

# REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 32 • nº 127

julho/setembro – 1995

*Editor:*

*João Batista Soares de Sousa, Diretor*

# A discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites

AMANDINO TEIXEIRA NUNES JUNIOR

## SUMÁRIO

*1. Introdução. 2. O Estado de direito e o princípio da legalidade. 3. As funções do Estado. 4. Os princípios constitucionais da Administração Pública. 5. Os poderes vinculado e discricionário: traços distintivos. 6. Discricionariedade administrativa. 6.1. Conceito. 6.2. Natureza. 6.3. Fundamentos. 6.4. Localização. 6.5. Limites. 7. O Judiciário como órgão de controle dos atos administrativos. 8. A discricionariedade e extensão do controle judicial. 8.1. Exame dos motivos. 8.2. Exame da finalidade (o desvio do poder). 8.3. Exame da causa. 9. Conclusões.*

### *1. Introdução*

Dentre os temas que compõem a vasta seara do Direito Administrativo, a discricionariedade administrativa, e o controle judicial de seus limites, vem desafiando a argúcia dos administrativistas.

Trata-se de tema do mais relevante interesse teórico e prático. Estudado em numerosas obras de direito estrangeiro, notadamente na França, Itália, Espanha, Estados Unidos e Argentina, vem merecendo, no Brasil, nos últimos anos, exame atento.

Destarte, neste momento, sob a égide de uma reforma constitucional, é muito importante a discussão de tema que procura relacionar o princípio da finalidade e a validade do ato administrativo.

É de ressaltar, também, que a eficaz garantia dos direitos do administrado ante as prerrogativas da Administração Pública está em relação direta com a extensão que se reconheça ao controle judicial dos atos praticados no exercício da atividade discricionária.

De tudo isto resulta que o tema se localiza em região crítica, decisiva para a defesa do ad-

Amandino Teixeira Nunes Junior é mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, Professor Universitário e Assessor legislativo da Câmara dos Deputados.

ministrado em face daqueles que fazem uso desatado do poder.

Portanto, pretendemos oferecer neste trabalho uma análise da discricionariedade administrativa e do controle judicial de seus limites, num enfoque que venha a abarcar aspectos fundamentais do tema e, ainda, suas questões mais intrincadas, desafio para os juristas.<sup>1</sup>

Inicialmente, examinamos o princípio da legalidade, que se traduz na submissão da Administração às regras jurídicas preexistentes, cujo conteúdo constitui a caracterização principal do chamado Estado de direito. Adiante, enfocamos as funções pelas quais o Estado realiza seus fins e reparte sua atividade – a legislativa, a administrativa e a jurisdicional –, sendo as duas últimas ligadas à realização do direito, formado pela primeira. O estudo dos poderes administrativos, envolvendo a distinção entre o poder vinculado e o poder discricionário, segundo o maior ou menor grau de liberdade que a norma legal confere à ação do administrador, constitui o capítulo seguinte.

A seguir, analisamos a discricionariedade, enfocando as sínteses oferecidas pelos autores sobre seu conceito. Pesquisamos, ainda, a natureza, os fundamentos, a localização e os limites da atividade discricionária, com remissão também à doutrina comparada.

O trabalho continua com a discussão dos aspectos do controle judicial dos atos discricionários da Administração, bem como da sua extensão, visto que administrativistas de renome, quer estrangeiros, quer nacionais, proclamam que a esfera de liberdade administrativa conferida ao administrador como resultado da indeterminação quanto ao modo de satisfazer, no caso concreto, a finalidade abstratamente prevista na lei, é sempre relativa, sempre limitada e sempre contrastável pelo Poder Judiciário, que deverá circunscrevê-la em seus exatos contornos.

## 2. O Estado de direito e o princípio da legalidade

A atividade administrativa não é livre: está limitada pela obrigação de respeitar certas re-

gras de direito. Este é o sentido do princípio da legalidade, uma das vigas mestras do Direito Administrativo.

O princípio da legalidade estabelece a total submissão da Administração ao ordenamento jurídico. Segundo tal princípio, a Administração só pode atuar debaixo da lei, em obediência a ela, a fim de dar satisfação às necessidades coletivas de segurança e bem-estar dos indivíduos.<sup>2</sup>

Seabra Fagundes sintetiza magistralmente o conteúdo do princípio da legalidade numa única frase:

“Administrar é aplicar a lei, de ofício.”<sup>3</sup>

Igualmente, preleciona Ruy Cirne Lima:

“O fim – e não a vontade – domina todas as formas de Administração. Supõe, destarte, a atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade pública. Jaz, conseqüentemente, a Administração Pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de direito.”<sup>4</sup>

Sobre o assunto, escreve Hely Lopes Meirelles:

“Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa poder fazer assim, para o administrador público significa deve fazer assim.”<sup>5</sup>

Atualmente, o princípio da legalidade sofreu grande transformação. A Administração só pode fazer aquilo que estiver de acordo com o direito. Celso Antônio Bandeira de Mello asse-

<sup>2</sup> Classicamente, referenciava-se o princípio da legalidade apenas à lei em sentido material (norma de caráter geral e obrigatória), só assim expressando efetiva garantia do indivíduo contra a arbitrio da Administração. A conceituação atual da legalidade corresponde também à submissão de toda atividade à lei no sentido formal (regra emanada do órgão legislativo). Portanto, a Administração está subordinada não só às regras de direito que lhes são exteriores, caso da Constituição, lei *stricto sensu*, mas também às normas internas por ela própria editadas, caso do Regulamento.

<sup>3</sup> FAGUNDES, M. S. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Forense, 1984. p. 3.

<sup>4</sup> LIMA, R.C. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p.22.

<sup>5</sup> MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 1994, pp. 82/83.

<sup>1</sup> Diogo de Figueiredo Neto, com apoio em Celso Antônio Bandeira de Mello, assinala que a discussão científica da discricionariedade transpassa a esfera do Direito Administrativo (v. *Legitimidade e Discricionariedade: Novas Reflexões sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*, Rio de Janeiro, Forense, 1989, p. 1)

vera, a respeito:

“A expressão legalidade deve, pois, ser entendida como *conforme ao direito, adquirindo*, então, um sentido mais extenso”<sup>6</sup> (grifamos).

Importante observar, também, que o princípio da legalidade rege o conjunto da atividade administrativa. O seu campo de aplicação abrange tanto a atividade dos órgãos administrativos, isto é, da Administração centralizada, como a atividade das entidades de Administração descentralizada (fundações públicas, autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista).

Na conformidade do abalizado magistério de Seabra Fagundes:

“O princípio da legalidade nos interessa, particularmente, quando relacionado com as atividades administrativas do Estado, mas é extensivo a todas as atividades estatais. A submissão à ordem jurídica não atinge apenas os atos do Poder Executivo. Dentro dela hão de exercer todas as atividades estatais. O Estado, nascido de um ato institucional limitativo da sua atividade e tendo por finalidade a edição e realização do direito, tem necessariamente de conformar à ordem jurídica o desenvolvimento de sua ação.”<sup>7</sup>

Nesta perspectiva, preceitua o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 37. A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade...”

