

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE  
ADMINISTRATIVA**

**FÁBIO GALINDO SILVESTRE**

Presidente Prudente/SP  
Novembro/2002

**FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

**FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE**

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE  
ADMINISTRATIVA**

**FÁBIO GALINDO SILVESTRE**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes.

Presidente Prudente  
Novembro/2002

# **CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
como requisito parcial para obtenção do Grau de  
Bacharel em Direito.

Orientador: Luís Roberto Gomes

1º Examinador: Cristina Escher

2º Examinador: Tarcísio H. P. Henriques Filho

Presidente Prudente, 25 de novembro de 2002.

*“Não se pode olhar a árvore, sem enxergar a floresta”.*

Montaigne

## **AGRADECIMENTOS**

À Faculdade de Direito de Presidente Prudente, que serviu de berço para o meu crescimento no mundo jurídico.

Aos professores e mestres, que me ensinaram os primeiros passos nessa vida jurídica, em especial, aos Promotores de Justiça, Mário Coimbra e Rufino Eduardo Galindo Campos, e aos Procuradores da República, Luís Roberto Gomes e Tarcísio Parreiras, que me proporcionaram estágios enriquecedores de conhecimento, tanto no Ministério Público do Estado de São Paulo quanto no Ministério Público Federal.

Aos colegas da Faculdade, que dividiram as alegrias e agruras do curso de Direito, e também, aos que além de colegas de sala, tornaram-se amigos, e como tais, seguirão indelévels no coração.

Aos familiares da família Galindo, principalmente aqueles que atuam na seara jurídica, pelas palavras de apoio e pela contribuição no estudo.

À família Lemos, que me acompanhou ao longo do curso, e muito me acolheu, contribuindo sobremaneira para a minha estada agradável em Presidente Prudente.

À minha querida namorada, Paula, pelos momentos que me ouviu falar de Direito ainda sem entender, pelo apoio absoluto dado ao longo da Faculdade, pela confiança que têm no meu futuro e, principalmente, pelo amor maravilhoso que me serve de motivo para sonhar e lutar por meus sonhos.

Aos meus irmãos, Pedro Ivo e Flávia, pelo exemplo de vida e pela força com que me apoiaram ao decorrer dessa jornada.

Aos meus pais Nilton Silvestre e Adalva Maria Galindo, pela confiança depositada sobre os meus passos, e sobretudo, pelo amor incondicional que me serve de alicerce e me encoraja para a vida. Divido essa vitória e alegria com vocês.

Acima de tudo, à Deus, que num arroubo de amor me criou e, ao longo da minha vida têm, me iluminado, guiado os meus passos e me proporcionado um convívio fascinante com tantas pessoas queridas.

## RESUMO

A discricionariedade administrativa vêm, ao longo dos tempos, sofrendo mutações em seu conceito, o que reflete na forma de atuar da Administração Pública e na submissão desta, ao controle pelo Poder Judiciário.

Com o advento do Estado Social Democrático, ou Estado do bem estar, ao qual o Brasil se amolda, a discricionariedade administrativa mudou sua faceta e recebeu nova abordagem.

Em razão do Estado visar única e exclusivamente a satisfação do interesse público, permite que haja uma maior interdependência dos Poderes do Estado para atingir essa meta.

Desta feita, pela configuração constitucional que nosso país adquiriu em 1988, é possível afirmarmos que, nos dias atuais, a discricionariedade administrativa é controlável pelo Poder Judiciário, desde que respeitadas suas características essenciais.

A evolução do direito fornece as diretrizes e os parâmetros para que esse controle judicial da discricionariedade administrativa, ao mesmo tempo, respeite a essência dessa atividade estatal mas interfira quando houver violação dos limites que delimitam a discricionariedade.

Nessa evolução jurídica, adota-se o princípio da legalidade em sentido amplo que abrangem, tanto o direito positivo, representado pelas regras de direito formalmente criadas, quanto os princípios, que são valores que conferem estrutura e identidade ao conjunto de regras jurídicas.

Dessa forma, os princípios são alçados como critérios que controlam a Administração Pública, constituindo verdadeiros limites à liberdade do administrador na seguinte medida: a liberdade administrativa só poderá ser exercida dentro dos limites do Direito, ou seja, dentro do perímetro delimitado pelas regras jurídicas e pelos princípios de direito.

Essa nova visão calha à fiveleta no que tange a nova posição do Poder Judiciário, tornando-se um Poder do Estado comprometido com a satisfação do

interesse público, tornando-se um Poder mais atuante e efetivo sem ser arbitrário, o que se alinha com a vontade do legislador constituinte originário quando decidiu por um Estado Democrático de Direito.

De outra banda, continua o respeito à atuação típica do Poder Executivo, isto é, será possível que o Executivo decida com liberdade e exclusividade, desde que suas decisões respeitem as regras e princípios jurídicos vigentes no nosso país.

Essa inter-relação entre os Poderes Executivo e Judiciário visa, em última análise, atender um imperativo constitucional que é a satisfação do interesse público, decorrente da opção constitucional feita pela Assembléia Constituinte de 1988 de vivermos sob o governo de um Estado democrático de Direito, o qual somente existe para proporcionar melhores condições de subsistência aos seus cidadãos.

## **ABSTRACT**

The discretionary power comes, along the times, suffering mutations in its concept, what contemplates in the form of acting of the Public Administration and in the submission of this, to the control for the Judiciary Power.

With the coming of the Democratic Social State, or Welfare State, which Brazil gets used, the administrative discretionary changed its facet and it received new clothes.

In reason of that State to seek only and exclusively the satisfaction of the public interest, allows that there is a larger interdependence of the Powers of the State to reach that goal.

Of this done, for the constitutional configuration that our country acquired in 1988, it is possible we affirm that, in the current days, the administrative discretionary power is controllable for the Judiciary, since respected Power its essential characteristics.

The evolution of the right supplies the guidelines and the parameters so that that judicial control of the administrative discretionary, at the same time, respect the essence of that state activity but it interferes when there is violation of the limits that define the discretionary.

In that juridical evolution, the beginning of the legality is adopted in wide sense that have, so much the positive right, represented formally by the right rules maids, as the beginnings, that are values that check structure and identity to the group of juridical rules.

In that way, the beginnings are raised as approaches that control the Public Administration, constituting true limits to the administrator's freedom in the following measure: the administrative freedom can only be exercised inside of the limits of the Right, that is to say, inside of the perimeter defined by the juridical rules and for the right beginnings.

That new vision permit in what it plays the new position of the Judiciary Power, becoming a Power of the State committed with the satisfaction of the public interest, becoming a Power more effective without being arbitrary, what joins with

the will of the original constituent legislator when he/she decided for a Democratic State of Right.

Of another band, the respect continues to the typical performance of the Executive Power, that is, will be possible that the Executive decides with freedom and exclusiveness, since its decisions respect the rules and effective juridical beginnings in our country.

That interrelation among the Executive and Judiciary Powers it seeks, in last analysis, to assist a constitutional imperative that it is the satisfaction of the public interest, due to the constitutional option done by the Constituent Assembly of 1988 of we live under the government of a democratic State of Right, which only exists to provide better subsistence conditions to its citizens.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>13</b>
<b>1. EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE ESTADO.....</b>	<b>14</b>
<b>1.1 Estado monárquico.....</b>	<b>14</b>
1.1.1 Legalidade e discricionariedade.....	15
<b>1.2 Estado liberal.....</b>	<b>16</b>
1.2.1 Legalidade e discricionariedade.....	16
<b>1.3 Estado social.....</b>	<b>17</b>
1.3.1 Estado legal.....	18
1.3.1.1 Legalidade e discricionariedade.....	19
1.3.2 Estado social democrático de direito.....	20
<b>2. ESTADO BRASILEIRO.....</b>	<b>22</b>
<b>3. PODER ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>26</b>
<b>3.1 Introdução.....</b>	<b>26</b>
<b>3.2 Noção de poder.....</b>	<b>26</b>
<b>3.3 Classificação do poder administrativo.....</b>	<b>28</b>
3.3.1 Poder vinculado.....	28
3.3.2 Poder discricionário.....	29

**4. ATO ADMINISTRATIVO.....30**

**4.1 Conceito.....30**

**4.2 Elementos.....30**

4.2.1 Competência.....31

4.2.2 Finalidade.....32

4.2.3 Forma.....32

4.2.4 Motivo.....32

4.2.5 Objeto.....32

**4.3 Classificação.....33**

4.3.1 Ato administrativo vinculado.....33

4.3.2 Ato administrativo discricionário.....34

**4.4 Mérito do ato administrativo.....35**

**5. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....37**

**5.1 Origem.....37**

**5.2. Fundamentos.....38**

**5.3 Finalidade.....39**

**5.4 Conceito.....40**

**5.5 Formas.....44**

5.5.1 Etapas da formação do ato administrativo.....45

5.5.2 Elementos do ato administrativo.....45

5.5.3 Norma jurídica.....47

<b>6. CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE.....</b>	<b>52</b>
<b>6.1 Introdução.....</b>	<b>52</b>
<b>6.2. Fundamentos.....</b>	<b>53</b>
<b>6.3 Princípios limitadores da discricionariedade administrativa.....</b>	<b>59</b>
6.3.1 Princípios constitucionais da administração pública.....	60
6.3.1.1 Princípio da legalidade.....	61
6.3.1.2 Princípio da impessoalidade.....	61
6.3.1.3 Princípio da moralidade.....	64
6.3.1.4 Princípio da probidade.....	64
6.3.1.5 Princípio da eficiência.....	64
6.3.2 Princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público.....	65
6.3.3 Princípio da razoabilidade.....	75
<b>6.4 Modalidades de controle judicial.....</b>	<b>78</b>
6.4.1 Controle judicial positivo.....	78
6.4.2 Controle judicial negativo.....	85
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>91</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>93</b>

## INTRODUÇÃO

O conceito de discricionariedade administrativa é um tema recorrente na doutrina administrativa nacional, e como tal, suscita dúvidas e divergências.

Isto porque a discricionariedade administrativa diz respeito à forma pela qual a Administração Pública vale-se de seu poder para praticar atos administrativos a fim de satisfazer as necessidades públicas.

Em razão do tema versar à respeito de certa margem de liberdade ao administrador público para atuar, o tema envolve a dúvida acerca de ser a decisão do administrador efetivamente a melhor, ocasionando eventuais violações dos direitos do administrados

Havendo violação de direitos, é imperioso que o Poder Judiciário seja chamado para atuar no caso concreto e dar a cada um o que é seu, fazendo atuar a jurisdição.

Desse modo, o trabalho se propõe a conferir nova roupagem ao conceito de discricionariedade administrativa, ante as aspirações do legislador constituinte originário, de 1988.

Posteriormente, passo aos limites da discricionariedade administrativa e a possibilidade de seu controle pelo Poder judiciário, sem perder de vista a separação e independência constitucional dos Poderes Executivo e Judiciário.

Por fim, delimito a discricionariedade administrativa dentro do moderno conceito de legalidade em sentido amplo, que submete a liberdade do administrador público aos princípios de Direito.

Assim, a submissão da discricionariedade administrativa aos princípios de Direito torna essa liberdade mais controlável, e com isso, mais próxima de atender o interesse público e satisfazer as necessidades públicas, fim último do Estado.

# 1. EVOLUÇÃO DA CONCEPÇÃO DE ESTADO

**A história é, sem sombra de dúvidas, a melhor forma de se justificar a realidade atual e, além disso, serve como terreno para fazermos projeções em busca de um direito mais eficiente e adequado aos anseios sociais.**

**Por essa razão o primeiro tópico a ser abordado para o estudo da discricionariedade administrativa é o histórico do Estado e de seus postulados, como o Direito e a tripartição dos Poderes estatais, já que o tema da discricionariedade está umbilicalmente ligado ao Estado, pois trata-se de tema ínsito à Administração Pública.**

## 1.1 Estado monárquico

**Partimos da Idade Média, onde a economia eminentemente feudal, não concebia qualquer idéia de Estado, ficando todo o poder nas mãos dos senhores feudais da época, que dominavam os seus vassallos. Nessa época também, a Igreja era forte e detinha um poder fundado no direito canônico.**

**Os tempos modernos trouxeram a perda do prestígio da Igreja na Idade Média e fez surgir, com a Revolução Industrial, uma nova camada da sociedade denominada burguesia. Ante o enfraquecimento da Igreja, e a necessidade de proteção dos produtos manufaturados produzidos pela nova classe social, ocorre o surgimento do Estado.**

Após o movimento cultural-filosófico do Renascimento na Europa, surgiu a idéia do Estado Moderno, que ao longo de sua existência assumiu três roupagens distintas.

O primeiro Estado a surgir, em meados do século XVIII é o Estado de Polícia, caracterizado por uma monarquia absoluta, com amplos poderes concentrados nas mãos do Rei. É um Estado que traz como característica

marcante a incondicionalidade do Poder Estatal, que está aglutinado nas mãos do rei e não se submete à nenhum outro poder, tendo como princípios fundamentais o da *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei) e *the King can do not wrong* (o rei não erra)<sup>1</sup>.

Seu apogeu ocorre quando as idéias de soberania e poder absoluto são alimentadas pela corrente filosófica do iluminismo, criando-se as figuras dos déspotas esclarecidos, que eram os reis, os quais, tamanha a auto suficiência, não prestavam contas sequer à Deus.

Sua queda se dá à partir do momento em que o povo se vê na situação de absoluta impotência frente ao poder absoluto do rei, necessitando de algo para limita-lo.

### **1.1.1 Legalidade e discricionariedade**

Nesse período, “a fonte de todo o direito era a pessoa subjetiva do rei...”, e o sistema jurídico se bifurcava em dois:

O *jus polítiae* ( direito de polícia) era exercido incondicionalmente pelo rei perante o povo, possibilitando qualquer tipo de interferência na vida privada, sem qualquer forma de controle judicial; e o *jus civilis* ( direito civil), que regia as relações entre fisco e contribuinte, a qual ficava fora de qualquer atuação do rei.

Assim, não se poder ainda falar em princípio da legalidade e a discricionariedade do rei é absoluta, mas há um avanço na submissão de parte da Administração Pública à lei e aos Tribunais.

---

<sup>1</sup>DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 18.

## **1.2 Estado liberal**

Surge então, na segunda etapa do Estado moderno, a idéia de Estado liberal.

Nessa etapa, o ideal iluminista de fazer tudo pela glória do estado, é substituído pelo ideal liberalista das garantias de liberdade dos cidadãos.

E, em consequência dessa preocupação com as garantias dos cidadãos, vinda da Revolução Francesa em 1789, que culminou com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, o Estado passou a ter uma posição de respeito aos direitos individuais, não podendo ofender tais direitos e liberdades inalienáveis, assumindo verdadeira postura negativa. Assim, apareceu pela primeira vez na história, a idéia de um Estado limitado por um poder superior, poder esse originado na natureza do homem e concretizado na lei, pelo Direito, o que coroou a concepção do Estado de Direito.

Desse modo, substitui-se a idéia da vontade do rei como fonte de todo o Direito, pela idéia da lei como resultante da vontade geral e valendo como limite ao Poder estatal, surgindo as idéias de legalidade e legitimidade.

Esse Estado vem estruturado sobre os princípios da legalidade, da igualdade e da separação dos poderes, tudo visando limitar o arbítrio do Poder estatal. Com isso, se consagra a máxima francesa do *laissez faire laissez passer*, em que o Estado é mínimo para não interferir nas garantias do povo recém conquistadas com muito sangue e muita luta.

### **1.2.1 Legalidade e discricionariedade**

Apesar de adotado como dogma do Estado Liberal, o princípio da legalidade tinha contornos diferentes dos dias atuais, no tocante à Administração Pública.

A Administração Pública poderia atuar livremente em todos aqueles pontos que a lei não regulou, e a isto se deu o nome de *doutrina da vinculação negativa da Administração*, na qual a lei impõe apenas barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública, isto é, tudo aquilo que não é proibido é permitido.

Assim, conclui-se também, que a discricionariedade administrativa era uma atividade que não se submetia à qualquer controle, estando nas mãos do administrador público de forma livre. A isto se chamou de *Teoria da dupla personalidade do Estado*, pela qual uma parte dos atos da Administração estava absolutamente imune ao controle judicial.

### **1.3 Estado social**

Já em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado liberal. A abstenção do Estado acabou por gerar conseqüências nocivas no meio econômico e social; as grandes empresas se tornaram dominadoras, formando verdadeiros monopólios e extinguindo as empresas de pequeno e médio porte, causando uma gigantesca desigualdade social, dividindo o povo em duas classes: uma minoria burguesa e uma maioria formada por uma grande massa denominada proletariado.

