

INTRODUÇÃO

A intenção do presente trabalho é analisar a possibilidade de extensão do controle jurisdicional sobre a atividade administrativa nos atos decorrentes do poder discricionário e, em especial, na interpretação e integração dos conceitos jurídicos indeterminados.

Portanto, é essencial ressaltar que neste trabalho adota-se a concepção de que a discricionariedade administrativa está intrinsecamente ligada ao fenômeno dos conceitos legais indeterminados, dos quais o legislador lança mão para que a atuação do órgão administrativo seja eficaz e célere a fim de cumprir as exigências do interesse público.

Para tanto, a monografia, além de introdução e considerações finais, divide-se em três capítulos e foi adotado como método de pesquisa o método dedutivo.

No primeiro capítulo far-se-á um histórico das concepções de Estado, culminando no Estado Democrático de Direito, tratar-se-á da teoria de separação de Poderes e se discorrerá acerca das dimensões dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e sua contribuição para estabelecer limites ao poder discricionário.

O segundo capítulo tratará dos conceitos jurídicos indeterminados e das hipóteses de surgimento da discricionariedade, da necessidade de previsão de referidos conceitos para uma atuação célere e eficaz da Administração Pública, dos princípios constitucionais, dando destaque ao princípio da moralidade administrativa e do dever de motivação.

O terceiro e último capítulo exporá as formas de controle dos atos discricionários, os limites existentes no ordenamento jurídico para efetivá-lo, fará referência às teorias do desvio de poder ou desvio de finalidade e teoria dos motivos determinantes, por fim, tratará da sindicabilidade do mérito do ato administrativo e suas implicações nos princípios de separação de poderes e inafastabilidade do Poder Judiciário.

CAPÍTULO 1 – PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE E TEORIA DA SEPARAÇÃO DE PODERES

1.1 Histórico

1.1.1 Estado-Polícia

Na evolução dos Estados nacionais, num primeiro momento prevalecia o caráter autoritário personificado na figura dos reis e dos imperadores, não havendo limites ou vinculação à atividade do monarca, era “o império do arbítrio” (DI PIETRO, 1991, p. 13). Este período foi denominado de Estado-Polícia.

Ferreira enumera três elementos que marcam o Estado-Polícia são eles a) a atividade do Estado não é vinculada a qualquer regra do Direito, b) não há direitos subjetivos públicos oponíveis à atividade estatal e aos fins objetivados pelo Estado e c) a vontade do príncipe não se subordina a qualquer limite. (1994, p. 31)

Duas idéias centrais marcam esse período histórico a de soberania e a de polícia, tendo como característica o fato que o príncipe não presta contas a ninguém a não ser a Deus, “ele é o único portador dessa idéia de racionalidade; é capaz de definir a organização racional do Estado e realizar uma nação culta”. (RIBEIRO *apud* DI PIETRO, 1991, p. 12)

1.1.2 Estado de Direito

Posteriormente, com o advento do liberalismo dá-se maior relevância às liberdades individuais, tendo como limite à atividade administrativa a lei, surge a noção de Estado de Direito “identificado com os seus elementos formais-instrumentais, principalmente o princípio da legalidade da administração e da justiça administrativa”. (LORENZO, 2006, p. 350)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que o Estado de Direito fundamenta-se pelos princípios da legalidade, igualdade e separação de Poderes. A autora revela “o ideal do Estado de Polícia de tudo fazer pela glória do Estado, pela grandeza e brilho da nação, foi substituído pelos ideais do liberalismo, voltados para as garantias e liberdades dos cidadãos”. (1991, p. 14)

O surgimento de normas escritas fulminam o poder autoritário e soberano dos monarcas, o Estado de Direito, em última medida, constitui garantia de segurança jurídica aos administrados.

Outrossim, Ana Paola Lorenzo defende que o Estado de Direito sujeita-se concomitantemente ao princípio da legalidade e ao “poder da razão, valorada segundo os critérios positivados ou apenas exigidos por determinada ordem social”. (1998, p. 87)

Ferreira destaca que “a Administração Pública e seu atuar típico – como aspecto dinâmico do Estado na realização de suas finalidades – encontraram similar evolução, partindo da total liberdade para uma cogente conformação com o direito”. (1994, p. 31)

A vontade do rei perde espaço como fonte de criação de todo o Direito e, paralelamente, a vontade geral ganha força, “desse modo, o poder só é exercido de forma legítima quando resulta da lei”. (DI PIETRO, 1991, p. 15)

Como consequência, o Poder Legislativo ganha prevalência em relação aos outros Poderes estatais, Scholler pontua “o legislador era tido como juridicamente ilimitado. [...] O postulado de que a lei é genérica e abstrata, valendo para todos, não traduzia, em verdade, a idéia de vinculação do legislador, mas integrava a própria definição de lei”. (1999, p. 93)

É no Estado de Direito que surge o direito administrativo como ramo autônomo, que se compõe por regras de Direito Público aplicáveis à Administração Pública.

Saliente-se que embora fossem asseguradas algumas garantias contra o arbítrio do poder monárquico, “como resquício do período anterior, das monarquias absolutas, continuou-se a reconhecer à Administração Pública uma esfera de atuação livre de qualquer controle judicial”. Isto se deve à concepção que se tinha da discricionariedade à época “a discricionariedade, nesse período, não era vista como um poder jurídico, mas como um poder **político**” (grifo do original) (DI PIETRO, 1991, p. 19)

Com a Magna Carta de João Sem Terra de 1215 e a *Petition of Rights* de 1628 o rei passa “a submeter-se às mesmas leis que regulavam as relações entre particulares, negando-se à Administração Pública qualquer tipo de privilégio ou prerrogativa especial, inclusive de ter seus litígios apreciados por Tribunais especiais” (DI PIETRO, 1991, p. 17)

Portanto, o advento do direito administrativo implica no reconhecimento de uma posição de superioridade à Administração Pública e a legitimação dessa posição decorre do fato que atua em nome da vontade geral dos cidadãos.

Contudo, no decorrer do século XIX iniciam-se as reações contra o Estado de Direito, de caráter eminentemente individualista “os princípios do liberalismo, voltados para a

proteção da liberdade e igualdade, mostram-se insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram”. (DI PIETRO, 1991, p. 20)

Celso Antônio Bandeira de Mello observa que no Estado de Direito consolida-se a noção de soberania popular e do primado da lei entendida como regra geral, abstrata e impessoal, expressão da vontade geral, sendo a atividade administrativa função típica do Poder Executivo, a qual “deverá corresponder à concreção final da vontade popular expressa na lei. Fora da lei, portanto, não há espaço para atuação regular da Administração”.

Ademais, a idéia de legalidade inerente ao Estado de Direito é uma (MELLO, 1989, p. 25)

garantia para os cidadãos, não apenas a segurança de que o Poder Público só pode buscar as finalidades estipuladas em lei, mas também a de que, ao buscá-las, terá de cingir-se à utilização de meios que o Direito antecipadamente e adrede concebeu como sendo adequados para o atingimento de cada uma delas

Floriano de Azevedo Marques Neto destaca que a teoria de discricionariedade decorre da noção de direito público no Estado de Direito, tendo a lei papel central nessa concepção. O autor expõe (2002, p. 470)

o exercício da autoridade, do poder político, do poder extroverso necessariamente decorre da lei e essa lei não só autoriza a atuação do poder extroverso como dá contornos, limites, competências e meios para a atuação desse poder

Tanto na atividade discricionária quanto na atividade vinculada é essencial a subordinação da atividade administrativa aos fins estabelecidos no sistema jurídico, sob pena de invalidação do ato, além de que a discricionariedade não existe fora dos limites do princípio da legalidade.

1.1.3 Estado Social

Surge a concepção do Estado Social ou Estado do Bem-Estar, na qual ao Estado é atribuída a busca pela igualdade entre os homens. Para tanto, o Estado passa a intervir na ordem social e econômica em atividades antes realizadas apenas pelos particulares para garantir o cumprimento da justiça social. (DI PIETRO, 1991, p. 20)

Nota-se que no Estado Social o conceito de interesse público humaniza-se pelo fato que há uma preocupação não apenas com os bens materiais que a liberdade de iniciativa proporciona, mas também com valores considerados essenciais para uma existência digna, o que implica numa maior intervenção do Estado para atenuar desigualdades sociais e garantir o bem-estar social da coletividade. (DI PIETRO, 1991, p. 160)

Duas idéias centrais definem o Estado Social. A primeira é a de socialização, que revela uma preocupação com o bem comum e o interesse público e, segundo, o fortalecimento do Poder Executivo, ao qual foi dada competência legislativa para editar decretos-leis, leis delegadas e regulamentos a fim de não ficar dependendo da morosidade do processo legislativo para atuar. (DI PIETRO, 1991, p. 22)

Porém, Di Pietro faz referência a alguns problemas decorrentes do Estado Social, tais como a dependência administrativa e financeira dos Poderes Legislativo e Judiciário em relação ao Poder Executivo; a lei desvincula-se do ideal de justiça e perde sua abstração e generalidade servindo aos interesses de classes, grupos e partidos, a insegurança jurídica é acentuada ainda pelos abusos cometidos pelo Poder Executivo, que facilmente edita normas com força de lei. (1991, p. 23)

Em outras palavras, o Estado Social produz um direito administrativo em que a relação entre direitos individuais e prerrogativas do Poder Público tende a dar preeminência ao órgão estatal.

Di Pietro destaca ainda como consequência advinda da intervenção estatal na ordem social e econômica decorrentes do rol de atividades assumidas pelo Poder Público a crise da noção de serviço público (1991, p. 25)

Isto porque o Estado passou a transferir a execução de grande parte dessas atividades [de natureza social e econômica] por meios de concessões de serviços públicos e, posteriormente, mediante a criação de sociedades de economia mista e empresas públicas, para execução sob regime jurídico predominantemente privado

O conceito de poder de polícia, antes ligado à idéia de limitação de direitos individuais em benefício da segurança, passa a significar a “atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do **interesse público**, qualquer que seja a sua natureza” (grifos do original) (DI PIETRO, 1991, p. 25)

De forma semelhante, o conceito de discricionariedade, que no Estado liberal confere à Administração ampla atuação no sentido que o Poder Público pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, no Estado Social “a vinculação à lei passou a abranger toda a atividade administrativa; o princípio da legalidade ganhou novo sentido, significando que a Administração só pode fazer o que a lei permite”. Igualmente, a discricionariedade passa a ser concebida sempre vinculada à lei. (DI PIETRO, 1991, p. 27)

Por fim, Di Pietro menciona a formação de um micropoder, composto pela tecnoburocracia como fator de limitação ao controle judicial da atividade administrativa. A autora revela que grupos de pressão passam a atuar junto aos órgãos técnicos da

Administração Pública e junto ao Poder Legislativo formando *lobbys* afetando “as relações entre os poderes e o exercício da soberania”. (1991, p. 29)

1.1.4 Estado Democrático de Direito

Modernamente, foi acrescido ao Estado de Direito o princípio democrático, ocasionando o advento do Estado Democrático de Direito que “se levanta contra a discricionariedade ou o mérito administrativo”. (LORENZO, 2006, p. 350)

Nesta concepção de Estado, destacam-se duas idéias centrais a de participação popular e a de justiça material, pretende-se vincular a lei novamente ao ideal de justiça, busca-se um retorno do Estado Legal ao Estado de Direito, “pretende-se submeter o Estado ao Direito, não à lei em sentido puramente formal”. (DI PIETRO, 1991, p. 29)

Outrossim, no Estado de Democrático de Direito verifica-se uma ampliação do conceito de legalidade, que será tratada no item 2.2.3, e a participação do cidadão envolvendo o controle e gestão da Administração Pública, “no processo político, econômico, social e cultural”, dito de outro modo, democracia participativa.

