
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA
Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO
**ROMEU FELIPE
BACELLAR**

© 2011 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive por meio de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Revisão: Lourdes Nascimento
Luiz Fernando de Andrada Pacheco
Patrícia Falcão
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta
Bibliotecário: Ricardo Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional. ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
	Trimestral
	ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	ISSN 1516-3210
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral
Romeu Felipe Bacellar Filho
Diretor Editorial
Paulo Roberto Ferreira Motta
Editora Acadêmica Responsável
Ana Cláudia Finger
Secretário Editorial Executivo
Daniel Wunder Hachem
Conselho Diretivo
Adriana da Costa Ricardo Schier
Edgar Chiuratto Guimarães
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)
Carlos Ayres Britto (UFSE)
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)
Clovis Beznos (PUC/SP)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)
Eros Roberto Grau (USP)
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)
José Carlos Abraão (UEL)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
José Mario Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Juarez Freitas (UFRGS)
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)
Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)
Marçal Justen Filho (UFPR)
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)
Márcio Cammarosano (PUC/SP)
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Nelson Figueiredo (UFG)
Odilon Borges Junior (UFES)
Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Rogério Gesta Leal (UNISC)
Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)
Valmir Pontes Filho (UFCE)
Weida Zancaner (PUC/SP)
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi – Itália)
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG – MG)
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR – PR)
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG – GO)
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (UniCuritiba – PR)
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP – SP)
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires – Argentina)
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña – Espanha)
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa – Portugal)
Prof. Dr. Michele Carducci (Università del Salento – Itália)
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (UniBrasil – PR)
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP – PR)
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco – PR)
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR – PR)
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (UniCuritiba – PR)
Prof. Dra. Vanice Lírio do Valle (Universidade Estácio de Sá – RJ)

Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios

Aline Silva de Oliveira

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Advogada.

Resumo: O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é assunto que demanda discussões e para o qual ainda não foi encontrada fórmula eficaz. Tradicionalmente, a doutrina posiciona-se no sentido da impossibilidade da análise judicial do mérito administrativo — cujo conceito será delimitado adiante; contudo, existem teóricos atuais que se inclinam pela intervenção cada vez maior do Judiciário nas questões da Administração que envolvam a discricionariedade. Este artigo pretende demonstrar que é possível, com base numa interpretação sistemática, o controle judicial dos atos administrativos com base nos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Administrativo. Discricionariedade. Judicial. Controle. Interesse público. Interpretação. Sistema. Princípios.

Sumário: 1 Introdução – 2 A discricionariedade administrativa – 2.1 A eficácia jurídica dos princípios – 2.2 A discricionariedade administrativa – 2.3 O conceito de interesse público – 2.4 A relatividade da competência discricionária – 3 O controle judicial da discricionariedade administrativa – 3.1 Doutrina tradicional: o controle judicial do ato administrativo discricionário com base nos motivos determinantes e no desvio de finalidade – 3.2 O mérito do ato administrativo – 4 Os princípios que regem a Administração Pública como norteadores do controle da discricionariedade administrativa – 5 Conclusões – Referências

1 Introdução

Apesar da previsão contida no art. 5º, XXXV da Constituição da República, que expressa o princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, a questão da possibilidade de controle judicial da discricionariedade, principalmente no que tange ao mérito administrativo, ainda é nebulosa e controvertida na doutrina e na jurisprudência.

Por conta dessa controvérsia surgem situações em que o Poder Judiciário percebe-se sem ação diante de um caso concreto, quando, para resolução de um litígio, demonstra-se necessário adentrar no que se conhece por mérito do ato administrativo, o que se agrava diante da dificuldade prática que surge em delimitar o conceito da expressão “mérito administrativo”.

Em vista disso, verifica-se, ainda hoje, necessário e fértil o estudo do tema.

Pretendemos apontar no decorrer deste estudo basicamente que, por meio de uma interpretação sistemática, é possível o controle judicial da discricionariedade administrativa, tendo em conta os princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Abordaremos de forma aprofundada os conceitos de discricionariedade administrativa e de mérito administrativo que entendemos serem os que melhor definem os institutos e poderiam auxiliar na condução e interpretação judicial do caso concreto.

Por fim, adentraremos no estudo das teorias que discutem a questão do controle judicial da discricionariedade, apontando os diferentes posicionamentos adotados pela doutrina e pela jurisprudência, destacando o nosso posicionamento pessoal.

2 A discricionariedade administrativa

2.1 A eficácia jurídica dos princípios

Para defender a tese da possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa pautado nos princípios, necessário se faz demonstrar a eficácia e normatividade que eles detêm.

Norberto Bobbio, assevera que:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?¹

¹ Ibidem, p. 181-182.

De fato, Luiz Alberto David de Araújo alerta que os Tribunais devem privilegiar a interpretação que confira aplicabilidade imediata às normas constitucionais.²

Como método de interpretação sugerimos a interpretação sistemática, partindo do conceito de sistema como sendo aberto, composto por regras e princípios, ambos dotados de normatividade.

Imperioso destacar que a generalidade dos princípios não significa imprecisão. De fato, indica a possibilidade e a necessidade de serem aplicados em sentido preciso, visando à efetividade da Constituição.³

Cármen Rocha assevera que “A generalidade dos princípios permite, pois, que em sendo a sociedade plural e criativa, tenha seu sistema de Direito sempre atual, sem se perder ou mascarar modelos contrários aos que na Lei Magna se contêm como opção constituinte da sociedade política”.⁴

Os princípios são dotados de primariedade histórica, jurídica, lógica e ideológica,⁵ sendo que, nas palavras de Cármen Rocha, a primariedade jurídica “está em que nada vem antes dos princípios constitucionais, pois os fundamentos do Direito Positivo estão no sistema constitucional, cuja estrutura fundamental, à sua vez, se alicerça na principiologia por ele adotada (...). O princípio constitucional converte-se, assim, no ponto de partida de toda a elaboração normativa fundamental de um Estado”.⁶

Ou seja, os princípios são norteadores da ordem jurídica, possuindo caráter normativo e aplicação direta, uma vez que servirão de base axiológica para a atuação do aplicador do direito.

2.2 A discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa já há muito não é mais vista como sinônimo de arbitrariedade do Estado, sofrendo evoluções no seu conceito que permitiram uma maior intervenção e controle judicial do poder discricionário. Mostraremos a conceituação de discricionariedade pela doutrina pátria, demonstrando a já mencionada evolução conceitual.⁷

² ARAUJO, L. A. D. Diferenças individuais e concurso público: reflexões iniciais sobre os critérios de seleção do Estado para as carreiras jurídicas. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; MEZZARROBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). Constituição e Estado Social. Coimbra: Coimbra Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 219-234.

³ *Ibidem*, p. 82.

⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 29.

⁵ *Ibidem*, p. 82.

⁶ *Ibidem*, p. 30-31.

⁷ Cumpre destacar inicialmente que, apesar de correntes, as expressões “ato administrativo vinculado” e “ato administrativo discricionário” guardam impropriedades técnicas, sendo utilizadas, ainda hodiernamente, apenas

Para José Cretella Junior a discricionariedade é justificada pelas peculiaridades do caso concreto, cuja resolução demande a análise e adoção de uma das várias situações que se lhes apresentem. A regulamentação rígida de todos os movimentos da administração engessaria a sua atuação, impossibilitando que a “máquina administrativa” funcionasse “no momento exato”⁸.

Afirma o autor que ao administrador é concedido o livre poder de apreciação, mediante o qual o agente analisa o caso concreto e adota esta ou aquela postura, sempre adstrito à legalidade e ao atendimento do interesse público.

Nas suas palavras, são os administradores “Juizes absolutos da oportunidade e da conveniência, servos incondicionais da legalidade, contra a qual não têm a possibilidade de rebelar-se, orientam-se na direção do interesse público, que procuram efetivar”⁹.

Segundo o autor o administrador deve ter a sensibilidade para “ajustar a ação administrativa ao meio”, adotando juízos subjetivos de valor. Para ele, o poder discricionário significa o “livre pronunciamento da autoridade administrativa, traduzido em ato, desvinculado de qualquer prévia regra de direito condicionante de seu modo de agir”¹⁰.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define a discricionariedade como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, de escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”¹¹.

Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a discricionariedade não é caracterizada ou delimitada pela ausência de lei, mas pela

por terem se arraigado na doutrina e na jurisprudência, sempre sendo feita a ressalva de sua incorreção em rigor jurídico. Em verdade, “discricionária é a apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais e vinculada é a situação em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 952). Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que mesmo a expressão “poder discricionário” guarda certa impropriedade, tendo em vista que não se trata de um “poder” abstratamente atribuído, mas de uma espécie de disciplina normativa da atividade administrativa. Esse posicionamento é majoritário na doutrina, contando com a contribuição de Odete Medauar, Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entre outros. Dessa maneira, é tecnicamente incorreto falar em “ato administrativo discricionário” ou em “poder discricionário”, sendo de se dizer que o que existe é a competência discricionária ou a discricionariedade propriamente dita. Contudo, apesar de tecnicamente incorretas as expressões “ato administrativo discricionário” e “poder discricionário”, em vista da sua usualidade, continuaremos, aqui, a utilizá-las.

⁸ CRETILLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 220-221.

⁹ Ibidem, p. 220.

¹⁰ Ibidem, p. 221.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67.

atribuição legal ao administrador de certa margem de liberdade, cabendo a este “preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei”,¹² mantendo o entendimento de que a discricionariedade se caracteriza pela incidência do gênio do administrador.

Para Marçal Justen Filho, por seu turno, a discricionariedade é consequência direta do Estado Democrático de Direito. Isso porque, num estado autoritário o governante impõe sua vontade simplesmente por ser titular do poder absoluto e de fato. É a discricionariedade, portanto, que formaliza e torna possível a autonomia das escolhas do administrador público, sempre com vias a preservar a supremacia do princípio da lei.¹³

Nessa esteira assevera o autor que “a discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução possível.”¹⁴

Isso significa dizer que a discricionariedade é atribuída legalmente, por opção do legislador, que não disciplinou a matéria exaustivamente, de maneira a apontar todos os elementos necessários à aplicação de determinada lei ao caso concreto, o que caracterizaria a vinculação, dando uma margem ao administrador para que aplique e atue desta ou daquela forma, com vias a alcançar a melhor solução ao caso que se apresente.

Implica ressaltar, ainda, que a existência da discricionariedade propriamente dita depende também da intencionalidade da atribuição da “margem de liberdade”, expressão defendida por Celso Antônio Bandeira de Mello.

Nas palavras de Marçal, “(...) o direito adota uma disciplina discricionária como meio intencional destinado a assegurar a realização mais satisfatória e adequada da atividade administrativa. Por isso, a discricionariedade não pode ser identificada como uma liberdade, nem como um direito subjetivo de natureza privada”¹⁵

Marçal defende, ainda, que a discricionariedade difere da interpretação, uma vez que, nesta, o intérprete está adstrito à “vontade legislativa que é determinada pelo sistema jurídico em si mesmo”, não cabendo a prevalência da ponderação pessoal no momento de interpretar

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 930.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 153.

¹⁴ *Ibidem*, p. 154.

¹⁵ *Ibidem*, p. 154.

e aplicar a lei, enquanto que a discricionariedade confere ao administrador a possibilidade de ponderar, no caso concreto, e adotar a solução que entender satisfatória.

De fato, conforme entendemos, o administrador vale-se da interpretação para entender e aplicar o que lhe obriga a lei, seja a regra concernente à competência totalmente vinculada ou haja competência discricionária conferida pela norma. Em suma, o administrador é intérprete e aplicador da lei, porquanto passa inevitavelmente pela interpretação da lei para atuar na sua função.

Vale ressaltar que a própria função de administrador público é conferida pelo direito, o qual deve ser considerado na sua integralidade em todos os momentos pelo agente da administração, sob pena de afronta ao próprio Estado Democrático de Direito.

Quando há competência discricionária, é possível a aplicação da ponderação para alcançar o conteúdo da atitude a ser tomada diante do caso concreto, uma vez que a lei não regula exaustiva e taxativamente a atuação do administrador.

Contudo, a própria atuação do administrador, tal qual a interpretação da regra, está adstrita ao ordenamento jurídico como um todo, incluindo regras e princípios.

É por isso que sugerimos neste trabalho a adoção da interpretação sistemática pelo aplicador do direito (categoria na qual também está inserido o administrador), haja vista que o ordenamento jurídico deve ser considerado como um todo.

Juarez Freitas corrobora esse entendimento, dividindo, inicialmente, os atos administrativos em vinculados e de discricionariedade vinculada aos princípios constitutivos do sistema,¹⁶ porquanto entende que a discricionariedade deve ser vinculada ao sistema jurídico que, para ele, é aberto, hierarquizado de regras, princípios e valores.¹⁷

Linhas adiante assevera que os atos administrativos de discricionariedade vinculada devem ser praticados “mediante juízos de adequação, conveniência e de oportunidade, na busca da melhor solução para o caso, cujos resultados devem subordinação à totalidade do sistema de Direito Administrativo (...)”.¹⁸

¹⁶ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 233.

¹⁷ FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁸ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 233.

Sobre isso, lapidares as considerações de Luís Roberto Barroso, segundo o qual “A interpretação constitucional administrativa é levada a efeito pelo Poder Executivo, notadamente para pautar a própria conduta. Deverá ele reverenciar os princípios constitucionais da Administração Pública (CF, art. 37 e s.) e conter-se dentro dos limites genéricos que lhe são impostos (respeitando, e. g., as hipóteses de reserva legal — CF, art. 5º, II)”¹⁹

O que se pretende é apontar que a atuação do administrador está adstrita ao direito, como sistema de regras e princípios, havendo ou não poder discricionário em discussão, e também que a discricionariedade não é caracterizada pela existência de possibilidade de ponderação do administrador.

Rememoremos, ademais, os capítulos iniciais deste estudo, nos quais discorremos sobre a participação do intérprete na interpretação da norma jurídica. Como dito anteriormente, a teoria crítica demonstra que há influência da ideologia tanto do intérprete quanto do legislador.

Ou seja, a todo momento que uma regra é interpretada sobrevém a contribuição de elementos valorativos do intérprete, não devendo a “possibilidade de ponderação” ser usada para caracterizar a discricionariedade.

Como assevera Luis Manuel Fonseca Pires, a incidência do juízo valorativo do administrador, ou a existência de uma “margem de liberdade” (Celso Antônio) ou faculdade (Fiorini), não são capazes de caracterizar e justificar a discricionariedade.²⁰

Isso porque, com base nas teorias de interpretação jurídica sobre as quais discorre, conclui que o intérprete sempre impinge conteúdo valorativo pessoal quando da interpretação da regra e da formação da norma jurídica.²¹

Dessa maneira, conceitua a discricionariedade administrativa como sendo:

(...) a competência prevista em lei para o exercício da função administrativa que outorga ao agente público uma pluralidade de decisões legítimas, e que por isso não se confunde com a interpretação jurídica de conceitos jurídicos

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. A interpretação e aplicação da Constituição. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 117.

²⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. O controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009. p. 211 et seq.

²¹ Ibidem, p. 91 et seq.

indeterminados, e igualmente não pode ser outorgada para o âmbito da Administração Sancionadora, e a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela melhor opção possível à realização do interesse público.²²

Diante das premissas aventadas, parece-nos válido concluir que a discricionariedade caracteriza-se pela previsão legal formulada abstratamente pelo legislador, que concede ao administrador público a competência de adotar mais de uma postura válida, sendo que a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela opção que melhor atende ao interesse público, respeitando-se os princípios constitucionais e as regras que regem a atuação do agente da Administração Pública.

Isso significa dizer que a discricionariedade é legalmente atribuída; que, no momento da edição da regra, o legislador verificou que a regulação taxativa engessaria a atuação administrativa, prevendo abstratamente a possibilidade de adoção de mais de uma atitude válida pelo administrador; que não se confunde com a interpretação jurídica, porquanto é instituída pela lei; que a escolha está adstrita ao atendimento mais satisfatório do interesse público e deve levar em conta todo o ordenamento jurídico, como sistema de regras e princípios.

2.3 O conceito de interesse público

Como vimos, o interesse público é tido pela esmagadora maioria da doutrina como finalidade e justificação da discricionariedade, finalidade a ser atingida pelo administrador e justificação para a própria existência do instituto da discricionariedade.

Desse modo, insta expor mesmo que brevemente algumas palavras sobre o conceito de “interesse público”.