Os princípios do liberalismo destinados a proteger a liberdade e igualdade do povo, acabaram gerando maiores desigualdades sociais. Disso, advieram duas grandes reações, no campo político:

A primeira foi uma avalanche, e vem representada pela mudança radical de regime, pela negação dos direitos e garantias individuais e encontrando em fórmulas autoritárias de intervenção estatal (em reação ao Estado mínimo), a solução dos problemas. Foi aí que surgiram os radicais de extrema direita representados pelo Fascismo italiano e pelo Nazismo alemão, e os radicais de

extrema esquerda, formando o bloco comunista. Esta nova forma de Estado, foi batizada de Estado Totalitário.

**De outra banda, uma parte mais conservadora manteve os dogmas do Estado liberal, como os princípios da legalidade e igualdade e a separação dos poderes, mas com uma maior interferência do Estado para a consecução dos fins sociais. A esta forma de Estado, consolidada após a Segunda Guerra Mundial, deu-se o nome de Estado Social, Estado Providência, Estado do Bem-estar, Estado do Desenvolvimento.**

Essa necessidade de intervenção estatal na vida privada, retirou-o daquela anterior situação passiva para uma situação ativa, passando a ter um desenvolvimento do ramo publicístico do Direito, com reflexos também no direito privado, dando início ao que se chama de publicização do direito civil. Conforme afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o fato é que se substituiu a idéia do homem como fim único do direito pelo princípio que hoje serve de fundamento a todo o direito público: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.<sup>2</sup>

**Sob o ponto de vista jurídico, o Estado Social passou por duas grandes transformações de pensamentos.**

#### 1.4 Estado social de direito ou Estado legal

**Num primeiro momento, ocorre a substituição do Direito natural como fonte da lei para a idéia de que o ordenamento jurídico se vale da coatividade que ele próprio apresenta, sem qualquer valoração superior que o informe. O Direito desvincula-se da idéia de justiça, passando a lei a constituir apenas uma ordem. É o que ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho, mostrando que essa nova forma de se conceber o Estado inspira-se em Thomas Hobbes**

---

<sup>2</sup> Op. cit. p.30.

que, no Leviathan, afirmava que a lei não é um conselho, é uma ordem; é a lei que determina o justo, não o justo que faz a norma.<sup>3</sup>

O idealizador da doutrina positivista, Hans Kelsen, afirmava em sua obra *Teoria Pura do Direito*, que o Direito nada mais é do que a norma coativa estabelecida pela autoridade<sup>4</sup>. Daí decorre a expressão de Manoel Gonçalves Ferreira Filho em chamar esse Estado de Estado Legal, pois subjugado à lei fundamental denominada Constituição.

#### 1.4.1 Legalidade e Discricionariedade

Sob a luz do positivismo jurídico, o princípio da legalidade passou a ser visto de forma diversa. É a mudança mais significativa em termos de Administração Pública que ocorre na história, servindo como um verdadeiro divisor de águas no que tange o controle dos atos judiciais.

Aquela antiga idéia da vinculação negativa do Estado que imperou no Estado liberal, permitindo o Estado fazer tudo aquilo que não é proibido, vez que a lei apenas traçava os limites externos da Administração, deu lugar à *doutrina da vinculação positiva da Administração à lei*, pela qual todos os atos da Administração devem estar em conformidade com a lei, cabendo àquela fazer somente o que é permitido pela lei.

Com isso, surgiu a oportunidade de controle dos atos administrativos em confronto com a lei, dando origem ao *princípio da juridicidade da administração*, criado por Merkl<sup>5</sup>, um dos primeiros seguidores de Kelsen, e que assim ensinava:

... toda ação administrativa correta, se quer ter-se a certeza de que se trata de uma ação administrativa, deverá ser examinada sob

---

<sup>3</sup>*Estado de direito e constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 41.

<sup>4</sup>KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000 p. 35.

<sup>5</sup>MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo* apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, Op. cit. p. 37.

o ponto de vista de sua relação com o ordenamento jurídico. Só na medida em que possa ser referida a um preceito jurídico ou , partindo de um preceito jurídico, possa derivar dele, manifesta-se essa ação como função jurídica, como aplicação do direito e, devido a circunstância de que esse preceito jurídico tem que ser aplicado por um órgão administrativo, mostra-se como ação administrativa. Se uma ação que se pretende apresentar como ação administrativa não pode ser legitimada por um preceito jurídico que prevê semelhante ação, não poderá ser compreendida como ação do Estado.

Nesse sentido, a discricionariedade passa a ser compreendida como um poder submetido à lei. Não existe mais aquele campo em que a administração tem liberdade irrestrita para agir. Aquele antigo poder político passou a ser encarado como poder jurídico.

#### 1.4.2 Estado Democrático de Direito

As conseqüências negativas produzidas pelo positivismo jurídico dentro do Estado Social levaram os pensadores a uma nova fórmula de Estado, acrescentando ao já formulado um elemento novo, que é a participação popular no processo político, nas decisões do governo, e no controle da administração Pública. Essa é a manifestação concreta da Democracia.

Esse elemento de soberania popular trouxe de volta o sentimento de justiça para informar a elaboração das leis, em substituição ao positivismo jurídico apegado ao formalismo jurídico. Assim, as leis passam a ter um caráter axiológico, passam a ser adequadas aos valores daquela comunidade que ela há de reger. Em suma, o ordenamento jurídico deixa de ser apenas formalista, para ter além do conteúdo formal, um conteúdo material. Isto completa o nome dado ao novo modelo, de Estado Democrático de Direito.

**O critério de justiça para informar as leis é conceituado de forma brilhante pelo professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>6</sup>, que ensina:**

**... na tradição ocidental, deve-se entender, como já o dissera Aristóteles, a justiça como um princípio formal que se preenche substantivamente das demais virtudes, ou, como diríamos até agora, dos demais valores. Justiça, neste sentido, é afirmação de um sentimento de inconformismo perante certas diferenças (valor igualdade), perante arbitrariedades (valor segurança), perante a miséria (valor bem-estar), perante a apatia (valor desenvolvimento), perante a negação da dignidade da pessoa como um ser capaz de autodeterminar-se e de participar na realização do bem comum (valor liberdade).**

---

<sup>6</sup>*Constituição de 1988*, p. 30-31 apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, Op. cit. p. 45.

## 2. ESTADO BRASILEIRO

Ante os modelos acima apresentados, é nítido que o Brasil se encaixa no Estado Democrático de Direito, o que se conclui com facilidade, em decorrência da configuração constitucional do nosso país.

Vivemos sob a égide de um Estado formado pela fusão dos pensamentos de dois consagrados filósofos: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau.

De acordo com Rousseau, que exalta a soberania popular, o Poder Estatal decorre da cessão de parcelas de poder de cada indivíduo ao ente abstrato, que, juntando as pequenas parcelas de cada um dos integrantes do povo, forma um todo com um poder significativo, dando origem ao Estado. Segundo ele, a justificação do poder não mais residiria em algum direito divino ou na simples coatividade de leis positivadas, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consonante dos vários indivíduos que compõe o todo social. Esse pensamento está expresso em nossa Carta Constitucional<sup>7</sup>, no parágrafo único do artigo 1º, segundo o qual *“Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou, diretamente, nos termos desta Constituição”*.

Por outro lado, completando a nossa estrutura constitucional, o barão de Montesquieu elaborou seu pensamento partindo de um fato que não admite contestação: todo aquele que tem poder, tende a abusar dele. Para tanto, como forma de conter o abuso do Poder Estatal, criou a consagrada doutrina da Separação dos Poderes, dividindo aquele imenso poder uno, em três segmentos.

---

<sup>7</sup>Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília. DF: Senado, 1988.

Nossa Constituição Federal de 1988 acolheu essa idéia no artigo 2º, nos seguintes termos: *“São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”*.

Dessa forma, nos dois primeiros artigos da nossa Constituição Federal de 1988, temos fixadas duas bases do nosso Estado Democrático de Direito. Disso decorre que, as atividades estatais, em especial as administrativas, são resultantes da vontade geral do povo, e a ele devem servir, sob pena de contrariedade à Constituição. Além do mais, os Poderes do Estado apesar de independentes, estão todos eles vinculados à consecução dos fins sociais estabelecidos pela vontade geral do povo, e deles não podem se desviar.

Depois de estabelecida a origem popular do Poder do Estado e dividido esse poder para se evitar o abuso, fechamos a idéia de Estado Democrático. No entanto, para que a configuração esteja completa, é necessário tecermos comentários sobre o Direito, que surge como a terceira base fundamental do nosso modelo constitucional, e vem representado pelo princípio da legalidade. Por ele, conforme disposição do artigo 5º, inciso II, da Constituição de 88, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei”. É oportuno frisar, que o conteúdo desse princípio da legalidade do Estado Democrático, é diferente daquele concebido no Estado Legal (positivista), pois agora, a legalidade vem carregada de valores sociais, axiológicos, decorrendo de um valor fundamental de justiça.

A terceira base que compõe o tripé sobre a qual se assenta a nossa atual configuração política, é a formação de um Estado Social.

Como tal, partimos de um Estado que tem, entre seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, como se depreende do artigo 1º da Constituição Federal. Essa característica social, se confirma no artigo 3º da Constituição Federal, que atribui ao Estado, entre outros objetivos, o de garantir o desenvolvimento

nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, o Título VII, referente à ordem social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social (artigo 193 C.F), com normas em grande parte programáticas, voltadas para a seguridade social, a saúde, educação, cultura, segurança e manutenção da família, criança, adolescente, índio.

Enfim, é a coroação de um Estado que se justifica na medida em que garante um mínimo de sobrevivência aos seus cidadãos. É o Estado do bem-estar (ou pelo menos deveria ser), conhecido por *welfare state*.

Dessa característica do Estado, de intervir na vida privada dos seus cidadãos para garantir ao todo social uma qualidade de vida digna, se extraem duas conclusões: a primeira, é a ascensão do interesse público como fim único do Estado, e por conseqüência, a sua indisponibilidade e sua supremacia frente ao interesse particular; a segunda, é que o Estado deverá criar mecanismos para buscar o alcance dessas finalidades sociais para as quais ele foi criado.

Daí, surge a idéia de Administração Pública como conjunto de órgãos e agentes, isto é, como aparelhamento do estado preordenado à realizar serviços visando a satisfação do interesse público.

Nessa linha, ligando a Administração Pública aos seus fins, nasce a idéia de Poder Estatal, que, nos ensinamentos precisos de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>8</sup>, surge como um mero instrumento do Estado para a consecução de seu dever estatal, que é o interesse público.

Portanto, vivemos sob um Estado que é *Democrático*, pois tem todo o poder fundado na soberania popular; *Social*, pois esse poder destina-se única e exclusivamente a permitir condições dignas de sobrevivência aos

---

<sup>8</sup>MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

cidadãos, isto é, a satisfazer o interesse público; de *Direito*, pois essa relação entre Estado e cidadão está regida pelas normas positivadas e princípios, que compõe o conceito moderno de Direito.

Numa visão dinâmica do Estado Brasileiro, temos um Estado Democrático de Direito, no qual todo poder emana do povo, e como Estado Social que é, tem o dever de interferir para garantir um mínimo de sobrevivência ao seu povo (educação, saúde, segurança, liberdade, lazer); para tanto, criou-se a Administração Pública com o dever de alcançar esses fins e que, para alcançá-los, tem em suas mãos um Poder Estatal para fazer a máquina caminhar sempre no sentido de sua finalidade constitucional: atender o interesse público, caminhando tudo, finalmente, sob a luz dos princípios e das regras de Direito.

### 3. PODERES ADMINISTRATIVOS

#### 3.1 Introdução

**Conforme já apresentado no item anterior, vivemos sob a égide de um Estado Democrático de Direito todo fundado em um ordenamento jurídico, que tem como norma fundamental a Constituição Federal.**

**Por ser Social, o Estado visa a consecução de fins públicos, e sendo de Direito, existem normas inseridas tanto na Constituição, quanto no ordenamento jurídico infra-constitucional, que exigem do Poder Público atitudes positivas para a busca das finalidades almejadas pela sociedade e convertidas em lei.**

#### 3.2 Noção de poder

**As finalidades previstas pela lei apresentam-se para os agentes públicos estatais como obrigatórias. Disso decorre que, quando se aborda o tema da Administração Pública em busca de concretizar os fins sociais para a qual foi criada, antes da idéia de “poder”, necessariamente passamos pela idéia de *dever*.**

A idéia de dever concretiza-se quando usamos a palavra função, em seu aspecto jurídico. Segundo as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>9</sup>

Em Direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que *deve ser* obrigatoriamente atendida por alguém, mas no interesse de outrem, sendo que, este sujeito, - o obrigado – *para desincumbir-se de tal dever*, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do *interesse alheio*, que está a seu cargo prover. Daí, uma distinção clara entre a função e a faculdade ou o direito que alguém exercita em seu prol. Na função, o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira, Exercita-o porque é um *dever*. Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público *não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever*.

Prosseguindo na feliz lição, o autor ressalta que função tanto existe no Direito Público quanto no Direito Privado. Basta que se atente para os institutos da tutela, da curatela ou do pátrio poder, para se observar que os responsáveis gozam de poderes para pô-los em prática, única e exclusivamente no interesse do beneficiário. Assim, se conclui que são poderes criados pela lei, exercidos por certas pessoas, mas sempre, em benefício alheio.

Conclui-se então que, quando se fala em função, a idéia de poder surge como mera instrumentalização para a realização do dever, e que será sempre manejado no interesse alheio.

Transportando esse raciocínio ao Direito Público, tendo em vista que todos os cargos públicos expressam uma função pública, temos que o Poder Administrativo é um instrumento para o cumprimento dos deveres do Estado para com a sociedade, os quais estarão consubstanciados na lei.

Hely Lopes Meirelles, referindo-se ao tema, conceitua o Poder Administrativo como instrumento de trabalho, adequado à realização das tarefas administrativas.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Op. cit. p. 13.

**Portanto, os poderes conferidos ao Estado estão sempre atrelados pela mais estreita relação à consecução das finalidades previstas na lei (dever), devendo, obrigatoriamente, serem exercidos no interesse da coletividade.**

**Há que se frisar, ainda, que a doutrina moderna está substituindo a expressão “poder” pela expressão “atividade”, pois se alinha mais às funções administrativas desempenhadas pela Administração Pública.**

**Nos rumos da nova tendência, utilizarei a expressão “poder” para me referir ao conjunto de prerrogativas da Administração Pública frente ao caso concreto, e “atividade” para tratar da atuação concreta da Administração.**

### 3.3 Classificação do poder administrativo

**Não obstante o enorme número de classificações usando os mais variados critérios para enquadrar o poder administrativo, será analisada apenas a classificação sob o critério da liberdade da Administração no exercício do poder.**

**Quanto a este critério, que leva em conta o espaço ou campo de liberdade que a Administração Pública têm para fazer uso de seu poder, temos duas formas distintas:**

#### 3.3.1 Poder vinculado

**Diz-se que a Administração Pública tem em mãos um poder vinculado, quando é mínima ou inexistente para ela liberdade de decisão, ou seja, a atuação administrativa está absolutamente vinculada ao enunciado legal.**

---

<sup>10</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108.

**Poder vinculado ou regrado é aquele que o Direito Positivo - a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Na prática, o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações.<sup>11</sup>**

**Nessa categoria de atos administrativos a liberdade de atuação é ínfima, pois o administrador público terá que atender *ipsis litteris* a prescrição legal para a prática do ato. Caso exista qualquer tipo de desatenção à ordem legal, o ato estará eivado de nulidade por desobediência à forma legal.**

**Nesse sentido, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal<sup>12</sup>:**

**A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo.**

### 3.3.2 Poder discricionário

**Diversamente do poder vinculado, dispõe a Administração de poder discricionário toda vez que lhe for conferida pela lei liberdade de decisão, quer seja na substância do ato, ou na sua prática ou abstenção.**

**É oportuno lembrar que poder discricionário é diferente de poder arbitrário. Enquanto aquele implica em liberdade de atuação dentro de parâmetros legais fixados pelo Direito, este implica em decisão autoritária, sem qualquer balizamento legal, derivando de mera liberalidade do administrador.**

---

<sup>11</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 108.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Revista de direito administrativo 42/227.

**O poder discricionário tem como fundamento o fato de ser impossível à lei prever todas as formas e situações para a prática dos atos administrativos. Além disso, esse poder é conferido com certa margem de liberdade ao administrador para que, diante do caso concreto, possa ele tomar a decisão que melhor atenda ao interesse público, fim imediato e único do Estado.**

**Esse tema será abordado de forma mais profunda e detalhada quando se estudar a discricionariedade administrativa.**

## **4. ATO ADMINISTRATIVO**

### **4.1 Conceito**

**Ato Administrativo é o modo pelo qual a Administração Pública realiza sua função executiva, isto é, a forma pela qual se exterioriza o poder administrativo, seja ele discricionário ou vinculado.**

**Tais atos são espécies de atos jurídicos, e ganham colorido novo em razão de sua finalidade pública almejada.**

**Daí o conceito de ato administrativo oferecido por Hely Lopes Meirelles<sup>13</sup> ter a mesma essência do conceito de ato jurídico oferecido pelo**

---

<sup>13</sup> Op. cit. p. 141.