Outras implicações da adoção deste modelo de Estado revelam-se na processualização do direito administrativo, em grande parte devido à exigência constitucional do devido processo legal e a ampliação da discricionariedade administrativa. (DI PIETRO, 2008, p. 29-30)

A lei deve ser entendida em seu sentido formal emanada do Poder Legislativo e também em seu sentido material de realização dos princípios que fundamentam a República.

A função do Estado Democrático de Direito é superar as desigualdades, instaurando um regime democrático que realize a justiça social. Os princípios constitucionais ganham extrema relevância devendo a Administração Pública basear a sua atuação nos ensinamentos constitucionais para cumprir o interesse público. (SILVA, 2004, p. 111)

O direito administrativo adquire nova concepção em razão do fato que a Administração não pode mais ficar inerte diante de normas imutáveis e soluções estáveis. Di Pietro afirma “a atuação do Estado saiu da órbita do serviço público para estender-se à esfera da atividade econômica de natureza privada” a fim de garantir o cumprimento do interesse público.

A autora expõe ainda que no Estado Democrático de Direito devem coexistir duas realidades, de um lado há elementos do Estado de Direito como a separação de poderes, o princípio da legalidade e a garantia de direitos fundamentais e, de outro, elementos próprios

do Estado Social, no qual “não basta assegurar a liberdade individual, porque isto implica um Estado que se auto-limita, deixando o indivíduo jogado a sua própria sorte; é preciso que haja **participação**” (grifo do original) (DI PIETRO, 1991, p. 35-36)

Portanto, o modelo de Estado ideal seria o Estado Social e Democrático de Direito, o qual tem por objetivo principal o desenvolvimento da justiça social. No entanto, “esse Estado utópico é, de fato, de difícil realização, mas deve sempre servir de parâmetro para o Estado que se diz moderno e voltado a necessidades sociais”.

O caráter de Estado de Direito existente na noção de Estado Democrático de Direito deve abranger a submissão à jurisdição, sendo esta exercida pelo juiz natural, leia-se imparcial, e a jurisdição apenas pode aplicar lei preexistente. O Estado apenas será democrático se o poder emanar do povo e se houver respeito aos direitos fundamentais. (YUNES JUNIOR, 1999, p. 115-118)

No direito administrativo, pode-se chegar a duas conclusões acerca dos desdobramentos desta noção de Estado, primeiro surge o papel socializador do direito administrativo, porque é através dele que os princípios constitucionais de ordem social e econômica serão realizados e, segundo a democratização deste ramo do direito em razão do fato que a participação popular passa a ser requisito obrigatório nas decisões do controle da Administração Pública. (DI PIETRO, 1991, p. 37)

A Constituição e o sistema jurídico são de fundamental importância no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que um sistema jurídico lógico e coerente dá aos cidadãos segurança jurídica de não serem surpreendidos com novas normas alterando situação anterior.

Além do dever de o Estado Democrático de Direito ser constitucional, destacam-se outros elementos que contribuem para sua formação, a lei deve ser uma manifestação da vontade do povo; a Constituição deve ser uma declaração de direitos, que não podem ser alterada e à jurisdição incumbe a interpretação da norma questionada. (YUNES JUNIOR, 1999, p. 114-117)

Daudt destaca a necessidade, para a construção do Estado Democrático de Direito, da participação dos administrados nas escolhas administrativas, seja recorrendo a parlamentares e bases governistas, seja na própria via administrativa, seja, mediante provocação do Judiciário. (2003, p. 119) Porém, é essencial extrair das opiniões dos cidadãos argumentos que contribuam para a tomada de decisão correta, isto é, deixando de lado idéias e assertivas formadas com base no senso comum.

É importante ainda destacar a importância dos princípios gerais de direito no âmbito administrativo, máxime porque é um ramo do Direito que pretende assegurar o desenvolvimento da ordem social e econômica. Di Pietro destaca (1991, p. 34)

Eles [princípios gerais de Direito] atuam como limites à discricionariedade administrativa, os quais, se ultrapassados, configuram ato ilícito da Administração, passível de revisão pelo Poder Judiciário. A discricionariedade administrativa – como poder que é – não é limitada só pela lei, mas pela idéia de justiça

Saliente-se que os princípios deixam de ser apenas limites à atividade estatal para se tornarem instrumentos de controle. Os princípios e elementos essenciais para a construção de um Estado Democrático de Direito são o da consitucionalidade, o democrático, o da justiça social, o sistema de direitos fundamentais, o da igualdade, o da divisão de poderes, o da legalidade e o da segurança jurídica. (SILVA, 1992, p. 75)

Havendo colisão de princípios o problema resolve-se em três etapas, Hidemberg Alves da Frota fundamentando-se em Alexy, primeiro, analisa a eficácia do princípio de menor densidade. Em seguida, verifica os fundamentos dados pelo princípio de maior densidade e em que medida ele restringe a eficácia do princípio de menor densidade. Na última etapa, infere-se se o princípio de maior densidade justifica o sacrifício do princípio menos denso. (2007, p. 132)

Quanto maior for a restrição a um direito fundamental, maior deverá a sua razão justificativa, “uma restrição em grau elevado exige uma justificação na mesma medida”. (AVILA, 2004, p. 374)

O artigo 1^o da Constituição Federal indica que a República Federativa do Brasil adotou o modelo de Estado Democrático de Direito. Ressalte-se ainda que o preâmbulo² da Lei Maior é essencial para se chegar a uma definição do que se entende por interesse público.

¹Art. 1^o 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.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

² Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

1.2 Teoria da Separação de Poderes

1.2.1 Surgimento da noção de separação de Poderes: Aristóteles e Montesquieu

Desde a Antiguidade Clássica, Aristóteles fazia referência a uma estrutura tripartite das funções do Estado, haveria uma função consultiva, que deliberava acerca da guerra, da paz e das leis; uma função judiciária, a qual caberia solucionar controvérsias das leis; e uma função de assuntos internos da Administração. (RODRIGUES, 1995, p. 16)

A partir das idéias aristotélicas, Montesquieu desenvolveu as noções dos Três Poderes, Executivo, Judiciário e Legislativo (HARGER, 1998, p. 14)

Partindo do pressuposto que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele, estipula um **mecanismo de freios e contrapesos** para evitar os abuso, pelo qual **aquele que faz as leis não deve julgá-las nem executá-la; aquele que executa as leis não deve julgá-las nem fazê-las; e aquele que julga as leis não deve executá-las nem fazê-las** (grifos acrescidos)

A teoria de separação de Poderes surge como instrumento para enfraquecer o Estado Absolutista, “graças a Montesquieu a Separação de Poderes ganha força de um verdadeiro dogma, contra a situação política então reinante, de Estado poder, pelo qual o Poder era concentrado nas mãos do soberano”. (RODRIGUES, 1995, P. 17)

Montesquieu desenvolveu a teoria dos Três Poderes partindo da idéia que todo aquele que detém o poder tende a abusar e agir arbitrariamente. Desta forma, a teoria revela-se um sistema de freios e contrapesos, no qual o poder contém o poder “o que se conseguiria dividindo o poder estatal e opondo as partes respectivas para que se refreiem reciprocamente; isto por sua vez se conseguiria distribuindo as funções estatais entre diferentes órgãos”. (RODRIGUES, 1995, p. 17)

No ponto, Rodrigues ressalta que a teoria de Montesquieu não estabeleceu uma segmentação rígida entre as funções legislativa, executiva e judiciária, mas um mecanismo de pesos e contrapesos, no qual a tripartição de poderes conduz ao exercício de uma função principal e, mais adiante, conclui “se cada um deles é autônomo e independente no desempenho da sua função, automaticamente está posta uma barreira à atuação dos demais”. (2007, p. 17-19)

Saliente-se que cada Poder deve realizar a função que lhe é confiada sem que, no entanto, seja proibido exercer tarefa atribuída a outro, a título de exemplo, a função legislativa é própria do Poder Legislativo, mas nada impede que o Executivo e o Judiciário

legislem ainda que em pequena escala, vez que necessitam estabelecer regras internas de organização.

1.2.2 A separação de Poderes como divisão de funções

Quanto à separação de Poderes, Nunes Júnior (1995, p. 210) expõe que a denominação correta deveria ser divisão de funções, posto que o Poder estatal é uno e a separação dos Poderes não implicam em incomunicabilidade ou absoluta separação entres eles “o que há, portanto, não é tripartição de poderes, com divisão absoluta de funções, mas distribuição das três funções estatais precípua (não exclusivas) entre órgãos autônomos e independentes”.

Da mesma forma, Freire Júnior discorre acerca da necessidade de fazer uma releitura do princípio da separação dos Poderes como forma de efetivação da Constituição no Estado Democrático de Direito, tendo o Poder Judiciário papel central na efetivação dos direitos fundamentais, vez que cabe ao órgão jurisdicional revelar qual a interpretação correta da lei. (2004, p. 39)

Rodrigues faz uma definição de como deve ser entendido o princípio de separação de poderes

O princípio da separação de poderes (ou distribuição de funções) significa entrosamento, coordenação, colaboração, ou seja: desempenho harmônico e independente das respectivas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferente natureza, ou pratica atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência

Ademais, a autora ressalta que o princípio de separação de Poderes deve ser entendido como um esquema de organização de forma que cada um dos Poderes deve estar fundamentalmente limitado às suas respectivas funções. Em razão disto, “associa-se à divisão orgânico-funcional dos poderes a exigência de que não seja permitido a uma mesma pessoa ocupar distintas competências para assegurar uma divisão efetiva do poder. (RODRUGUES, 1995, p. 22-28)

Celso Antônio Bandeira de Mello observa (1989, p. 26) “existe função, em Direito, quando alguém dispõe à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio”. Destarte, da idéia de função infere-se que o sujeito que a exerce recebe da ordem jurídica um dever de buscar “certa finalidade preestabelecida de tal sorte que os poderes que lhe assistem, foram-lhes deferidos para serem manejados instrumentalmente. [...] O poder em tais casos tem caráter instrumental”.