Para Sérgio Ferraz, “o conceito de interesse público configura um dos pontos centrais do Direito Público, a exigir elaboração cuidadosa, detida e exclusiva”.²³

Entendemos que o interesse público que se busca alcançar quando se fala em discricionariedade não é o que se chama de interesse “coletivo”, ou “público primário”, assim como não é o interesse público secundário, ou estatal.

E segue asseverando que, por conta disso, há “a necessidade de instrumentos que garantam o vínculo entre a ação administrativa e realização do interesse público primário”, tais instrumentos serviriam como

²² *Ibidem*, p. 220.

²³ FERRAZ, Sergio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. *Revista de Direito Público, Belo Horizonte*, n. 1, p. 203, 2003.

“Garantia contra a possibilidade do uso do poder de ação concedido à Administração em favor da realização do interesse público para uma ilegítima realização do interesse secundário da própria Administração, ou o que é pior, do interesse pessoal das pessoas físicas prepostas aos órgãos administrativos”.²⁴

Para Marçal Justen Filho, entretanto, o conteúdo de “interesse público” inexistente.

Tradicionalmente entende-se que a supremacia do interesse público preside o regime de direito público, juntamente com a indisponibilidade do interesse público.²⁵

Os defensores desse entendimento, assevera Marçal Justen Filho, entendem que a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vinculam-se diretamente ao princípio republicano, “que impõe a dissociação entre titularidade e exercício do interesse público”.

Essas concepções, alerta Marçal, dão margem a arbitrariedades, tendo em vista que não há instrumentos jurídicos capazes de determinar o conteúdo do conceito de interesse público.²⁶

Contraopondo-se a Tércio Sampaio Ferraz Junior, que asseverou que o interesse público é um “lugar comum” e, por isso mesmo, dispensa definição precisa, Marçal Justen Filho afirma que a indefinição do conceito de interesse público é um “sério defeito”, porquanto dificulta o controle dos atos governamentais, na medida em que serve de critério de validade destes.²⁷

Já que definir com exatidão o conteúdo da expressão “interesse público” mostra-se problemático, Marçal sugere iniciar o estudo pela definição negativa da expressão.²⁸

Para ele, o interesse público não se confunde com o interesse do Estado, isso porque, “Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe antes do Estado.”²⁹

O interesse público igualmente não se confunde com o interesse do aparato administrativo, uma vez que o interesse público secundário, na terminologia

²⁴ *Ibidem*, p. 203 et seq.

²⁵ *Ibidem*, p. 35.

²⁶ *Ibidem*, p. 36.

²⁷ *Ibidem*, p. 36.

²⁸ *Ibidem*, p. 37.

²⁹ *Ibidem*, p. 37-38.

utilizada por Renato Alessi, nem mesmo de “interesse” pode ser chamado, sendo caracterizado por meras conveniências circunstanciais. “A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observando-se os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral”³⁰

O interesse público também não se confunde com o interesse do agente público, porquanto o agente público está investido de uma função administrativa.

Depois de conceituar negativamente o “interesse público”, Marçal aponta que não existe conteúdo próprio para interesse público.³¹

Assevera o autor que por interesse público não se pode entender como o interesse privado comum a todos os cidadãos. Uma vez que, segundo essa abordagem, “não há diferença qualitativa entre interesse privado e público”, o único fator levado em consideração é o quantitativo. Além disso, essa classificação é inútil, na medida em que jamais se atingiria a unanimidade.³²

A alternativa apontada pela doutrina é afirmar que o interesse público é o interesse privado comum e homogêneo na maioria da população. Entendimento que, segundo Marçal, também é equivocado, na medida em que culminaria na “destruição dos interesses das minorias”, o que iria de encontro com a concepção de Estado Democrático.³³

Adverte que a “idéia de interesse público não se prende a questões apenas quantitativas”, não havendo como “fundamentar o conceito de interesse público numa concepção aritmética”³⁴

Adiante aponta uma variante teórica que entende que existem dois tipos de interesses privados, aqueles fundados em questões individuais e egoísticas que jamais seriam confundidos com “interesse público” e aqueles interesses privados de natureza não egoística; “na medida em que ocorresse alguma homogeneidade coletiva. (...) Esses interesses privados especiais podem ser tão relevantes a ponto de dispensar o requisito da maioria”³⁵

Segundo Marçal, essa teoria serve de comprovação da inexistência de conteúdo próprio de “interesse público”, uma vez que o relevante

³⁰ Ibidem, p. 38-39.

³¹ Ibidem, p. 39.

³² Ibidem, p. 39.

³³ Ibidem, p. 39-40.

³⁴ Ibidem, p. 41.

³⁵ Ibidem, p. 41.

para a configuração do interesse público, se aplicada a lógica dessa teoria, estaria em certa qualidade ou atributo. Sendo assim, “o fundamental reside em descobrir qual é tal atributo peculiar, qual é a qualidade que diferencia os interesses”.³⁶

A terceira alternativa apontada pela doutrina é de se qualificar o interesse público como sendo o interesse da sociedade, entendida como “inconfundível com o mero somatório dos indivíduos”, dissociado de interesses privados.³⁷

Alerta Marçal que tal concepção traz “o germe do autoritarismo”, tendo em vista que “Gera a possibilidade de reconhecer como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual”.³⁸

Além disso, assevera o autor que é impossível falar em um único interesse público, uma vez que representaria a “desnaturação da realidade social e jurídica”.³⁹

Haverá casos, adverte, em que o administrador estará diante de um conflito entre interesses públicos, “todos em tese merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis”.⁴⁰

Não há como se pensar, numa sociedade pluralista, na existência de um único interesse público, de fato, conforme entendimento de Cassese, traduzido por Marçal, “não existe o interesse público, mas interesses públicos, no plural”.⁴¹

Diante dessas premissas conclui o autor que não há um conteúdo na expressão “interesse público”, sendo que “Inúmeros estudiosos vêm se opondo à estruturação do direito administrativo sobre o conceito de interesse público”.⁴²

Adiante Marçal demonstra que a questão do interesse público é “ética”, na medida em que envolve os direitos fundamentais.

A incidência do regime jurídico administrativo, assevera o autor, “deriva não de razões puramente técnicas, mas de imposições éticas”.

Segue apontando que:

É necessário investigar a natureza dos valores e das necessidades envolvidas. A distinção entre público e privado se assenta não numa questão puramente

³⁶ Ibidem, p. 41.

³⁷ Ibidem, p. 41.

³⁸ Ibidem, p. 41.

³⁹ Ibidem, p. 42.

⁴⁰ Ibidem, p. 42-43.

⁴¹ Apud JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43.

⁴² Ibidem, p. 41-42.

econômica ou técnica. O núcleo da distinção apresenta natureza ética. Há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana.⁴³

Defende o autor que a indisponibilidade do interesse público não existe porque o interesse é público. Ao contrário, o interesse pode ser caracterizado como público “porque é indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque a sua natureza exige que seja realizado”⁴⁴

Diante disso, conclui que o núcleo do direito administrativo não é o “interesse público”, mas os direitos fundamentais, que legitimam a caracterização de um interesse como indisponível, impassível de ser colocado em risco e de obrigatoria realização e, por conta disso, público.

Levando em conta os posicionamentos acima esboçados, podemos concluir que o “interesse público” que deve ser alcançado pela atuação administrativa é aquele que, por sua natureza, é indisponível, impassível de ser colocado em risco e de realização obrigatória.

2.4 A relatividade da competência discricionária

Celso Antônio Bandeira de Mello magistralmente aponta que a competência discricionária é relativa e somente verificada no caso concreto, afirmando que, mesmo que haja campo discricionário na norma, há que se verificar se, no caso concreto, existe efetivamente espaço para a discricionariedade.⁴⁵

Entende o autor que a competência discricionária é relativa: (i) porque limitada aos tópicos para os quais o legislador deixou margem de adoção válida de mais de uma postura; (ii) pois a liberdade atribuída pelo legislador somente pode ser exercida levando-se em conta a finalidade legal do ato, sob pena de desvio de poder; (iii) porquanto “só existe na extensão, medidas ou modalidades” que resultem da lei; (iv) porque a existência de conceitos indeterminados não implica dizer que pode o administrador eximir-se de aplicar interpretação razoável e que considere o campo significativo mínimo das palavras; (v) pois, diante de um caso concreto, pode o administrador ter sua competência discricionária tão afunilada a ponto de só existir uma solução possível.⁴⁶ Luis Manuel Fonseca Pires chama esse fenômeno de “redução a zero” da competência discricionária.⁴⁷

⁴³ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 43.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 952.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 217-220.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 952 et seq.