**artigo 82 do Código Civil, sendo ato administrativo “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato, adquirir, resguardar, transferir modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.**

#### 4.2 Elementos

**Para a sua formação, o ato administrativo reclama a congruência de cinco elementos ou requisitos a seguir elencados, sendo que, a falta de apenas um deles é o bastante para que o ato não tenha eficácia para produzir seus efeitos validamente. Daí a importância do estudo de tais elementos constitutivos do ato administrativo.**

##### 4.2.1 Competência

**Entende-se por competência administrativa, o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada.**

**Segundo as precisas lições de Caio Tácito<sup>14</sup>, “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma de Direito”.**

**Assim como o ato jurídico é um ato de vontade, o ato administrativo também o é, sendo a competência o poder jurídico de manifestar a vontade da Administração Pública.**

---

<sup>14</sup>TÁCITO, Caio. *O abuso de poder administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro: DASP, 1959, p. 27.

#### 4.2.2 Finalidade

**Finalidade é o objetivo almejado por alguma atitude.**

**A finalidade do ato administrativo é ditado pelo ramo do direito à que pertence. Em razão da essência do Direito Administrativo ser o alcance dos fins objetivados pela sociedade, a finalidade do ato administrativo nada mais é, do que atender ao interesse público.**

**Ensina Hely Lopes Meirelles<sup>15</sup>,**

**Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos não de se dirigir sempre e sempre para um *fim público*, sendo nulos quando satisfizerem descoincidentes do interesse coletivo.**

#### 4.2.3 Forma

**É a roupagem com a qual o ato administrativo se exterioriza; é o revestimento exteriorizador do ato administrativo.**

**Vale lembrar que, se no Direito Privado a liberdade da forma é regra, no Direito Público é exceção.**

**A forma é conteúdo essencial do ato administrativo, sendo que sua inexistência induz a inexistência do próprio ato administrativo.**

#### 4.2.4 Motivo

---

<sup>15</sup> Op. cit. p. 144.

**Motivo é a situação de direito ou de fato que determina a realização do ato administrativo. São os pressupostos de fato e de direito que autorizam a prática do ato.**

**Motivo é diferente de motivação. Esta é a exposição, apresentação, indicação dos motivos que autorizaram a conduta estatal.**

#### 4.2.5 Objeto

**O objeto corresponde ao efeito jurídico pretendido pelo ato administrativo (adquirir, resguardar, transferir, modificar, declarar ou extinguir direitos). Decorre de previsão legal, e deve ser, necessariamente, lícito e moralmente aceito.**

#### 4.3 Classificação

**Assim como os poderes administrativos podem ser classificados por vários critérios, os atos administrativos também o podem. No entanto, seguindo a mesma linha, usaremos como critério diferenciador dos atos administrativos, a liberdade de decisão na prática do ato, bifurcando os atos administrativos em atos vinculados e atos discricionários.**

##### 4.3.1 Atos administrativos vinculados

**Atos administrativos vinculados são os atos praticados por autoridade pública no exercício do poder vinculado.**

**Como exposto acima, o poder vinculado da Administração Pública diz respeito à atenção absoluta ao enunciado legal, não restando ao administrador qualquer parcela de liberdade para decidir a respeito da essência ato. Nessa esteira, o ato administrativo vinculado nada mais é do que a exteriorização, a manifestação concreta do poder vinculado.**

**São atos aos quais a lei estabelece todos os seu requisitos (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), cabendo à Administração apenas detectar a presença desses elementos, pois a prática do ato deverá respeitar os estritos termos previstos em lei.**

**Exemplos de atos administrativos vinculados são as Licenças concedidas pelo Poder Público para o exercício de determinada profissão ou a construção de um prédio.**

**No tocante ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre tais atos, não existem maiores dificuldades, e não se encontram divergências doutrinárias a seu respeito por um simples motivo: caberá ao Poder Judiciário apenas analisar a observância dos requisitos legais pela Administração Pública, isto é, caberá ao magistrado analisar a compatibilidade objetiva entre o ato praticado e a prescrição legal.**

**Falo em compatibilidade objetiva, pois não há qualquer exame de cunho subjetivo, isto é, não cabe ao Estado-juiz perquirir se a vontade do administrador é essa ou aquela. Nesse caso, existe apenas uma vontade: a vontade da lei.**

#### 4.3.2 Atos administrativos discricionários

São os atos administrativos praticados pela autoridade pública competente no uso do poder discricionário conferido pela lei, que dará origem a uma atividade administrativa *in concreto*.

Estes atos conferem ao seu executor certa parcela de liberdade, cabendo à autoridade a decisão sobre a razoabilidade de sua prática.

Segundo Victor Nunes Leal, só se pode falar em ato administrativo discricionário por tolerância, pois o certo é falar-se em poder discricionário, uma vez que a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder da Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais conveniente ao interesse público.<sup>16</sup>

Exemplos de atos administrativos discricionários são as Permissões, pelas quais, *verbi gratia*, o Poder Público permite que um particular utilize bens públicos e as Autorizações, como o porte de arma.

Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>17</sup>, em brilhante exposição, diferencia nitidamente os atos administrativos vinculados e discricionários. Segundo o autor,

É clássica a distinção entre atos expedidos no exercício de competência vinculada, e atos praticados no desempenho de competência discricionária. Sobre esse tema, já se verteram rios de tinta. Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o *único* possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita na lei, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu *objetivo* reconhecimento. Opostamente, haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seria irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa. Diz-se

---

<sup>16</sup> LEAL, Victor Nunes. *Poder discricionário e ação arbitrária da administração*. apud Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 160.

<sup>17</sup> Op. cit. p. 09.

que, em tais casos, a Administração dispõe de um “poder” discricionário.

São atos que envolvem uma apreciação subjetiva do administrador público, e por essa razão divide a doutrina e jurisprudência pátria sobre o seu controle, a possibilidade, a extensão e os limites, enfim, aos desafios que esse trabalho se propôs a enfrentar.

A divergência existente acerca dessa espécie de atos administrativos é completa. Vai desde a sua real existência, passando pelos elementos passíveis de serem discricionários, chegando até a possibilidade de controle absoluto, como que descartando a existência do Poder Executivo, instituído como um dos Poderes do nosso Estado pela Constituição de 1988.

#### 4.4 Mérito do ato administrativo

A questão do mérito do ato administrativo é também um tanto quanto intranquila na doutrina, mas seu exame é de grande valia, pois seu conceito está intimamente ligado à discricionariedade administrativa.

Diz Hely Lopes Meirelles, que o mérito do ato administrativo existe toda vez que a administração decidir ou atuar valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato. Prossequindo, conclui então, que o mérito do ato administrativo consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato.<sup>18</sup>

Fundindo essa idéia inicial com os ensinamentos de toda a doutrina, cunhei um conceito próprio de mérito do ato administrativo.

*Assim, mérito do ato administrativo é o núcleo do ato administrativo discricionário consistente na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, segundo critérios de razoabilidade da Administração Pública.*

---

<sup>18</sup> Op. cit. p. 146.

Desse conceito, conclui-se que o ato administrativo vinculado não possui mérito, pois seu motivo e objeto já estão previstos na lei, não havendo falar em decisão administrativa, e muito menos em critérios de conveniência e oportunidade.

É valioso observar que, para a maioria esmagadora da doutrina, só existe discricionariedade administrativa dentro do mérito do ato administrativo, pois só esse campo restrito admite uma valoração por parte da Administração Pública.

No entanto, Celso Antonio Bandeira de Mello sustenta que, apesar de existir no mérito, o tema da discricionariedade não se cinge exclusivamente a ele, pois, segundo o autor, envolve discricionariedade a inteligência dos conceitos jurídicos indeterminados.<sup>19</sup>

Não obstante, entendemos que a inteligência dos conceitos jurídicos indeterminados ou fluídos é também tema concernente ao mérito do ato administrativo, pois de qualquer forma, confere certa margem de liberdade ao administrador público para locomover-se dentro dos parâmetros legais. Por isso, não há razão prática para utilizarmos essa divisão.

Assim, temos que o mérito do ato administrativo está contido dentro do ato administrativo discricionário, e a discricionariedade administrativa é a forma pela qual a Administração Pública atua nesse campo restrito do ato administrativo.

Valendo-me da geometria e lançando mão de círculos concêntricos, o círculo maior representaria todo o ato administrativo, e o círculo menor, localizado no interior do círculo maior seria o mérito do ato administrativo.

## 5. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

---

<sup>19</sup> Op. cit. p. 28.

## 5.1 Origem

Para falar da configuração atual da discricionariedade administrativa, é salutar que lembremos, de forma breve, a evolução do Estado e do princípio da legalidade, que traz consigo a delimitação da discricionariedade administrativa.

No primeiro Estado ao qual me referi, o Estado monárquico, não existia limitação ao Poder estatal e, portanto, não podemos falar em princípio da legalidade. Dessa forma a discricionariedade administrativa era absoluta.

Posteriormente, como fruto das idéias advindas da Revolução Francesa em 1789, surgiu o Estado liberal, e com ele idéia de legalidade, que à época, consistia numa delimitação externa do Estado do tipo “*tudo que não é proibido é permitido*”. Essa idéia de vinculação negativa do Estado originou a *teoria da dupla personalidade do Estado*, pela qual uma parte dos atos estatais era controlada e outra parte era imune a controle, consagrando a idéia inicial de discricionariedade administrativa.

Mais tarde com o surgimento do Estado social, tivemos um avanço no conceito de legalidade, que ganhou terreno e agora já alcançou a discricionariedade administrativa. Aquela antiga vinculação negativa do Estado à lei, dá origem à vinculação estatal positiva, pela idéia de que “*tudo que não é permitido é proibido*”. Acrescente-se ainda, que uma diferença existente no foco jurídico que se dá ao princípio da legalidade vai refletir diretamente na discricionariedade administrativa. Na concepção inicial do Estado social, denominado Estado legal, o princípio da legalidade é visto sob a luz da doutrina positivista, ou seja, como mero instrumento formal de controle do Estado, de modo que aquilo que está de acordo com a lei formal está de acordo com o direito. A segunda concepção do Estado social, que é o Estado Social de Direito, sob a qual vivemos nós brasileiros, acrescenta ao princípio da legalidade um conteúdo material, que é a compatibilidade entre

a atuação estatal e uma lei que reflita de forma perfeita o interesse público. Assim, nessa nova roupagem, o princípio da legalidade adquire uma maior força e abrangência, pois não se resume meramente à lei formal, mas aos valores sociais e axiológicos contidos no meio coletivo.

Desse modo, a discricionariedade administrativa, subordinada a esta nova conceituação de princípio da legalidade, estará, pela lógica, mais suscetível de controle, configurando, nos dias atuais, uma liberdade exercida pela Administração Pública delimitada pelo princípio da legalidade em sentido formal e material. Essa ampliação do controle judicial conduz o Estado Social à uma maior probabilidade de atingir o interesse público, razão única de sua existência.

Essa transição da discricionariedade administrativa, de um poder absoluto e não sujeito à lei para um poder subordinado à lei em seu sentido formal e substancial, os doutrinadores chamam de transição da idéia de poder político para poder jurídico.

## 5.2. Fundamentos

A discricionariedade administrativa é um instrumento que dispõe o Estado para atingir de forma eficaz o interesse público, no caso concreto. Se usado nos ditames da lei, é uma poderosa arma estatal para a consecução de seus fins.

O fundamento lógico da sua existência é a impossibilidade do legislador prever de forma taxativa todas as hipóteses (motivos) e todos os objetos ensejadores de atos administrativos. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles<sup>20</sup>:

---

<sup>20</sup> Op. cit. 160.

A discricionariiedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para o caso concorrente.

Além do fundamento lógico, a discricionariiedade tem um fundamento jurídico. Como poder jurídico que é, pelos fatos já analisados, o poder discricionário tem como fundamento, a lei, pois é dela que emana a liberdade para que o administrador possa optar por uma entre várias opções todas válidas perante o direito.

### 5.3 Finalidade

A finalidade da discricionariiedade está atrelada ao seu fundamento lógico.

Se a discricionariiedade é decorrente da impossibilidade da previsão taxativa pela lei das atividades à serem tomadas pelo Poder Público, é que o legislador, argutamente, previu que determinados atos só atenderão o interesse público, se este for sopesado no caso concreto.

Assim, a discricionariiedade é um poder conferido ao Administrador Público para que, diante do caso concreto, possa tomar a decisão que melhor se alinhe com o interesse público.

Portanto a finalidade da discricionariiedade está, também por uma razão lógica, em atender de forma mais eficiente o interesse público, que é o fim único do Estado Democrático de Direito.

Com maestria, Fiorini<sup>21</sup> ensina que:

---

<sup>21</sup> FIORINI, Bartolomé. *La discricionalidad em la administración pública*. apud Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 160.

...a discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. A discricionariedade adquire relevância jurídica quando a administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. É, então, a ferramenta jurídica que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades sociais de cada momento. Não é um instrumento legal que se concede ao administrador para fazer o que imponha o seu capricho; nem tampouco para criar normas de caráter legislativo; menos ainda para que intervenha ante uma contenda normativa, como acontece com a jurisdição. É, unicamente, uma autorização limitada à um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de atuar da Administração Pública para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade.

O conceito da locução “interesse público” bem como a sua identificação, serão analisados profundamente quando tratarmos, adiante, do controle da discricionariedade administrativa.

#### 5.4 Conceito

Na tentativa de oferecer o melhor conceito de discricionariedade administrativa à comunidade jurídica, os autores administrativistas fizeram desse tema uma verdadeira torre de babel.

Cada um da sua forma, tentando alcançar a perfeição no que concerne ao tema, foi se enveredando pelas searas da discricionariedade e batizando cada situação e instituto com palavras diferentes, de modo que para cada etapa de análise do tema temos denominações completamente diferentes, o que dificulta em muito a compreensão da discricionariedade.

No afã de oferecer a solução perfeita ao tema da discricionariedade, os autores passaram a fazer de um tema, que em sua essência é simples, um verdadeiro emaranhado de idéias, complicando-o demasiadamente, que hoje é tido como um tema extremamente controvertido e delicado, de difícil

interpretação e, por conseguinte, de difícil aplicabilidade pelos operadores do direito.

No entanto, apesar desse verdadeiro dicionário jurídico que se cria dentro do instituto da discricionariedade administrativa, cada um batizando de sua forma e usando palavras diferentes e complicadas, uma coisa é uníssona: a conclusão dos autores é comum.

Dessa forma, como a conclusão dos autores é convergente, malgrado sigam caminhos e usem denominações completamente diferentes; por ser a o poder discricionário mero instrumento de busca do interesse público nas mãos da Administração Pública; e ainda, por ser tema do nosso trabalho o controle da discricionariedade e não a discricionariedade em si mesma, passo a conceituar a discricionariedade, em sua essência.

A discricionariedade administrativa é a liberdade de decisão do administrador público, podendo ele optar por uma entre duas ou mais opções.

Com dissemos anteriormente que, a discricionariedade passou de poder político para poder jurídico, em razão da evolução do conceito de legalidade, devemos incluir nessa idéia, uma pitada jurídica, para que o conceito se aperfeiçoe.

Pode-se, então, aprioristicamente, definir discricionariedade administrativa como a *faculdade que a lei confere à Administração Pública para escolher uma entre duas ou mais opções, todas válidas perante o Direito.*<sup>22</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro acrescenta a esse conceito, dois elementos.

O primeiro é que essa faculdade de escolha do administrador público se dá no caso concreto. O segundo, é que a escolha feita pelo administrador

---

<sup>22</sup> Op. cit. p. 65.

**público se pauta em critérios próprios da Administração, denominados pelo binômio conveniência-oportunidade.**

**Pode-se, portanto, segundo a renomada autora, definir a discricionariedade administrativa como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”.<sup>23</sup>**

**Por outro lado, conceituando a discricionariedade administrativa, Celso Antonio Bandeira de Mello, refere-se aos elementos supra mencionados, com algumas diferenças.**

**No tocante à necessidade de verificação da discricionariedade no caso concreto, não há maiores considerações a se fazer, já que esse elemento é imprescindível para a caracterização e concretização da discricionariedade administrativa.**

**Em relação ao critério de decisão que se vale o administrador, o autor não usa o binômio conveniência-oportunidade, mas refere-se a um novo critério: a razoabilidade.<sup>24</sup>**

**Entendemos por bem, utilizar o critério oferecido pelo professor Bandeira de Mello por duas razões:**

**Primeiro, porque o critério pautado na conveniência e oportunidade do ato, é extremamente impreciso e de difícil aferição no caso concreto, e o desafio a que nos propomos é aclarar o tema;**

**Segundo, porque o princípio da razoabilidade, princípio de ouro do direito moderno, rege de forma mais perfeita a liberdade de decisão do administrador, e, por conseguinte, possibilita um controle judicial mais efetivo da discricionariedade administrativa, dada a sua praticidade.**

---

<sup>23</sup> Op. cit. p. 67.