O mesmo entendimento extrai-se do texto de Rafael Mello (2002, p. 32), o autor afirma que a função consiste num conjunto de poderes atribuídos a um ente para tutela de direitos alheios, destarte “quem exerce função busca a satisfação de interesses que não os próprios, mas sim de terceiros, através da utilização dos poderes que lhe são conferidos para tal fim”.

Rafael Mello adota classificação das funções estatais baseado em três critérios. O primeiro é o critério orgânico, no qual prevalece a atividade desenvolvida, desta forma, a atividade legislativa cabe ao Poder Legislativo, a jurisdicional ao Judiciário e a administrativa ao Poder Executivo.

O segundo critério é o material, que distingue as funções através da atividade praticada por cada Poder, sendo a função legislativa responsável pela edição de leis, a função jurisdicional reservada à solução de conflito de interesses e a função administrativa atividade através da qual o Estado realiza seus fins.

Por último, trata do critério formal que distingue as diferentes funções estatais através do regime jurídico aplicável a cada uma. A função jurisdicional caracterizar-se-ia pelo instituto da coisa julgada, a função legislativa pela edição de leis genéricas e abstratas e a função administrativa pela especial submissão à lei formal, segundo o autor “pode-se definir a função administrativa como a atividade estatal infralegal que visa ao atendimento dos interesses públicos eleitos pelo legislador, cujos atos são passíveis de controle pelo Poder Judiciário”. (2002, p. 34-37)

Carine Delgado (2001, p. 3216) justifica uma ampliação do controle dos atos administrativos em razão do princípio da separação de poderes no sentido que o Judiciário é livre para exercer plenamente sua atividade “e, portanto, está autorizado a realizar o controle judicial de toda e qualquer atividade administrativa”.

Freire Júnior (2004, p. 38), por sua vez, destaca que “a separação dos poderes não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista”, que, segundo o autor, consiste na “afirmação dos direitos fundamentais como epicentro do Sistema constitucionalista”.

Neste contexto, Rodrigues destaca o posicionamento de Montesquieu sobre a necessidade de independência do Poder Judiciário em relação ao Legislativo e Executivo³.

³ Transcreve-se a citação no idioma original: “There is no liberty, if the judicial power be not separated from the the legislative and the executive. Were it joined with the legislative, the life and liberty of the subject would be exposed to arbitrary control, for the judge would then be the legislator. Were it joined to ten executive power, the judge might behave with the violence of an oppressor”.

Caso exista vinculação do Judiciário ao Legislativo, a liberdade seria tolhida por controle arbitrário, o juiz exerceria papel de legislador e julgador de suas próprias leis. Por outro lado, se o órgão jurisdicional vincula-se ao Executivo, o juiz pode se comportar com violência e opressão. (tradução livre) (1995, p. 20-21)

Cumprido ressaltar que a questão acima está posta em limites extremos, nos quais o Judiciário não teria qualquer limite a sua atuação, mas se nota que a atividade essencial de cada Poder deve ser respeitada para que não haja usurpação de competências.

Freire Júnior chama à atenção o fato que uma postura mais ativa do Poder Judiciário pode implicar em eventuais tensões com os outros Poderes, mas isso não deve servir de óbice à melhor aplicação da Constituição, máxime porque “não se defende uma supremacia de qualquer das funções, mas sim a supremacia da Constituição” e, por via de consequência dos princípios. (2004, p. 40)

O direito administrativo caracteriza-se por uma relação que envolve duas realidades “de um lado, visa à manutenção da autoridade do poder público. De outro, procura garantir o respeito às liberdades dos cidadãos por parte desse mesmo poder”. (HARGER, 1998, p. 13)

Existe um aspecto de subordinação da atividade administrativa à lei no sentido que a lei pode tanto impor à Administração vedações quanto impor busca pela realização de determinado fim. (MELLO, 1989, p. 25)

Dessa nova organização estatal surge o conceito de Administração legal, Harger destaca (1998, p. 14) “a partir desse momento, a atividade administrativa passa a dever obediência à lei e aos interesses dos indivíduos, que com o seu consentimento dão origem ao poder estatal”.

Verifica-se, portanto, que o exercício da Administração encerra um paradoxo, ao mesmo tempo em que assume uma posição de superioridade sobre os administrados, “como órgão responsável pela aplicação das leis para o atingimento das necessidades coletivas, fica subordinada à lei e ao controle judicial de seus atos”. (HARGER, 1998, p. 16)

O princípio da tripartição de poderes está disposto no art. 2^o da Constituição Federal e o artigo 60, § 4^o, III^o inclui o referido princípio entre as cláusulas pétreas. Partindo-se do fato que a Constituição incluiu o princípio em seu núcleo irreduzível conclui-se que uma

⁴Art. 2^o São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

⁵Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4^o - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes;

decisão judicial deve sempre se ater a declarar nulidade de ato administrativo ilegal ou ilegítimo e não invadir esfera de competência atribuída ao órgão administrativo.

1.2.3 Separação de Poderes e interesse público

O cumprimento de cada função reservada ao respectivo Poder revela-se essencial para cumprir as exigências do interesse público. Di Pietro destaca (1991, p. 160)

o princípio do interesse público está presente tanto no momento da elaboração da lei, como no da sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação

No mesmo, sentido Rafael Mello observa que a escolha do interesse público não cabe ao administrador, a sua definição já foi anteriormente fixada pelo legislador, “ao aparato administrativo do Estado compete adotar as medidas de atendimento do interesse público, previamente eleito pelo Parlamento, na forma estabelecida em lei”. (2002, p. 37)

Analisando o conceito de interesse público, Di Pietro chega a duas conclusões. Primeiro, o interesse público deve ser considerado como tudo aquilo que a coletividade pretende promover ou preservar. Segundo, embora o interesse público seja um conceito vago e impreciso no contexto específico e no caso concreto há possibilidade de dotar o conceito de precisão utilizando-se de outros princípios aplicáveis à matéria discutida.

Saliente-se que a própria idéia de interesse público “terá conotações diversas, dependendo da época, da situação sócio-econômica, das metas a atingir”. (FIGUEIREDO, 2008, p. 67)

Entretanto, é essencial destacar que o interesse público não se confunde com interesse da Administração, “a Administração Pública não é a titular do interesse público, mas apenas a sua guardiã; ela tem que zelar pela sua proteção”. Disto decorre a indisponibilidade do interesse público, “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está retida nas mãos do Estado (e de outras pessoa políticas) em sua manifestação legislativa”. (DI PIETRO, 2008, p. 65)

A autora ainda ressalta que não há coincidência entre o interesse público e o interesse comum, este entendido como interesse da maioria. Ocorre que uma sociedade pluralista, significa uma sociedade sempre em conflito, na qual os indivíduos têm interesses contraditórios e opiniões diversas. O interesse público, portanto, é um interesse

despersonalizado resultante da ponderação dos diversos interesses dos diversos grupos que convivem em sociedade. (DI PIETRO, 1991, p. 162-165)

O interesse público deve também ser entendido como gênero composto pelo interesse geral afeto a toda a sociedade; interesse difuso afeto a um grupo de pessoas caracterizados pela indeterminação e indivisibilidade; e o interesse coletivo, correspondentes a um grupo de pessoas determinadas, ocorrendo que todas as espécies do gênero interesse público contribuem para a formação de uma sociedade pluralista.

Saliente-se que a própria idéia de interesse público é um conceito legal indeterminado, o ocorrendo sua conceituação “terá conotações diversas, dependendo da época, da situação sócio-econômica, da metas a atingir”. (FIGUEIREDO, 2008, p. 67)

Nota-se que em nome do interesse público várias transformações ocorreram na atividade estatal, desta forma houve uma ampliação do conceito de serviço público, tendo em vista que o Estado assumiu atividades antes exclusivamente exercidas pelos particulares; o poder de polícia deixa de impor obrigações negativas relativas à ordem pública e passa a impor restrições de ordem econômica e social; o estado passa a intervir no domínio econômico e na propriedade. (DI PIETRO, 2008, p. 64)

Como exemplo de tutela do interesse público geral há a ação popular (Lei n. 4.717/65), que resguarda o interesse geral ligado ao patrimônio público e à moralidade administrativa e os interesses difusos correspondentes ao patrimônio histórico e cultural e o meio ambiente são protegidos.

Através da ação civil pública, prevista no artigo 129, III⁶ da Constituição Federal, protegem-se o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos.

Por fim, o mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX⁷ da Lei Maior, serve de instrumento de proteção do interesse geral nas tutelas atribuídas aos partidos políticos e o interesse coletivo de organizações sindicais, entidades de classes e associações.

1.3 Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade

⁶Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

⁷Art. 5º (...)

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

1.3.1 Dimensões da proporcionalidade

Juarez de Freitas divide o princípio da proporcionalidade em três outros subprincípios, são eles a) o subprincípio da adequação entre meios e fins, acerca deste o autor revela “tal diretriz exige relação de pertinência entre os meios escolhidos pelo legislador ou pelo administrador e os fins colimados pela lei ou pelo ato administrativo”; b) subprincípio da necessidade, que, segundo o autor, não guarda relação direta com a necessidade dos fins, mas com a “justificável inafastabilidade dos meios mobilizados pelo Poder Público”, tendo o cidadão direito ao meio menos oneroso; e, por último, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, cujo núcleo central é a relação do custo-benefício (2005, p. 27-28)

Paulo Bonavides adota a mesma classificação, ligando o princípio da pertinência ou adequação à vedação do arbítrio, o princípio da necessidade ou exigibilidade à adoção pela Administração do meio menos oneroso ao administrado e quanto à proporcionalidade em sentido estrito o autor afirma que deve haver ponderação entre danos causados e os resultados obtidos. (1997, p. 148)

Igualmente, Frota trata da adequação como precaução contra atividade estatal aquém da finalidade legal; a necessidade implica em intervenção estatal mínima e vedação do excesso, vale dizer a necessidade “se ocupa de acautelar o agente público contra ato estatal além de seu propósito legislativo”; e, por último, a proporcionalidade em sentido estrito impõe a ponderação entre os interesses e valores envolvidos, “consiste no esforço pelo ajuste certo, pela ótima calibração, a fim de que consiga, da melhor forma, suprir as deficiências e eliminar os excessos”. (2007, p. 123-132)

Scholler propõe uma análise do princípio da proporcionalidade baseado em três níveis. Destarte, a lei para atender ao princípio da reserva da lei proporcional, deverá ser simultaneamente adequada, necessária e razoável.

Segundo o autor, “adequação significa que o estado gerado pelo poder público por meio do ato administrativo ou da lei e o estado no qual o fim almejado pode ser tido como realizado simultam-se num contexto mediado pela realidade à luz de hipóteses comprovadas”.