A atividade administrativa é, pois, *serviente, instrumental*. A Administração, por seus órgãos e entidades, cumpre o dever jurídico de alcançar a finalidade estabelecida pela regra de direito. Enquanto no campo do particular reina a autonomia da vontade, no campo da Administração governa a submissão, o jogo à lei.

Sublinhada a importância do princípio da legalidade e estabelecida a sua conceituação, impende verificar a relação que existe entre ele e o Estado de Direito.

Garrido Falla pondera sobre isto, nos seguintes termos:

“El principio de la legalidad es una de

las consagraciones políticas del Estado de derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre que se asienta el total edificio del Derecho Administrativo.”<sup>8</sup>

Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona:

“No Estado de direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinaladas na ordenação normativa.”<sup>9</sup>

Como se percebe, a submissão do Estado às regras que ele próprio estabelece é uma das características mais marcantes do chamado Estado de direito. Por isso, nas suas relações com os administrados, a Administração somente pode agir na estrita consonância com as normas jurídicas preestabelecidas, *desenhando-se*, por conseguinte, uma inevitável relação entre a Administração e o Ordenamento Jurídico.

Observe-se que a noção de Estado de direito não se identifica simplesmente pela submissão do aparelho estatal aos comandos normativos. O que efetivamente o configura é a qualificação das normas inseridas no Texto Básico. Neste sentido, cogita-se do Estado de direito à medida que a Carta Magna venha a assegurar aos administrados a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança, ao domicílio, à manifestação do pensamento, ao exercício da profissão ou da atividade econômica, entre outros. Ademais, essa noção se completa quando se tem um poder autônomo e independente – o Judiciário – capaz de julgar o Estado e, no caso de violada a ordem jurídica, repor a integridade do direito.

Por último, ressalte-se que, adiante, como se verá, a consagração do princípio da legalidade se concilia adequadamente com o exercício da discricionariedade, isto é, à margem de liberdade deferida pela lei ao administrador para o desempenho de determinados cometimentos. A equilibrada compatibilização entre ambos fornece a medida da extensão do controle judicial dos atos praticados no gozo da faculdade discricionária.

### 3. As funções do Estado

O vertiginoso crescimento da intervenção do Estado no domínio econômico tem ampliado

<sup>6</sup> MELLO. C.A.B. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1993, pp. 25/26.

<sup>7</sup> FAGUNDES. M. S., *op. cit.*, p. 81.

<sup>8</sup> FALLA. F.G. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973, v. 1, p. 24.

<sup>9</sup> MELLO. C.A.B., *op. cit.*, p. 410

o campo de incidência do Direito Administrativo, submetida, que está, a seus regramentos, uma considerável parcela do sistema produtivo. Nesse tema, o desafio com que se deparam os publicistas é o de harmonizar os princípios administrativistas clássicos com o ideário constitucional democrático.

No Estado de direito, os poderes são exercidos por meio de funções pelas quais o Estado reparte sua atividade; seus órgãos são as diferentes personagens, ou corpos públicos, encarregados de desempenhar as diversas funções do poder.<sup>10</sup>

A divisão das funções estatais em *legislação, jurisdição e administração* corresponde, pois, à existência de três órgãos denominados Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo. Tal divisão, atribuída a Montesquieu, o publicista do "Espírito das Leis", é hoje adotada por quase todas as organizações políticas.

Ao sistematizar a doutrina da divisão de poderes, Montesquieu assinalou, como experiência eterna, que o homem tende a abusar do poder que lhe é atribuído, agindo até encontrar os limites que lhe são impostos.

Acontece que a simples delimitação do exercício de parcelas do poder por órgãos diferenciados não evita a prática de abusos, donde a necessidade de que um poder possa controlar e limitar o outro, superando-se a noção equivocada de que a divisão de competências se liga à idéia de separação de poderes ou "divisão", centrando sua doutrina na necessidade do equilíbrio entre os poderes.

De modo idêntico, não se pode sustentar a validade da noção de separação de poderes, segundo a natureza das funções correspondentes, pois estas se mesclam nas três esferas da tripartição horizontal, valendo a distinção unicamente em termos de preponderância.

Neste sentido, assinala Seabra Fagundes:

"Cada um desses órgãos não exerce, de modo exclusivo, a função que nominalmente lhe corresponde, e sim nela sua competência principal ou predominante. Ao Poder Legislativo delega o direito escrito a quase totalidade das atribuições de natureza legislativa, como, de modo semelhante, delega as de natureza administrativa e jurisdicional aos Poderes Exe-

cutivo e Judiciário, respectivamente."<sup>11</sup>

De igual teor a lição de Garrido Falla:

"Todos os órgãos do Poder exercem função administrativa, sendo de todo inaceitável a concepção de que fosse ela a zona de atividade desenvolvida pelo Poder Executivo, na forma entendida por alguns autores. Na realidade, não detém o órgão executivo o monopólio da atividade administrativa, na medida em que os órgãos legislativo e judiciário exercem, igualmente, funções administrativas."<sup>12</sup>

O que há, portanto, não é tripartição de poderes, com divisão absoluta de funções, mas distribuição das três funções estatais principais (não exclusivas) entre órgãos autônomos e independentes, que são harmônicos e articulados no seu funcionamento.

Seabra Fagundes oferece, no seu *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, análise meditada sobre as funções do Estado. Segundo o renomado autor, a *administração* e a *jurisdição* referem-se à realização do direito, enquanto a *legislação*, à formação do direito. Com efeito, é mais fácil contrastar a atividade legiferante, de que resulta o direito positivo (isto é: as normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva), com a administrativa e a jurisdicional, do que estabelecer os lindes precisos e o discrimen ontológico entre estas, que são espécies do gênero funções de execução, embora assumam modos diferentes de interferência na etapa de efetivação das normas jurídicas, em suas aplicações aos casos concretos.

A conversão da lei em ato individual se insere, precipuamente, no âmbito da função administrativa. Mesmo no exercício do poder discricionário, não pode a Administração se afastar dos limites legais, pois atua num estreito espaço delimitado pela norma.

À função jurisdicional cabe a solução de conflitos, com a aplicação da regra de direito ao caso concreto. Invocada a tutela jurisdicional, num primeiro momento, ao apreciar a controvérsia, remove o litígio, fixando definitivamente a exegese, no processo de conhecimento. Noutro, faz realizar o direito já declarado, se necessário, no processo de execução. Igualmente, assegura a futura efetivação de um comando normativo, por meio de medidas acautelatórias.

<sup>10</sup> MALBERG, C., apud LEITE, L. F. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 39.

