-360.

<sup>153</sup> *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo: Dialética, 2002, 526.

conhecimento é incompatível com o engessamento legislativo direcionado para predeterminada solução (*standart*).

Embora dispondo de autonomia, conforme acrescenta, dentre as várias soluções contempladas pela ciência, em face das peculiaridades, opta a Administração por aquela que melhor atenda ao caso concreto, mas sempre se vinculando a “juízos técnico-científicos” não exercitando, portanto, discriciões técnicas de “conveniência e oportunidade”, salvo exceções como a “tecnicidade da atuação regulatória do Estado”, caracterizada pela ausência de neutralidade a permitir amplo e intenso controle das decisões.

Prossegue seu raciocínio para dizer que em determinadas situações, dada a “proximidade dos institutos”, a separação entre discricionariedade técnica e discricionariedade propriamente dita é irrealizável.

Robertônio Santos Pessoa, adotando posição neutra, em obra sobre a regulação administrativa independente, admite que o advento do Estado Social fez surgir uma sociedade técnica despolitizada a demandar contínua “especialização técnica”. Para o autor, outro fator a demandar valorização do tecnicismo ocorre pela crescente atuação da Administração em setores exigentes de conhecimento técnico-científico. Assim, “parte da doutrina passou a referir-se, com uma freqüência cada vez maior, ao lado da tradicional discricionariedade administrativa, à uma ‘discricionariedade técnica’ ”.<sup>154</sup>

Neste sentido, em relação ao controle judicial da atividade reguladora estatal, conforme Alexandre de Moraes, nada mudou com “a instituição de Agências Reguladoras”.<sup>155</sup>

Assumindo a mesma postura, embora reconheça as dificuldades do exercício da jurisdição para efeito de controle da regulação independente e devido ao surgimento de novos foros para mediação e solução de conflitos, Carlos Ari Sundfeld<sup>156</sup> anota que o Poder Judiciário, “com a estrutura que lhe foi dada no século passado, não é capaz de conhecer todos os conflitos decorrentes da vida moderna e das normas editadas para

---

<sup>154</sup> *Administração e Regulação*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 66-67.

<sup>155</sup> *Agências Reguladoras*, Alexandre de Moraes, organizador, São Paulo: Atlas, 2002, p. 30.

<sup>156</sup> *Direito administrativo econômico*, SUNDEFELD, Carlos Ari (Org.), 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 29.

transformar em valores jurídicos os novos valores que foram sendo incorporados pela sociedade. Mesmo assim resistimos à idéia de que outros órgãos ou entes possam ter um papel que de algum modo corresponda, ou se assemelhe, no novo tempo, àquilo que o Judiciário fez no passado em caráter de exclusividade”.

Porém, Egon Bockeman Moreira desmistifica a pretendida intangibilidade da discricionariedade técnica no sentido da revitalização do velho brocardo latino *ignorantia legis neminem excusat*”. Realça não existir “decisão altamente técnica que não possa ser imparcialmente avaliada em juízo, nem tampouco existe uma perícia exclusiva, sigilosa, desconhecida dos demais cientistas e expertos”.

Segundo infere, a fiscalização jurisdicional da atividade processual de elaboração de normas por agências reguladoras, na qual a legislação obriga o chamamento da participação popular por meio de consultas e audiências públicas (*rulemaking*), é admissível sob a ótica da “(i) regularidade formal (prazos, publicações, intimações etc.); (ii) regularidade substancial (conteúdo dos atos do procedimento, especialmente a norma promulgada) e (iii) teoria dos motivos determinantes (vinculação aos motivos expostos pela agência quando do acolhimento ou rejeição às colaborações)”.<sup>157</sup>

Sem descer a detalhes, Leila Cuéllar<sup>158</sup> admite revisão judicial dos atos emanados das agências reguladoras”, como forma de controle externo.