Quanto à necessidade, o autor discorre “a necessidade, por sua vez, significa que não existe outro estado que seja menos oneroso para o particular e que possa ser alcançado pelo poder público como o mesmo esforço”.

Por fim, o autor considera a proporcionalidade em sentido estrito como sinônimo de razoabilidade, exigibilidade ou justa medida e afirma “este critério, todavia, tem

importância secundária relativamente aos demais”, antes da análise da proporcionalidade em sentido em estrito deve haver necessariamente análise dos outros níveis.

Convém ressaltar que a adequação deve ser analisada em primeiro lugar, ainda que a necessidade tenha maior relevância jurídica. Destarte, o autor justifica “meios que são adequados podem, mas não precisam ser necessários. Em contrapartida, meios necessários serão sempre adequados. (SCHOLLER, 1999, p. 97-99)

Outrossim, o princípio tridimensional da proporcionalidade preenche lacuna que o princípio da razoabilidade, “refém do que o senso comum entende como sensato, aceitável, prudente e sóbrio” não ocupa satisfatoriamente. Além disto, “o princípio tridimensional da proporcionalidade busca a expressão técnico-jurídica do padrão de razoabilidade acolhido pela consciência do corpo crítico”. (FROTA, 2007, p. 121)

Scholler expõe que a proporcionalidade não se aplica apenas aos atos discricionários, mas também na interpretação dos conceitos jurídicos no sentido de interpretação de leis conforme a Constituição, “assim como no caso de avaliação da necessidade de uma determinada medida coercitiva no exercício do poder de polícia”. O princípio da proporcionalidade, antes restrito ao âmbito do poder de polícia, adquire hierarquia constitucional. (1999, p. 103)

Lúcia do Valle Figueiredo expõe que o elemento diferenciador do princípio da proporcionalidade em relação à razoabilidade é a dimensão deste em sentido estreito. Com efeito, a autora pontua “os princípios se imbricam de tal sorte que se poderia confundi-los. Todavia, não nos parece impossível fazer a diferença”. (2008, p. 51)

Outrossim, o princípio da proporcionalidade “proíbe todos os atentados excessivos contra o Direito ou as situações em que frente ao indivíduo impõe-se ao Estado uma obrigação de moderação” (BARACHO, 2000, p. 132). O autor destaca ainda os mesmos três elementos já referidos que norteiam esse princípio, o princípio da pertinência, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade estrita.

Nota-se que o artigo 2º⁸, parágrafo único, alínea “d” da Lei n. 4.717/65 (Lei da Ação Popular) ao conceituar as nulidades passíveis de desconstituir ato lesivo ao patrimônio público adotou expressamente o subprincípio da adequação.

De forma semelhante, Juarez de Freitas trata do princípio da proporcionalidade

Trata-se de duplo movimento, que consiste em **assimilar a proporcionalidade como proibições de excessos e vedação de inoperância ou injustificável fuga dos deveres objetivamente estabelecidos**.

[...] O princípio da proporcionalidade determina que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente, na consecução dos seus objetivos. Desproporções – para mais ou para menos – caracterizam violações ao princípio e, portanto, antijuridicidade (grifos acrescidos)

Por fim, o autor conclui que “o agente público, dito de outro modo, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo de direitos fundamentais”. (FREITAS, 2005, p. 21-24)

1.3.2. Dimensões da razoabilidade

Ana Paola Lorenzo considera a proporcionalidade como uma das medidas da razoabilidade. Esta se realiza através da lealdade e da boa-fé, enquanto que aquela impõe que “nenhum ato pode exceder-se ao requerido para o cumprimento da lei”. (1998, p. 88)

Tratando do princípio da razoabilidade, Moresco destaca “este princípio indica a prudência, a sensatez, o equilíbrio nas condutas judiciais e administrativas”. Mais adiante, referindo-se à proporcionalidade expõe “aqui se trata de estabelecer a correta intensidade na aplicação dos meios aos fins, de adequar a consequência jurídica à relevância do fato. Ou seja, procura-se estabelecer um equilíbrio tal que privilegie a idéia de justiça”. (1996, p. 93)

Di Pietro ao tratar da razoabilidade a considera sob dois enfoques, por um lado, liga a razoabilidade ao princípio do devido processo legal significando um limite à discricionariedade da função legislativa tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo e, de outro, associa a razoabilidade ao princípio da proporcionalidade entre os meios e fins correspondendo a um limite à discricionariedade administrativa. (1991, p. 140)

⁸Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

d) a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;

Portanto, nota-se que autora trata da razoabilidade como sinônimo à proporcionalidade, conforme a afirmação “a irrazoabilidade, basicamente, corresponde à falta de proporcionalidade ou de adequação entre os meios e fins, diante dos fatos (motivos) ensejadores da decisão administrativa” (DI PIETRO, 1991, p. 147)

França, por seu turno, pondera que a razoabilidade impõe que o objeto do ato administrativo respeite a finalidade pública expressa na lei material, coerente com o dever de boa administração e o interesse público. (2000, p. 151)

Humberto Ávila trata da razoabilidade em quatro níveis. Primeiro, a razoabilidade exige harmonização da norma geral e abstrata ao caso individual, o autor define “nessa hipótese, a exigência de razoabilidade determina tanto que a interpretação das normas seja feita com a presunção daquilo que normalmente acontece [...] quanto que interpretação das normas gerais seja feita com a consideração de aspectos individuais”.

Em segundo lugar, a razoabilidade impõe harmonização das normas com as condições externas de sua aplicação, nesta hipótese “a razoabilidade exige uma causa real justificante para a adoção de qualquer medida”. Em terceiro lugar, o princípio implica em relação de equivalência entre a decisão tomada e o critério que a dimensiona. E, por fim, a razoabilidade pressupõe coerência lógica, “quer no sentido de consistência interna entre as normas jurídicas, quer no sentido de consistência externa da norma com circunstâncias necessárias a sua aplicação”. (2004, p. 370-371)

A razoabilidade impõe ao administrador, depois de realizada a prévia interpretação, abster-se de valorar as situações concretas “a lume dos seus *standards* pessoais, a lume de sua ideologia, a lume de do que entende ser bom, certo, adequado no momento, mas a lume de princípios gerais, a lume da razoabilidade”. (FIGUEIREDO, 2008, p. 50)

Outrossim, a razoabilidade deve ser analisada sempre através de critérios objetivos desvinculada de afirmações baseadas no senso comum. É essencial analisar a razoabilidade com critérios jurídicos postos pelo ordenamento jurídico.

Pereira Júnior aponta “erigir-se a razoabilidade a sinônimo perfeito do bom senso leigo significaria reducionismo que pode gerar equívocos na composição de litígios”. (2006, p. 51)

1.3.3 Proporcionalidade e razoabilidade como instrumentos de realização do Estado Democrático de Direito

Verifica-se que a abordagem dos autores nacionais quanto aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade é no sentido de reduzi-los e considerá-los sinônimos. Em que pese a análise desses autores, reconhece-se que há possibilidade de dotar cada um de um conteúdo próprio, o que se revela essencial para dar maior concretude em suas respectivas aplicações.

Através da Carta Constitucional de 1988 ampliou-se o horizonte do controle judicial da Administração para além da análise da legalidade estrita do ato administrativo. Destarte, Jessé Torres Pereira Júnior afirma “passa-se a questionar a legitimidade, a economicidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência, os resultados”. (2006, p. 48)

No mesmo sentido, Delgado discorre “não basta agir, como outrora, conforme a legalidade estrita (e só este era o controle permitido ao Poder Judiciário), tem-se que agir de acordo com o Direito como um todo”. (2001, p. 3230)

Paulo Bonavides revela a importância que o princípio da proporcionalidade ganhou no Direito Constitucional e traça um paralelo com a atividade administrativa, esse preceito “é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de direito, bem como regra que tolhe toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade”. (2000, p. 122)

Di Pietro faz distinção entre a falta de proporcionalidade entre os meios e fins e o desvio de poder, vez que neste há vício na finalidade do ato, a autoridade pratica ato contrário à finalidade prevista em lei enquanto que naquela o fim legal é observado, mas os meios empregados para atingi-lo são inidôneos. (1991, p. 148)

Outro ponto de destaque na obra de Di Pietro é a assertiva que havendo desproporção entre o motivo (infração) e o objeto (sanção) cabe ao Judiciário invalidar o ato, no entanto tal invalidação não apresenta relação alguma com o exame do mérito administrativo. (1991, p. 150)

Mais adiante, a autora reconhece que a decisão administrativa baseada em opções de oportunidade e conveniência válidas perante o Direito deve ser respeitada pelo órgão jurisdicional, “mas se a opção administrativa recair sobre hipótese irrazoável, ele se tornará inválida e, portanto, suscetível de ser anulada judicialmente”. (DI PIETRO, 1991, p. 151)

Portanto, nota-se que a autora reconhece a necessidade de se realizar um controle judicial amplo da atividade administrativa, não sendo legítimo invocar o mérito administrativo para afastar a análise judicial.

Humberto Ávila trata dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como metanormas no sentido que eles estruturam a aplicação de outras normas dotando-lhes de racionalidade. (2004, p. 394)

Ressalte-se, outrossim, que ambos os princípios implicam na situação de a Administração, para cumprir as exigências do interesse público, eleger os meios menos lesivos às liberdades individuais dos administrados, isto é, não impor ônus excessivos que importem em desrespeito às garantias constitucionais dos administrados.

Ante o exposto acerca das implicações dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade para a formação do Estado Democrático de Direito e a formação de um conceito para o princípio de a separação de poderes, o próximo capítulo abordará a relação entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa.

CAPITULO 2 – CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E DISCRICIONARIEDADE

2.1 Conceitos indeterminados e causas de surgimento da discricionariedade

2.1.1 Considerações iniciais

No estudo dos conceitos jurídicos indeterminados há autores que defendem a tese que referidos conceitos não implicam em concessão de discricionariedade administrativa, ao contrário, entendem que a aplicação e interpretação dos conceitos legais imprecisos “seria um caso de aplicação da lei cujo processo não acarreta qualquer interferência subjetiva do aplicador”. (PEREIRA, 2007, p. 15)

Os defensores dessa teoria afirmam que a inexistência de discricionariedade possibilita um controle judicial mais amplo de tais conceitos, posto que a questão cinge-se apenas à aplicação da lei, ao contrário do que ocorre com o exame da discricionariedade e do mérito administrativo.

Embora o principal argumento da teoria de inexistência de discricionariedade na aplicação dos conceitos indeterminados seja a ampliação do controle judicial, o ordenamento jurídico e, em especial, a Constituição Federal fornecem sustentação e base jurídica para que qualquer atitude que afronte o interesse público seja sindicável pelo órgão jurisdicional.