<sup>11</sup> FAGUNDES, M. S., op. cit., p. 51.

<sup>12</sup> FALLA, F. G., apud LEITE, L. F., op. cit., p. 51.

Portanto, a função jurisdicional, tanto quanto a administrativa, determina ou define situações jurídicas individuais, diferenciando-se, quanto ao momento, modo e finalidade de atuação, o que lhes dará caracteres próprios.

Note-se que a hipertrofia do aparato estatal justifica a existência de um poder, guardião das garantias e liberdades públicas, que possa apreciar as questões oriundas da atividade administrativa, com autonomia e independência institucionais. Neste sentido, a necessidade de controle da Administração pelo Judiciário vem se consolidando na consciência jurídica dos povos do mundo ocidental, pois é, historicamente, o poder menos vulnerável às vicissitudes políticas.

Atualmente, vem-se difundindo largamente o entendimento de que esse controle deve ser ampliado, numa tentativa de compatibilizar os institutos do Direito Administrativo com o ideário do Estado de direito.

#### 4. Os princípios constitucionais da Administração Pública

Na seara do Direito Público, a locução “administrativa pública” tem suscitado diferentes colocações dos doutrinadores diante da problemática conceitual.

Adotando este ou aquele critério, situando-se neste ou naquele ângulo, apresentaram os sistematizadores do Direito Público as mais diversas definições sobre Administração Pública.

Como bem acentua Hely Lopes Meirelles:

“O conceito de Administração Pública não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa.”<sup>13</sup>

Assim, a expressão “Administração Pública” comporta dois sentidos: o formal e o material.

Administração Pública, em sentido formal, é o conjunto de órgãos e entidades administrativas instituído para a consecução dos objetivos do Estado; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral.

Conciliando o conceito formal e o conceito material, é possível obter-se a definição completa de Administração Pública, conjugando, no definido, as entidades e órgãos executores com a própria atividade administrativa.

Há que distinguir, ainda, na problemática

conceitual da Administração Pública, a sua posição no conjunto dos elementos que constituem a estrutura política e administrativa do Estado. Neste sentido, incluem-se, na Administração Pública, todos os órgãos que executam os serviços do Estado, excluídos apenas os judiciários e os legislativos. Assim, Administração Pública designa o conjunto de órgãos e entidades do Poder Executivo, sendo equivalente a este.

O fim da Administração Pública residirá sempre no atendimento do interesse público, com a observância permanente e obrigatória, entre outros, de quatro princípios básicos, consagrados pela doutrina administrativa e atualmente explicitados no art. 37, *caput*, da Constituição da República, a saber: *legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade*.

Como observa Hely Lopes Meirelles:

“Por esses padrões é que se hão de pautar todos os atos administrativos. Constituem, por assim dizer, os fundamentos da validade da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.”<sup>14</sup>

O princípio da legalidade significa que as atividades da Administração Pública se subordinam ao império da lei. Trata-se de limitação à atividade administrativa, visando coibir o arbítrio, estabelecendo o primado da lei, que traduz a vontade geral.

É, pois, na lei que Administração Pública encontra seu fundamento, orientação e limite, dela não podendo se afastar, sob pena de praticar ato inválido.

O princípio da impessoalidade constitui desdobramento do anterior. Impõe que a Administração não abra espaço à vontade pessoal do agente que, subordinado aos ditames legais, não pode se desviar da finalidade pública para satisfazer móvel pessoal e interesses privados. Favoritismos e perseguições não são toleráveis.

A inobservância do princípio da impessoalidade acarreta uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder: o desvio de finalidade.

O princípio da moralidade constitui pressuposto de cujo conceito, na lição de Maurice Hauriou, significa:

“O conjunto de regras de conduta

<sup>13</sup> MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 79.

<sup>14</sup> MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 82.

tiradas da disciplina interior da administração.”<sup>15</sup>

Assim, a Administração Pública deve observar os valores morais que a Norma Jurídica consagra. Atenta à finalidade pública, a moral administrativa é composta por regras de boa administração.

A moralidade administrativa está, pois, ligada ao conceito de “bom administrador”, que, segundo Manoel Oliveira Franco Sobrinho:

“É aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum.”<sup>16</sup>

O inegável é que o princípio da moralidade, com o advento da atual Constituição, integra agora o direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, constituindo-se em fator de legalidade e de validade da atividade administrativa. Daí por que sua observância se sujeita ao controle judicial, como já vinha sustentando a doutrina mais atual, com marcantes repercussões na jurisprudência.

Por derradeiro, o princípio da publicidade visa assegurar a divulgação oficial dos atos e contratos administrativos, para conhecimento público e início de seus efeitos externos.

Além do requisito de eficácia e moralidade da atividade administrativa, o princípio da publicidade propicia o seu controle pelos interessados diretos e pela população em geral, por meio dos instrumentos constitucionais, a saber: mandado de segurança (art. 5º LXIX), direito de petição (art. 5º, XXXIV, a), ação popular (art. 5º, LXIX), e *habeas data* (art. 5º, LXII). Decorrente desse princípio é, também, o direito do cidadão à obtenção de certidões em repartições públicas (art. 5º, XXXIV, b).

Como se viu, o art. 37, *caput*, da Constituição, reportou expressamente à Administração Pública apenas quatro princípios: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade. Contudo, vários outros mereceram também tratamento constitucional: uns por constarem explicitamente da Carta Magna, embora não mencionados no *caput* do art. 37; outros por nela estarem contidos implicitamente, como conseqüências lógicas do próprio Estado de direito.

<sup>15</sup> HAURIUO, M., apud MEIRELLES, H.L., op. cit., p. 83.

<sup>16</sup> SOBRINHO, M.O.F., apud MEIRELLES, H.L., op. cit., p. 85.

Enumerem-se, a propósito, os princípios da razoabilidade, da motivação, da responsabilidade civil do Estado, da proporcionalidade e do controle jurisdicional dos atos administrativos.

#### 5. Os poderes vinculado e discricionário: traços distintivos

A Administração é dotada de poderes administrativos para a realização de suas atividades, que constituem verdadeiros instrumentos de trabalho a serem utilizados pelo administrador, sempre com vistas ao atendimento do interesse público.

Uma das grandes distinções que se fazem entre os poderes administrativos, à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é que os separa em poderes vinculado e discricionário.

Como se sabe, o princípio da legalidade impõe que a Administração atue sempre em estrita obediência à lei. Contudo, sempre se reconheceu a necessidade de, em determinadas situações, deixar-se ao agente liberdade de ação, quanto à opção por uma dentre várias soluções ou alternativas, segundo critérios de conveniência e oportunidade. Isto se justifica pela impossibilidade de a norma legal abarcar todos os aspectos da vida social onde se registra a atuação do poder público, a par da necessidade de se conferir maior rapidez e flexibilidade à Administração, para tomar a decisão que melhor se ajuste às peculiaridades do caso concreto.