<sup>24</sup> Op. cit. p. 48.

**Afinal, a proposta desse trabalho é romper com o passado, conferir nova roupagem à discricionariedade administrativa e, conseqüentemente possibilitar de forma mais eficiente o seu controle.**

**Particularmente, tenho certa aversão ao uso da expressão “conveniência e oportunidade da Administração Pública”. Entendo que não existe critério de conveniência e oportunidade em face de existir um valor maior denominado interesse público. Ora, todo e qualquer ato da administração que deixe de atender o interesse público, será inconveniente ou inoportuno. Então, o alvo da Administração Pública, na escolha entre essa ou aquela opção todas válidas perante o direito será o interesse público, pois a decisão administrativa deverá se aproximar da opção que melhor atender ao interesse público. A adoção do binômio “conveniência-oportunidade” somente dificulta a compreensão do tema e dá margem ao arbítrio do administrador público.**

**Volto à repetir para que não parem dúvidas sobre o tema: Somente é conveniente e oportuno para a Administração Pública aquilo que atende de forma mais eficaz o interesse público. Nada é conveniente e oportuno à Administração Pública, se não o for ao interesse público, pois a Administração Pública, no nosso modelo de Estado Social de Direito, só justifica sua existência na medida que se propõe unicamente na busca do interesse público.**

**Diga-se de passagem, que quando da elaboração das primeiras lições sobre discricionariedade administrativa, não se conhecia ainda o sentido da razoabilidade, razão pela qual se firmou, o critério de conveniência e oportunidade. Entretanto, ao longo de sua história, o critério de conveniência e oportunidade serviu de escudo para grandes arbitrariedades cometidas pelo administrador público brasileiro.**

**Assim, para rompermos definitivamente com as lembranças nocivas do passado e em homenagem ao dinamismo do direito, preferimos o critério da razoabilidade em detrimento do binômio necessidade-adequação, para**

**incluirmos, doravante, a discricionariiedade administrativa na moderna concepção de direito.**

*Discricionariiedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>25</sup>*

**Quando falamos do conceito de discricionariiedade administrativa, é imperioso que se façam duas observações.**

**Primeiramente, nunca é demais ressaltar que discricionariiedade não se confunde com arbitrariedade. Discricionariiedade é a atuação da administração exercida dentre dos limites da lei, enquanto arbitrariedade, é a atuação administrativa que extrapola os limites legais.**

**Ademais, é válido lembrar que discricionariiedade não se confunde com interpretação. Apesar de ambas exigirem um trabalho intelectual para a aplicação da lei ao caso concreto, elas não se confundem.**

**Ocorre interpretação de determinado dispositivo quando este propõe uma única solução ao caso concreto, cabendo ao interessado somente extrair da sua essência o seu sentido. A solução é única, tornando-se desafio apenas a sua busca.**

**Ante o conceito de discricionariiedade administrativa, é mister, para a compreensão do tema, que observemos como se identifica a discricionariiedade.**

---

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Op. cit. p. 48.

## 5.5 Formas da discricionariedade

**Mais uma vez, para não fugir ao costume quando trata a doutrina do tema do poder discricionário, temos uma infinidade de formas de se identificar a discricionariedade administrativa.**

**Apenas para se ter uma idéia da diversidade de soluções apresentadas pela doutrina, vamos abordar as mais conhecidas.**

### 5.5.1 Discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo

**Na doutrina estrangeira defendida por Consuelo Sarria e na doutrina nacional por Caio Tácito, a teoria da discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo, aborda a dinâmica do ato administrativo, que vai da análise da competência pela autoridade à apreciação das medidas adequadas em razão da situação de fato.<sup>26</sup>**

**Caio Tácito<sup>27</sup>, demonstrando onde existe discricionariedade nas várias etapas de formação do ato administrativo, leciona que:**

**(a) na primeira fase, da constatação da competência, não há qualquer discricionariedade; (b) na fase seguinte, da constatação dos motivos autorizadores do ato, também não há discricionariedade, pois a verificação da existência ou não da situação de fato ou de direito é meramente objetiva, isto é, é uma mera constatação; (c) a seguir, a apreciação do valor dos motivos é tema discricionário, pois envolve uma análise subjetiva por parte do administrador; (d) por fim, a fase da concretização do objeto comissivo ou omissivo é a fase que opera com maior amplitude o poder discricionário, sendo “este, por excelência, o seu terreno próprio.**

---

<sup>26</sup>SARRIA, Consuelo. apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. cit. p. 77.

<sup>27</sup>TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*. apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. cit. p. 67.

Em conclusão, o renomado autor afirma que “o poder discricionário é a faculdade concedida à Administração de apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto do ato administrativo, quando não o preestabeleça o direito positivo”.<sup>28</sup>

#### 5.5.2 Discricionariedade nos elementos do ato jurídico

Conforme a doutrina dominante no estrangeiro a respeito dos elementos do ato administrativo, foi adotada no Brasil a teoria quintipartite dos elementos do ato administrativo: sujeito (competência), forma, finalidade, motivo e objeto.

Implantada em 1941 por Seabra Fagundes no livro *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, a teoria quintipartite foi amplamente divulgada na obra do maior administrativista brasileiro, Hely Lopes Meirelles, e incorporada à legislação na Lei 4.717, de 29 de julho de 1965, que regula a ação popular.

Dominante também é, na doutrina nacional, dada a adoção da teoria quintipartite, a idéia de identificação da discricionariedade administrativa nos elementos do ato administrativo.

Apesar de dominante, só nos referiremos superficialmente à ela, pois adotaremos a teoria descrita no tópico seguinte, em razão de sua melhor adequação como o objeto de estudo no presente trabalho, que é o controle da discricionariedade, e não propriamente a discricionariedade e suas peculiaridades.

Passamos então, a analisar a discricionariedade nos elementos do ato administrativo.

---

<sup>28</sup> Op. cit. p. 70.

No que diz respeito ao primeiro elemento, o sujeito – aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato – a doutrina é uníssona ao afirmar que não existe discricionariedade, pois a competência é fixada de forma objetiva na lei, e tem por característica principal ser inderrogável.

No tocante à forma – revestimento do ato ou modo como a declaração se exterioriza – já não existe voz única na doutrina. Segundo uma parcela dos autores, dentre eles Gordillo<sup>29</sup> e Jean Rivero<sup>30</sup>, não existe discricionariedade em relação à forma, pois esta é prevista pela lei, e cada autoridade deve observar as que lhe são prescritas pela norma. De outro lado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, entende que quando se fala em formalismo do ato administrativo, só se quer afirmar que este seja expresso e escrito, existindo discricionariedade então, quando a lei prever, para o mesmo ato, a opção entre uma e outra forma que produzirão o mesmo efeito jurídico, como ocorre, por exemplo, quando a lei permita ser dado ciência de um ato ao interessado, por intermédio de publicação ou de notificação direta.<sup>31</sup>

Em relação à finalidade – resultado que a administração pretende alcançar com a prática do ato – mais uma vez a doutrina se divide. Segundo uma corrente, a finalidade da Administração Pública é única, o interesse público. Portanto, não existe qualquer discricionariedade do administrador quanto à finalidade. Essa é a posição de Hely Lopes Meirelles<sup>32</sup>, que afirma “não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é assim, elemento vinculado do ato administrativo”. De outra banda, autores como Celso Antonio Bandeira de Mello sustentam que existirá certa margem de liberdade ao administrador público quando a lei usar para definir sua finalidade conceitos jurídicos indeterminados, que estudaremos à seguir.

---

<sup>29</sup>GORDILLO, Augustín. *Tratado de derecho administrativo*. apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. cit. p. 82.

<sup>30</sup>RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. apud Maria Sylvia Zanella di Pietro, op. cit. p. 82.

<sup>31</sup>Op. cit. p. 83.

<sup>32</sup>Op. cit. p. 143.

Nesse ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>33</sup> conclui:

Todos os autores são unânimes em reconhecer que a Administração Pública está vinculada ao atendimento do *interesse público*. Só que, para alguns, isso é suficiente para concluir que o ato administrativo é sempre vinculado quanto aos fins; e, para outros, como a lei não estabelece critérios objetivos para a identificar, no caos concreto, o que é interesse público, restaria certa discricionariedade para o administrador público.

Quanto ao objeto – efeito jurídico imediato que o ato produz – é pacífico na doutrina que existe discricionariedade. Ocorre quando a lei confere à Administração mera faculdade de agir, ou lhe dá mais de uma opção para agir. Ensina Di Pietro, que pode tanto a lei prever um único efeito jurídico ou dois ou até mais efeitos jurídicos. Exemplificando, a autora propõe que pode a lei prever para determinada infração, unicamente aplicação de multa (um efeito jurídico), a aplicação de multa ou suspensão (dois efeitos jurídicos), cabendo à Administração qual a penalidade cabível.<sup>34</sup>

Por fim, no tocante aos motivos do ato administrativo, existe consenso a respeito da possibilidade de discricionariedade nesse elemento. Nesse ponto, não podemos deixar de mencionar, *ipsis litteris*, as palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>35</sup>, que aclara com exatidão o tema, nos seguintes termos:

Define-se motivo como o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o fato descrito na norma (hipótese da norma) como fundamento de determinado ato. Pressuposto de fato, como o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. Para que este seja legal, é necessário que haja uma coincidência entre o motivo de fato e o motivo de direito previsto na lei. Dependendo de como o legislador define os fatos ensejadores de determinada conduta da Administração, poderá haver discricionariedade ou motivação quanto ao motivo.

---

<sup>33</sup> Op. cit. p. 85.

<sup>34</sup> Op. cit. p. 81.

<sup>35</sup> Op. cit. p. 83.

Haverá *vinculação* do motivo, quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos temáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva. Exemplo: terá direito à aposentadoria o funcionário que completar 35 anos de serviço público ou 70 anos de idade...

Ao contrário, haverá *discricionariedade* quando:

1. a lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração *ad nutum*); não há qualquer motivo previsto na lei para determinar a prática do ato; em casos como esse, cabe à autoridade escolher o motivo (desde que legal) que a levará a praticar determinado ato;

2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar 'falta grave' ou 'procedimento irregular', sem definir em que consistem; ou quando exige para o provimento de certos cargos, 'notável saber'; enfim, sempre que a hipótese da norma se refere a *conceito de valor*, como ordem pública, moralidade administrativa, boa-fé, paz pública e tantas outras de uso frequente pelo legislador.

### 5.5.3 Discricionariedade na norma jurídica

Essa visão doutrinária tem muita força na doutrina nacional e ganha muitos adeptos de grande quilate, pois é o posicionamento externado pelo respeitado jurista Celso Antônio Bandeira de Mello.

Segundo esse autor, seguindo as lições de Hans Kelsen, a norma jurídica se compõe de duas partes: a primeira denominada hipótese da norma, pela qual a lei faz uma descrição de fatos que podem ocorrer, e a segunda, chamada de mandamento da norma, em que a lei determina qual a atitude a ser tomada caso a hipótese da norma venha a ocorrer. Ocorrendo o fato descrito na hipótese da norma, incide o efeito jurídico descrito no mandamento da norma.

Como fizemos acima com da professora Di Pietro, transcrevendo *ipsis litteris*, a preciosa lição, faremos agora com os ensinamentos do ilustre autor Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>36</sup>, e após trataremos algumas conclusões.

Leciona o autor que, a discricionariedade pode decorrer:

I) *da hipótese da norma*, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou a omissão em descrevê-lo. Pode também derivar

II) *do comando da norma*, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que se revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.

Acrescenta ainda, em descompasso com a doutrina esmagadoramente predominante, que a discricção pode resultar ainda

III) *da finalidade da norma*. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluídos ou indeterminados) e não unissignificativos.

(...)

Assim – repita-se – a discricção administrativa pode residir na hipótese da norma, no caso de ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito através de palavras que recobrem conceitos vagos fluídos e precisos. Pode residir no comando da norma, quando nele se inculca ao administrador certa margem de liberdade para decidir-se se pratica ou se não pratica dado ato e em que momento o faz ou mediante que forma jurídica o revestirá, ou, ainda, que ato pratica diante daquelas situações fáticas. Finalmente, pode residir na finalidade da norma, pois, como ela serve de diretriz para intelecção dos demais elementos da estrutura lógica da norma, se a finalidade é um valor – como deveras o é – e se os valores não são

---

<sup>36</sup> Op. cit. p. 19.

unissignificativos, a fluidez da finalidade reflui sobre o pressuposto de fato”.

Por uma questão didática e para facilitar a compreensão do tema, que a doutrina nacional faz parecer complexo pelo uso indiscriminado de várias palavras para definir a mesma coisa, passamos às conclusões que compõem o substrato da discricionariedade administrativa.

Estudando as lições supra transcritas, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antonio Bandeira de Mello, concluímos que ambos, apesar da terminologia diferente, têm visões absolutamente convergentes.

Primeiro. Quando se referem à forma, Di Pietro, em tópico separado quando trata dos elementos do ato administrativo, e Bandeira de Mello, dentro do mandamento da norma, concluem pela possibilidade de discricionariedade.

Segundo. Em relação à discricionariedade na finalidade da norma, ambos são congruentes no tocante à sua existência, quando a lei faz uso dos conceitos jurídicos fluídos ou indeterminados.

Terceiro. Quando Di Pietro se refere ao motivo do ato, cita a hipótese da norma, e, Bandeira de Mello, quando se refere à hipótese da norma, cita o motivo do ato administrativo.

Quarto. Mesma sorte assiste ao objeto do ato. Quando Di Pietro se refere ao objeto do ato, faz menção a hipótese da norma, e citando as hipóteses de atuação discricionária do administrador, Bandeira de Mello dá a entender que trata do objeto do ato administrativo. Tanto é que, prosseguindo em sua obra, conclui que “a discricção administrativa vai se expressar em um único elemento que é o conteúdo do ato”. E todos sabemos que, o conteúdo do ato é modernamente chamado de objeto, em linguagem menos exata, pois autores como Zanobini diferenciam objeto de conteúdo, que nada doutrina brasileira tem o mesmo significado.

## 6. CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

### 6.1 Introdução

**O que se observa por um amplo prisma ao longo da evolução do conceito de discricionariiedade administrativa, é uma verdadeira queda de braço entre a liberdade da Administração Pública representada pelo Poder**

**Executivo e o controle judicial dessa liberdade representada pelo Poder Judiciário.**

**O que se pode observar, é que nessa compreensão teórica da discricionariedade, a liberdade incontrolável da Administração Pública vem paulatinamente perdendo terreno e, a possibilidade de controle dos atos discricionários, é cada vez mais concreta, o que a meu ver, se alinha com a realidade jurídica e social, que vivemos.**

**Os Poderes do Estado, Executivo e Judiciário, medem forças para saber quem pode mais. Mas a verdadeira questão não é saber, “quem pode mais”, e sim como se pode atender de forma mais eficiente o interesse público. E a solução encontra-se na própria Constituição que instituiu esses poderes, quando, sabiamente, o titular do Poder Constituinte originário previu a harmonia entre os poderes do Estado.**

**E é nessa linha que se desenvolve nosso trabalho, conferindo maior autonomia ao Poder Judiciário para realizar o controle dos atos administrativos que se apresentam sob a forma discricionária, por entender que essa nova concepção de discricionariedade administrativa se alinha com os ditames constitucionais e com o senso de justiça existente na sociedade atual.**

## **6.2 Fundamentos do controle**

**Não obstante a mutação e a inconstância da compreensão teórica da discricionariedade, persistiu, ao longo de várias décadas, ou até séculos, a idéia de imunidade judicial do ato revestido do rótulo da discricionariedade.**

A fim de reformular essa antiga concepção, conferimos nova roupagem à discricionariedade, o que repercute diretamente no seu controle judicial, a fim de evitar a prática de arbítrios e abusos do administrador público, dos quais o nosso currículo histórico brasileiro é, infelizmente, cravejado.

A nosso juízo, o controle judicial da discricionariedade administrativa é perfeitamente possível, e até necessário, para se atender as imposições constitucionais.

Para sustentar a possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa, é imperativo fixar, de início, determinadas premissas que servirão de supedâneo para o desenvolvimento das conclusões que, de outra sorte, não encontrariam arrimo.