Neste contexto, vale ressaltar que a posição adotada neste trabalho é a de existência de discricionariedade na utilização dos conceitos jurídicos indeterminados. Di

Pietro corrobora “devem ser afastadas as teorias extremadas que vêem apenas atividade de interpretação sempre que a lei utilize conceitos indeterminados”. (1991, p. 85)

Figueiredo faz a seguinte conceituação da discricionariedade (2008, p. 223)

A discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios gerais de razoabilidade e proporcionalidade, e afastado de seus próprios 'standards' ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma

Di Pietro, por sua vez, afirma que a discricionariedade ocorre quando (2008, p. 201) “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito”.

2.1.2. A prévia interpretação

A prévia interpretação é requisito fundamental antes de se afirmar se existe ou não discricionariedade em dada situação, posto que a interpretação muitas vezes reduz a discricionariedade no caso concreto.

Carine Delgado destaca que a interpretação é anterior à análise da discricionariedade, “concluído o processo exegético, caberá ao administrador, diante das soluções remanescentes e possíveis à obtenção do fim público, a escolha daquela mais conveniente ao atingimento do bem comum”, e partir de então haverá discricionariedade. (2001, p. 3225)

Nos mesmos termos, Edimur Faria afirma que “ante aos conceitos jurídicos indeterminados a hipótese é sempre a de interpretação da lei, não havendo obrigatoriamente parte a ser utilizado o recurso da discricionariedade”. Contudo, o autor faz a seguinte ressalva “admite-se esta [discricionariedade] nos casos em que o intérprete esgota o processo de interpretação, sem chegar à solução do caso concreto, por falta de regra adequada. Nesse caso, o processo de escolha será necessário”. (2004, p. 136)

Nesta circunstância, a interpretação não consiste apenas em atribuir significados a palavras e enunciados, “interpretar é também fazer suposições sobre finalidades e intenções de agentes ou construir conjecturas sobre as relações de causa e efeito entre fatos”. Deste modo, “o Poder Judiciário não é chamado a criar uma norma para um caso não regulado mediante operação de similitude com casos já regulados, mas convocado a construir a próprio significado da norma em função da sua finalidade”. (AVILA, 2004, p. 380)

Figueiredo revela que, além da necessária interpretação, deve haver a subsunção, “na subsunção, verificar-se-á a premissa maior, o fato; a premissa maior, a norma geral ou conjunto de normas”. Destarte, haverá casos em que a subsunção é suficiente para trazer um conceito impreciso à zona de certeza. (FIGUEIREDO, 2008, p. 218)

2.1.3 Ocorrência da discricionariedade

Celso Antônio Bandeira de Mello atesta que a discricionariedade serve “para referir as situações em que a Administração desfruta de uma certa liberdade, por força da qual o Judiciário não pode ir além de certos limites” (2007, p. 25) e reconhece que há uma ligação estrita entre a discricionariedade e os conceitos indeterminados, decorrendo aquela (2007, p. 19) “da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo)”, ou “do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta” e, por fim,

da finalidade da norma. É que a finalidade aponta 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 fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos. (grifos do original)

O autor chama atenção ao fato que (MELLO, 2007, p. 21)

embora se deva considerar que as causas determinantes da discricionariedade irão residir num dos três mencionados fatores (hipótese, mandamento ou finalidade da norma), não é neles que a discricionariedade se expressa. A discricionariedade administrativa vai se expressar em um único elemento que é o **conteúdo do ato** (grifos acrescidos)

Isto é, “na ocasião em que se pratica o ato, elegendo o ato tal ou o ato qual, uma vez decidido o instante de praticá-lo (quando há discricionariedade também quanto a isto), é na providência adotada que realmente se traduz a discricionariedade” (MELLO, 2007, p. 21), portanto, de acordo com o autor a discricionariedade encontra-se no conteúdo do ato, no próprio conceito e “não na palavra que os rotula”, porque se a imprecisão estivesse no termo empregado bastaria trocá-lo por outro mais preciso.

Marcelo Harger adota posicionamento semelhante ao de Bandeira de Mello reconhecendo a existência de discricionariedade quando a norma contém termos vagos, imprecisos e fluidos, e “quando a regra de direito se omite em mencionar a situação de fato que dá origem à aplicação da norma, quando, no comando da norma, é deferida certa margem de liberdade ao administrador”. (1998, p. 24)

Di Pietro ao analisar a natureza do poder discricionário afirma (1991, p. 86) “na atividade discricionária, há um poder de escolha entre soluções diversas todas igualmente válidas para o ordenamento jurídico; somente pode exercer-se com base em uma norma legal que confira esse específico poder a um determinado órgão público”.

Outrossim, a autora relaciona quatro hipóteses em que a discricionariedade está presente, a) quando a lei expressamente permite à Administração escolha segundo critério de oportunidade e conveniência, b) a lei é insuficiente ou omissa, c) quando a lei prevê uma competência, mas não especifica a conduta a ser adotada e d) quando há no texto legal conceitos indeterminados. (DI PIETRO, 1991, p. 48)

A discricionariedade pode ainda se expressar no momento da prática de determinado ato, cabendo à Administração escolher o tempo adequado para sua expedição. Quanto aos elementos do ato administrativo, a finalidade, entendida em sentido amplo (interesse público) e o conteúdo do ato são as formas mais comuns de localização da discricionariedade. (DI PIETRO, 2008, p. 204)

Baracho, por sua vez, defende que não há uma diferença evidente entre conceitos indeterminados e a discricionariedade administrativa “pelo que a Administração pode levar a termo aplicações distintas do conceito que seriam igualmente lícitas, para uma solução juridicamente aceitável” (2000, p. 122).

Cunha divide os conceitos indeterminados em dois tipos. De um lado, os conceitos de conteúdo empírico ou noções de experiência e, de outro, os conceitos dotados de conteúdo de valor.

Quanto aos de conteúdo empírico, não há discricionariedade, tendo em vista que “são determináveis mediante exercício de interpretação baseado em elementos objetivos, tirados da experiência, que possibilitam a delimitação do conceito”. Ao revés, os conceitos de valor, “para cuja delimitação houver necessidade de apreciação subjetiva da Administração Pública, aí haverá, então, discricionariedade”. (CUNHA, 2000, p. 39)

Na obra de Odete Medauar, extraem-se quatro noções de discricionariedade, são elas o poder discricionário de iniciativa da Administração promover atividades públicas e adotar medidas de fomento e assistência; discricionariedade de gestão interna ligada à estrutura dos órgãos e disciplina dos serviços e procedimentos; discricionariedade tática, que concede margem de atuação para escolha rápida de medidas eficazes; e a discricionariedade técnica. Esta última, no entanto, não é uma medida do poder discricionário, vez que utiliza conhecimentos técnicos e científicos na escolha da correta solução. (2008, p. 111-112)

Di Pietro faz a ressalva que diante das circunstâncias do caso concreto nos conceitos de conteúdo técnico ou de experiência a discricionariedade pode ser reduzida. (1991, p. 149)

Por outro lado, Eckart Hien (2004, p. 21) destaca três fatores que determinam os limites da discricionariedade, são eles o texto da norma, as situações especiais do caso concreto e o princípio da proporcionalidade entendido como corolário do Estado Democrático de Direito.

2.1.4 Redução da discricionariedade

Hien (2004, p. 23) faz referência a casos em que a discricionariedade é reduzida ou até mesmo excluída, como na “redução da discricionariedade a zero”, na “auto-vinculação”, na qual o órgão administrativo após reiteradas decisões cria uma prática administrativa.

Vale registrar a crítica que Andreas Krell faz o conceito de “redução da discricionariedade a zero”, tendo em vista que o autor rechaça a teoria da única solução possível. Desta forma, Krell (2004, p. 215) propõe a denominação “atrofia do poder discricionário” e, segundo o autor, esta ocorre

quando circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto diminuem bastante a possibilidade de escolha entre diversas opções, indicando fortemente para uma determinada solução. Quase todas as demais possibilidades de decisão estariam viciadas, sendo a autoridade administrativa obrigada a tomar uma decisão bastante predeterminada

Da mesma forma, Di Pietro destaca (1991, p. 170)

por via da interpretação e da apreciação dos fatos, pode-se reduzir sensivelmente a certos limites a discricionariedade que a lei quis atribuir à Administração. [...] O que o corre é que a discricionariedade existente, em abstrato, na norma legal, não corresponde à mesma amplitude de discricionariedade no caso concreto

Ademais, contribuem para a mitigação da discricionariedade as circunstâncias do caso concreto, a praxis administrativa e, sobretudo, os princípios constitucionais da Administração Pública.

Neste contexto, Di Pietro expõe que a discricionariedade administrativa prevista na norma legal, aparentemente muito ampla reduz-se no caso concreto mediante a utilização de princípios como a moralidade administrativa, a boa-fé, a razoabilidade, o interesse público e, por fim, os princípios gerais de direito. (1991, p. 96)

Analisando a noção de discricionariedade, Bandeira de Mello destaca que as idéias de opções legais de mérito – conveniência e oportunidade - e conceitos indeterminados guardam a mesma relação de efeito (2007, p. 25)

Se tal “liberdade administrativa” [discricionariedade] e conseqüentes “limites” à correção judicial, tanto como “ausência de direito de terceiro” ante a Administração, resultam quer do uso legal de conceitos vagos, quer da possibilidade de opções de mérito ensejadas pela lei, quer da concorrência destes fatores, está-se a ver que a **ressonância jurídica de ambos** (conceitos indeterminados e opções de mérito legalmente previstas) **é perfeitamente igual na esfera do Direito** (grifos do original)

E completa “tais operações mentais, intelectivas ou volitivas, repercutem indiferentemente para a composição dos mesmos efeitos jurídicos que integram o que se entende por discricionariedade”. Ademais, o autor pondera

as próprias opções fundadas em conveniência e oportunidade se entrelaçam de tal modo com a questão dos conceitos jurídicos indeterminados residentes no pressuposto legal que não podem dela ser desprendidas

E conclui “segue-se que se o juízo do administrador fosse incontestável sobre questões desta ordem [...] seu poder seria absoluto, ilimitado, ao invés de ser uma competência”. (MELLO, 2007, p. 31)

Por fim, vale registrar que a vinculação pura ou discricionariedade pura do ato administrativo não existem. Neste ponto, Carine Delgado expõe são raras as hipótese em que há vinculação total da Administração no exercício de suas atividades, assim como é juridicamente impossível existir ato absolutamente discricionário.