Assim, consoante o maior ou menor grau de liberdade que a regra confere à ação do administrador, no âmbito de sua competência, erigiu-se a clássica distinção doutrinária entre os poderes discricionário e vinculado.

Na conceituação de Hely Lopes Meirelles:

“Poder vinculado 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.”<sup>17</sup>

Já o poder discricionário, para o ilustre autor:

“É o que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”<sup>18</sup>

Destarte, quando a norma não prevê os exatos contornos da situação fática, que enseja a

<sup>17</sup> MEIRELLES, H. L., op. cit., p. 101.

<sup>18</sup> Idem, ibidem, p.102.

prática de determinado ato administrativo, conquanto prescreva seus delineamentos gerais, o administrador agirá com maior liberdade para decidir sobre a melhor forma de realizar o interesse público. Não se trata, obviamente, de uma liberdade de ação relegada ao talento do agente, mas o exercício de um poder criador, dentro dos limites permitidos em lei.

Esses aspectos respeitantes à conveniência e oportunidade do ato administrativo conformam o chamado *mérito administrativo*.

Como bem salienta Hely Lopes Meirelles:

“O conceito de mérito administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada a sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorizando internamente as consequências ou vantagens do ato.”<sup>19</sup>

A oposição entre os conceitos de mérito e legalidade vem sendo gradativamente superada pela doutrina e jurisprudência, porquanto a margem de liberdade conferida à Administração não se exerce acima ou fora da lei, senão com sujeição a ela, presente o poder-dever do agente de adotar a opção que melhor atenda ao interesse público.

Para José Cretella Junior:

“A apreciação do que é oportuno e conveniente ou, então, só oportuno ou só conveniente, abrange um *mare magnum* de reflexões do agente ao apreciar o motivo do ato administrativo, para depois editá-lo ou abster-se disso, ponderando sobre hora, dia, lugar, equitatividade, razoabilidade, justiça, economia, acerto, moralidade, injustiça, utilidade intrínseca, fidelidade aos princípios da boa gestão.”<sup>20</sup>

Os valores que o aludido autor traz à colação estão, indubitavelmente, juridicizados. O administrador tem o dever jurídico de atuar com equidade, razoabilidade, justiça, acerto, enfim, com moralidade, para atingir os objetivos da Administração, sob pena de incorrer em ilegalidade.

A moderna doutrina do Direito Administrativo repele a oposição absoluta entre poder vinculado e poder discricionário, porquanto, na prática, não se verifica seu exercício em forma pura. Haverá sempre aspectos vinculados e sempre restará, por mínima que seja, alguma margem de liberdade para o administrador escolher a me-

lhor opção, ou pelo menos a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

De modo idêntico, não mais se aceita a insindicação dos atos decorrentes da ação administrativa discricionária, construindo-se farta doutrina e jurisprudência sobre os limites jurídicos dessa ação, que se manifestam em variadas latitudes, ampliando a sistematização do tema do controle judicial da discricionariedade.<sup>21</sup>

## 6. Discricionariedade administrativa

### 6.1 Conceito

O conceito de discricionariedade é um dos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria jurídica.

Neste sentido, são muitos os conceitos de discricionariedade adotados na doutrina. Seleccionamos alguns, entre os diversos administrativistas pátrios e estrangeiros.

Discricionariedade, para Celso Antônio Bandeira de Mello:

“É a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador, a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica diante do caso concreto, segundo critério subjetivo próprio, a fim de dar, na situação específica, satisfação real ao objetivo abstratamente previsto na regra de direito que lhe assiste cumprir.”<sup>22</sup>

José Cretella Junior adota a seguinte definição:

“Chama-se discricção a faculdade de operar dentro de certos limites, o poder concedido ao agente público de agir ou deixar de agir dentro de um âmbito demarcado pela regra jurídica.”<sup>23</sup>

Régis Fernandes de Oliveira propõe:

“Discricionariedade é a integração da vontade legal feita pelo administrador, que escolhe um comportamento previamente validado pela norma, dentro dos limites de liberdade resultantes da imprecisão da lei, para atingir a finalidade pública.”<sup>24</sup>

Agustin Gordillo preleciona que:

<sup>21</sup> A questão suscita polêmicas, encontrando ainda resistências em setores que proclamam o princípio constitucional da separação de poderes, como barreira intransponível à revisão judicial do ato administrativo.

<sup>22</sup> MELLO, C. A. B. *Ato Administrativo e Direitos dos Administrados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 66.

<sup>23</sup> CRETELLA JUNIOR, J. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, p. 250.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, R.F., op. cit., p. 67.

<sup>19</sup> Idem, *ibidem*, p. 137.

<sup>20</sup> CRETELLA JUNIOR, J. *Do Ato Administrativo*. São Paulo, José Buchatsky Editor, 1977, p. 4.



“A discricionariedade não é o resultado de uma carência pura e simples de regulamentação normativa: é em realidade de uma forma possível de regulamentação, na qual a lei fixa um marco de competência dentro do qual deixa ao funcionário uma margem de decisão, de criação própria, sem que isto signifique, por si só, que a mera atribuição de competência possa entender-se como outorga de liberdade para atuar.”<sup>25</sup>

### 6.2. Natureza

No que concerne à natureza da discricionariedade, há, fundamentalmente, três orientações, que são mencionadas por Giannini e citadas por A. G. Pereira:<sup>26</sup>

a) a primeira vê na discricionariedade uma liberdade de escolha do agente entre vários comportamentos possíveis: a norma indicaria ao agente o fim a prosseguir, mas deixaria a seu juízo a determinação dos meios e das circunstâncias;

b) a segunda considera a discricionariedade de uma operação intelectual por parte do agente: a norma emprega, por vezes, conceitos vagos, imprecisos ou passíveis de várias acepções, e incumbe ao agente completar a norma, precisar-lhe o sentido, dando, assim, exato cumprimento às finalidades estipuladas;

c) por último, a terceira orientação entende que o cerne da discricionariedade é a remissão do agente para normas extrajurídicas, que podem ser técnicas, científicas ou ainda normas de boa administração. O agente deveria sempre preencher o vazio da norma jurídica com a utilização dessas normas extrajurídicas.

A doutrina dominante inclina-se para a primeira orientação, refutando a identificação da discricionariedade com conceitos “vagos” ou “indeterminados” e com as normas “técnicas” ou “científicas”.

### 6.3. Fundamentos

Diversos são os argumentos utilizados pelos autores para justificar a discricionariedade. Como se verá, tais argumentos oferecem valiosos subsídios para a compreensão mais vigorosa da faculdade discricionária.

É bem verdade que, como inúmeros são os

fatos da vida empírica e infinitas suas manifestações, não pode o legislador prever todas as hipóteses possíveis de ocorrência fática dentro das normas.