Conforme amplamente abordado pela parte introdutória do trabalho, a evolução do Estado traz em suas dobras duas outras evoluções, paralelas, que guardam íntima relação com o controle judicial da discricionariedade.

A primeira evolução, diz respeito à concepção política da sociedade.

Vimos que a evolução da sociedade, do pensamento filosófico dominante no tempo, é capaz de mudar a concepção do Estado, que nada mais é do que uma constituição política criada pelo poder dominante na época.

Como fruto do poder dominante surgiu, primeiramente, o Estado monárquico, com elevado poder de polícia para proteger os interesses da força dominante na época que era a burguesia, interessada em ter um Estado forte capaz de proteger seus produtos. Posteriormente, com a mudança da idéia dominante, surgiu o Estado liberal, fruto dos pensamentos filosóficos do liberalismo, que previa um Estado-mínimo, com interferência ínfima na vida privada dos cidadãos, e que faliu justamente por isso, vez que agravou as desigualdades sociais.

**Finalmente, surgiu o modelo estatal vigente, o Estado-providência, que é preocupado com os seus cidadãos, e que tem compromisso com a garantia de proporcionar condições mínimas de sobrevivência aos seus governados.**

**E esse é o Estado brasileiro, um estado tipicamente social democrático de direito e umbilicalmente ligado às satisfações do interesse público. Temos assim, ascensão do interesse público como fim único do Estado, e por consequência, a sua indisponibilidade e sua supremacia frente ao interesse particular.**

**Basta que se faça uma leitura da Constituição Federal de 1988, para se observar a elevada quantidade de dispositivos que se referem ao vínculo Estado-interesse público.**

**Para citar alguns, partimos do artigo 1º da C.F<sup>37</sup> que fixa, como fundamentos sociais da República Federativa do Brasil, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o que se confirma no artigo 3º da Constituição Federal<sup>38</sup>, que atribui ao Estado, entre outros objetivos, o de garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.**

---

<sup>37</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Determina:

Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

<sup>38</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Determina:

Artigo 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

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

Além disso, o Título VII ,referente à ordem social, que tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social (artigo 193 C.F), com normas em grande parte programáticas, voltadas para a seguridade social, a saúde, educação, cultura, segurança e manutenção da família, criança, adolescente, índio, enfim, é a coroação de um Estado que se justifica na medida em que garante um mínimo de sobrevivência aos seus cidadãos.

Desse modo, o primeiro fundamento que possibilita o controle judicial da discricionariedade administrativa é o fundamento político, extraído da nossa Carta Constitucional, a qual fixa um vínculo imutável do Estado com o interesse público, e nos faz concluir que, quando o interesse público for desrespeitado ocorrerá uma desfiguração do próprio Estado, será um atentado contra a vontade dominante da sociedade, que instituiu, em Assembléia Constituinte, o Estado Brasileiro, ferindo diretamente a legitimidade do Estado. Logo, essa violação é a mais grave lesão que o Estado pode receber, pois fere a sua própria identidade. Portanto, tal agressão é, por óbvio, passível de correção.

Paralelamente à evolução política do Estado que culminou com a idéia da vinculação absoluta do Estado ao interesse público, ocorreu uma evolução jurídica, que transformou a concepção do controle judicial.

Durante toda sua evolução, no ciclo de transição de poder político para poder jurídico, a discricionariedade vem ao longo dos anos ganhando uma roupagem mais jurídica, mais próxima do verdadeiro interesse público e mais distante do arbítrio do administrador público.

Passada a fase do direito meramente formal, a comunidade jurídica passou a conferir uma carga de valores axiológicos e sociais ao conceito de Direito.

Nessa esteira, define Germana de Oliveira Moraes<sup>39</sup>, que “o antigo direito por regras passou a ser encarado como direito por princípios”.

Com maestria, David Duarte<sup>40</sup> afirma que “a absorção normativa da discricionariedade vem reequacionar o modo como se efectua a articulação entre a actividade administrativa e o controle jurisdicional”.

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>41</sup>, trata essa evolução como uma evolução do conceito de legalidade, que hoje em dia não mais se constitui apenas de uma regra formal, mas mais do que isso, incorporou um sentido material, abordando todas as regras e princípios de direito, sendo considerado agora, legalidade em sentido amplo. Afirma que:

...em sentido amplo, o princípio da legalidade adquire um conteúdo axiológico, que exige conformidade da Administração Pública com o Direito, o que inclui, não apenas a lei, em sentido formal, mas todos os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico do Estado, de Direito Social e Democrático. Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da legalidade constitui o limite único à discricionariedade administrativa.

No rastro desse ensinamento, passamos a perscrutar no ordenamento jurídico, em especial na Constituição Federal, quais os dispositivos legais que fundamentam o controle judicial.

Logo encontramos, um dispositivo capaz de espancar qualquer dúvida acerca da possibilidade do controle judicial da discricionariedade administrativa.

No inciso XXXV, do artigo 5º, a Constituição Federal é categórica ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”.

---

<sup>39</sup>MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 31.

<sup>40</sup>DUARTE, David. apud Germana de Oliveira Moraes, op. cit., p. 31.

<sup>41</sup>Op. cit. p. 37.

Assim, a Constituição consagra o *princípio da inafastabilidade da jurisdição*, pelo qual, não existe no Estado nacional qualquer lesão ou ameaça de direito imune ao controle judicial, mormente quando se tratar de direitos fundamentais do cidadão como vida, liberdade, segurança, saúde, educação, moradia, e o agressor for o próprio Estado, por seu agente no uso do poder discricionário.

Pelos argumentos acima aventados, estreme de dúvidas que a discricionariedade administrativa pode, e deve, ser controlada pelo Poder Judiciário, cabendo a nós apenas operacionalizar e concretizar esse controle.

Antes disso, é fundamental que façamos comentários acerca do artigo 2º da Constituição Federal, que poderia suscitar alguma controvérsia.

Giza a Constituição Federal de 1988, que:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Para a queda de braço inicialmente citada, entre Poder Executivo e Poder Judiciário, o legislador pátrio, valendo-se dos ensinamentos do filósofo francês Montesquieu, ofereceu de forma sábia uma solução.

Previu ao mesmo tempo, características aparentemente antagônicas, que são a independência e harmonia dos Poderes.

Desse modo, pisamos sobre ovos, caminhamos sobre um terreno extremamente delicado, de fronteiras bem tênues, vez que necessitamos de um controle judicial tão arrojado, que venha a controlar a discricionariedade administrativa e satisfazer o interesse público quando violado, e, tão comportado, que não adentre a função típica do Poder Executivo, arvorando-se o juiz, na condição de administrador público.

Veja bem. Um Poder Judiciário covarde, que não analisa uma causa em sua essência apenas pelo fato dela estar rotulada pela discricionariedade administrativa, corre o risco de desfigurar Estado pela desatenção, por parte

de um dos Poderes do Estado, do interesse público. Por outro lado, um Poder Judiciário arrogante, peitudo, que fiscaliza de forma absoluta todos os atos do administrador público, também desfigura o Estado, na medida em que usurpa do poder e faz às vezes do Poder Executivo.

Por um lado, desatende-se a harmonia dos Poderes, que é um imperativo, pela inércia absoluta. Por outro, desatende-se a independência dos Poderes, pelo excesso de intromissão.

A solução é encontrada, quando se fixa um meio termo.

Apesar de aparentemente contraditórios, os valores podem, perfeitamente, conviverem em paz, sem que um anule o outro. A intenção do legislador constituinte foi criar um sistema de freios e contrapesos entre os poderes, conhecido por sistema dos *checks and balances*, para permitir uma convivência dos poderes, mediante fiscalização entre um e outro, para, em todos os atos estatais, resguardar a consecução do interesse público.

Em nosso tema, esse sistema se afigura quando se tem um controle judicial que seja eficiente à ponto caminhar até o limite permitido ao Poder Judiciário pela expressão constitucional “harmonia”, e seja comedido ao ponto de respeitar as funções típicas do Poder Executivo, atendendo a expressão “independência”.

Vale dizer que, a tripartição dos poderes não só permite, como exige, a realização do controle judicial, quer pela razão política de se alcançar o bem comum, quer pela razão jurídica do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Por esses fundamentos, e constatando que atualmente o Poder Judiciário não exerce plenamente sua função constitucional pois se furta à análise do mérito do ato administrativo revestido da discricionariedade administrativa, o presente trabalho se dedica a fornecer parâmetros para que o Judiciário possa caminhar mais um pouco nessa harmonia dos poderes, e assumir sua verdadeira função, pois encontra-se distante da linha que o

**divide do Poder Executivo, e infelizmente, esse espaço entre ambos, tem servido de terreno para violação do interesse público.**

### **6.3 Parâmetros ao Controle**

**Para que haja um controle judicial efetivo, e ao mesmo tempo, respeitoso no tocante as funções do Poder Executivo, é imperioso que existam parâmetros para que se realize o controle judicial.**

**Esses parâmetros são trazidos por um único princípio, o princípio da legalidade em sentido amplo, que traz consigo, todos os princípios e regras do direito pátrio, traduzindo uma verdadeira conformidade da discricionariedade administrativa com o Direito.**

**Tais princípios e regras formam um modelo legal, ao qual o ato administrativo discricionário é submetido, para então produzir seus efeitos.**

**Esse modelo legal é constituído, volto a repetir, de todas as regras e princípios no direito brasileiro vigente.**

**Em relação ao controle da discricionariedade administrativa face as regras de direito, ou seja, face às espécies normativas existentes em nosso ordenamento jurídico pátrio, ou direito posto, não existem maiores considerações a serem feitas, uma vez que tal controle revela-se simples, pois trata-se de mera constatação da conformidade do ato com o enunciado legal, transformando-se em um processo quase mecânico.**

**Por sua vez, o controle da discricionariedade frente aos princípios de direito revela-se intrigante, pois envolve a valoração de elementos subjetivos, e exige bom senso e aguçado sentimento de justiça de seus operadores.**

Trataremos, portanto, daqui por diante, dos princípios que modernamente compõe o conceito de legalidade em sentido amplo, e dão nova feição ao controle judicial da discricionariedade administrativa.

Princípios, conforme conceito que cunhei na leitura das diversas obras jurídicas, são valores que conferem ao ordenamento jurídico estrutura e coesão, constituindo o alicerce fundamental para se determinar o sentido e alcance das expressões de direito. Também, orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação, quer para sua integração ou elaboração.

Segundo lição de Ada Pellegrini Grinover, dentro da teoria tridimensional do direito criada por Miguel Reale, fato-valor-norma, os princípios encontram-se entre o valor e a norma, ou seja, entre a deontologia e a epistemologia.<sup>42</sup>

É imprescindível lembrar, que a violação à lei, é vista como ilegalidade. Por seu turno, a violação à princípios é muito mais contundente, porque, conforme brilhante lição de Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>43</sup>

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. 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 ingerência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

### 6.3.1 Princípios constitucionais da administração pública

---

<sup>42</sup>GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria Geral do Processo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 50.

<sup>43</sup>BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 451.

Os princípios constitucionais da Administração Pública são aqueles que determinam valores jurídicos, diretrizes para o funcionamento desse Órgão criado para a satisfação das necessidades sociais e que, tamanha importância para o administrador público, foram alçados à nível constitucional.

Estão previstos no artigo 37, “caput” da Constituição Federal<sup>44</sup>, e são eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Estes princípios devem servir ao administrador público como verdadeira oração, que oriente toda a sua atividade dentro do Órgão estatal, sob pena de se cometer pecados capitais, que levem à Administração a uma atuação patológica, e conduza o ato à anulação.

#### 6.3.1.1 Princípio da legalidade

Tal princípio é de suma importância para a Administração Pública, pois, conforme a evolução demonstrada na parte inicial do nosso trabalho, hoje temos uma Administração inteiramente submetida ao Direito, somente agindo quando houver lei que autorize determinado ato, o que configura a máxima de que “só cabe à Administração Pública fazer aquilo que é permitido por lei”.

Nesse diapasão, o princípio da legalidade serve de limite à discricionariedade administrativa porquanto, se o ato administrativo, ainda que sob o rótulo da discricionariedade não tiver assento em lei, será nulo *pleno iure*, e, portanto, passível de correção pelo Poder Judiciário.

É oportuno salientar, que tratamos aqui do princípio da legalidade em sentido estrito, que compreende apenas a lei em sentido formal, isto é,

---

<sup>44</sup> Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

aquela emanada do Poder Legislativo após seu devido procedimento legislativo.

#### 6.3.1.2 Princípio da impessoalidade

Esse princípio reflete a preocupação da Constituição com a busca da finalidade da administração pública: o interesse público. Daí surgirem vozes na doutrina que o batizam de princípio da impessoalidade ou da finalidade.

Impessoal é aquilo que se destina de forma difusa aos cidadãos, atendendo o interesse de toda a coletividade. Não se coaduna com a finalidade de satisfazer de forma direta interesse privados, próprios do administrador ou de terceiros, o que caracterizaria *desvio de poder* ou *desvio de finalidade*.

Preocupa-se a Constituição em garantir que a máquina administrativa seja colocada em disposição à satisfação de interesses sociais, e não seja usada para instituir favoritismos pessoais ou como meio de perseguições pessoais.

A legislação infraconstitucional, mais precisamente a Lei nº 4.717/65, art. 2º, “e”, conhecida como lei da ação popular, tratando do tema, afirma que desvio de finalidade é o “fim diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na regra de competência” do agente.

Portanto, qualquer finalidade diversa da satisfação da necessidade pública, será considerada finalidade pessoal, o que viola o princípio constitucional da impessoalidade e, temos aqui, mais um limite ao administrador público no exercício do poder discricionário.

Assim, além de formalmente adequado (para atender o princípio da legalidade estrita) o ato administrativo discricionário sempre deverá atender interesses impessoais, coletivos, sociais, e nunca interesses exclusivamente privados próprios do administrador ou de terceiros.

### 6.3.1.3 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade vem conferir mais coesão ao ordenamento jurídico uma vez que acrescenta aos valores jurídicos, valores morais, trazendo para dentro da órbita jurídica a discussão entre bem e mal, honesto e desonesto.

Dessa forma, por imposição constitucional, não basta ao administrador simplesmente atuar; deve ele atuar observando o que é honesto e voltando seus fins para o interesse público, para atender às prescrições constitucionais. Assim, cria-se o que se chama na doutrina de teoria da boa administração ou do bom administrador, que exige uma atuação condizente com valores morais como justiça e honestidade.

Portanto, quer se adote a idéia de Bentham<sup>45</sup>, que afirmava Direito e Moral formarem círculos concêntricos ou Ballesteros<sup>46</sup>, que afirmava Direito e Moral formarem círculos secantes, é inegável que, atualmente, a moralidade faz parte do ordenamento jurídico de forma expressa, ficando compreendida pelo direito positivo, mormente pelo direito constitucional.

Há que se frisar, entretanto, que a moralidade que orienta o administrador público não é somente aquela moral comum, mas é uma moral jurídica, denominada também de moral administrativa, e que compreende uma observância do administrador público das regras éticas que compõe seu mister.

Diz Hauriou<sup>47</sup> que:

---

<sup>45</sup> BENTHAM. apud Carlos Roberto Gonçalves, *Sinopses Jurídicas*, D. Civil, Parte Geral, vol. 1, 8. ed. São Paulo: Saraiva, p. 3.

<sup>46</sup> BALLESTEROS, Alberto Montoro. *Sobre las relaciones entre moral y derecho*. Granada, 1988.

<sup>47</sup> HAURIOU, Maurice. *Précis élémentaires de droit administratif*, apud Hely Lopes Meirelles, op. cit. p. 83.

a moral comum é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

Trata-se, portanto, de uma moral qualificada, que se destina a traçar padrões morais aos agentes públicos que, em última análise, exercem uma função pública que, conforme ensinamento anterior, representa o uso de poder para a consecução de interesse alheio, no caso, o interesse público.

É oportuno ressaltar que fala-se muito, na doutrina administrativa, acerca da teoria do desvio de poder, que nada mais é que violação do modelo legal vigente no que tange a moralidade ou probidade do administrador público. Isto posto, tendo em vista a sua absorção pela tese ora apresentada, deixo de fazer maiores considerações.

#### 6.3.1.4 Princípio da probidade

O conceito do vocábulo probidade remonta o direito romano, e deriva da expressão *probus* que significa ser honesto.

Em nível constitucional, este princípio implica um dever ao administrador público de velar pela *res publica*, no interesse dos cidadãos.

Em nível infraconstitucional, tal princípio vem tratado *contrario sensu*, isto é, a legislação trata daquilo que é improbidade administrativa, definindo seu sentido e suas conseqüências.

Basta que se analise a Lei Federal 8.429/92 para se observar quais as sanções aplicáveis aos casos de improbidade administrativa que importem: a) enriquecimento ilícito (art. 9º); b) prejuízo ao erário público (art. 10); c) violação aos princípios da Administração Pública (art. 11).