Isso significa dizer que a dimensão da competência discricionária atribuída abstratamente pela norma somente é aferível no caso concreto.

3 O controle judicial da discricionariedade administrativa

O termo “controle”, segundo Hely Lopes Meirelles, significa, na seara governamental, o conjunto de atribuições “de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.⁴⁸

Quando analisa uma questão que envolve a Administração Pública, o julgador não está exercendo a mesma função que exerce quando desenhola um litígio entre particulares, está, de fato, exercendo um controle sobre a Administração, na medida em que fiscaliza, orienta e corrige a conduta administrativa que fere direitos e interesses legítimos.⁴⁹

Sobre o controle jurisdicional da Administração, as Constituições da Itália e da Espanha assim dispõem, respectivamente:⁵⁰

Art. 113 [da Constituição italiana] Contra os atos da Administração Pública é sempre admitida a tutela jurisdicional dos direitos e dos interesses legítimos, perante os órgãos da jurisdição ordinária ou administrativa. Essa tutela jurisdicional não pode ser excluída ou limitada a meios particulares de impugnação ou para determinadas categorias de atos.

Art. 106 [da Constituição espanhola] Os tribunais controlam o poder regulamentar e a legalidade da atividade administrativa, bem como a sujeição desta aos respectivos fins.

Na doutrina brasileira, apesar da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, a questão do controle judicial da discricionariedade ainda é controvertida na doutrina e na jurisprudência.

Em virtude disso, e da dificuldade de aferição do conceito de mérito administrativo, surgem situações em que o Poder Judiciário percebe-se sem ação diante de um caso concreto.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 158.

⁴⁹ Vale colacionar o alerta feito por Sérgio de Andréa Ferreira, segundo o qual, “Sob o ângulo estritamente juscientífico é fundamental afirmarmos que, quando o juiz exerce a ‘justiça administrativa’, ou seja, tem ele de decidir sobre a atuação da Administração Pública, não está ele exercendo a mesma parcela da função jurisdicional desempenhada nos litígios entre particulares, como ocorre, por exemplo, quando há um credor e um devedor, de quantia inscrita em uma nota promissória” (FERREIRA, Sergio de Andréa. A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 555).

⁵⁰ Traduzidos por Sergio de Andréa Ferreira (FERREIRA, Sergio de Andréa. A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 552).

3.1 Doutrina tradicional: o controle judicial do ato administrativo discricionário com base nos motivos determinantes e no desvio de finalidade

Partindo do pressuposto de que todos os atos administrativos devem apresentar um motivo, ou seja, devem ser calcados numa situação fática que os motivou, a escola francesa desenvolveu o que se chama de teoria dos motivos determinantes, segundo a qual, os motivos que determinam a atuação do administrador, ou seja, aqueles que levaram o administrador a adotar uma postura, em detrimento de outra, caracterizam-se por requisitos de validade/legitimidade do ato, podendo ser analisados pelo Poder Judiciário.⁵¹

No âmbito do Direito Público o ato administrativo que não possui um motivo pautado no atendimento do interesse público é eivado de vício insanável, porquanto não atende à sua finalidade.

Edmir Netto de Araújo explica que, por motivo, entende-se o “impulso da vontade decorrente do binômio evento-situação mais interesse público”,⁵² classificando-o como condição intrínseca da legalidade.⁵³

Diante da verificação de que o motivo é requisito de existência e validade do ato administrativo desenvolveu-se a teoria dos motivos determinantes, que se estabelece sobre as seguintes premissas: (i) os motivos esboçados no ato presumem-se determinantes; (ii) a necessidade de exposição expressa, clara e fundamentada dos motivos em determinado ato é decorrente de determinação legal; (iii) o motivo deve ser lícito; (iv) cumulando-se vários motivos, a ilicitude de um deles não implica nulidade do ato; (v) o Poder Judiciário somente analisa os motivos determinantes quando impugnados, cabendo à parte o ônus da prova, não podendo adentrar nas questões de conveniência e oportunidade.⁵⁴

Luis Manuel Fonseca Pires propõe a análise do ato administrativo e da discricionariedade sob um viés analítico da norma que atribui a competência discricionária, levando-se em conta o seu conteúdo.

Analisando a estática da norma conclui o autor que de acordo com a teoria dos motivos determinantes, nos motivos que determinaram a ação do administrador, a sua escolha entre as possibilidades conferidas, ou seja, os fatos que embasaram sua decisão, incide o controle jurisdicional sobre o fato do ato administrativo, advertindo que,

⁵¹ ARAUJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 459.

⁵² *Ibidem*, p. 459.

⁵³ *Ibidem*, p. 461.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 460.

(...) sobre a lei facultar a discricionariedade de escolha de um entre diversos fatos possíveis — seja por disposição expressa ou por omissão na enumeração dos fatos —, é preciso sempre avaliar a pertinência desta atribuição normativa. (...) não é sempre que a lei pode outorgar a discricionariedade administrativa. Não pode (...) deixar de prescrever os fatos que se qualificam como infração administrativa.⁵⁵

Vale ressaltar, outrossim, que os motivos do ato não se confundem com a motivação, ou “exposição de motivos”,⁵⁶ sendo esta referente à fundamentação da decisão, enquanto que aqueles se referem aos motivos, ou fatos, que alavancaram a atuação administrativa.

A construção doutrinária acerca dos motivos determinantes implicou grande avanço no controle judicial dos atos administrativos, pois ampliou o conceito de legalidade passível de análise judicial, que passou a possuir elementos relacionados aos motivos e a necessária correlação entre eles e a decisão adotada.

Outro método utilizado para o estabelecimento dos limites do controle judicial do ato administrativo diz respeito à análise pela verificação de desvio de poder ou finalidade.

Por finalidade, entende-se “a realização efetiva do interesse”⁵⁷ público e, por desvio de finalidade, entende-se o seu oposto, ou seja, a não realização ou a realização viciada do interesse público.⁵⁸

O desvio de finalidade, analisam García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, tem a ver com a legalidade do ato, e não com a moralidade, haja vista que o seu controle opera-se segundo critérios exclusivamente jurídicos.⁵⁹

Diante disso, concluiu a doutrina que ao Judiciário é autorizada a revisão do ato administrativo mediante a verificação de desvio de finalidade, uma vez que diz respeito exclusivamente à noção de legalidade.

Com base nas teorias acima, desenvolveu-se na doutrina brasileira o entendimento, encabeçado por Seabra Fagundes, Caio Tácito e Victor Nunes Leal, de que o Poder Judiciário pode analisar a legalidade e a

⁵⁵ *Ibidem*, p. 198.

⁵⁶ Na expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de direito administrativo).

⁵⁷ ARAUJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 459.

⁵⁸ “Esta é, enfim, a natureza jurídica do desvio de finalidade: cuida-se de um vício de finalidade” (PIRES, José Manuel Fonseca. Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009. p. 249).

⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. 2 v., p. 461-462.

existência dos motivos determinantes e da finalidade do ato, contudo, sem adentrar no chamado mérito administrativo.

Conforme anota Odete Medauar, há o entendimento que se inclina para o controle restrito, segundo o qual é impossível a ingerência do Poder Judiciário sobre atividades típicas do Poder Executivo, diante do princípio da separação dos poderes. Por conta disso, o controle deve girar somente em torno do cumprimento dos requisitos legais que regem o ato, de maneira a prestigiar a estrita legalidade.⁶⁰

Segue destacando que essa linha de pensamento aponta, ainda, que os integrantes do Poder Judiciário não são detentores de mandato eletivo, portanto, não possuem legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público.

A par do entendimento restritivo do controle judicial do ato administrativo discricionário, Odete Medauar esboça posicionamento tendente à ampliação desse controle, asseverando, que “A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público”.⁶¹

Linhas adiante a autora afirma que existe respaldo para a ampliação do controle judicial dos atos da Administração, tendo em vista que a própria legalidade passou a assentar-se em bases mais amplas, em decorrência da ordem constitucional inserida pela Constituição de 1988.