Quanto ao exame da prova técnica Irene Patrícia Nohara posiciona-se contra a total separação entre o “plano técnico e o argumentativo”, por entender que “a prova pericial nunca é separada da regra jurídica”.<sup>159</sup>

De se notar que as correntes doutrinárias não são uniformes. Ora admitem a discricionariedade técnica, ora limitam a discricionariedade segundo processo de escolha plasmada unicamente em critérios técnicos distinta tal discricionariedade pura, ou política, mas em harmonia com a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, inclusive como forma intermediária entre a pura e a técnica, ora repelem totalmente sua

---

<sup>157</sup> *Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração de Normas”*, Revista de Direito Público da Economia (RDPE), Belo Horizonte: Editora Fórum, ano I, nº 2, abr./jun., 2003, p. 103.

<sup>158</sup> *As agências reguladoras e seu poder normativo*, São Paulo: Dialética, 2001, p.103.

<sup>159</sup> *O motivo no ato administrativo*, São Paulo: Atlas, 2004, p. 181.

existência ao fundamento de não haver distinção com discricionariedade administrativa pura, incluindo nesta linha de raciocínio indistinto controle judicial.

A corrente que a admite, especialmente no exercício de atividade regulatória por agências independentes objetiva limitar ou afastar o controle judicial sob fundamento da elevada complexidade técnica das premissas do caso concreto colocado em discussão, de difícil senão impossível reprodução probatória devendo o juiz, neste caso, adstringir-se ao “juízo do tolerável”.<sup>160</sup>

É o caso da doutrina e jurisprudência hegemônica na Itália. Segundo Germana de Oliveira Moraes<sup>161</sup>, naquele ordenamento a discricionariedade técnica é atribuição exclusiva da Administração.

Para a corrente que repele a teoria, a discricionariedade técnica como espécie não difere do gênero discricionariedade pura. Devido à particular variedade de soluções técnico-científicas racionais e válidas para a consecução da finalidade posta pela lei, resta indiscutível que o juiz deva se valer de perícia técnica para esclarecer-se dos fatos a respeito dos quais deverá decidir.

---

<sup>160</sup> SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Op. cit.* p. 360.

<sup>161</sup> *Op. cit.*, p. 94

## CONCLUSÕES

Tanto pelo sistema de jurisdição única, como pelo sistema de dupla jurisdição, para que se estabeleça o Estado de Direito, torna-se necessário e inafastável o controle dos atos administrativos emanados de quaisquer dos Poderes, cuja característica é ser a *posteriori*, repressivo ou corretivo.

A discricionariedade pode estar localizada nos elementos fundamentais à prática do ato administrativo, quais sejam:

**Sujeito:** somente pode existir discricionariedade com relação ao sujeito ao qual atribuí a lei competência para a prática do ato.

**Objeto ou conteúdo:** a norma jurídica pode deixar ou não margem de discricionariedade para a Administração. Isto ocorre quando ela confere mera faculdade de agir e quando dá à administração mais de uma possibilidade de agir.

**Forma:** ao contrário do Direito Privado, é a regra no Direito Público, devendo todos os atos obedecer à forma escrita e expressa. Todavia, mantida a forma documental e no silêncio da lei, poderá o administrador ponderar com relação as demais formalidades que entender necessárias.

**Motivo:** haverá discricionariedade quando a lei não definir motivo, deixando-o ao inteiro critério da administração ou quando a lei define motivo utilizando noções vagas e vocábulos imprecisos.

**Finalidade:** evidentemente, o administrador está vinculado ao interesse público, não obstante a existência de hipóteses em que os fins têm de ser analisados em relação a cada caso concreto.

O discurso jurídico legislativo, dada a impossibilidade de precisão técnica, lógica e científica, é constituído de vocábulos extraídos da linguagem comum destinados a retratar o mundo do *dever ser*, cujo significado, por impossibilidade de previsão da multiplicidade de hipóteses, pode se apresentar com significados vagos, fluidos, ou imprecisos, compreendendo um campo de incerteza caracterizado pelo raciocínio dialético.

Alguns conceitos jurídicos indeterminados, tanto na esfera dos conceitos de experiência (basta o processo interpretativo), como no âmbito dos conceitos de valor

(plurissubjetivos ou multissignificativos), admitem apenas uma decisão juridicamente admissível.