**Tem-se, portanto, que o princípio da probidade figura igualmente como limite à discricionariedade administrativa e, assim, se violado, dá ensejo à correção jurisdicional.**

#### **6.3.1.5 Princípio da eficiência**

**Do mesmo modo que a probidade, a eficiência traduz-se num dever da Administração Pública com os administrados, e funda-se na premissa de “alcançar o máximo de resultados com o mínimo de recursos”.**

**O dever de eficiência revela também o dever de boa administração, tanto que um dos seus reflexos é, segundo a legislação infraconstitucional, a dispensa do servidor público estável em razão de seu desempenho no procedimento de avaliação periódica.**

**Da mesma forma que os outros princípios que integram o conceito de legalidade em sentido amplo, o princípio da eficiência possibilita ao magistrado controlar o ato administrativo discricionário, quando este violar os limites definidos pela eficiência.**

**Desse modo, apesar do administrador público gozar de certa liberdade nas suas decisões, é imperioso que a sua opção seja por aquela que mais atenda à eficiência constitucional exigida na Administração Pública, sob pena de anulação de seu ato face a violação do princípio.**

#### **6.3.2 Princípio da supremacia e indisponibilidade do interesse público**

**Quando se fala em interesse público, devemos lembrar o seu duplo aspecto: supremacia do interesse público e indisponibilidade do interesse público.**

No que tange a supremacia vale lembrar que é fruto de uma inversão no pensamento da sociedade, que entendeu por bem beneficiar a maioria social em detrimento da vontade particular, e para tanto, criou um Estado que tenha por finalidade buscar, incansavelmente, a realização desse interesse público. É o direito da maioria.

Assim, como consequência lógica da supremacia, surge a idéia da indisponibilidade do interesse público. É um mandamento dirigido ao Estado, que não pode se desviar do interesse público, sob pena de negar o próprio poder social que o concebeu.

Ante as premissas que o interesse público é supremo e indisponível para o Estado, passo a desvendar o que é interesse público.

Primeiramente, lanço mão da Teoria Geral de Direito, para conceituar interesse como situação favorável à satisfação de uma necessidade.

Assim, se desenvolve a relação humana individual: surge a necessidade e, por conseguinte, o interesse em satisfazê-la. Nesse contexto, interesse público é a situação favorável à satisfação de uma necessidade coletiva.

É imperioso lembrar que discutimos esse conceito na seara de uma ciência humana e não exata. Portanto é impossível apresentarmos uma fórmula mágica e perfeita que possa apontar com precisão quando existe ou não o interesse público, como faz um cientista usando reagentes na ciência química ou ainda, como os matemáticos, usando teoremas e atingindo resultados que não admitem contestação.

Na ciência humana, pela impossibilidade de determinação precisa e exata, lidaremos sempre com a idéia de ideal médio, aquilo que está no inconsciente coletivo, formado pelo conjunto de valores dos homens comuns, valendo-nos sempre, de padrões que vão da linha do tolerável à linha do intolerável, e não de fórmulas exatas.

Em razão de tratarmos de valores subjetivos, é impossível que tenhamos consenso, unanimidade acerca da definição exata de interesse público. Entretanto, por lidarmos com o direito da maioria, torna-se possível a definição de padrões médios, isto é, aquilo que atenda de forma mais efetiva um número maior de pessoas.

Ora, basta perquirirmos a nossa própria consciência para sabermos o que se encaixa dentro de padrões aceitáveis e padrões inaceitáveis dos valores sociais. Usando dessa arma que é o padrão do ideal médio, logo de plano já arrostamos interesses que sabidamente não são interesses públicos.

Por exemplo, perguntando a qualquer transeunte que circule pela rua, se é do interesse público que se construa um lago gigantesco no centro da cidade com jet-sky e lanchas para todos os cidadãos passearem e se divertirem com churrasco de picanha servido à vontade, tudo custeado pelo dinheiro público, é certo que chegaríamos a mesma resposta, qual seja, não.

Talvez essa resposta possa vir a ser positiva, em um caso excepcional, por exemplo, uma cidade turística que tenha interesse em atrair um número maior de visitantes e assim, aumentar a circulação de riquezas na cidade trazendo progressos ao comércio, gerando empregos.

No entanto, primeiramente, trabalharemos com condições normais para depois tratarmos de situações excepcionais.

Observa-se assim, que o desafio do operador do direito é encontrar, no rol de interesses existentes no meio coletivo, quais são de primeira grandeza, e quais são de segunda grandeza.

Renato Alessi, referindo-se ao tema, usa a expressão interesse público primário para definir o interesse social, e interesse público secundário para definir aquilo que o Estado considera essencial para a comunidade do

povo.<sup>48</sup> Usaremos nesse trabalho, as mesmas expressões, mas em sentido diverso. Quando nos referirmos à interesse público primário estaremos tratando de valores fundamentais que confirmam um mínimo de existência digna ao cidadão; quando falarmos em interesse público secundário, trataremos de valores que apesar de positivos ao cidadão, não se revestem do caráter de fundamentalidade.

Passamos então a encarar o primeiro desafio, que é diferenciar, em condições normais, no conjunto de interesses coletivos, aquilo que é interesse público primário e interesse público secundário, sob o critério diferenciador da fundamentalidade para conferir um mínimo de existência digna ao cidadão.

A identificação do interesse público ocorre como a filtragem de uma quantia de água barrenta pelo filtro caseiro, que parte de uma água suja até alcançar a água pura. Num primeiro momento, existe no filtro uma peneira de redes mais espaçadas que tem por finalidade extrair aquilo que é maior, mais grosso, mais sujo. Na medida que a água vai ficando menos suja, que as sujeiras mais visíveis vão desaparecendo, é necessário que exista uma peneira mais fina que venha a segurar as sujeiras menos visíveis, que de tão sensíveis, chegam a se confundir com a própria água. Por fim, temos a água filtrada.

Assim acontece com o interesse público. Num primeiro momento, é necessário fazer a primeira distinção, que vai separar o interesse primário do secundário. Logo após, dentro do conjunto que compõe o interesse primário, será necessário o uso de uma segunda peneira que irá definir dentre interesses de mesma grandeza ou mesma classe, qual é o mais eficaz para atender a necessidade local.

A questão inicial é de pesar ou sopesar vários interesses sociais a fim de se definir quais são interesses fundamentais da coletividade, isto é, quais

---

<sup>48</sup>ALESSI, Renato. apud Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 43.

são os direitos fundamentais do cidadão que lhe confirmam, no mínimo, uma existência digna.

Iniciamos a busca da definição dos valores fundamentais pelo campo sociológico, para depois nos atermos à Lei fundamental do Estado, a Constituição Federal.

Vivemos, num passado próximo, um período nacional de eleições, no qual escolhemos o chefe do Poder Executivo do Brasil. Os candidatos ao mais alto cargo da Administração Pública, para conseguirem o maior número de votos, fazem propostas de governo para convencerem o povo daquilo que é o ideal fazer para que o país possa crescer e seus cidadãos tenham uma vida melhor. Em recente pesquisa de âmbito nacional, questionando o povo sobre quais os pontos centrais a serem enfrentados pelo futuro presidente da República, surgiu a segurança e o emprego como principais valores a serem resolvidos pelo próximo governo. Assim, é inegável que a emprego e segurança são tidos como valores fundamentais da sociedade brasileira.

Para sairmos desse campo abstrato e caminharmos num chão mais prático em busca do que é interesse público primário, basta que busquemos o que diz o legislador constitucional que, em Assembléia Constituinte, representando o povo, erigiu os interesses públicos primários em três momentos distintos.

O primeiro, é quando se refere aos fundamentos da República Federativa do Brasil, e expressamente trata da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III da Constituição Federal) e que é conceituada como um valor social e moral, e que exige um mínimo de respeito aos direitos e garantias fundamentais. Isso nos remete à análise do artigo 5º “caput” da Constituição Federal, que, dentro do capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais, trata do respeito e inviolabilidade da vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade. Assim, no artigo 5º “caput” da C.F-88, o

**legislador constituinte elencou aquilo que é considerado fundamental para o desenvolvimento digno do cidadão brasileiro.**

**Logo após, no inciso IV do artigo 1º da C.F-88, tratou o legislador constitucional dos valores sociais do trabalho, fazendo crer que a República do Brasil se ocupa da geração de empregos, sejam eles públicos ou privados mediante incentivos públicos.**

**Prosseguindo, encontramos no artigo 3º e seus incisos, os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, que são: construir uma sociedade livre justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação.**

**Acrescente-se, por último, os direitos à vida e à educação, que igualmente estão previstos pela Constituição Federal, quando esta se refere à excepcionalidade da vinculação (ou afetação) da receita dos impostos<sup>49</sup>, dando a entender que, obrigatoriamente, o Administrador Público deverá investir um mínimo de recursos financeiros para garantir tais direitos, reconhecendo-os como fundamentais.**

**Ademais, por experiência de vida, ao longo das minhas duas décadas de existência, pude constatar que todos os brasileiros, sem exceção, qualquer que seja a idade, tem o binômio saúde-educação cravado em seus valores, que juntos, compõe aquele conjunto de valores comuns à uma sociedade organizada, chamado de inconsciente coletivo.**

**Desse modo está definido o conjunto de interesses sociais de primeira grandeza, tratados aqui como interesses públicos primários, que são: valor social do trabalho, dignidade da pessoa humana que traz em suas dobras a**

---

<sup>49</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Determina:

Artigo 167. São vedados:

IV – a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo u despesa, ressalvadas a (...) destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde e para a manutenção e desenvolvimento do ensino, como determinado, respectivamente, pelos arts. 198 § 2º e 212 (...).

vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, e, por fim, saúde e educação.

Poderia se questionar, mas porque são estes e não outros? Ora, porque o povo brasileiro entende que são estes os valores que, se atendidos, são capazes de conferir dignidade ao cidadão brasileiro. Tanto é assim, que criou um modelo Estatal destinado à garantir um mínimo de existência digna ao cidadão brasileiro, isto é, um Estado comprometido com os valores sociais.

Disso desume que, vivemos em um Estado social, comprometido com a existência digna de seus concidadãos, e como lei fundamental uma Constituição dirigente, isto é, que indica os caminhos e traça planos a serem seguidos pelo Estado.

Isto não quer dizer que os valores acima elencados são permanentes e imutáveis. Pelo contrário. Aqueles são os valores eleitos pela nossa geração, pela sociedade existente no tempo presente, o que não impede que com o decorrer dos tempos e com a evolução, novos valores vão surgindo e os já existentes caem em desuso. Podemos concluir então, que a escolha dos valores tem como característica a mutabilidade, ou seja, são valores sociais primários, aquilo que por determinada comunidade e em determinada época, é considerado fundamental. O fato é que, atualmente, são aqueles os valores tidos por fundamentais pela sociedade brasileira.

Somente por ilustração, é oportuno lembrar a mudança de valores ocorridas na história mundial. Sob o império do feudalismo, era comum o sacrifício da maioria em benefício do individual, ou seja, todos eram escravos ou vassalos e trabalhavam incessantemente para que o senhor feudal e sua família desfrutasse de conforto extremo. Modernamente os valores se inverteram. Vivemos sob a idéia do bem estar da maioria, temos isso como valor central da nossa coletividade, é mais aceitável o sacrifício individual em benefício comum do que o inverso, consagrando o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

**Portanto, o primeiro padrão ideal médio apresentado, reflete o conjunto de valores considerados fundamentais pela sociedade brasileira atual para que aqueles que vivam no Estado Brasileiro tenham uma existência, no mínimo, digna. São os valores do trabalho, da vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade (moradia), saúde e educação.**

**Vencida a primeira etapa e detectado o interesse público primário, ou seja, os valores sociais fundamentais que compõe esse conceito, passamos a definir a importância dos Poderes em relação a esses valores.**

**Dentro do conjunto de valores que compõe o interesse público primário, qual deve prevalecer? Essa questão é que provoca na doutrina batalhas gigantescas e que nos propomos a enfrentar a partir de agora.**

**Surge então, a fundamental importância do Poder Executivo, qual seja, detectar, diante do caso concreto, qual dos valores sociais fundamentais que compõe o conceito de interesse público deverão ser atendidos pelo ente estatal a que representam. Assim, o chefe do Poder Executivo, no desempenho de suas funções típicas e usando de sua sensibilidade social para sentir a necessidade local poderá definir quais as atitudes estatais deverão ser tomadas para satisfazer o interesse público primário.**

**Eis a função típica e exclusiva do Poder Executivo. Detectar a necessidade social primária e tomar medidas que venham a satisfazer essas necessidades sociais.**

**Se acima nos valem da Teoria Geral do Direito para conceituar o que é interesse, aqui invocamos mais uma vez esse ramo da ciência jurídica para definirmos necessidade.**

**Para a Teoria Geral do Direito, o homem é um ser dotado de projeção, isto é, nunca está contente com aquilo que tem, e vive um ciclo de progresso. Assim, surge a necessidade do homem, que significa essa busca humana incessante de alcançar aquilo que está adiante. Transportando essa idéia ao campo público temos então que, a necessidade pública é a busca incessante da coletividade no sentido daquilo que ela ainda não conseguiu.**

**Se vivemos em uma sociedade que ainda não conseguiu nada, ou quase nada, a primeira passo é buscar o mínimo, que seria a necessidade fundamental para que se conceda ao meio coletivo ao menos um mínimo de existência com dignidade.**

**Eis o ciclo da necessidade pública. Assim, quanto mais jovem o Estado, por exemplo, o Brasil que, historicamente, no desenvolvimento político, econômico e social é um país bastante jovem, mais fundamental se tornam as necessidades.**

**Na medida em que o país vai se desenvolvendo, e aquelas necessidades são satisfeitas, surgem novas necessidades públicas e novos interesses públicos a serem perseguidos pelo Estado.**

**Portanto, é notório que vivemos num Estado que vive ainda em busca de necessidades vitais de seus cidadãos.**

**Basta pegarmos como exemplo regional o Nordeste, em que a luta fundamental ainda é assegurar o direito à vida, para que seus regionais nasçam e mantenham a vida, com um mínimo de saúde e educação, para depois se buscar interesses primários outros como segurança e igualdade, e mais adiante ainda, se pensar em lazer e esportes, por exemplo.**

**Ora, é a lógica e o bom senso que indicam aquilo que é o interesse público. É possível que o Governo de um Estado contrate mil policiais militares para fazer a segurança de um município nordestino em que metade da população que nasce morre de fome, por desnutrição? É nítido que isso seria inversão de valores passível de controle judicial.**

**Desta feita, está determinado o louvável papel do Administrador Público, que é captar no seio social os anseios sociais e a partir daí tomar medidas que correspondam aos interesses públicos primários captados.**

**Então, apresentado abstratamente ao administrador público o rol de valores que compõe o interesse público primário, cabe a ele, e somente a**

ele, captar quais deles estão difusos na coletividade e quais as medidas a serem empregadas para sua satisfação.

Assim, apresento a segunda peneira que diferenciará quais dos valores sociais igualmente primários deverá prevalecer: aquele que o Administrador Público diante do caso concreto, entender que melhor atenda às necessidades públicas primárias dos cidadãos.

Retomando a idéia inicial de não oferecer fórmulas mágicas e exatas, apresento o padrão ideal médio a ser seguido pelo Administrador Público, em condições normais. É facultado ao administrador, um rol de valores sociais, todos que compõe o conceito de interesse público primário. Diante do caso concreto, no exercício de sua função executiva e valendo-se de sua sensibilidade social, deverá detectar quais as necessidades públicas primárias e, por conseguinte, quais os interesses públicos primários a serem buscados e, a partir daí, iniciar a execução para satisfação dessas necessidades.

Duas considerações devem de ser feitas para sustentar a presente proposição.

A primeira diz respeito às condições excepcionais. Uso dessa terminologia para açambarcar situações peculiares locais que indiquem a situação de um interesse público que, abstratamente, seria considerado secundário mas, no caso concreto, passa a se revestir da magnitude de interesse público primário.

Por exemplo, uma cidade turística que tem como potencial a exploração do turismo e que decida por bem, melhorar a condição de transporte público naquela cidade para atrair mais turistas, maiores investimentos, que gerará renda, empregos e desenvolvimento. Assim, aquele interesse que aparentemente seria secundário, é vital para o desenvolvimento da cidade, e, no caso concreto, se reveste do manto de interesse primário pois está de mãos dadas à um ou mais interesses públicos primários.

A segunda consideração é extremamente importante ao desenvolvimento deste trabalho e vital para que a proposta que nele se desenvolve seja aplicável no caso concreto. Temos que diferenciar necessidade pública de vontade pública.