Nessa esteira lapidares as contribuições de Seabra Fagundes, Caio Tácito e Victor Nunes Leal, que deram um passo importante para a ampliação do controle judicial da discricionariedade, demonstrando que os motivos e fins do ato administrativo são integrantes, de fato, da própria legalidade do ato, e não da discricionariedade e mérito.

Hely Lopes Meirelles,⁶² por sua vez, afirma que ao Poder Judiciário cabe somente a análise da legalidade e da legitimidade do ato administrativo, sem adentrar no seu mérito.

Por legalidade, aponta, deve-se entender o cumprimento dos requisitos legais que regem a matéria, enquanto que, por legitimidade, deve-se

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 396.

⁶¹ *Ibidem*, p. 396.

⁶² *Ibidem*, p. 110-111.

entender o atendimento dos princípios básicos da Administração Pública, em especial, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade.⁶³

Adiante conclui que “Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração”.⁶⁴

Isso significa dizer que o Poder Judiciário, indo além da análise da legalidade e dos limites da discricionariedade — motivos determinantes e desvio de poder —, acaba por substituir a escolha do administrador pela sua própria, invadindo o espaço reservado a este pela própria lei.⁶⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello,⁶⁶ no mesmo sentido, assevera que apesar de o juiz estar atrelado à análise da legalidade passando, obrigatória e inafastavelmente, pela análise da finalidade, dos motivos e da causa do ato, enquanto elementos que impõem limites à discricionariedade, é defeso ao Judiciário analisar o mérito do ato administrativo legal, tomando por legalidade o conceito amplificado já exposto, e fazer as vezes do administrador.

O exame da causa, segundo ele, assume relevo quando há omissão legislativa no que tange à enunciação dos motivos que ensejam a prática do ato. Em situações como essa, não é possível o cotejo entre os motivos e o ato, mas, ainda assim, a discricionariedade encontra limites, uma vez que é possível a análise do motivo escolhido pelo administrador e do conteúdo do ato, com fito de analisar o atendimento de sua finalidade.

Ou seja, é possível concluir que ao Poder Judiciário, segundo o posicionamento doutrinário tradicional, cabe a análise da legalidade do ato administrativo, sendo que o conceito de legalidade adotado é ampliado e leva em conta os motivos e a finalidade do ato como aspectos.

Na jurisprudência encontramos adeptos desse entendimento, vejamos:

(...) III – Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defeso qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade (...).⁶⁷

⁶³ *Ibidem*, p. 110-111.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 110.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 202-203.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 945 et seq.

⁶⁷ BRASIL. SJT. Mandado de Segurança nº 8.418/DF. 3ª Seção, j. 28.05.2003. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ, p. 169, 09 jun. 2003.

Administrativo. Processo disciplinar. Ausência. Afronta. Autonomia hierárquica. Presunção de veracidade das informações. Inexistência. Violação. Princípio da ampla defesa e do contraditório. Impossibilidade. Judiciário. Análise. Mérito. Punição.

(...)

4. Refogem ao controle judicial a análise das alegações referentes à necessidade do requisito da habitualidade para caracterização da desídia, à ocorrência de omissão do impetrante, em relação ao ato de classificação das despesas empenhadas, e à proporcionalidade de pena, por integrarem o mérito do ato administrativo (...).⁶⁸

Diante disso tem-se claro que a doutrina tradicionalmente posiciona-se no sentido de: (i) não aceitar o controle judicial do mérito do ato administrativo; (ii) asseverar que ao juiz cabe somente a análise dos aspectos da legalidade do ato administrativo; (iii) que os aspectos da legalidade não se limitam à análise legalista, englobando a finalidade e os motivos, com o fito de propiciar o melhor atendimento ao interesse público, sendo acompanhada pela jurisprudência.

3.2 O mérito do ato administrativo

Em que pesem os entendimentos de que ao Poder Judiciário não caberia a análise do mérito do ato administrativo, “o contraponto legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente”.⁶⁹

A análise do tema ganha especial proporção nos estudos sobre o alcance da análise judicial da discricionariedade administrativa, mesmo porque, “O controle de mérito no Direito Administrativo reveste a maior importância, de vez que permite, pela discriminação de um elemento integrante de certos atos administrativos e isento de controle jurisdicional, delimitar, a determinado ângulo, o âmbito desse controle sobre a Administração Pública”.⁷⁰

Miguel Seabra Fagundes entende o mérito do ato administrativo como a expressão da discricionariedade. O mérito contém aspectos políticos e pode ser resumido no binômio oportunidade-conveniência, sendo sua análise defesa ao Poder Judiciário, porque envolve “interesses” e não direitos, não decorrendo de aspectos estritamente jurídicos.⁷¹

⁶⁸ BRASIL. STJ. Mandado de Segurança nº 5.983/DF. 3ª Seção, j. 18.02.2002. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ, p. 176, 04 mar. 2002.

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 110.

⁷⁰ FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Seleção Histórica, p. 189.

⁷¹ Ibidem, p. 180-182.

Nas palavras do autor,

O juiz, no desdobrar do processo executório, não se substitui ao administrador naquilo que lhe é estritamente peculiar, isto é, na apreciação política, ou, se se quiser, discricionária do procedimento administrativo. (...). O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração. Ou noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, é, ao mesmo tempo, o ajuste aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso exprime sempre um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc., de cada procedimento administrativo. Esses aspectos muitos autores os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. A identificação do mérito no ato administrativo nem sempre é fácil. Em alguns casos ele parecerá confundir-se com o motivo do ato; noutros com a finalidade. É que o mérito se constitui desses imponderáveis de que fala William A. Robson, presentes no procedimento administrativo, mas insusceptíveis de determinação precisa como a que comportam os aspectos legais de tal procedimento.⁷² [grifos nossos]

O entendimento de Seabra Fagundes foi acatado por diversos juristas, dentre os quais destacamos Hely Lopes Meirelles, para quem o mérito do ato administrativo “consubstancia-se (...) na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”.⁷³

Não há que se falar, prossegue este autor, em mérito no ato administrativo vinculado, pois neste não há espaço para juízos de conveniência e oportunidade.⁷⁴

Odete Medauar, por seu turno, diferencia discricionariedade de mérito, asseverando que aquela é a possibilidade de escolha atribuída ao administrador,⁷⁵ enquanto que este é a “margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade”, sendo a própria escolha efetivada pela Administração diante do caso concreto, na medida em que o mérito é o que “expressa o juízo de conveniência e oportunidade”.⁷⁶

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, conceitua o mérito do ato como sendo:

⁷² Ibidem, p. 190-191.

⁷³ Ibidem, p. 155.

⁷⁴ Ibidem, p. 155-156.

⁷⁵ Ibidem, p. 107.

⁷⁶ Ibidem, p. 109.

o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.⁷⁷

Veja-se que o conceito de mérito, para o autor, confunde-se com o próprio conceito de discricionariedade por ele construído, segundo o qual:

A discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.⁷⁸

De fato, não há um conceito objetivo do que seja o chamado mérito do ato administrativo, como ressalta Luis Manuel Fonseca Pires, que magistralmente assevera:

Não obstante, diante do atual estágio da ciência do direito administrativo, quando não mais se questiona se existem atos isentos de controle judicial — como se discutia no século XIX e durante a primeira metade do século XX —, quando a ciência jurídica evoluiu significativamente para destrinçar e aperfeiçoar a teoria do ato administrativo, entendemos que não há mais necessidade de invocar uma expressão que sequer se define com clareza — o “mérito” do ato administrativo — para justificar que todos os atos estatais são passíveis de controle judicial, e apenas um núcleo — sem se esclarecer o que caracteriza este núcleo — é imune ao controle. Hodiernamente, há a possibilidade de identificar, na sistematização do ato administrativo, seja com um rol ao qual se atribui a cada aspecto analisado o nome de “requisito”, ou de “elementos”, seja com a distinção de “pressupostos” e “elementos”, é possível, insistimos, apreciar a discricionariedade administrativa e identificá-la em cada ato praticado sob a competência discricionária sem a necessidade de nos valermos do termo “mérito do ato administrativo”.⁷⁹

Isso porque, prossegue, ao se estudar o conceito de mérito do ato administrativo, percebe-se que ele sempre coincide com algum outro

⁷⁷ *Ibidem*, p. 932-933.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 940.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 215-216.

instituto da teoria do ato administrativo — como momento, objeto, motivo e conteúdo —; além de ser utilizado reiteradas vezes como subterfúgio para se afastar da análise judicial determinada atuação administrativa.⁸⁰

Como se a palavra “mérito” comportasse alguma invocação mágica, ora a Administração escusa-se perante o Judiciário de que sua atividade impugnada não pode ser conhecida por este Poder porque se trata de assunto relacionado ao indefinido e impreciso “mérito”, ora o próprio Judiciário adianta-se para omitir-se ao controle e pronunciamento sobre a legitimidade da atividade sob o mesmo argumento e tudo isto quando é plenamente possível aferir se é o caso de existir, ou não, a intervenção do Judiciário de acordo com a análise dos limites de atribuição da competência discricionária na estrutura normativa, ou conforme a análise da sistematização do ato administrativo.⁸¹

Dessa maneira conclui que é desnecessária a análise do mérito do ato administrativo, sendo possível que o julgador atenha-se ao estudo da norma e da sistematização do ato administrativo para que reveja o ato administrativo discricionário.⁸²

Humberto Martins, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, em oportunidade de julgamento de caso concernente a demarcação de terras indígenas, assim conceituou o mérito do ato administrativo:

(...) Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstracto da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir.

Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível (...).⁸³

Para ele, portanto, o mérito do ato administrativo é aferível somente no caso concreto e diz respeito à escolha adotada pelo administrador, cabendo somente a ele “escolher a melhor forma de agir”.

Conceituar o mérito do ato administrativo simplesmente como a escolha do administrador parece-nos equivocado na medida em que, se o

⁸⁰ *Ibidem*, 2009.

⁸¹ *Ibidem*, p. 216-217.

⁸² *Ibidem*, p. 317.

⁸³ BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 879.188/RS. 2ª Turma, j. 21.05.09. Rel. Min. Humberto Martins. DJe, 02 jun. 2009.

mérito corresponde à escolha do administrador; se, em havendo mais de uma escolha possível, somente couber ao administrador decidir qual será a melhor ao caso concreto, em situação alguma seria possível o controle judicial da discricionariedade administrativa, tendo em vista que, se por discricionariedade entende-se a possibilidade de adoção de mais de uma decisão válida diante de um caso concreto, esgotada essa possibilidade, discricionariedade não se verificaria; ainda, se somente ao administrador cabe escolher, em havendo a possibilidade de escolha [discricionariedade ou competência discricionária], quando presente a discricionariedade, vedado estaria o Poder Judiciário de se pronunciar sobre a escolha adotada pelo administrador.

Ademais, se o mérito refere-se à escolha do administrador, tem-se que a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela opção que melhor atenda ao interesse público, respeitando-se os princípios constitucionais e as regras que regem a atuação do agente da Administração Pública.

Dessa maneira, não haveria por que o mérito do ato administrativo ser infenso à revisão judicial, já que, em sendo a escolha adotada pelo administrador, estaria adstrito, necessária e inafastavelmente, ao ordenamento jurídico, aos princípios e ao atendimento do interesse público.

Contudo, vale asseverar, não se pode olvidar as considerações de Seabra Fagundes, segundo o qual, a escolha adotada pela Administração leva em conta interesses, não sendo um juízo estritamente jurídico, não podendo o juiz substituir, pelo seu próprio, o juízo político feito pelo administrador.⁸⁴

Dessa maneira, conceituar o mérito do ato administrativo simplesmente como a escolha do administrador parece-nos incompleto.

Valemo-nos do que assevera o Ministro Humberto Martins, ao dizer que, se no caso concreto remanescer dúvida quanto à melhor escolha possível, “compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir”⁸⁵ porque, acrescentamos, de acordo com os ensinamentos de Seabra Fagundes, a escolha deve se pautar não somente em conceitos jurídicos, mas em questões de cunho político.

Diante disso, podemos concluir que o mérito do ato administrativo corresponde à escolha do administrador e somente é verificável quando não há

⁸⁴ FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 7. ed. atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

⁸⁵ BRASIL. Recurso Especial nº 879.188/RS. 2ª Turma, j. 21.05.09. Rel. Min. Humberto Martins. DJe, 02 jun. 2009.

como se aferir, analisando as peculiaridades do caso concreto, a melhor atitude a ser adotada e, nesse sentido, prevalecerá a análise do administrador.

4 Os princípios que regem a Administração Pública como norteadores do controle da discricionariedade administrativa

Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, a Administração Pública trata-se de um aparelho legalmente constituído para satisfação do bem comum, efetivado pela realização de serviços, sendo que as atividades administrativas estão, por força do art. 3º, IV, da Constituição brasileira, atreladas à lei e necessariamente devem estar contornadas pela legalidade,⁸⁶ que deve ser concebida na atual ordem constitucional como princípio “(...) destinado a realizar a segurança jurídica no seio social, se conjugada com demais princípios constitucionais asseguradores da realização dos direitos fundamentais”.⁸⁷

Leciona Cirne Lima que “(...) a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe nos parece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros”.⁸⁸

“A juridicidade da Administração Pública brasileira não pode ser compreendida sem a incidência da Constituição, tão cara aos pressupostos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito”.⁸⁹

A Administração Pública é regida especialmente pelos princípios elencados no artigo 37 da Constituição de 1988, sobre os quais discorreremos em linhas breves no capítulo intitulado “Os princípios que regem a Administração Pública”.

“A Constituição de 1988 instaura uma nova era para a Administração Pública ao prever princípios constitucionais expressos da atividade administrativa: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”.⁹⁰

⁸⁶ BACELLAR FILHO, R. F. Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 343.

⁸⁷ BREITWISSER, L. G. O princípio constitucional da presunção de inocência no processo administrativo. Monografia, Orient. Profa. Ângela Cássia Costaldello, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. f. 12.

⁸⁸ Apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34.

⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 16.

⁹⁰ FERRAZ, Sergio. Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese. Revista de Direito Público, Belo Horizonte, n. 1, p. 200, 2003.

Consoante tentamos demonstrar, a atuação da Administração Pública está adstrita inafastavelmente ao sistema constitucional, composto por regras e princípios.

Conforme aponta Eros Roberto Grau, “uma das características da Constituição de 1988 está em que ela é marcadamente principiológica — e, por consequência, programática — no sentido de que dispõe não apenas regras, mas também princípios”.⁹¹

Sérgio Ferraz acentua que a atuação da Administração Pública está previamente demarcada por um “elevado arcabouço principiológico, no qual a Administração há de abeberar suas inspirações e confrontar suas decisões. A Constituição de 1988 (...) é, sobretudo, uma Constituição de Valores, uma Constituição de Princípios”.⁹²

Paulo Bonavides assevera que os princípios são “a alma das Constituições, seu tecido mais nobre, sua energia mais expansiva, seu elemento mais dinâmico, sua categoria mais elevada em termos de juridicidade”.⁹³

Nessa esteira tem-se por certo que a noção principiológica do Direito, principalmente no que tange à Administração Pública pós-Constituição de 1988, altera a maneira como o próprio Direito Administrativo deve ser interpretado, sendo que os princípios devem ser utilizados como “vetores da Administração Pública, servindo sempre de norte para as decisões dos juízos e produção legislativa”.⁹⁴

Adiante, leciona Bacellar Filho que “Os princípios indicam comportamentos favoráveis ou contrários, de adesão e sustentação ou dissenso e repulsa em relação a todos aqueles que se envolvem com a sua salvaguarda em concreto. Por não disporem de uma *fattispecie*, significados operativos somente podem ser a eles atribuídos diante da reação perante um caso concreto”.⁹⁵

De fato, a abertura principiológica não se confunde com a indeterminação de conceitos jurídicos. Como anota Humberto Ávila, “Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários para realizar um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de realizar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários”.⁹⁶

⁹¹ GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

⁹² *Ibidem*, p. 200.

⁹³ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 456 et seq.

⁹⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 14.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 13-14.

⁹⁶ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Princípios e regras e a segurança jurídica*. *Revista de Direito do Estado – RDE*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 189-206, 2006.

Em vista disso, continua Humberto Ávila, “pode até haver incerteza quanto ao conteúdo do comportamento a ser adotado, mas não há quanto a sua espécie: o que for necessário para promover o fim é devido”.⁹⁷

Em verdade uma das consequências da constituição de um Estado Democrático de Direito é a instituição de sistemas de controle do poder exercido pelo Estado, em suas múltiplas funções.⁹⁸

Diante disso, tem-se que a dita “separação de poderes” não pode ser utilizada como argumento para afastar o controle da discricionariedade administrativa do crivo analítico do Poder Judiciário.