A primeira assertiva fundamenta-se no fato que é juridicamente impossível “o legislador predeterminar, em todos os desdobramentos do exercício da função administrativa, o comportamento exato a ser seguido”, a segunda afirmação, por seu turno, baseia-se na afirmação que “a Administração Pública, nos Estados de Direito, pratica atos *secundum legem* [...]. Assim, o ato inteiramente discricionário é, em verdade, ato arbitrário e, portanto, nulo de pleno direito”. (2001, p. 3221)

Seguindo a mesma orientação, Rafael Mello afirma que não existe ato inteiramente discricionário, porque a margem de atuação do órgão administrativo nunca é absoluta ou ilimitada. Ao contrário, sempre haverá vinculação na competência administrativa em maior ou menor grau, “o legislador pode conferir certa liberdade aos órgãos administrativos, mas tal liberdade coexiste com a vinculação, que em hipótese alguma pode desaparecer. (2002, p. 40)

Lúcia Valle Figueiredo revela que na questão da vinculação e discricionariedade puras, “a crise reside mais no conceito de vinculação”, porque, segundo a

autora, é inconcebível que a Administração Pública atue como mera máquina, isto é, o órgão público deve agir como um ser inteligente, buscando satisfazer a vontade e o fim da norma.

Por fim, a autora conclui (FIGUEIREDO, 2008, p. 220)

quando nos referimos ao problema de o conceito de vinculação se encontrar em crise pretendemos reforçar a idéia de que mesmo os atos chamados 'vinculados' têm necessidade de interpretação, e muitas vezes faz-se necessária a avaliação técnica para aferir estarmos ou não diante da hipótese descrita pela norma

Portanto, os atos administrativos, tanto os vinculados quanto os discricionários, necessitam de uma ponderação do administrador em relação aos valores que a norma pretende atingir.

2.2 Necessidade de sua previsão no ordenamento jurídico

2.2.1 Justificativas para concessão de discricionariade

Bandeira de Mello (2007, p. 32) analisando os motivos da concessão de discricionariade expõe

A discricião é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Procurar-se-á demonstrar que quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal

No mesmo sentido, Andreas J. Krell (2004, p. 180-1) afirma que a dinâmica do mundo moderno com novas situações e demandas judiciais, o próprio movimento de acesso à justiça, aliada ao perfil do Estado Democrático de Direito cada vez mais preocupado com o bem-estar dos cidadãos implica numa atuação mais célere e eficaz da Administração. O legislador confere maior discricionariade a estas situações em que a prévia regulamentação não é possível. Disto, o autor conclui (KRELL, 2004, p. 195)

a discricionariade tem a natureza de uma 'técnica ordinária', uma solução normal face à impossibilidade de tudo se prever na letra da norma, e que ela constitui menos um poder específico da Administração que um tipo de competência

Justificando a concessão de discricionariade à atividade do administrador, Mello (2007, p. 33) expõe

a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricião reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo **pretendido como imprescindível** e reputado capaz de assegurar, **em todos os casos**, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma (grifos acrescidos)

E completa (MELLO, 2007, p. 35)

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

Daudt (2003, p. 113) segue a mesma orientação e justifica a outorga de discricionariedade em face da necessidade de que sejam atendidas de forma ótima e perfeita as variadas e complexas exigências públicas. Além disso, invoca o princípio da continuidade do serviço público como justificativa para a concessão de uma margem de liberdade ao administrador público.

Medauar afirma que o fato de caber ao Poder Executivo a função de direção política e administrativa, “tais funções não poderiam ser desempenhadas corretamente se tudo fosse predeterminado, de modo absoluto, pela lei; o Estado contemporâneo, muito complexo, com amplas funções, não pode atuar sem flexibilidade”, disto decorre ser fundamental deixar margem de liberdade à Administração. (2008, p. 111)

No ponto, Cretella Júnior destaca que a própria natureza da Administração, “a fim de poder acompanhar a movimentação e mutabilidade incessante da vida, necessita a Administração de campo livre para intervir, reclamando flexibilidade constante”, para que tenha liberdade para adotar a solução que mais se adegue ao interesse público. (1964, p. 38-39)

Edimur Faria, igualmente revela (2004, p. 133)

o administrador público está próximo aos fatos que se afluam constantemente. A proximidade oferece-lhe condições para a melhor escolha com vistas ao interesse público levando em consideração a conveniência e oportunidade

Di Pietro justifica a concessão de discricionariedade como instrumento que possibilita uma atuação eficaz, dinâmica e célere do órgão público em conformidade ao modelo de Estado Democrático de Direito. Discorre a autora (1991, p. 42)

a dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis. [...] A discricionariedade se exerce como uma atividade formalmente necessária para o eficaz desenvolvimento da Administração Pública

Igualmente, Medauar destaca que é notória a heterogeneidade dos diversos interesses de uma sociedade pluralista, dos indivíduos que convivem num Estado Democrático de Direito, acarretando pressões dos cidadãos e grupos sobre a Administração para atendimento de seus interesses. A discricionariedade, portanto, mostra-se essencial para que referidos interesses sejam atendidos. (2008, p. 109)

Marcelo Harger, por sua vez, justifica a necessidade de se conferir discricionariedade à atividade administrativa através de duas impossibilidades, a lógica e a jurídica. Esta, “decorre do fato que há um limite na individualização das condutas, além do qual a norma perde o seu caráter abstrato e passa a ser dotada de concreção”. Por outro lado, a impossibilidade lógica “decorre do fato de que o legislador não consegue transmitir em todas as hipóteses comandos precisos e unissignificativos aos administrados, pois os conceitos, em decorrência de sua própria natureza, são imprecisos”. (1998, p. 20)

No mesmo sentido, Celso Luiz Moresco ao tratar da necessidade de previsão de conceitos indeterminados expõe (1996, p. 82)

em um primeiro aspecto pode-se observar uma restrição factual ao poder do legislador em prever todas as situações possíveis de ocorrer.

[...]

Num segundo aspecto podemos observar que ocorre a inviabilidade jurídica. [...] Ocorre que a regulamentação de todas as situações obriga o legislador a abandonar a tarefa elaboração de leis – normas gerais, abstratas e prospectivas – para dedicar-se a expedir normas individuais”

Di Pietro, da mesma forma, justifica a discricionariedade sob dois enfoques, de um lado, do ponto de vista material o legislador não pode prever todas as situações do mundo dos fatos e, de outro lado, do ponto de vista jurídico a autora baseia-se na teoria da formação do direito por degraus de Hans Kelsen tendo como base de todo o sistema normativo a Constituição.

Tratando da referida teoria, a autora destaca “constata-se que, a partir da norma de grau superior – a Constituição – outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto”, assim neste processo de cada etapa de produção jurídica deve respeitar a norma hierarquicamente superior. Assim, os princípios são hierarquicamente superiores e devem nortear toda a atividade administrativa. (DI PIETRO, 1991, p. 44)

Delgado também justifica a concessão de discricionariedade em razão das impossibilidades material e jurídica. Esta se revela pertinente pelo fato que a atividade estatal deve ser eficaz e célere para cumprir os ideais do Estado Democrático de Direito, enquanto que aquela se justifica pela necessidade de abstração e generalidade na aplicação da norma, ou seja, “a previsão normativa exacerbada de uma série de comportamentos iria de encontro ao alcance do interesse público, que é cambiante tal qual a evolução dos anseios de determinada comunidade”. (2001, p. 3221)

Cunha, por sua vez, observa que o poder discricionário é imprescindível ao exercício da atividade administrativa em razão que (2000, p. 37) “não sendo possível ao

legislador prever todas as hipóteses concretas bem como as soluções que devam ser tomadas para cada uma delas, cabe ao administrador público adotar a providência que alcance a finalidade legal”.

Ainda tratando da imprescindibilidade da concessão de discricionariedade, Krell reconhece o número crescente de decisões e medidas administrativas que apenas podem ser tomadas com base na ponderação das condições e circunstâncias envolvidas e não devem, a fim de garantir o cumprimento do interesse público, ter uma previsão legal densa, ocorre que “nesses casos, a norma legal recua a favor de uma decisão justa na situação individual”. (2004, p. 183)

Diante do exposto, o fenômeno da discricionariedade é instrumento, colocado à disposição do administrador pelo legislador, indispensável ao desenvolvimento da atividade estatal.

2.2.2 Discricionariedade como garantia de cumprimento do ordenamento jurídico

Juarez de Freitas revela que há um aparente paradoxo no emprego dos conceitos indeterminados no sentido que quanto maior o grau de indeterminação e imprecisão, mais dúvidas surgirão para que a interpretação do texto resulte adaptado à realidade e ao contexto em que a norma é aplicada. Entretanto, os riscos de mitigar a credibilidade do sistema normativo é sensivelmente menor. (1997, p. 105) Disto, o autor conclui

O legislador permite, pelo excesso de ambigüidades, nem sempre a contragosto, uma sensível abertura à razoabilidade do intérprete para dar cobro às antinomias, às incongruências ou para desfazer nebulosas terminológicas e nominais, bem como para afirmar os conteúdos orientados a granjear a adesão do maior número de interessados no êxito do princípio e da norma que surge para lhe conferir a inadiável concretude (grifos acrescidos)

Sob a mesma orientação, Regina Helena Costa destaca que Sainz Moreno defende que a função positiva da indeterminação dos conceitos indeterminados não é a de criar um vazio normativo, mas, ao contrário, dar à norma jurídica flexibilidade para que o resultado de sua aplicação esteja o mais próximo possível da situação descrita na lei. A

indeterminação não tem outro objetivo se não possibilitar a mais exata aplicação da norma⁹ (tradução livre) (1990, p. 112)

Vale ressaltar ainda que a liberdade conferida pelos conceitos indeterminados deve ser entendida como uma habilitação ao administrador, que diante de determinada situação concreta deverá analisar em que medida a solução proposta pela norma deverá ser aplicada. Desta forma, Krell (2004, p. 193) fazendo análise da doutrina alemã diz

é cada vez maior o número de autores alemães que entendem que o legislador **habilita** (...) a Administração para **completar** ou aperfeiçoar, no ato de aplicação, uma hipótese normativa incompleta ou concretizar uma norma aberta (grifos do original)

Outrossim, o autor identifica a postura pró-ativa da Administração como uma característica do moderno Estado intervencionista, assegurado dos direitos e garantias fundamentais. Assim, o autor revela (KRELL, 2004, p. 200) “no Estado moderno seria inviável imaginar uma Administração desprovida de uma margem de decisão independente, sendo um importante valor um Estado de Direito possuir uma Administração autônoma”.

O autor destaca ainda como característica deste modelo de Estado intervencionista as normas-objetivo ou normas de criação, as quais (KRELL, 2004, 181)

possuem uma programação finalística e servem de base jurídica na implementação de políticas públicas pelas organizações burocráticas governamentais, que deixaram de ser apenas executores de normas preestabelecidas pelos Legislativos e, na verdade, detêm as informações estratégicas e o *know how* da organização dessas políticas

Assume o mesmo posicionamento Marques Neto ao afirmar que a atuação da Administração deve se pautar por normas gerais e objetivas, de base eminentemente constitucional. Diante dessa nova realidade, o sentido do princípio da legalidade deve ser ampliado para abranger uma atuação da Administração conforme o Direito.