A vontade pública, é aquilo que os cidadãos locais querem que se realizem naquele lugar. Já a necessidade pública é exigência de realização de determinado objeto para o desenvolvimento fundamental daquele povo, o que é diferente. É muito comum que ambas indiquem no mesmo sentido, ou seja, a vontade da população local é que seja atendida a necessidade social. Exemplo: Uma região que reconheça a grave crise educacional que atravessa e pleiteia junto ao prefeito medidas na área de educação. No entanto, nem sempre são convergentes, devendo o administrador público estar bem atento para que a máquina pública não se mova para satisfazer interesses secundários em preferência aos interesses primários. Exemplo: uma comunidade que padeça em razão de uma epidemia de certa doença e tenha séria carência na área da saúde, pleiteia como vontade pública, a construção de um campo de futebol.

Por isso digo que administrar o Poder Público tem ser um ato de amor, paterno-filial, pois o bom pai não dá ao filho sempre aquilo que ele quer, mas necessariamente dá ao filho, aquilo que ele precisa para crescer na vida.

Em conclusão, entendo que, em condições normais, existe um modelo constitucional abstrato de valores sociais fundamentais que compõe o conceito de interesse público primário e servem de padrão ideal para direcionar o Estado, e por lógica, toda a Administração Pública.

Em condições excepcionais, interesses aparentemente secundários podem se tornam interesses públicos primários se, no caso concreto, estiverem de mãos dadas com um interesse público primário.

Em ambas as situações, normal ou excepcional, temos o desenvolvimento fisiológico do Estado, pois direcionado à consecução do interesse público primário, fim único do Estado e razão de sua existência.

**Como é cediço, nem sempre o administrador público pauta suas condutas dentro do padrão ideal de valores fundamentais oferecidos pela Constituição Federal, desvirtuando toda a finalidade do Estado que é a consecução do interesse público primário. A essa forma de conduzir o Estado, é dado o nome de desenvolvimento patológico do Estado, o qual nos ocupamos no presente trabalho e que deverá ser submetido ao controle judicial.**

**Nesse contexto que envolve a valoração do interesse público, temos então, que o interesse público serve de elemento norteador das medidas a serem tomadas pelo administrador público e, além disso, serve de limite à discricionariedade administrativa, sendo que, quando extrapolado o limite daquilo que é considerado interesse público pelos critérios apresentados, poderá haver intervenção judicial sem que haja violação à independência constitucional dos Poderes. Pelo contrário, haverá, nesse caso, respeito à independência e cumprimento do imperativo constitucional que é a harmonia dos Poderes do Estado.**

### **6.3.3 Princípio da razoabilidade**

**O princípio da razoabilidade vêm, paulatinamente, como a chuva que faz barro no chão, ganhando terreno no direito brasileiro.**

**A jurisprudência nacional, em especial Tribunais de vanguarda, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e também o Tribunal de Justiça de São Paulo, vem aplicando amplamente o princípio da razoabilidade, como prova de sua importância para o direito pátrio.**

**A legislação, em sua posição mais conservadora, tem tratado timidamente da razoabilidade. Mesmo assim, é possível se encontrar referências ao princípio da legalidade no ordenamento jurídico pátrio.**

Primeiramente, é oportuno frisar que o princípio da razoabilidade constou no projeto original da Constituição de 1988, no artigo 37, mas posteriormente foi suprimido. No entanto, mantém seu *status* constitucional de forma implícita, quando a Constituição se refere ao devido processo legal.

A legislação infraconstitucional, por seu turno, mais atenta à realidade, trata expressamente da razoabilidade. Primeiro na Constituição do Estado de São Paulo, artigo 111.

Ademais, na Lei 9.784/99, artigo 2º, que trata do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Tal dispositivo legal determina a observância do critério de “adequação dos meios aos fins”, cerne da razoabilidade, e ainda, veda a “imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, traduzindo aí, o núcleo da noção de proporcionalidade.

Na doutrina, a discussão já se torna mais rica e profunda.

Segundo se observa pela obra dos autores que mais escreveram sobre o assunto, a razoabilidade têm origens distintas e conseqüências também distintas, mas todos os posicionamentos preservam o traço fundamental da razoabilidade, que é a compatibilidade, proporção entre os fins objetivados pela Constituição ou pela lei, e as medidas tomadas pelos Poderes.

Para aqueles que, como Ada Pellegrini Grinover, seguem a doutrina norte-americana, a razoabilidade têm origem no direito fundamental do devido processo legal, constituindo sucedâneo daquilo que se conhece, modernamente, por devido processo legal substantivo, ou seja, é necessário o respeito efetivo ao processo legal, e não apenas à sua forma. Vale salientar que essa corrente doutrinária, que encontra as origens da razoabilidade no devido processo legal e no direito norte-americano, têm maiores reflexos no

tocante à limitação ao Poder Legislativo, à função legiferante do Estado, que não é objeto do presente estudo.

De outra banda, juristas de renome como Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Celso Antonio Bandeira de Mello e Lúcia Valle Figueiredo, seguindo a doutrina francesa, ligam o princípio da razoabilidade com o princípio da proporcionalidade, que significa *proporcionalidade dos meios aos fins*. Em razão do princípio da proporcionalidade estar intimamente ligado ao Poder Executivo, à função administrativa do Estado, passo a tratar do aspecto administrativo da razoabilidade e definir o seu alcance.

Seja qual for o nome dado, princípio da proibição do excesso, hermenêutica do razoável, princípio da retidão dos fins, princípio da razoabilidade ou princípio da proporcionalidade, o que vale é a essência desse valor.

Fundamentalmente, a razoabilidade ou proporcionalidade impõe ao administrador público total observância da equação medidas tomadas e finalidade legal (interesse público), isto é, compatibilidade entre os meios e os fins.

Mais especificamente, no que tange à discricionariedade administrativa, significa a proporcionalidade entre a opção feita pelo administrador público e o atendimento efetivo à necessidade pública (finalidade legal).

Há que se frisar, que a conceituação da razoabilidade envolve um juízo subjetivo, ou seja, não é uma coisa concreta e taxativa que determina sem dúvidas se é ou não é. No entanto, é certo se afirmar que, em pontos extremos, podemos dizer o que é razoável e o que não o é; Entretanto, numa faixa cinzenta, numa zona de incerteza, não se pode afirmar com precisão. Então, como se distinguir o razoável do não razoável?

Conforme leciona Lúcia Valle Figueiredo<sup>50</sup>, “a razoabilidade deve ser aferida segundo critérios do homem médio, isto é, em congruência com as posturas normais ou já adotadas pela Administração Pública”.

Assim, torna-se mais palpável e concreta a atuação efetiva do princípio da razoabilidade. Quando nos extremos, pudermos afirmar e visualizar de forma nítida a distinção entre razoável e irrazoável, vêm o critério da proporcionalidade corrigir a Administração Pública. Aí a razão de se conceituar o princípio da razoabilidade com *princípio da proibição do excesso*.

Mais do que um princípio que venha delimitar o campo de liberdade do administrador público, a razoabilidade serve de critério tanto para o administrador público definir sua opção, quanto para o magistrado, no momento de controle do ato discricionário.

A razoabilidade é um critério do qual a Administração não poderá se desviar, sob pena de ter seu ato anulado pelo Judiciário, sob fundamento de violação de um dos princípios que compõe o conceito amplo de legalidade. Portanto, ato ilegal (que viola a legalidade) é ato nulo.

Assim, não é conforme a ordem jurídica a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus *standards* pessoais que, não obstante aparentar legalidade sob o rótulo da discricionariedade administrativa, acabe por violar a razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade, a supremacia do interesse público, ou a própria razão de ser da norma que conferiu a liberdade administrativa.

Vê-se, por fim que, o que existe na realidade, é uma verdadeira rede de princípios que limitam a atuação discricionária da Administração Pública e que, qualquer atuação que viole um desses valores, se resvalará em todos os outros, isto é, aquilo que é contra a moralidade administrativa, não atende ao interesse público e viola, por conseguinte o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins.

---

<sup>50</sup> *Curso de direito administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 48.

#### 6.4. Formas de controle judicial

**Ante tudo o que foi dito da discricionariedade administrativa, agora é hora de identifica-la no caso concreto e submete-la ao modelo legal vigente, representado pelo princípio da legalidade em sentido amplo.**

**Desse modo, o primeiro desafio que se propõe é identificar a discricionariedade administrativa.**

##### 6.4.1 Controle judicial positivo

**Conforme já estudado, quando a lei já estipula de forma vinculada qual a solução para o caso concreto, não há dúvida que o legislador impõe ao administrador a solução ótima ao caso concreto, a qual ele mesmo legislador, entende como ótima.**

**Existe, entretanto, outros casos em que o legislador confere liberdade ao administrador através da instituição do poder discricionário. Caberia então indagar: Nos casos em que a lei confere poder discricionário ao administrador, terá ela aberto mão do comportamento e do propósito plenamente adequado à melhor solução para o caso?**

**É obvio que não. A discricionariedade administrativa é a maior prova de que o legislador busca sempre a solução ótima para os casos em que atue a Administração Pública.**

**Em primeiro lugar, isto é postulado por uma idéia muito simples. Não seria admissível que a lei, podendo fixar uma solução considerada ótima para determinado caso, conferisse discricionariedade para que o administrador, indiferentemente, optasse por uma solução ruim ou sofrível. Pelo contrário, a instituição do poder discricionário é a prova cabal de que a**

lei, não podendo prever objetivamente qual a solução ótima para o caso, confere ao administrador esse poder de elegê-la, diante do caso concreto.

Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivela para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trate de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre propõe isto. Se o comando da norma sempre propõe isto, e se uma norma é uma imposição, o administrador está então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.<sup>51</sup>

Um exemplo criado com perfeição poderá aclarar essa idéia:

Figurem-se duas hipotéticas normas. Uma, que dissesse: terão direito a internamento gratuito nos hospitais públicos, os doentes que ganharem até um salário mínimo. Seria uma forma possível de criar, para a Administração Pública, o dever de internamento gratuito de certas pessoas enfermas que recorressem aos hospitais públicos. Neste caso, não haveria discricção nenhuma. Apresentar-se-ia o individuo que estivesse doente, comprovar-se-ia o fato por um exame técnico e o paciente demonstraria perceber apenas um salário mínimo. Haveria vinculação no comando da norma, e haveria também vinculação com relação ao pressuposto: ganhar tanto. Seria uma possível lameira de se regular tal assunto. Mas a lei poderia dispor sobre esse mesmo tema da seguinte forma: terão direito ao internamento gratuito nos hospitais públicos, as pessoas doentes que forem “pobres”. Neste caso, o pressuposto para obter o internamento gratuito seria a pobreza, não estando fixada por uma quantificação objetiva (um salário mínimo) a caracterização do pressuposto normativo.

Verifique o que poderia ocorrer em uma e em outra hipótese dentre essas duas maneiras de regular a mesma matéria. Se a lei dispusesse que teriam direito ao internamento gratuito apenas os que ganhassem até um

---

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 33.

salário mínimo, resulta, evidentemente, que careceriam de tal direito os que recebessem acima desse limite. Poderia ocorrer que se apresentassem, numa mesma ocasião, dois indivíduos: um cuja retribuição fosse de um salário mínimo e meio, e outro, que se enquadrava-se perfeitamente no teto legalmente estabelecido. Ao primeiro indivíduo, como determinava a lei, seria indeferido o internamento, e ao segundo, seria concedido tal benefício. Agora imagine-se, que este primeiro, que ganhava um salário mínimo e meio, fosse casado, tivesse doze filhos dependentes e sustentasse a sogra. E suponha-se que o segundo, que solicitou o internamento e que ganhava apenas um salário mínimo, fosse solteiro, tivesse pais muito ricos e morasse com eles. Se a lei estabelecesse em termos vinculados, fixando por salários mínimos o pressuposto fático, caberia perguntar: nas situações supostas, a finalidade inspiradora da lei teria sido atendida? Evidentemente, não. Então, se a lei tivesse estabelecido que terão direito ao internamento gratuito as pessoas “pobres” (conceito vago), porque ela o faria nestes termos? Pura e simplesmente porque pretenderia garantir o perfeito atendimento da finalidade da norma, que no caso, seria o atendimento gratuito aos necessitados<sup>52</sup>.

É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal.

Então, a discricção nasce do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente.

Se, pois, tem-se de depreender que a finalidade legal quer-se precisamente atendida tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de

---

<sup>52</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 35.

discrição, é impositivo concluir que, a existência de discrição serve como prova demonstrativa de que a lei só admite a solução ótima. Tem-se então, que chegar a conclusão da qual não há fugir: *A conduta que não atingir de modo excelente e preciso a finalidade legal, não é aquela pretendida pela regra de Direito. Se não é aquela pretendida pela regra de Direito, quem a promoveu atuou em desconformidade com a finalidade legal e, quando alguém atua em desconformidade com a finalidade o ato é inválido.*<sup>53</sup>

Logo, discrição administrativa não pode significar campo de liberdade para que o administrador, dentre as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma, eleja qualquer delas no caso concreto. Em última instância, o que se está dizendo é o seguinte: *o âmbito de liberdade do administrador perante a norma, não é o mesmo âmbito de liberdade que a norma lhe quer conferir perante o fato. Está se afirmando, que a liberdade administrativa, que a discrição administrativa, é maior na norma de Direito, do que perante a situação concreta.*<sup>54</sup> Em outras palavras: o plexo de situações fáticas vai compor balizas suplementares à discrição que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar a suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discrição, como condição de atendimento à sua finalidade pública.

O que se quer demonstrar é que a existência de várias soluções comportadas pela lei, não significa, de modo algum, que a adoção de qualquer uma delas é indiferente perante o caso concreto.

Disso decorre aquilo que Guido Falzone chamou de dever jurídico de boa administração, porque a norma só quer a solução excelente, e, se não for esta adotada, haverá violação da norma de direito, o que enseja correção jurisdicional.<sup>55</sup>

Logo, não bastará que a Administração Pública invoque a discricionariedade administrativa, expressada por conceito fluído, ou que dá

---

<sup>53</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Op. cit. p.36.

<sup>54</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira. Op. cit. p. 40.

<sup>55</sup> FALZONE, Guido. apud Celso Antonio Bandeira de Mello, op. cit. p. 37.

liberdade de fazer ou não fazer, o que permita praticar o ato A, B ou C, para que o Poder Judiciário recue na análise profunda do ato. É que nestes casos, não existe mais discricionariedade, pois a situação fática se incumbiu de afunilar a discricionariedade de tal modo a tornar a atitude da Administração Pública vinculada.

Essa é, portanto, a primeira conclusão a ser extraída em relação ao controle judicial da discricionariedade administrativa: existem casos em que a situação fática suprime a discricionariedade presente abstratamente na norma. Assim, o primeiro desafio do juiz de direito, ao analisar uma norma que contenha uma carga discricionária, é saber se o caso concreto impõe uma única solução pelo critério da razoabilidade ou se, perante o caso concreto, subsistem duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.

No caso que ora tratamos, de supressão da discricionariedade pelas circunstâncias fáticas oferecidas pelo caso concreto, temos aquilo que a doutrina chama de *redução da discricionariedade à zero*.

Nesses casos, cabe ao Judiciário um controle positivo da discricionariedade administrativa, pois poderá o juiz, além de anular o ato praticado em desobediência ao único sentido extraído da norma legal, determinar que se pratique o único ato que atenda de forma mais satisfatória a finalidade da norma. Desse modo, poderá impor à Administração Pública, a solução ótima para o caso concreto, a qual deveria ser tomada e não foi.

Mas poderia se perguntar: mas o que é solução ótima para o juiz pode não o ser para o administrador? É por isso que se permite o controle positivo nesse caso, porque do caso concreto, se extrai uma única solução ótima para satisfazer a finalidade legal. Vejamos um exemplo:

Todos sabemos que a finalidade da norma que transmite à Administração Pública a possibilidade de conferir porte de arma aos cidadãos, é resguardar a segurança do próprio cidadão. Assim, discricionariamente, pode (em tese) a Administração conferir ou não porte de arma ao cidadão que o pleiteia.

Vejamos, então. Suponha-se que um dado cidadão, pacifista notório, conhecido publicamente como tal, solicite à Administração pública o seu porte de arma fundado nos seguintes motivos: iria o cidadão se mudar para um bairro no qual o índice de criminalidade é exageradamente alto, e, sem expectativas próximas de declínio imediato, ante o reconhecimento governamental da inexistência de recursos humanos e materiais para a satisfatória intensificação do policiamento na região. Suponha-se ainda, que o índice mais alto dos crimes perpetrados é dos crimes que se realizam mediante a invasão de residência para a prática de atos sexuais com jovens do sexo feminino. O requerente, é pai de três meninas cuja idade é de 16, 18 e 20 anos, portanto, mesma faixa etária das vítimas de delitos sexuais muito comuns na região.<sup>56</sup>

Surge então a indagação: Diante de uma situação dessa ordem, poderia o Poder Público indeferir o pedido de porte de arma feito por esse pai? A discricção existente na norma, subsiste perante esse peculiar caso concreto?