Em outras situações, a indeterminação dos conceitos jurídicos pode hospedar pequena margem de discricção, pela qual a Administração pode escolher uma alternativa dentre outras várias opções igualmente válidas e justas no que respeita à finalidade.

Ressalvadas situações fronteiriças entre conceitos de experiência e conceitos de valor, no caso dos primeiros, que se referem a fatos, situações e circunstâncias empíricas, a determinação para tornar preciso o conceito se realiza pela comprovação segundo critérios objetivos exteriores e anteriores aos fatos, situações e circunstâncias empíricas, mediante processo interpretativo, totalmente controlável judicialmente, não havendo, neste caso, liberdade de escolha por exclusão de qualquer margem de discricionariiedade.

Quando se cuida de conceitos de valor, a hipótese da norma introduz a vontade do agente, não bastando o processo interpretativo. A significação dos conceitos, na hipótese aventada, apreciação, ou valoração subjetiva e individual do aplicador ou intérprete, segundo critérios discricionários próprios para a escolha de qualquer das opções colocadas em evidência pela norma.

Não se descarta, porém, *um halo valorativo* nos conceitos de experiência e um núcleo de experiência nos conceitos de valor.

As fronteiras para o exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, em se tratando de Estado Democrático de Direito, são aquelas delimitadas pela lei, conforme o caso concreto. Disso decorre ser passível de controle a escolha administrativa que não seja a melhor dentre as alternativas que se apresentam, não podendo, entretanto, o Poder Judiciário, substituir a Administração e apontar, na sua concepção, a alternativa que entenda ser ótima, pois, estaria ele a substituí-la por seus próprios critérios de escolha, ou o exercício de ilegítima vontade.

Conquanto a existência de algumas vozes isoladas, graças aos esforços dos Tribunais e doutrinadores, está superada a visão tradicional sustentada por muitos anos que o Poder Judiciário deveria limitar-se ao exame da legalidade do ato administrativo, atendo-se apenas à verificação das formalidades intrínsecas, vedando-se ingresso no

exame do mérito administrativo restringindo-se, de consequência, ao controle jurisdicional somente em matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto.

O projeto de contenção do poder, em se tratando de Estado de Direito, está fundado na soberania popular, pois, todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido, concebendo-se a existência de um órgão independente para dizer do direito e a submeter a conduta estatal desviada ou abusiva à vontade da soberania popular.

Controle, do francês *contre-rôle*, é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro para efeito de ato administrativo, ou ato da administração, via de regra é materializado por uma ação (ato ou atividade administrativa), ou omissão decorrentes de atuação, ou não atuação de pessoas, no exercício de função administrativa.

Define-se como ato administrativo a declaração do Estado ou de quem o represente, conducente à produção de efeitos jurídicos imediatos, em conformidade com os ditames legais, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

A rigidez da equivocada postura tradicional aos poucos cedeu lugar, como novas tendências, ao que se convencionou denominar de “jurisdicionalização do ato administrativo”, obviamente por intermédio de decisões dos Tribunais e vozes da doutrina, vislumbrando-se a palpável possibilidade do exame jurisdicional do valor intrínseco dos atos administrativos discricionários, inclusive atos de governo, sendo indiscutível que o Poder Judiciário não poderia e não pode renunciar ao exame do mérito do ato administrativo, atualmente considerado como o “fundo da substância litigiosa”.

Todo e qualquer ato administrativo consiste no cumprimento de um *dever*, o qual traz idéia de *poder* em face de sua *finalidade*, dotado de competência, em atendimento, para sua validade, ao comando emanado da lei.

A discricionariedade não significa poder de opções livres pelo administrador, mas o dever jurídico funcional de atender a finalidade da norma, satisfazendo assim aos interesses dos administrados e não do agente, ou da Administração. A liberdade prevista na norma não define o campo da discricionariedade administrativa, que terá sua

dimensão delimitada pela inteligência razoável, socialmente reconhecida em dado tempo e lugar e de seu enfoque contextual no sistema normativo.