Afonso Rodrigues Queiró, renomado publicista português, assinala com propriedade:

“A norma é obra de um legislador, e seria insensato negar que a este legislador é impossível, material e logicamente, para muitíssimas hipóteses, transmitir ao agente mais do que ordens e enunciar os fatos com conceitos de caráter em certa medida vago e incerto, de tal maneira que o agente, ao executar essas normas e interpretar esses conceitos, deve fixar-se, devendo agir em uma dentre várias interpretações possíveis destes últimos”.<sup>27</sup>

Esclarece o autor a impossibilidade material e lógica de o legislador prever toda a gama infinita de circunstâncias que podem surgir no mundo fático. As situações que ocorrem, empiricamente, são tão variáveis que, de fato, seria praticamente impossível catalogá-las nas normas.

Note-se que, caso possível fosse ao legislador prever, na atividade legiferante, todas as inúmeras atuações dos particulares, haveria a substituição de um órgão do poder por outro, isto é, o legislador teria que se despedir da abstração própria das leis, invadindo o campo da individualização, que lhe é defeso, por ser área administrativa.

Retomando ainda o ensinamento de Afonso Queiró, é de se assinalar que o legislador, na elaboração da norma, se utiliza de conceitos teóricos e práticos. Aqueles são determináveis no “plano das ciências empírico-matemáticas, de contornos absolutamente individualizáveis, com valor objetivo e universal”.<sup>28</sup>

Não deixando qualquer opção ao legislador, ou a possibilidade de qualquer comportamento outro, estamos diante da vinculação. Estes, porém, são atinentes

“ao mundo dito da sensibilidade, da razão prática, onde domina a incerteza, o parecer de cada um, onde não existe uma lógica de valor universal, nas concepções individuais, a-científicas, subjetivas (individuelle Antoworte) e então o juízo de subsunção não mantém o mesmo caráter de

<sup>25</sup> GORDILLO, A., *Princípios Gerais de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. 180.

<sup>26</sup> PEREIRA, A. G., apud RIBEIRO V., *O Estado de Direito e o Princípio da Legalidade da Administração*. Coimbra, 1981, p. 87.

<sup>27</sup> QUEIRÓ, A. R. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio do Poder em Direito Administrativo*. Coimbra, 1948, p. 21.

<sup>28</sup> QUEIRÓ, A. R., op. cit., p. 29.

necessidade lógica de categoricidade”<sup>29</sup>

Utilizando-se, pois, dos conceitos práticos, que se ressentem de certa fluidez, de alguma incerteza, permanece sempre ao administrador uma esfera de liberdade, que implica a escolha de um dos vários comportamentos possíveis.

Em suma, justifica-se a existência da discricionariedade sob três aspectos: a impossibilidade material do legislador de prever todas as situações; a impossibilidade lógica de obstar a discricionariedade; e a inviabilidade jurídica, em regime de tripartição do exercício do Poder, da supressão da discricionariedade.

#### 6.4. Localização

A discricionariedade, observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Pode resultar da hipótese da norma jurídica a ser implementada, do mandamento dela ou, até mesmo, de sua finalidade.”<sup>30</sup> (Grifamos.)

Por hipótese da norma entenda-se a prefiguração pela lei daquela situação, em vista da qual dado comportamento pode ou deve ser tomado. Por mandamento da norma entenda-se o comando emanado da lei, ou a imposição que ela faz. Por finalidade da norma entenda-se o objetivo que a lei se propõe a atingir, ou o bem jurídico colimado.

Assim, tem-se discricionariedade quando os pressupostos fáticos, pela norma encampados, que legitimam a prática do ato, estão delineados por conceitos que Afonso Queiroz denominou “práticos”, isto é, vagos, imprecisos, plurissignificativos. Neste caso, cabe ao administrador fixar-lhes concretamente o alcance na espécie, embora dentro dos limites estabelecidos na lei.

De modo idêntico, pode a discricionariedade descansar no mandamento da norma. Isto sucederá, quer hajam sido utilizados conceitos “práticos” ou “teóricos” na hipótese legal (e independentemente da fluidez presente no enunciado da finalidade), quando a norma facultar uma conduta, em vez de exigí-la. Neste caso, a discricionariedade é limitada à possibilidade de agir ou não agir do administrador.

Por último, a discricionariedade poderá residir na finalidade da norma, já que a determinação precisa dela, para atender ao interesse público, e dependerá de sua avaliação até certo ponto subjetiva, em graus variáveis.

Portanto, quando a norma se referir aos fins, utilizando-se de conceitos “práticos”, igualmente caberá ao administrador agir com discricionariedade.

#### 6.5. Limites

Caio Tácito classifica os limites da discricionariedade em *externos* e *internos*. Os primeiros compreendem a competência e a existência material dos motivos; os últimos, a observância de seus fins legais.<sup>31</sup>

A moderna doutrina do Direito Administrativo vem aprofundando esta discussão. A propósito, Agustín Gordillo divisa os limites concretos, que são estabelecidos na norma, e os *limites relativos* ou *elásticos*, que se baseiam nos princípios de Direito.

Conforme preleciona:

“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 constituem um limite à discricionariedade administrativa. Esses limites à discricionariedade se diferenciam das faculdades regradas por constituírem em geral limitações mais ou menos 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 regradas é usualmente mais clara, ao resultar da mera confrontação do ato com a norma legal. Assim, a regulação é o *limite concreto*; os *limites que freiam a discricionariedade* são *limites relativos* ou *elásticos*.”<sup>32</sup>

Dentre os limites relativos ou elásticos à discricionariedade, a serem estabelecidos a partir da análise acurada do caso ocorrente, figuram o *princípio da razoabilidade*, o *desvio de poder* e a *boa-fé*.

No primeiro caso, a decisão discricionária do administrador será ilegítima, apesar de não violar norma alguma, se é “irrazoável”, o que pode acontecer nas seguintes hipóteses:

a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que sustenta; ou

b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notó-

<sup>29</sup> Idem, *ibidem*, p. 29.

<sup>30</sup> MELLO, C. A. B., *op. cit.*

<sup>31</sup> TÁCITO, C. “O Desvio de Poder Administrativo”, In. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1975.