É óbvio que não. Está o poder Público atrelado à concessão do requerimento desse pai, pois se fizesse o contrário, negaria a própria finalidade da norma que é permitir ao cidadão a proteção de sua segurança. O campo de liberdade existente na norma de direito, é muito maior que o campo de liberdade existente perante caso concreto, já que a norma se fez ampla, ou com certa liberdade, justamente para que fosse adensada ante o caso concreto e ao lume de sua finalidade. Em despeito da lei haver permitido, *em tese*, que a Administração optasse por uma ou outra solução, *diante do caso concreto*, deixaria de ser atendida a finalidade da norma se fosse negado o que a parte requereu.

Em outros tantos casos, a meu ver a maioria deles, surgirão dúvidas acerca da solução mais acertada, e opiniões igualmente razoáveis poderão se chocar. Nesses casos estaremos diante da real discricionariiedade

---

<sup>56</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 39.

administrativa que, além de presente, *em tese*, na norma, subsiste também perante o caso concreto.

E é por essa razão que, adotando novo conceito de discricionariedade administrativa, concordamos com a inclusão, na parte inicial, da expressão “*remanesça*”, tratando a discricionariedade como aquela liberdade que subsista, que mantenha-se viva ao administrador perante o caso concreto, para então decidir qual a solução mais adequada segundo o critério de razoabilidade.

Uma vez aceita esta conclusão, ter-se-á uma profunda inversão no exame da discricionariedade administrativa. Ter-se-á uma intensificação e uma ampliação da investigação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, porque os integrantes de suas fileiras, não mais se sensibilizarão pelo argumento, *prima facie*, (e tão somente *prima facie*) que a norma permitia optar entre as condutas, o que é verdade apenas a nível da norma, mas não se justifica perante o caso concreto.

Passa-se então a admitir que a parte interessada demonstre que, perante o caso concreto, aquela inicial liberdade conferida pela norma à Administração Pública não se reflete perante o caso concreto. Muito pelo contrário, aquilo que inicialmente se revestia de liberdade, tomou contornos de obrigatoriedade, ganhando características de ato vinculado, não pela disposição legal, mas pela realidade fática.

Cai por terra ainda, a antiga e ultrapassada idéia de que o controle da discricionariedade administrativa implica sempre, em controle do mérito do ato administrativo. É que esse controle positivo não se dá no mérito, pois mérito do ato administrativo é *o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador segundo critérios de consistente razoabilidade, se decida entre duas ou*

*mais soluções admissíveis perante o caso concreto, dada a impossibilidade de se auferir, objetivamente, qual delas seria mais adequada.*<sup>57</sup>

Por derradeiro, tanto o comando da norma quanto a finalidade da norma podem servir de balizamento da discricionariedade administrativa, na medida em que, postos diante do caso concreto, esses elementos afunilam a discricionariedade administrativa a ponto de restar uma única solução cabível, segundo um raciocínio pautado na razoabilidade.

#### 6.4.2 Controle judicial negativo

Pelo exposto no controle positivo feito pelo Poder Judiciário, sob o argumento que perante o caso concreto, o mandamento ou finalidade da norma poderiam indicar uma única solução adequada, não obstante a norma em tese, prevísse duas ou mais soluções, poderíamos concluir que, na verdade, não existe discricionariedade administrativa, mas sempre vinculação, já que em toda e qualquer hipótese só haveria real obediência à norma se fosse adotada a solução ótima.

Assim, a discussão se daria no campo das provas, pois os casos de adoção da discricionariedade, seriam os casos em que faleceu a possibilidade de demonstrar a única opção a ser tomada. Estar-se-ia sustentando que, no fundo, o problema da discricionariedade não passa de um problema de prova.

Desse modo, em alguns casos seria possível demonstrar (provar) qual a única solução cabível, logo, não existiria discricionariedade. Em outros, apesar de violado o direito, não se poderia provar, objetivamente, a sua violação, surgindo então a fuga da discricionariedade. Em suma: às vezes o direito restaria irremissivelmente violado, mas esta realidade fática, não seria facilmente comprovada – nominando-se assim, de discricionariedade, a

---

<sup>57</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 38.

impossibilidade prática de se corrigir uma violação do direito, refletindo impotência do Poder Judiciário por uma mera questão de prova.<sup>58</sup>

Isso contudo, não é verdade. Mesmo existindo o dever jurídico de se adotar, em concreto, a solução ideal preconizada na lei, a discricionariedade não é apenas a impossibilidade prática de provar a violação de tal dever. *Antes, é o fruto da impossibilidade de objetivamente se reconhecer qual será o comportamento, in concreto, apto a satisfazer a finalidade legal.*<sup>59</sup>

Então, quando realmente existe discricionariedade administrativa, não há apenas um problema de se poder provar algo; há o problema de não se poder saber qual a solução ótima, por critérios objetivos. Há uma enorme distância entre tais situações; são coisas absolutamente distintas, não poder saber o que algo é ou não é, e não poder prová-lo. Aliás, esta segunda situação pressupõe a primeira.

Por fim, chegamos ao controle da discricionariedade administrativa, que é, segundo já afirmado, 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, à 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 solução vertente.

Ultrapassada então, o primeiro momento de controle, que se pauta na verificação da subsistência de liberdade administrativa no caso concreto, é necessário então, submeter o mérito administrativo ao controle judicial.

Como já afirmado, é função típica do Poder Executivo sentir as necessidades sociais e, a partir disso, tomar as medidas cabíveis para a satisfação do interesse público surgido.

---

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 42.

<sup>59</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Op. cit. p. 42.

Desse modo, caso o controle do Poder Judiciário se desse na condição positiva, ou seja, impondo ao Executivo o que é interesse público, impondo obrigação de fazer em caso de discricionariedade administrativa, teríamos o mesmo que o juiz sentando na cadeira do prefeito, dando origem ao indesejado governo de juízes, o que agride violentamente a tripartição constitucional do poderes.

Mas não é isso que defende o presente trabalho. Sustentamos que, ao contrário desse modelo, o juiz nem extrapole os limites de seu poder, nem se intimide perante o rótulo do mérito do ato administrativo.

Para tanto, deverá fazer um controle negativo da discricionariedade administrativa, isto é, não dirá aquilo que é e determinará ao Executivo que faça algo; mas terá o dever constitucional de coibir ameaças e lesões aos direitos, mormente os direitos da maioria, dizendo aquilo que não o é.

Isto indica uma submersão do mérito do ato administrativo (que pressupõe discricionariedade administrativa) ao modelo legal vigente, composto de regras e princípios.

Aquilo que está dentro do modelo legal, é perfeitamente possível de ser realizado pela Administração sem qualquer interferência mandamental do Judiciário.

Por outro lado, aquilo que desbordar do modelo legal, ou seja, aquilo que violar regras ou princípios como razoabilidade, eficiência supremacia do interesse público, ou quaisquer outros princípios norteadores da Administração Pública será passível de controle negativo, ou seja, anulação.

Desse modo, evolui-se da idéia da insindicabilidade do mérito do administrativo para se aceitar um controle desse mérito, desde que, dentro de suas características e com respeito à independência dos Poderes.

Mas, como se dá esse controle? Pois bem.

Mesmo que os valores que sirvam de baliza ao controle judicial sejam um tanto quanto imprecisos, vagos, plurissubjetivos, haverá sempre um

conteúdo determinável, isto é, certa densidade mínima, caso contrário não seriam sequer valores, mas algo imperceptível.

Deveras, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Portanto, por irrefragável imposição lógica, tem-se que, apesar de serem determinados por critérios subjetivos e não objetivos, essas expressões têm um conteúdo mínimo indiscutível.

De qualquer deles, se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação do valor que o designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que tal valor não seria abrigado. As dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambos. Isto significa que em inúmeros casos, será indubitável que uma situação, por exemplo, atende ao princípio da eficiência, ou que não o atende; que há um interesse público primário ou não o há; que determinado ato é razoável ou não o é.

É indubitável que os seres humanos, desde que tidos em uma mesma situação, em tempo e local certos, como por exemplo, os moradores da região nordeste, podem concordar, a respeito do conteúdo mínimo, da significação mínima daquele valor. Logo, o administrador público jamais poderá valer-se da fluidez e amplitude desse valor para acolhe-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo.

Nessa linha, não poderá o administrador público, por exemplo, sob a fluidez que cerca o interesse público, praticar atos que evidentemente não são de interesse público, apenas alegando que cabe a ele decidir o que é interesse público. É certo que cabe a ele decidir qual interesse público, desde que tal decisão se dê dentro dos parâmetros mínimos que compreendem a fluidez do interesse público. Aquilo que desrespeitar esse valor mínimo, ainda que esteja sob o rótulo de interesse público, certamente não o é, e, portanto, o ato é passível da anulação pelo Poder Judiciário.

**Cabe então ao Poder Judiciário apenas controlar a discricionariedade administrativa que viole o campo significativo razoável que compreende a fluidez dos princípios de direito.**

**Fixando limites ao controle, adotamos o seguinte modelo. Aquilo que situa-se dentro do campo significativo possível, isto é, dentro da zona positiva e no intervalo entre esta e a zona de certeza negativa, onde reside a dúvida, não pode haver interferência judicial, sob pena de se afrontar o nosso modelo constitucional, no que tange a independência dos Poderes.**

**Por outro lado, os casos que desbordem o campo significativo possível e, desse modo, encontram-se na zona de certeza negativa, ou seja, aquilo que nitidamente não é, violando até a densidade mínima do conceito, são passíveis de controle judicial na modalidade negativa.**

**Adota-se o termo controle negativo porque, caso o Poder Judiciário faça um controle positivo, impondo determinada atitude ao administrador, estaria mutilando a liberdade da Administração. Assim, é possível que se anule determinado ato por estar em desacordo com o conteúdo mínimo dos valores que compõe os limites da discricionariedade (eficiência; moralidade; probidade; razoabilidade; proporcionalidade; interesse público), retornando a decisão ao Poder Executivo para que novamente o faça, agora, dentro do campo que lhe é permitido juridicamente caminhar sem interferência.**

**É como se o modelo legal, composto por regras e princípios, funcionasse como uma linha imaginária que delimitasse o campo de atuação da Administração Pública para que ela atue em conformidade com o Direito. Dentro da área delimitada, a administração caminha como quiser e para onde quiser, sem qualquer interferência. Caso ela desborde e venha a ultrapassar a linha que delimita a sua liberdade, sofreria uma sanção que seria a anulação de seus passos, recolocando-a dentro de sua área livre. Mas a linha imaginária é composta de várias cores, que vão aumentando, como graus de uma escala, até chegar a cor mais forte que é o limite. Nesse**

limite, é indiscutível que a linha foi violada, e portanto a sanção deverá ocorrer.

Nessa metáfora, a área de liberdade da administração compreende a discricionariedade administrativa; a linha imaginária que delimita o campo de liberdade é o modelo legal vigente; as cores fraca e média são os princípios e seu conteúdo relativamente vago; a cor mais forte representa o conteúdo determinável mínimo dos princípios, onde não subsiste dúvida acerca da sua violação.

Conquanto, a decisão judicial que anular um ato administrativo nunca trabalhará com probabilidade ou dúvida se, realmente, o ato violou determinado princípio. Pelo contrário. Em homenagem à segurança jurídica, as decisões judiciais só trabalharão com a certeza, isto é, quando for notório, manifesto, que o princípio sofreu violação.

Nesse contexto ante a imprecisão relativa dos princípios que servem de limites à discricionariedade administrativa, a dúvida ainda favorece ao administrador, pois o julgador não terá elementos suficientes para fundamentar sua decisão. É como no processo penal, onde o princípio do *in dubio pro reo* conduz à absolvição por insuficiência de provas.

Quem sabe, futuramente, na evolução do direito, surjam critérios mais práticos para tornar o controle judicial da discricionariedade administrativa mais eficiente. Mas, pelo momento, caso o modelo ora apresentado seja aplicado, muitas distorções desaparecerão do nosso sistema.

Por derradeiro, é oportuno reproduzir as lições de Augustin Gordillo<sup>60</sup>:

Em nenhum momento pode-se pensar atualmente que uma porção da atividade administrativa possa estar fora ou acima do ordenamento jurídico e é por isso que se enuncia uma série de princípios de direito, que se constituem em limite à discricionariedade administrativa; esses limites à discricionariedade administrativa diferenciam-se das faculdades regradas por constituírem em geral limitações mais ou menos

---

<sup>60</sup> Op. cit. p. 183.

elásticas, vagas, imprecisas, necessitadas de uma investigação de fato, no caso concreto, a fim de determinar sua transgressão, a par de que a violação das faculdades regradadas é usualmente mais clara, ao resultar da mera confrontação do ato com a norma legal; assim, a regulação é limite concreto, os princípios que freiam a discricionariedade administrativa são limites relativos ou elásticos.

## CONCLUSÃO

A discricionariedade administrativa é um tema que suscitam muitas discussões doutrinárias no que tange a sua possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

Considera-se discricionariedade administrativa, 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 o caso vertente.

Nessa esteira, é perfeitamente possível o controle da discricionariedade administrativa, senão vejamos.

Primeiramente, porque ocorreu uma evolução social no Brasil e, atualmente, vivemos sob o governo de um Estado Democrático de Direito denominado República Federativa do Brasil, e que, como tal, têm como razão de sua existência e finalidade única a busca do interesse público. Para tanto, todos os Poderes do Estado estão vinculados à essa finalidade. Assim, caso ocorra desrespeito à esse interesse público por parte do Poder Executivo, por sua Administração Pública, cabe ao Poder Judiciário reparar essa lesão ou ameaça de lesão à direitos, também por uma função constitucional, que criou o princípio da inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º XXXV).

Também, por uma evolução no conceito de legalidade que, num primeiro aspecto, submete toda a Administração Pública ao seu controle, erigindo a premissa administrativa de que “tudo o que não é permitido (por lei) é proibido”.

Ademais, no que tange à discricionariedade, a evolução do conceito de legalidade reflete diretamente na possibilidade de seu controle judicial.

Na medida em que o princípio da legalidade abarca, além das regras de direito formais, os princípios de direito, a discricionariedade administrativa, submete-se também a esses ditames, ampliando-se o seu controle judicial.

No entanto, esse controle deverá atender ao preceito constitucional do artigo 2º da Constituição Federal que prevê a tripartição dos Poderes do Estado, exige que eles sejam independentes e harmônicos.

Para atender o mandamento constitucional, e em razão dos limites impostos à discricionariedade envolverem um juízo subjetivo de valor, instituiu-se duas formas de controle.

A primeira, pautada na análise da existência real da discricionariedade administrativa, possibilita um controle judicial positivo, isto é, mandamental, quando diante do caso concreto só subsistir apenas uma solução possível ao administrador, e ele optou por solução diversa. Nesse caso, não existe controle efetivo da discricionariedade, pois ela não subsiste no caso concreto, apesar de contar na lei, em tese.

A segunda, chamada de controle judicial negativo, envolve a existência dos princípios de direito, em especial os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade, eficiência, supremacia e indisponibilidade do interesse público e razoabilidade, como limites à atividade discricionária da administração pública. Assim, todo ato que desbordar dos limites impostos pelos princípios será passível de controle judicial.

**Para se descobrir se houve violação de princípios pelo administrador público no uso da discricionariedade administrativa, basta observar o princípio que serve de parâmetro ou critério de controle frente o valor social ou inconsciente coletivo, para se descobrir se foi atendido ou não. Nesse caso, existirá uma zona de certeza positiva (isto é, o princípio foi atendido), uma zona mista, de dúvida, chamada zona cinzenta (não se pode precisar o atendimento ou não do princípio) e uma zona de certeza negativa (isto é, o princípio não foi atendido). Só caberá intervenção judicial na zona de certeza negativa.**

## **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALESSI, Renato. *Amministrativo de Diritto*. Milan: Giuffré, 1948.

BALLESTEROS, Alberto Montoro. *Sobre las relaciones entre mora y derecho*. Granada, 1988.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

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

FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. *Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

FIORINI, Bartolomé. *La discricionalidad em la administración pública*. Buenos Aires, 1948.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Macchi, 1979.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Teoria geral do processo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

HAURIOU, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1938.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Victor Nunes. *Poder discricionário e ação arbitrária da administração*. RDA 14/53.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariiedade administrativa e controle jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*. México: Nacional, 1980.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

OLIVEIRA, Régis Fernandes. Ato administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

SARRIA, Consuelo. *Discrecionalidad administrativo*. Tucuman: Unsta, 1982.

SILVA, José Afonso do. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*. Rio de Janeiro: DASP, 1959.