Caberá ao Judiciário verificar se a Administração ao agir com discricção atuou dentro do campo de liberdade (intelectiva ou volitiva) que a lei lhe proporcionava, seja para verificar se não ultrapassou a esfera de inteligência razoável de um conceito fluído, seja para verificar se houve excessos ao decidir qual o comportamento era o mais conveniente e oportuno e se o ato administrativo se manteve dentro dos limites da razoabilidade.

O controle dos atos discricionários se faz principalmente pelo exame por parte do Juiz da finalidade, motivo, causa e motivação do ato, ademais pela aferição da compatibilidade aos princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Conquanto algumas limitações em que a lei estabelece as alternativas possíveis, modernamente, a tendência, em toda a parte, é apertar o controle judicial sobre os atos administrativos, sob o pálio de que quando a norma jurídica concede o dever-poder ao administrador, tal dever-poder deve ser exercido de forma que a decisão se subordine ao interesse público.

A obrigatoriedade de motivação do ato administrativo possibilita potencial controle judicial, quer seja ele vinculado ou discricionário, cuja exigência está explicitada no art. 93, X, da Constituição Federal, bem como respaldada em outros dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

Nada obstante a lei conceder à Administração alternativas decisórias válidas quanto ao conteúdo dos mesmos, ainda assim os atos administrativos discricionários se submetem ao controle judicial em face dos princípios constitucionais fundamentais.

Compatível em parte com a teoria da redução da discricionariedade a zero (adoção de discutíveis regras funcionais), é a doutrina que concebe o fim da discricionariedade como um poder. O princípio da legalidade associado aos princípios da moralidade, a partir da nova ordem constitucional de 1988 e, posteriormente com a Emenda Constitucional nº 19/1988, que introduziu o princípio da eficiência, associado à Lei de Responsabilidade Fiscal, senão mitigou transmutou-se o poder para o dever de agir, inclusive as hipóteses de avaliação do que seria conveniente e oportuno.

A discricionariedade pode ser mensurada levando-se em conta, simbolicamente, um percurso que ela pode percorrer entre um ponto de partida “A” e um ponto de chegada “B”, nos termos ditados pela Lei. Assim, quanto mais próxima do ponto “A” menor é a liberdade de opção e maior é o controle judicial decorrente. Esta hipótese é compatível com a teoria da discricionariedade zero. Em contrapartida, quanto mais afastado do ponto “A”, ou mais próximo do ponto “B”, maior é a discricionariedade administrativa e menor é a sindacabilidade judicial.

O panorama doutrinário a respeito da “discricionariedade técnica” é dividido. Ora a discricionariedade é admitida como forma de tangenciar o controle judicial, ora é restrita a um processo de escolha plasmada unicamente em critérios técnicos distintos da discricionariedade pura, inclusive um misto entre a pura e a técnica, ora é totalmente repelida por entender-se não haver distinção com a discricionariedade administrativa propriamente dita, a permitir indistinto controle judicial.

Em qualquer caso, devido à particular variedade de soluções técnico-científicas racionais e válidas para a realização da finalidade posta pela lei, resta indiscutível que o juiz deva se valer de perícia técnica para se esclarecer dos fatos a respeito dos quais deva decidir.

## BLIBIOGRAFIA

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*, tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revisada por Alfredo Bosi; revisão da tradução e tradução de novos textos por Ivone Benedetti, 4ª ED., São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AKERMANN, Susan Rose. *A economia Política e a Corrupção*. In ELLIOTT, Kimberly Ann (org.). *A corrupção e a economia global*, tradução de Marsel Nascimento Gonçalves de Souza, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2002.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, 15ª ed, Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. Controle judicial dos atos administrativos, *Revista de Direito Administrativo*, v. 152, Rio de Janeiro, abr./jun. 1983.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

\_\_\_\_\_. Discricionariedade - Fundamentos – Natureza e Limites, *Revista de Direito Público* n° 33, Ano VII, Edição da Editora Revista dos Tribunais.

\_\_\_\_\_. *Elementos de Direito Administrativo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *Princípios gerais de Direito Administrativo*, 1ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Elementos de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1975.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

BIANCHI, Alberto B. *El control judicial de la Administración Pública*, in CASSAGNE, Juan Carlos (coord.). *Derecho procesal administrativo*, 1ª ed., Buenos Aires: Hammurabi, vol. 1, 2004.