<sup>32</sup> GORDILLO, A. *op. cit.*, p. 183.

rios, ou se funde em fatos ou provas inexistentes; ou

e) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva ao que se quer alcançar”<sup>33</sup>

No segundo caso, a decisão discricionária do administrador será igualmente ilegítima, se atuar com desvio de poder, ou seja, se ocorrer as seguintes hipóteses:

“a) atua com fim pessoal (vingança, favoritismo etc.);

b) com um fim administrativo, porém não aquele querido pela lei: se a lei autoriza a adotar determinada medida (por exemplo: a cobrança de multas por certas infrações), tendo em vista uma finalidade específica (no caso, evitar o cometimento de novas infrações), será desviada e com isso ilegítimo o ato que a adote com finalidade distinta (por exemplo: tratar de arrecadar os maiores fundos possíveis para determinadas obras comunais).”<sup>34</sup>

No último caso, a boa-fé como limite à atividade discricionária, Agustín Gordillo preleciona que:

“Coisa igual sucederá se o órgão que desempenha de uma potestade pública utiliza-a com má-fé, usando subterfugios ou artimanhas - por ação ou omissão, inclusive o silêncio - para levar a engano ou a erro um administrado; tal tipo de conduta é, por certo, incompatível com o que deve ser o exercício da função administrativa e é também ilegítima, ainda que a faculdade que no caso se exerça, seja discricionária.”<sup>35</sup>

Ressalte-se que a lesividade do ato, que pode envolver tanto a violação de um direito subjetivo quanto a contrariedade de um interesse público, constitui também limite à discricionariedade. Assim, a escolha da melhor alternativa implica um poder-dever para o administrador público. Se for possível sua determinação, considerando o elenco de opções que está a seu alcance, figurará outro limite à apreciação discricionária, inserindo-se no conceito de moralidade administrativa.

Dentro da margem de liberdade de escolha que a norma lhe confere, a alternativa do administrador deverá se pautar na *lógica do razoável e da razão vital e histórica*, a que faz menção Luis Recaséns Siches, quando sustenta que a interpretação e aplicação dos conteúdos jurídicos estão condicionadas por pontos de vista e hierarquias de caráter estimativo.<sup>36</sup>

Amplia-se, assim, o campo do controle judicial da atividade discricionária, em face da existência de normas e princípios jurídicos que limitam a ação do administrador. O agir dentro da legalidade assume o significado de atuar conforme o direito, de modo que a atividade administrativa atenda à finalidade legal.

A exigência de atuar conforme o direito não representa a negação da discricionariedade administrativa. A margem de liberdade que a norma reserva ao administrador, em maior ou menor grau, considerando que esta não apreende, ao nível abstrato, todas as situações que envolvam os critérios de conveniência e oportunidade, diferencia sua atuação, em relação às chamadas faculdades regradas ou vinculadas.

A esfera de liberdade remanescente ao agente não significa permissão para este atuar à margem do Direito. Cabe-lhe, diante do caso concreto, exercer o poder criador, com liberdade, nos limites permitidos em lei.

Portanto, no que respeita aos atos administrativos discricionários, a indeterminação da norma exige do administrador, ante um elenco de alternativas mais ou menos amplo, a escolha da que melhor atenda ao interesse público.

7. O Judiciário como órgão de controle dos atos administrativos

No sistema brasileiro, de jurisdição única, o Judiciário é o órgão competente para controlar a ação administrativa em todos os seus aspectos e em caráter definitivo, verificando a conformidade do ato administrativo com a norma jurídica.

É o que dispõe o art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 5º

.....  
XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Assim, estão os atos administrativos, tanto

<sup>33</sup> GORDILLO, A. op. cit., p. 183-184.

<sup>34</sup> GORDILLO, A. op. cit., p. 184.

<sup>35</sup> Idem, *ibidem*, p. 186.

<sup>36</sup> SICHES, L. R. *Tratado General de Filosofia del Derechi*. Ciudad de México, Porrúa, 1978, p. 664.

vinculados quanto discricionários, sujeitos ao controle judicial sempre que se instale a controvérsia e se invoque a tutela do Estado-Juiz.

Nas hipóteses em que existe prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento do administrador, em face da situação concreta, estando assim o ato administrativo submetido a estritos regramentos, não se oferecem maiores dificuldades ao Judiciário para a verificação da sua legalidade.

Contudo, quando a situação fática, que enseja a edição do ato, não está prevista em lei, cabendo à Administração, no exercício da faculdade discricionária, a eleição das circunstâncias, vale dizer, dos motivos do ato, torna-se mais complexa a tarefa de verificar a sua adequação à finalidade legal, no interior de uma lide.

Embora a doutrina administrativa clássica tenha preconizado, com larga aceitação, a impossibilidade de revisão dos atos decorrentes da ação administrativa discricionária, essa noção vem sendo superada por fecunda construção doutrinária e jurisprudencial moderna, que reconhece a existência de limites jurídicos à discricionariedade.

De início, há de se observar a dificuldade para estabelecer uma disciplina uniforme e precisa, posto que, conforme arremata Seabra Fagundes:

“Aliás é ainda de notar que a própria competência discricionária pode ser ora mais, ora menos extensa. Vezes há em que diz respeito à utilidade e oportunidade (motivos do ato administrativo). Algumas vezes refere-se ao modo de agir (objeto ou conteúdo do ato administrativo). Outras vezes, ainda, alcança a ambos simultaneamente. Mas como quer que seja, subsistem mesmo na hipótese de competência discricionária, limitações às atividades administrativas, como as referentes à forma, à competência, à finalidade etc., vinculando-a à legalidade.”<sup>37</sup>

Acresce o fato de que a discricionariedade administrativa pode se manifestar tanto no plano positivo, quando se pratica, como no negativo, quando se deixa de praticar o ato.

José Afonso da Silva observa que a eficácia do controle judicial da discricionariedade, como meio de defesa do patrimônio público,

ficou reduzida sob “a orientação de que o Judiciário não pode apreciar o merecimento dos atos administrativos”.<sup>38</sup>

Conclui o citado autor:

“A existência de lesão implicava mais a aferição de critérios de moralidade do que de legalidade...”<sup>39</sup>

Sucedem que os critérios de moralidade administrativa se incluem no conceito amplo de legalidade. A observância desse princípio, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República, refere-se às regras de boa administração. Neste sentido, a conveniência e a oportunidade da prática do ato se inserem nas condições de sua legalidade.

Não se pode estabelecer, aprioristicamente, proibição ao Judiciário do exame da discricionariedade administrativa, pois isto resultaria em flagrante ofensa à garantia constitucional da prestação jurisdicional.

A ampliação do controle judicial dos atos praticados no exercício do poder discricionário, além de constituir mecanismo eficaz para a defesa do administrado em face da Administração e daqueles que fazem uso desatado do poder, propiciará a participação mais intensa dos administrados na gestão dos negócios públicos.

#### 8. A discricionariedade e extensão do controle judicial

Não obstante goze o administrador do poder de escolher, nos casos em que a lei lhe faculta, a solução que melhor atenda ao interesse público, dentro de critérios de conveniência e oportunidade, toda a atenção dos administrativistas se volta ao controle, por parte do Poder Judiciário, do exercício da atividade discricionária.