Admite-se o controle judicial da discricionariedade administrativa quanto aos motivos (teoria dos motivos determinantes) e quanto aos fins (teoria do desvio de poder ou finalidade) da atuação da Administração, rechaçando-se, contudo, o controle do mérito do ato administrativo, sob a alegação mais comum e aparentemente contundente de impossibilidade, em vista da “separação de poderes”, de invasão pelo Poder Judiciário da esfera precípua de atuação do Poder Executivo.

A “separação de poderes” é consequência direta da instituição do Estado Democrático de Direito sendo, portanto, pétrea e imutável na ordem constitucional vigente.

Nas palavras de Marçal Justen Filho, “A essência do princípio [o da separação de poderes] está na separação harmônica e na conjugação de Poderes. Por outro lado, a independência absoluta de cada Poder geraria efeitos negativos, pois isso dificultaria seu controle”.⁹⁹

Entendemos que a tradicionalmente chamada “separação de poderes” é melhor denominada como tripartição de funções, conforme ensina Miguel Seabra Fagundes.¹⁰⁰

Para ele a tripartição das funções estatais em legislação, administração e jurisdição, serve ao escopo de realizar os fins do próprio Estado.¹⁰¹

⁹⁷ *Ibidem*, p. 189-206.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 17.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 24.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 3.

¹⁰¹ Aponta o autor, em nota de rodapé, que: “A Montesquieu se deve ter precisado a classificação das funções do Estado mostrando, igualmente, o fim de tal classificação (Barthélemy e Duez, *Traité*, cit., p. 140). A divisão das funções estatais, correspondente à existência de três órgãos, é hoje adotada por quase todas as organizações políticas. Com frequência se recrimina o publicista do Espírito das Leis, à vista dos defeitos que a divisão de poderes (como observa Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, v. 2, p. 664, ele jamais usou a expressão “separação de poderes”) convertida em separação irracional tem acarretado. Também é corrente se lhe negar a prioridade da teoria universalmente aceita. Mas é de justiça reconhecer-lhe o mérito de ter sido o primeiro sistematizador e o de mais autoridade dessa distinção de funções e órgãos do Estado. Embora visando à demonstração da necessidade de três órgãos distintos no Estado para uma real tutela do indivíduo, situou, de modo sistemático e convincente, a questão das funções estatais (*Ibidem*, p. 3)”.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, afirma que essa trilogia nada mais é do que uma construção política, “invulgarmente notável e muito bem sucedida”, composta por Montesquieu e advinda da necessidade de combater a tirania proveniente da concentração do poder.¹⁰²

Segue ressaltando que, no sistema constitucional brasileiro, assim como noutros ao redor do mundo, a repartição das funções não é tida de forma absolutamente rígida. De fato, existem os chamados “freios e contrapesos” normativos, assim instituídos de forma a promover o equilíbrio entre os órgãos do Poder que, por sua vez, é uno.¹⁰³

Ana Paula de Barcellos afirma que “a doutrina contemporânea da separação de poderes é um mecanismo engajado em um propósito: controlar o exercício do poder (...) garantindo-se o Estado de Direito e, principalmente, os direitos fundamentais”.¹⁰⁴

A repartição de funções estatais, tradicionalmente chamada de “separação de poderes”, não deve servir de fundamento, pois, para afastar da análise jurisdicional qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, individual ou coletivo.

Ainda, qualquer afronta, por ato ou omissão da Administração Pública, aos princípios que norteiam a interpretação da regra jurídica também deve ser objeto de crivo judicial, sob pena de esvaziar de conteúdo a norma.¹⁰⁵

Nesse sentido, lapidares as considerações de Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito da gravidade assumida pelo malferimento dos princípios basilares da interpretação jurídica:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁰⁶

¹⁰² *Ibidem*, p. 32.

¹⁰³ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 189.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 6

¹⁰⁵ Rememore-se que, como norma jurídica, entende-se: o resultado da interpretação da regra, levando-se em conta os princípios do Direito.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 949.

Ou seja, a ofensa aos princípios norteadores do Direito é de ainda maior impacto na esfera de direitos, do indivíduo e da coletividade, do que a ofensa à lei posta.

Com isso, sentido não faz em se permitir a análise judicial de ato administrativo, discricionário ou não, que afronte diretamente o texto legal e, ao lado disso, pôr em dúvida a possibilidade de intervenção jurisdicional em ato administrativo que vá de encontro às vigas mestras do ordenamento, inclusive quando a afronta se encontrar no chamado “mérito” do ato administrativo.

Nas palavras de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, “Não cabe à Administração fazer o que quer, livre da tutela legal ou liberta do controle jurisdicional, indiferente a princípios condicionantes”.¹⁰⁷

Até mesmo porque, como visto, o juízo de conveniência e oportunidade, que caracteriza o mérito do ato administrativo discricionário para a maioria dos autores, está igualmente adstrito à ordem constitucional vigente, sendo de se analisar se a sua produção ocorreu em consonância com os princípios constitucionais.

Nesse sentido, cite-se trecho de autoria de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela Lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.¹⁰⁸

Contudo, vale ressaltar, é temerária, parece-nos, a afirmação de que ao Poder Judiciário caberia adentrar na análise do mérito do ato administrativo, sob o ponto de vista de escolha política, sem que estivesse alicerçado por uma fundamentação clara e pontual, que levasse em conta o caso concreto e apontasse, pontualmente, as condutas ofensivas aos princípios adotados pelo administrador ao elaborar o seu juízo de conveniência e oportunidade.

¹⁰⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O princípio constitucional da moralidade administrativa. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993. p. 23.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 106.

Sobre isso, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello que, “embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiro poderiam desvendar com certeza inobjetable qual seria esta providência ideal”,¹⁰⁹ concluindo que “existindo discricção, é ao administrador — e não ao juiz — que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada”.¹¹⁰

A intervenção desmedida do Poder Judiciário no juízo de conveniência e oportunidade,¹¹¹ que é próprio da Administração, pode tornar-se algo ditatorial, no sentido de concentrar numa esfera de poder, a do Judiciário, uma gama de atribuições maior do que aquela constitucionalmente instituída.

Ou seja, entendemos que ao Poder Judiciário não caberá formular seus próprios juízos de conveniência e oportunidade, em substituição aos do administrador. Contudo, não é, em tese, absoluta e inequivocamente defesa a intervenção judicial no ato administrativo discricionário, quando este se demonstrar formulado em desacordo com a ordem constitucional.

Dessa maneira, lapidares as considerações de Burt Neuborne, segundo o qual, “o valor real de um Direito Constitucional depende não somente, nem sequer principalmente, de uma boa formulação do texto constitucional, mas do intercâmbio dinâmico entre o texto necessariamente ambíguo, o intérprete-aplicador judicial e os advogados das partes em litígio”.¹¹²

Só assim, com a instituição de um intercâmbio e de uma fórmula de controle, freios e contrapesos, efetivos para a atuação da Administração Pública, à qual incumbe, dentre outras funções, estabelecer na prática as políticas que levarão a efeito os direitos constitucionalmente protegidos, que se dará a efetividade necessária à Constituição e se estabelecerá, faticamente, o Estado Democrático de Direito.

Partindo do pressuposto de que o mérito do ato administrativo somente é aferível no caso concreto e existe só quando não houver como verificar qual a melhor escolha a ser adotada, tem-se que a escolha do administrador pode ser objeto de análise e revisão judicial, quando o julgador

¹⁰⁹ Ibidem, 2009, p. 106.

¹¹⁰ Ibidem, p. 106.

¹¹¹ Entenda-se a expressão “juízo de conveniência e oportunidade” como substitutiva de “mérito”, lembrando-se o conceito anteriormente tecido para esta instituição jurídica.

¹¹² Apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 18-19.

perceber que a decisão administrativa não foi a melhor possível, na medida em que não respeitou o correto sopesamento dos princípios envolvidos ou não atendeu, da melhor maneira, ao interesse público.

Atualmente a questão do controle judicial da discricionariedade administrativa está sendo revista, principalmente no que tange à cega alegação da impossibilidade de análise do mérito do ato administrativo.

A Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, tem se posicionado nesse sentido:

Recuperação em prol do meio ambiente – Ato administrativo discricionário.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.¹¹³

Contudo, para demonstrar a controvérsia que o tema ainda suscita, colacionemos o voto vencido do Ministro Francisco Peçanha Martins:

Exmo. Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, continuo ainda fiel às lições antigas de Miguel Seabra Fagundes, no melhor livro que já se escreveu sobre o controle dos atos administrativos. Ao Poder Judiciário não cabe julgar a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos.

Peço vênia para discordar do voto da Ministra Relatora, negando provimento ao recurso especial.¹¹⁴

No Supremo Tribunal Federal, o Ministro Eros Roberto Grau assim asseverou:

A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades

¹¹³ BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp nº 429.570/GO. 2ª Turma, j. 22.03.2004. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ, p. 277, 22 mar. 04.

¹¹⁴ BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp nº 429.570/GO. 2ª Turma, j. 22.03.2004. Rel. Min. Eliana Calmon. Min. Francisco Martins. Voto Vencido. DJ, p. 277, 22 mar. 04.

— em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade —, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CB/88).

O sistema que o direito é compreende princípios e regras. A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle.¹¹⁵

Entendemos, ressalte-se, que não só os princípios do caput do art. 37 da Constituição vinculam a atuação do administrador, ao contrário do que leciona Hely Lopes Meirelles, para quem a análise do mérito do ato administrativo cabe, normalmente, à própria Administração, exercendo o controle interno e o poder de autotutela e, em casos excepcionais, expressamente previstos na Constituição (art. 49, IX e X), caberá ao Legislativo, “mas nunca ao Judiciário”.¹¹⁶

Porque nos atos discricionários, a lei “confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto”, não cabendo ao Judiciário a análise dos critérios adotados pelo administrador, “porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação”.¹¹⁷

Contrapõe-se a isso, primeiramente, todo o recorrido até agora, no sentido de que os princípios podem servir como base para a análise judicial da discricionariedade administrativa, havendo, sim, “padrões de legalidade”, em vista da eficácia jurídica e da normatividade dos princípios, sobre o que discorreremos brevemente em tópico anterior, para aferir a atuação administrativa, inclusive no que tange ao juízo de conveniência e oportunidade.

Além disso, a ausência de previsão específica na Constituição de possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo discricionário é superada pela previsão do artigo 5º, XXXV, da Carta Magna:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

¹¹⁵ BRASIL. STF. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699/DF. 1ª Turma. Rel. Min. Eros Roberto Grau. DJ, p. 56, 01 jul. 2005.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 669.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 156.

(...)

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.¹¹⁸

Ou seja, se a atuação da administração causar lesão ou ameaçar direito, existe a possibilidade de intervenção judicial, sob provocação, mesmo que a lesão ou ameaça a direito provenha do juízo de conveniência e oportunidade efetivado pelo administrador.

Dessa maneira, com todo o respeito ao consagrado jurista alhures mencionado, entendemos que está afastado o argumento de que é defesa a análise de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário por ausência de “padrões de legalidade” ou de previsão constitucional expressa.

5 Conclusões

A Administração Pública é regida pelo Regime Jurídico Administrativo que impõe a observância à legalidade, com fim precípuo de atendimento do interesse público e preservação ao Estado Democrático de Direito.

O conceito de legalidade que deve ser observado pela Administração diz respeito a todo o ordenamento, composto de regras e princípios, aos quais está vinculado, inafastavelmente, o administrador público, inclusive quando o assunto é discricionariedade.

Diante da sistematização do Direito, como rede hierarquizada de regras e princípios, a interpretação sistemática é a que melhor atende a finalidade do regramento.

A discricionariedade administrativa, por seu turno, não se confunde, diante da ordem constitucional vigente, com arbítrio.

Intencionalmente atribuída pelo legislador, para o fim de realizar a mais adequada e satisfatória atividade administrativa, a discricionariedade não se confunde com a presença de conceitos jurídicos indeterminados no texto legal.

A discricionariedade administrativa pode ser caracterizada pela previsão legal formulada abstratamente pelo legislador, que concede ao administrador público a competência de adotar mais de uma postura válida, sendo que a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto,

¹¹⁸ Constituição da República Federativa do Brasil.

pela opção que melhor atenda ao interesse público, respeitando-se os princípios constitucionais e as regras que regem a atuação do agente da Administração Pública.

Para a doutrina tradicional o controle judicial da atividade administrativa discricionária é limitado pela análise da legalidade e da legitimidade da atuação, levando em conta os motivos determinantes do ato e sua finalidade, sendo vedado ao Judiciário analisar o mérito administrativo.

Está sendo desenvolvida, a par disso, a doutrina que considera possível a análise judicial da competência discricionária por meio da utilização dos princípios gerais do direito.

Na jurisprudência, assim como na doutrina, a questão do controle do mérito administrativo não está pacificada, havendo contradições.

O mérito do ato administrativo corresponde à escolha do administrador e somente é verificável quando não há como se aferir, analisando as peculiaridades do caso concreto, a melhor atitude a ser adotada e, nesse sentido, prevalecerá a análise do administrador, porquanto fundada em questões não estritamente jurídicas, mas políticas, cujos meandros não são conhecidos pelo julgador com a mesma profundidade que pelo administrador.

Quando a atuação administrativa afastar-se de sua função, seja por fundar-se em motivo ilícito ou inexistente, seja por não atingir sua finalidade a contento, ou seja, por malferir os princípios constitucionais, caberá a análise judicial, independentemente de discricionariade ou não no caso analisado.

O que não é possível é a substituição do administrador pelo julgador, este formulando seus próprios juízos, mesmo que a atuação administrativa tenha respeitado o ordenamento jurídico e atingido sua finalidade, numa situação fática em que seja impossível verificar a “melhor” atitude possível a ser tomada.

Administrative Discretionarity and Judiciary Control: the Principles' Vinculation

Abstract: The judiciary control of the administrative discretionarity is a polemic issue which remains with no objective answers. Traditionally, the scholars understand that the judge only can control the legal aspects of the administrative discretionarity. Nevertheless, the contemporary discussions renovate and dimension the question of the possibility of the control and

in which cases it is admitted. This essay intends to show that is possible to the judiciary branch to control the administrative acts based on the correct hermeneutic and constitutional principles.

Key words: Administrative. Discretionarity. Judiciary. Control. Hermeneutic. System. Principles.

Referências

- ARAUJO, Edmir Netto de. Curso de direito administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- ARAUJO, L. A. D. Diferenças individuais e concurso público: reflexões iniciais sobre os critérios de seleção do Estado para as carreiras jurídicas. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de; COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda; MEZZAROBBA, Orides; BRANDÃO, Paulo de Tarso (Org.). Constituição e Estado Social. Coimbra: Coimbra Ed.; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- AVILA, Humberto Bergmann. Princípios e regras e a segurança jurídica. Revista de Direito do Estado – RDE, Rio de Janeiro, v. 1, 2006.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito administrativo e o novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Processo administrativo disciplinar. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.
- BRASIL. STF. Recurso em Mandado de Segurança nº 24.699/DF. 1ª Turma. Rel. Min. Eros Roberto Grau. DJ, p. 56, 01 jul. 2005.
- BRASIL. STJ. Mandado de Segurança nº 5.983/DF. 3ª Seção, j. 18.02.2002. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ, p. 176, 04 mar. 2002.
- BRASIL. STJ. Mandado de Segurança nº 8.418/DF. 3ª Seção, j. 28.05.2003. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ, p. 169, 09 jun. 2003.
- BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 429.570/GO. 2ª Turma, j. 22.03.2004. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ, p. 277, 22 mar. 04.

BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 879.188/RS. 2ª Turma, j. 21.05.09. Rel. Min. Humberto Martins. DJe, 02 jun. 2009.

BREITWISSER, L. G. O princípio constitucional da presunção de inocência no processo administrativo. Monografia, Orient. Profa. Ângela Cássia Costaldello, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de direito administrativo. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

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

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. Revista de Direito Administrativo, Seleção Histórica, 1995.

FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 7. ed. atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 1997.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O controle da moralidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 1974.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O princípio constitucional da moralidade administrativa. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993.

FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDÉZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004. 2 v.

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

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

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 33. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

PIRES, José Manuel Fonseca. Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais da Administração Pública. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OLIVEIRA, Aline Silva de. Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 2011.

Recebido em: 20.01.11

Aprovado em: 15.03.11