2.2.3 Ampliação do princípio da legalidade

Na evolução do princípio da legalidade, Medauar (2008, p. 122) discorre acerca de desvirtuamentos do sentido do princípio, a autora afirma que o legalismo ou legalidade formal deve ser superado em razão do fato que “as leis passaram a ser vistas como justas por serem leis, independentemente de seu conteúdo”. Outra distorção importante

⁹ Transcreve-se a citação no idioma original “Así, la función positiva que cumple la indeterminación de los conceptos jurídicos, no es la de crear un vacío normativo dentro de cuyos límites cualquier decisión sea válida, sino, por el contrario, dar a la norma la holgura necesaria para que, sendo más adaptable a la realidad, el resultado pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución que la norma preconiza, al espíritu y finalidad de aquélla, [...]. La indeterminación de los conceptos, por si sola, no tiene, pues, otro alcance jurídico que el de hacer posible la más exacta aplicación de la norma”.

mencionada pela autora é que a lei deixou de expressar a vontade geral para ser a vontade das maiorias parlamentares, a assertiva, portanto, vai ao encontro da opinião de Di Pietro exposta no item 1.1.3 Estado Social.

Uma nova interpretação deve ser conferida ao princípio da legalidade administrativa a fim de concretizar o Estado Democrático de Direito. Daudt pontua que se passa (2003, p. 121) “a exigir que o Poder Público não atue apenas em consonância com a lei, mas, em especial, em conformidade com o direito (e com a moral) para a efetiva realização da justiça”.

Medauar (2008, p. 123) enumera quatro significados para a legalidade, a) a Administração apenas pode realizar atos e medidas que não contrariem a lei, b) o órgão administrativo apenas edita atos que norma previamente autoriza, c) os atos administrativos devem seguir um esquema abstrato definido em norma legislativa e d) a Administração Pública pode realizar atos ou medidas que lei ordena. Neste esquema, o vínculo da Administração vai aumentando, de modo que o último significado implica maior restrição que os anteriores.

Corroborando a necessidade de ampliação do princípio da legalidade, Carine Delgado afirma que os agentes públicos “devem, na realização de função administrativa, respeito não só à letra da lei, mas ao Direito como um todo”. (2001, p. 3219)

Portanto, infere-se que a compreensão da dimensão da legalidade deve abranger a lei formal, votada pelo Legislativo, os preceitos do Estado Democrático de Direito e os demais fundamentos e princípios constitucionais. (MEDAUAR, 2008, p. 123)

Di Pietro tratando da importância da legalidade destaca que esta é garantia de equilíbrio entre o exercício dos poderes estatais pela Administração e os direitos individuais assegurados pela Constituição. (1991, p. 40)

Nunes Júnior afirma que o controle judicial da atividade discricionária amplia-se em razão das normas e princípios jurídicos e “o agir dentro da legalidade assume o significado de atuar conforme o direito”. (1995, p. 216)

Marques Neto denomina o fenômeno da flexibilização do conceito de legalidade de “crise do princípio da legalidade” e ressalta que a legalidade “passa a ser muito mais uma lei que recorre a cláusulas gerais, a conceitos indeterminados, que define prioridades e metas a serem alcançadas, mas sem uma necessária precisão”. (2002, p. 470)

Ademais, Di Pietro revela “ao invés de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade de ação limitada pelo Direito”. (1991, p. 125)

No mesmo sentido, é a opinião de Anna Paola Lorenzo (1998, p. 79) “o princípio da legalidade deve ser entendido em sua acepção mais ampla. Isto é, a conformidade com a lei [...] não decorre apenas da observância rigorosa do texto legal, mas da subsunção ao Direito entendido como ordenamento jurídico”

Da mesma forma, Di Pietro revela que o sentido clássico do princípio da legalidade de “feição restrita, formalista, própria do positivismo que interessava ao Estado liberal do século XIX” deve ser superado e a legalidade deve ser considerada em seu sentido amplo adquirindo um (1991, p. 97)

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

Neste contexto, é essencial conceituar a compreensão que deve ser dada ao sistema jurídico. Juarez de Freitas leciona que o sistema jurídico consiste em (1995, p. 137)

uma rede axiológica de princípios gerais e tópicos, de normas e valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição

Portanto, o princípio da legalidade deve ser entendido como juridicidade devendo impor à atividade estatal a observância do ordenamento jurídico, reconhecendo a hierarquia dos princípios.

Frota faz uma análise das consequências do princípio juridicidade no ato administrativo, “o ato administrativo (1) não pode contrariar o Direito legislado, (2) precisa contar com prévia autorização legal, (3) focar esquema fixado por norma legislativa e (4) apenas concretizar o ordenado pela lei”. (2007, p. 124)

Lúcia do Valle Figueiredo tratando da legalidade admite a aplicação da analogia para ampliar o seu sentido. A autora discorre “não é possível, diante do ordenamento jurídico, e não apenas de simples leis, omitir-se o administrador de solver a questão que lhe for posta por entender faltar norma expressa”. (2008, p. 46)

2.3 Conteúdo mínimo aplicável a um conceito indeterminado

2.3.1 Zonas de certeza positivas e negativas e zonas de penumbra

Em todo conceito que se revela impreciso, vago ou fluido é possível, ao menos, definir um conteúdo mínimo dentro qual se pode atestar que aquela ou esta situação podem estar razoavelmente inserida nesse núcleo são as chamadas **zonas de certeza positiva**

e **zonas de certeza negativa**. Nesta, há elementos suficientes para concluir que a situação adotada pelo administrador ultrapassa a liberdade conferida pela norma, enquanto que naquela não há dúvidas de que a decisão adotada está em consonância com a liberdade concedida.

Celso Antônio Bandeira de Mello expõe (2007, p. 41)

casos haverá em que, para além de qualquer dúvida, qualquer sujeito em um inteligência normal, razoável (e assim, também, *a fortiori*, o Judiciário) poderá concluir que, apesar da discricção outorgada pela norma, em face de seus termos e da finalidade que a anima, dada situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência, ou então que, mesmo comportando mais de uma, certamente não era aquela que foi tomada

O cerne dos problemas, no entanto, surge nas **zonas cinzentas** ou de **penumbra**, naquelas em que há dúvida se a opção tomada pelo administrador estaria autorizada pelo conceito empregado. Nestes casos, Bandeira de Mello propõe que (2007, p. 31) “o administrador, ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde” e, outrossim, expõe

Tais conceitos não têm elastério determinado pelo peculiar subjetivismo (verdadeiro ou não) do agente tal ou qual, mas cinge-se a um campo delimitado pela inteligência razoável, corrente, isto é, aquela que é normalmente captada pelos administrados, porquanto para reger-lhes o comportamento é que a regra foi editada

Quanto aos conceitos situados na zona de penumbra, Andreas Krell reconhece que tais conceitos não são cognoscíveis pelo intérprete através de uma simples operação lógico-dedutiva, em decorrência disso “é o próprio intérprete do conceito que deve determinar a sua aplicabilidade na sua zona de certeza, através de um **exercício de vontade**” e conclui “nessas ‘zonas de penumbra’, contudo, em que remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se os fatos se ajustam à hipótese legal abstrata, somente se admite um controle judicial **parcial**”. (grifos acrescentados) (2004, p. 201)

Rafael Mello observa que na zona de incerteza não se pode determinar de modo absoluto se a situação de fato subsume-se ao conceito indeterminado, ocorrendo que o legislador, portanto, concede poderes ao agente público a fim de que defina se o fato concreto corresponde ao conceito legal, “faz parte da competência do agente administrativo, em tais hipóteses, definir se o caso concreto é ou não adequado ao conceito indeterminado contido na lei”. (2002, p. 42)

Neste ponto, Marcelo Harger ressalta que a indeterminação dos termos situados no halo conceitual “é reduzida pelo contexto em que estão inseridos e pela mutação que sofrem em virtude da apropriação pelo direito”. O autor destaca ainda a interpretação como fator para redução da imprecisão, tendo em vista que o confronto da questão duvidosa

com as demais regras do sistema jurídico, isto é, o confronto com uma situação já regradada pela lei “é suficiente para inocular-lhe maior grau de precisão” (1998, p. 33).

Por fim, revela que “a existência de discricionariedade na norma [muitas vezes] é requisito indispensável, mas não é suficiente para a existência de competência discricionária pois o caso concreto pode estar na zona de certeza no conceito” (HARGER, 1998, p. 33)

2.3.2 Dever de motivação

Para fins de interpretação dos conceitos situados nas zonas cinzentas ou de penumbra o dever de motivação e os princípios constitucionais ganham especial relevância.

Saliente-se ainda que tanto a motivação quanto os princípios em geral fornecem base jurídica não apenas para interpretação dos conceitos indeterminados, mas também para a atividade estatal no sentido que a motivação vincula o administrador aos motivos que ensejaram o ato e os princípios constitucionais expressam valores que o sistema jurídico entende como essenciais à realização do Estado Democrático de Direito.

Portanto, uma motivação clara e congruente, que analise os pormenores da escolha feita pelo administrador basta para que o Judiciário não ultrapasse os limites de sua atuação usurpando competência reservada aos órgãos do Poder Executivo.

Além disso, a motivação implica em segurança jurídica no sentido que uma escolha com motivos verdadeiros, que exponha claramente os pressupostos fáticos e jurídicos da medida tomada obsta a anulação do ato pela via judicial e, sendo assim, “caso essa motivação, que serve justamente para viabilizar o controle do ato administrativo, não seja suficiente, o Judiciário deve anular a respectiva medida”. (KRELL, 2004, p. 207)

No ponto, Baracho discorre “deve existir o esforço permanente de justificação das decisões, através da demonstração de seu caráter racional e plausível” (2000, p. 122). Por outro lado, França chama atenção ao fato que o princípio da motivação assegura ao administrado a sindicabilidade do ato administrativo e destaca “nos atos administrativos discricionários [...] sem a motivação, é praticamente impossível ao órgão jurisdicional verificar a relação de proporcionalidade entre os elementos do ato administrativo”. (2000, p. 154)

Ferreira Neto, por sua vez, afirma que a Administração fica vinculada aos motivos que expôs, à situação de fato e de direito que ocasionaram a realização do ato administrativo. (2001, p. 32)

Lúcia do Valle Figueiredo analisa a relação do dever de motivação com a garantia do devido processo legal de duas formas, “a formal – porque está expressa no texto constitucional básico; e a substancial – sem a motivação não há possibilidade de aferição da legalidade ou ilegalidade, da justiça ou injustiça da decisão administrativa”. (2008, p. 53)

Outrossim, Rocha França identifica o princípio da motivação com o princípio da moralidade, no sentido que ao emitir ato administrativo com motivo inexistente, insuficiente, inadequado ou incompatível com o interesse público a Administração fere a juridicidade administrativa e conclui que a falta de motivação implica em presunção *juris tantum* de imoralidade administrativa (2000, p. 160).