Não há como negar, conforme preleciona Afonso Queiró:

“O poder discricionário da Administração nunca é uma livre escolha ou uma livre atividade; é pelo menos sempre limitado, dirigido, regulado, ligado pelo fim da lei.”<sup>40</sup>

No mesmo sentido, assinala, com perfeição, Lúcia Valle Figueiredo:

“Entendo que o Judiciário pode e deve fazer amplo controle dos atos administrativos. Cabe ao próprio Judiciário,

<sup>38</sup> SILVA, J. A., *Ação Popular Constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968., p. 123.

<sup>39</sup> SILVA, J.A., op. cit., p. 123.

<sup>40</sup> QUEIRÓ, A. R., op. cit., p. 45.

<sup>37</sup> FAGUNDES, M. S., op. cit., p. 84.

ao dissecar o ato, traçar o limite de exame, a fim de deixar intocável a esfera devida ao administrador. Deve percorrer na trilha do exame até o momento em que, quer a decisão *a*, quer a *b*, sejam ambas possíveis, por não se poder mais discernir qual a melhor.”<sup>41</sup>

É possível, pois, o controle judicial dos conceitos indeterminados ou plurissignificativos de que se serve a discricionariedade. Importa trazer tais conceitos para a zona de certeza, como dizem Garcia de Enterría e Thomas Ramon Fernandez, no seu *Curso de Derecho Administrativo*.

Destarte, seria de todo inconveniente se examinasse a discricionariedade administrativa sem se mencionar o controle judicial de seus limites. É justamente no estudo da atividade discricionária que se indaga sobre a extensão desse controle e até onde é legítimo impor-lhe balizas.

Acompanha-se, neste estudo, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, ao afirmar que:

“Nada há de surpreendente em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à *investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato*. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e de resto fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.”<sup>42</sup> (Grifamos.)

#### 8.1. Exame dos motivos do ato

O exame dos motivos do ato, quer quanto à subsistência deles, quer quanto à idoneidade que apresentam para determinarem a vontade do administrador na direção que haja tomado, é meio hábil para o controle, por parte do Judiciário, do exercício da atividade discricionária.

Assim, se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu conseqüências incompatíveis com o princípio de direito aplicado, ter-se-á a nulidade do ato por violação da legalidade, ou, melhor dizendo, haverá um vício a macular a higidez do ato. Tanto o erro de fato como o erro de direito autorizam a anulação judicial do ato administrativo.

Portanto, ao Judiciário compete invalidar todo

<sup>41</sup> FIGUEIREDO, L. V. “Discricionariedade: Poder ou Dever?”. In *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 138.

<sup>42</sup> MELLO, C. A. B. op. cit., p. 424.

ato que, a pretexto de exercer a faculdade discricionária, indique a ausência ou defeito do motivo.

Acolhendo a mesma doutrina, diz Caio Tácito:

“As violações mais audaciosas à legalidade, afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou inidôneo, somente podem ser aferidas mediante o conhecimento dos trâmites do ato censurado.”<sup>43</sup>

Considera, ainda, que:

“Negar ao Juiz a verificação objetiva da matéria do fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.”<sup>44</sup>

#### 8.2. Exame da finalidade (o desvio de poder)

No exame da finalidade do ato, o Judiciário comparece também a fim de controlar a legitimidade da ação da Administração. Se o agente se utiliza de sua competência para atingir finalidade diversa daquela que lhe foi outorgada pelo ordenamento, teremos desvio de poder (*détournement du pouvoir*, na França; *sviamento di potere*, na Itália). Disto resulta uma desconcórdância objetiva entre a regra de competência e o ato praticado.

As noções que existem sobre desvio de poder advêm da ação do Conselho de Estado francês, ou do mesmo órgão italiano. Trata-se, hoje, de entendimento corrente, tanto entre doutrinadores, como nos tribunais.

Afirma Laubadère:

“Il ya détournement du pouvoir lorsqu' une decision a été prise en vue d'un but autre que celui pour lequel elle pouvait l'être.”<sup>45</sup>

Renato Alessi assim define o desvio de poder:

“Nel concedere una data facultá discrezionale all' amministrazione, e si colpi l'uso di tale facultá per uno scopo estraneo allo scopo avuto di mira dalla legge.”<sup>46</sup>

<sup>43</sup> TACITO, C., apud MELLO, C.A.B., op. cit., p. 425.

<sup>44</sup> Idem, ibidem, p. 425.

<sup>45</sup> LAUBADÈRE, A. *Manuel de Droit Administratif*. Paris, 1969, p. 113.

<sup>46</sup> ALESSI, R., *Sistema Istituzionali del Diritto Amministrativo*, Milano, Dott A. Giuffrè 1960, pp. 367/368.

George Vedel assinala as seguintes modalidades de desvio de poder, conforme a hipótese:

a) caso em que o agente não perseguiu um interesse público, alimentado por móvel pessoal de favorecimento ou vingança, pratica o ato por razões estranhas à finalidade pública;

b) caso em que persegue um fim de interesse público, contudo alheio à categoria de interesses computados no âmbito de sua competência;

c) caso em que se vale de uma via jurídica para atingir fins públicos implementáveis por via jurídica diversa.<sup>47</sup>

O certo é que, nas várias hipóteses, tem-se como referência a finalidade normativa, seu alcance e seu significado em Direito, e confronta-se com ela o ato administrativo, invalidando-o se foi editado em desconformidade com o objetivo legal.

### 8.3. Exame da causa

Como último meio de contraste judicial da discricionariedade, aponta-se o exame da causa do ato. Alguns autores identificam esta expressão em acepções diversas, mas impõe-se a fixação de uma precisão terminológica.

Neste sentido, a causa, consoante a lição de André Gonçalves Pereira:

“É uma relação de adequação entre os pressupostos do ato e o seu objeto.”<sup>48</sup>

Destarte, o exame da causa, tal como concebe o citado autor, deve abranger a adequação entre os pressupostos fáticos do ato (motivo) e o seu conteúdo, tendo em mira e finalidade legal do ato.

Ao que se vê, comparecerá o Judiciário a fim de controlar a legalidade da atuação administrativa se, existentes os motivos, não houver uma relação de pertinência entre eles e o conteúdo do ato, em vista da finalidade para a qual foi concebido.