BORGES, Alice Gonzáles. O controle jurisdicional da administração pública, Rio de Janeiro, *Revista de Direito Administrativo* n° 192, abr./jun. 1993.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*, 4ª ed., São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., v. IV, 1961.

CRETELLA JÚNIOR, José, *Controle jurisdicional do ato administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 1993.

\_\_\_\_\_ *Curso de Direito Administrativo*. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*, São Paulo: Saraiva, 2002.

COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: jan./jun, v. 179 e 180, 1990.

CUÉLLAR, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*, São Paulo: Dialética, 2001.

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

\_\_\_\_\_ *Direito administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 8ª ed., tradução do original alemão intitulado IN DAS JURISTISCHE DENKEN, 8. neu bearb. Auflage, 1983, VERLAG W. KOHLHAMMER GmbH, Stuttgart, por João Batista Machado, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia. *La lucha contra las inmunidades del poder em el derecho administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes formativos)*, 3ª ed., 1983, Madrid: Editorial Civitas S.A., reimpresiones, 1989, 1995.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, 2ª ed., revista e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1986.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Eficiência administrativa na Constituição Federal, *Revista de Direito Administrativo* n° 220, Rio de Janeiro: Renovar e Fundação Getúlio Vargas, 2000.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

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

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, 2º tomo: *La defensa del usuario y del administrado*, 5ª ed., Velo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade na regulação por entidades estatais independentes, *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 2, abr./jun., 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*, tradução de Orlando Vitorino, São Paulo: Martins Fontes, 1997.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito Administrativo e Direito Judiciário. Doutrina, jurisprudência, ação de indenização e projeto de lei*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., 1998.

JANNOTTI, Onaldo Franco. Conceitos indeterminados e origem lógico-normativa da discricionariedade, *Revista de Direito Público nº 64*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nº 64, out./dez. 1982.

JAPPUR, José. Mérito do ato administrativo perante o judiciário, *Revista de Direito Público nº 70*, Ano XVII, abr./jun., 1984.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*, São Paulo: Dialética, 2002, 526.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 23ª ed., atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Teoria da argumentação jurídica e nova retórica*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2003.

MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*, Alexandre de Moraes (org.), São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, 2ª ed., São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MOREIRA, Egon Bockeman. Agências reguladoras independentes, déficit democrático e a “elaboração de Normas”, *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*, nº 2, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 1, abr./jun., 2003.

MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados, *Revista Trimestral de Direito Público* nº 14, 1996.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid: Tecnos, 1996.

NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*, São Paulo: Atlas, 2004.

PEREIRA, César Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da administração, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 231, jan/mar. 2003.

PESSOA, Robertônio Santos. *Administração e Regulação*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo, *Revista de Direito Administrativo*, v. VI, out., 1946.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RADBRUCH, Gustav. *Filosófica do Direito*, tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada, Universidade de Coimbra, 6ª ed., Coimbra: Arménio Amado – Editor, sucessor, 1997.

ROCHA, Mauro Sérgio. *O princípio da eficiência e, conseqüente lei de responsabilidade fiscal, como forma mitigadora do poder discricionário do administrador público*, Recife: Associação do Ministério Público de Pernambuco, Livro de Teses Cível: Ministério Público e a cidadania, v. 2, Tomo II, XIV Congresso Nacional do Ministério Público, Tese nº 54, 2001.

SILVA, De Plácido e. 1892-1963, *Vocabulário jurídico*, edição universitária, v. III e IV, Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SLAIB FILHO, Nagib. Razoabilidade e discricção administrativa. *Revista de Direito Público* n° 85, janeiro-março de 1988.

SOLER, Sebastián. *Las palabras de la ley*, Vera Cruz, México: Editorial Práxis Jurídica, 1970.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, 4ª ed., revisada e atualizada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo econômico*, Carlos Ari Sundfeld (org.), 1ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Controle judicial dos atos administrativos: as questões técnicas e os limites da tutela de urgência. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, ano 4, out./dez., 2002.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 1975.

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