### 9. Conclusões

Em síntese e conclusão do exposto, não há como deixar de reconhecer que:

a – Escrever sobre a discricionariedade administrativa e o controle judicial de seus limites é tarefa árdua e gratificante. Árdua, porque é sabido que o assunto está longe de considerar-se esgotado. Somente agora, a doutrina se vai aprofundando na matéria, à custa, principalmente,

te, do grande esforço de democratização do Direito Administrativo. Gratificante, porque é um dos temas mais ricos e importantes desta província jurídica, permitindo ao estudioso, que o defronte a sério, mergulho profundo em seara onde repousa a relação entre o princípio da finalidade e a validade do ato administrativo.

b – De outro lado, a eficaz garantia dos direitos dos administrados, ante as prerrogativas da Administração, está em relação direta com a extensão que se reconheça ao controle judicial dos atos praticados no exercício da atividade discricionária.

c – A Administração Pública é destinatária das normas legais e seu comportamento está sujeito ao princípio da legalidade na forma expressa. No sistema brasileiro, de jurisdição única, o Judiciário é o órgão competente para controlar a ação administrativa em todos os seus aspectos e em caráter definitivo, verificando a conformidade do ato administrativo com a norma jurídica.

d – Não se pode mais entender a Administração Pública como mera executora da vontade da lei, mas como complexo instrumento político de persecução do bem-comum, sujeito a balizamentos legais e éticos.

e – A discricionariedade é o poder-dever do administrador de, ante a indeterminação da norma, fazer a apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a solução que melhor atenda à finalidade legal e ao interesse público.

f – A decisão tomada pelo agente no exercício da apreciação discricionária é sempre relativa, sempre limitada e sempre contrastável judicialmente.

g – O controle dos atos decorrentes do exercício do poder discricionário não significa que o Judiciário possa modificar os critérios de conveniência e oportunidade que os tenham informado, operando assim uma substituição à vontade administrativa. Tal procedimento, estranho à função jurisdicional, implicaria a usurpação de funções. O que cabe ao Judiciário é verificar se a escolha, levada a cabo pela Administração no caso concreto, se manteve nos limites da razoabilidade e da boa-fé.

h – O controle dos atos administrativos, ainda que praticados no exercício do poder discricionário, se estende à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato administrativo.

i – Os critérios de moralidade se incluem no

<sup>47</sup> VEDEL, G., apud MELLO, C.A.B., op. cit.

<sup>48</sup> PEREIRA, A.G., op. cit., p. 122.

conceito amplo de legalidade. A obediência a esse princípio, previsto no art. 37, *caput*, do Texto Básico, refere-se às regras de boa administração. Neste sentido, a conveniência e a oportunidade da prática do ato administrativo constituem condições de sua legalidade. A discricionariedade está sujeita a limites jurídicos, que a doutrina e jurisprudência atuais vêm preconizando em diversas escalas.

j – A liberdade contida na discricionariedade exprime o poder-dever de o administrador, entre várias alternativas, adotar a melhor. Sendo possível, objetivamente, confrontar, entre si, tais alternativas, abre-se espaço para o controle pelo Judiciário.

l – Nos países que adotam o sistema do contencioso administrativo, a doutrina e a jurisprudência têm alcançado assinalado desenvolvimento, na busca de melhor controle da ação administrativa inconveniente, inoportuna ou mesma temerária, vale dizer, em favor do administrado.

m – A discricionariedade é instrumento fundamental na busca do equilíbrio entre as prerrogativas da Administração e as garantias dos administrados.

### Bibliografia

- ALESSI, Renato. *Sistema Istituzionali del Diritto Amministrativo*. Milano, Dott. A. Giuffrè, 1960.
- \_\_\_\_\_. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milano. Dott. A. Giuffrè. 1974.
- BIELSA, Rafael. *Principios de Derecho Administrativo*. Liberia Ciencia, Rosário, 1949.
- \_\_\_\_\_. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1995, 5 vols.
- \_\_\_\_\_. "A Ação Popular e o Poder Discricionário da Administração". In: *Revista Forense*, 157/34-49.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1970.
- CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958.
- CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1960, 4 vols.
- \_\_\_\_\_. "Do Poder Discricionário". In: *RDA*, 101/1-23.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979.
- COSTA, Regina Helena. "Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade". In: *Revista da Procuradoria Geral/SP*, jun./ 1978.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1983.
- \_\_\_\_\_. *Dicionário de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense 1977.
- \_\_\_\_\_. *Do Ato Administrativo*. São Paulo, José Buchatsky Editor, 1977.
- CUNHA, Therezinha Lúcia Ferreira. "Princípio da Legalidade e Desvio de Poder no Direito Administrativo". In: *Revista de Informação Legislativa*, a. 19, n. 75. 1982.
- DIEZ, Manuel Maria. *El Acto Administrativo*. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1956.
- EISENMANN, Ch. "O Direito Administrativo e o Princípio da Legalidade". In: *RDA*, v. 56.
- ENTERRIA, Eduardo Garcia de y FERNANDEZ, Thomas Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid, Civitas, 1984, 2 vols.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Introdução ao Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, DASP, 1960.
- FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, Institute de Estudios Políticos, 1973.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da Norma Jurídica*. Rio de Janeiro, Forense, 1978.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. "Discricionariedade: Poder ou Dever?". In: *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Macchi, 1979.
- \_\_\_\_\_. *Principios Gerais de Direito Público*. Trad. de Marco Aurélio Grtcco. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977.
- HAURIOU, Maurice. *Precis de Droit Administratif et de Droit Publique*. L. Recueil Sirey, Paris. 1974.
- JÉZE, Gaston. *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Depalma, 1948.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1985.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Lisboa, Ed. Fundação Gulbenkian, 1969.
- LAUBADÈRE, André. *Manuel de Droit Administratif*. Paris, 1960.
- LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Admi-*

- nistrativa e Controle Judicial*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- LIMA, Paulo Barros de Araújo. "Do Exercício do Poder Disciplinar e seu Controle". In: *RDA*, 70/18.
- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987.
- \_\_\_\_\_. "O Exame, pelo Judiciário, da Legalidade dos Atos Administrativos". In: *RDA*, 3/70-98.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1969.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Ato Administrativo e Direito dos administrados*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.
- \_\_\_\_\_. ... (et alli) *Curso de direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986.
- \_\_\_\_\_. "Discrecionalidade: Fundamentos, Natureza e Limites". In: *RDA*, 122/1-9.
- MORENO, Sainz. *Conceptos Jurídicos, Interpretación e Discrecionalidad Administrativa*. Madrid, Civitas, 1976.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e Ilegalidade do Acto Administrativo*. Lisboa, Ática, 1962.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O Poder Discricionário na Administração*. Coimbra, Coimbra Editora, 1948.
- \_\_\_\_\_. *Reflexões sobre a Teoria do Desvio do Poder*. Coimbra, Coimbra Editora, 1940.
- RIBEIRO, Vinício. *O Estado de Direito e o Princípio da Legalidade da Administração*. Coimbra, Coimbra Editora, 1981.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Coimbra, Almedina, 1975.
- SICHES, Luis Recaséns. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Ciudad de México, Porrúa, 1978.
- SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1968.
- TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil*. Rio de Janeiro, DASP, 1959.
- \_\_\_\_\_. "A Administração e o Controle da Legalidade". In: *RDA*, 32/1-11.
- VEDEL, Georges. *Droit Administratif*. Paris, Presses Universitaires de France, 1976.
- WALINE, Marcel. *Précis de Droit Administratif*. Paris, 1969.