Di Pietro, igualmente, associa o princípio da motivação à moralidade administrativa e expõe que é imprescindível conhecer os motivos que levaram à adoção de certa decisão pelo administrador para alcançar a finalidade legal, além disso “a motivação é necessária tanto para a verificação da existência ou veracidade dos motivos invocados, como para verificação da adequação entre os motivos e o resultado obtido” (1991, p. 151)

A autora ainda afirma que a única maneira de se verificar a ocorrência do princípio da razoabilidade é o exame da motivação (DI PIETRO, 1991, p. 151)

Por isso mesmo, a motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o ato (pressuposto de direito) e os fatos (pressuposto de fato). É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle da vontade pessoal e arbitrária da autoridade administrativa e se observou a regra de proporcionalidade e da adequação entre os meios e os fins

Wambert di Lorenzo em poucas palavras resume pontualmente a importância da motivação “a motivação traz a discricionariedade para a esfera do controle judicial”. (2006, p. 360)

Igualmente, Marques Neto destaca que a existência de um controle efetivo da discricionariedade pressupõe que “haja uma profunda e comprida motivação e fundamentação das razões pelas quais a autoridade (a autoridade no sentido bastante amplo) adotou um determinado interesse coletivo e não outro”. (2002, p. 471)

Ressalte-se que é através da motivação que a análise da razoabilidade, da congruência lógica entre o ato administrativo e seus motivos (pressuposto de fato e de direito), da boa-fé da Administração é possível. (FIGUEIREDO, 2008, p. 234)

Frota, por sua vez, expõe que a sindicabilidade dos atos do Poder Público, em regra, impõe ao agente público o dever de expressamente demonstrar os fundamentos fáticos e jurídicos do ato administrativo, seja no âmbito administrativo, normativo ou jurisdicional. (2007, p. 128)

Pereira Júnior destaca ainda a importância do artigo 93, IX¹⁰ da Constituição Federal para reforçar o dever de motivação dos atos jurídicos dos poderes públicos e assevera “na medida em que todos os atos administrativos declarem os seus motivos, o controle passa a incidir sobre a veracidade e a idoneidade do declarado, apto, portanto, a desmascarar meias-verdades, tergiversações, falseamentos até da realidade factual”. (2006, p. 54)

2.3.3 Princípios constitucionais

Outrossim, a interpretação dos conceitos dotados de indeterminação, imprecisão deve ser feita em conjunto com outros comandos normativos, leis administrativas e principalmente em conjunto com os desígnios constitucionais. Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 30) expõe

Tem-se que admitir, ainda, que uma interpretação destes conceitos fluidos, também chamados de ‘indeterminados’, se faz contextualmente, ou seja, em função, entre outros fatores, do plexo total de normas jurídicas, porque ninguém interpreta uma regra de Direito tomando-a como um segmento absolutamente isolado. [...] Não é possível apreender o significado de uma parte, sem antes abrigar na mente ao menos uma noção do que seja o todo

O posicionamento de Andreas Joachim Krell (2004, p. 214-215) segue a mesma direção

Os valores constitucionais devem nortear e exercício da discricionariedade administrativa tanto no lado do mandamento da norma quanto no lado de sua hipótese, isto é, no próprio ato de interpretação/aplicação dos conceitos vagos e imprecisos. Isto vincula os operadores do Direito em procurar, entre as possibilidades da significação dos conceitos jurídicos indeterminados, uma solução que favoreça os vetores axiológicos da Constituição

França, por sua vez, observa que a expansão dos conceitos jurídicos indeterminados e o fenômeno da discricionariedade impõem à Administração buscar no texto constitucional para dali “retirar e construir a finalidade específica nas situações jurídicas individuais que enfrenta no seu cotidiano”. (2000, p. 152)

Tratando ainda da importância do texto constitucional para a atividade administrativa o autor destaca “é vinculada, em última *ratio*, toda atividade administrativa à juridicidade, ao direito, ao ordenamento jurídico como um todo coerente e harmônico, embora nem sempre o seja à legalidade”. (FRANÇA, 2000, p. 166)

¹⁰ Art. 93. (...)

IX. todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

Os princípios mostram-se essenciais na compreensão do Direito Administrativo “por ser um direito de elaboração recente e não codificado, o princípios auxiliam a compreensão e consolidação de seus institutos”. (MEDAUAR, 2008, p. 121)

Deste apego aos mandamentos constitucionais surge a necessidade de dar maior efetividade aos princípios, isto é, o administrador “há de se deixar guiar mais em função dos princípios do que das regras”. Juarez de Freitas afirma que o trabalho do administrador é, principalmente, saber hierarquizar e na dúvida deve-se optar pela aplicação do princípio. (1997, p. 98-106)

Sob o mesmo enfoque, é a lição de Pereira Júnior (2006, p. 62)

a norma é uma medida de comportamento para se chegar a um destino, mas que pode se perder no caminho. O princípio é um valor perene, fixo, certo, paramétrico, situado acima das normas, o norte confiável do sistema

Ademais, é importante ressaltar a importância dos princípios gerais do direito, da analogia e dos costumes nos casos de lacuna e omissão do texto legal, conforme disposição do art. 4^o¹¹ da Lei de Introdução ao Código Civil. A utilização dos princípios gerais de direito “operam como garantia que impedem o abuso dos poderes discricionários por parte da Administração”. (DI PIETRO, 1991, p. 124)

De igual modo, Carine Delgado conceitua os princípios gerais de direito como “uma condensação dos grandes valores jurídicos materiais que constituem o substrato do ordenamento e da experiência reiterada da vida jurídica”. (2001, p. 3230)

Freire Júnior, por seu turno, ressalta que os princípios implicam numa postura distinta do juiz, “uma vez que a densificação da norma constitucional pode (deve) ocorrer diretamente (imediatamente) através do juiz” e, mais adiante, conclui “o juiz não é mais a simples boca da lei, mas sim um intérprete constitucional qualificado que vai permitir que a Constituição não soçobre numa realidade instável como que vivemos”. (2004, p. 40)

Ademais, Daudt destaca a importância de se seguir fielmente os princípios constitucionais atinentes à Administração Pública, vez que mencionados princípios são tanto garantia dos cidadãos contra o arbítrio dos órgãos administrativos quanto garantem que a decisão tomada pelo administrador não seja anulada judicialmente em razão de um vício de qualquer natureza (2003, p. 119).

Ainda tratando da questão da hierarquização, Celso Moresco revela que o princípio “constitui evidentemente, idéia nuclear, ponto de sustentação, ponto cardeal e razão

¹¹ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

informativa de todo o Direito. Confere a idéia de que algo está acima, iluminando todo o sistema jurídico” (1996, p. 93)

Pereira Júnior observa ainda que a simples invocação de um princípio para decidir uma questão trazida à análise judicial não exime o julgador de expor os motivos de sua decisão, tendo em vista que os princípios são dotados de abstração e, portanto, o caminho para se chegar àquela conclusão deve estar claro e definido. (2006, p. 65)

Neste contexto, os previstos no artigo 37 da Constituição, adquirem um papel importante para limitar a atuação do órgão administrativo.

Nunes Júnior informa que o princípio da legalidade subordina a Administração ao império da lei, o da moralidade impõe o dever de boa administração, a impessoalidade “impõe que a Administração não abra espaço à vontade pessoal do agente” e sua a inobservância acarreta desvio de finalidade, e, por fim, a publicidade permite o controle dos atos administrativos pela população. (1995, p. 212)

Di Pietro ao tratar da impessoalidade expõe “a impessoalidade está relacionada com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas”. (1991, p. 169)

Medauar, nos mesmos termos, expõe (2008, p. 125)

Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia

Outrossim, a impessoalidade envolve uma valoração objetiva do administrador, isenta de qualquer interesse político, a impessoalidade é, em última medida, imparcialidade, “favoritismos e desfavoritismos estão proscritos”. (FIGUEIREDO, 2008, p. 63)

Quanto ao princípio da publicidade, nota-se que este remete à noção de transparência, associado a uma reivindicação de democracia administrativa. Além disto, a publicidade é instrumento para realização da isonomia e do devido processo legal. (MEDAUAR, 2008, p. 127; FIGUEIREDO, 2008, p. 62)

Figueiredo trata do princípio da igualdade sob dois enfoques, a igualdade na lei, que guarda relação com a generalidade e abstração da norma jurídica e igualdade perante a lei, de caráter substancial ligado ao devido processo legal. A autora ressalta a importância do referido princípio no estudo da discricionariedade administrativa em razão do fato que no cumprimento da igualdade define “quando a Administração pode desigualar, quando pode agir adotando certo descrímenes e quando não pode”. (2008, p. 48)

O princípio da eficiência corresponde à idéia de ação, solução rápida e precisa às necessidades públicas em contraponto à lentidão, descaso, negligência e omissão. (MEDAUAR, 2008, p. 128)

Outro que ganha relevância é o da supremacia do interesse público, que impõe ao agente público “perseguir o interesse público, ao prevalecer este sobre interesses específicos de segmentos sociais e de determinadas pessoas físicas e jurídicas”. (FROTA, 2007, p. 126)

Dentre outros mencionados nas obras selecionadas, há os da continuidade, indisponibilidade do interesse público, presunção de legalidade e veracidade, auto-executoriedade, auto-tutela administrativa (MEDAUAR, 2008, p. 130).

2.3.3.1 Destaque ao princípio da moralidade administrativa

Dentre os princípios do artigo 37 da Constituição Federal, José de Ribamar Barreiro Soares destaca a importância da moralidade, vez que a existência de discricionariedade permite maior liberdade de atuação ao órgão administrativo e envolve valoração subjetiva do administrador.

José Afonso da Silva associa à moralidade ao sentido de probidade administrativa, no qual a moralidade é gênero e a probidade espécie, destarte o autor expõe que a probidade é “dever de o funcionário servir à Administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”. (1992, p. 108)

Há no texto constitucional punições para ocorrência de ato de improbidade administrativa, que tem relação direta com o princípio da moralidade nos artigos 37, § 4^o¹² e 85, V¹³, Constituição Federal.

Frota identifica a moralidade com uma atuação administrativa conforme padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé. A probidade impõe ao agente público abster-se de provocar prejuízo ao erário e promover enriquecimento ilícito, as dimensões de lealdade e

¹²Art. 37. (...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹³Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

V - a probidade na administração;

boa-fé, por sua vez, remetem à idéia que o ato administrativo não dificulta, minimiza ou limita o exercício de interesse legítimo de qualquer cidadão. (2007, p. 125)

Ademais, a relevância de se analisar a moralidade de uma conduta estatal baseia-se no fato que a violação aos outros princípios é de constatação objetiva e mais palpável, ao contrário da análise da moralidade. Soares revela (1999, p. 57)

O ato administrativo pode apresentar-se, então, de forma legal, a autoridade pode ser competente, os motivos verdadeiros, o objeto lícito, e ser, ainda assim, um ato imoral em virtude da intenção do agente ou dos valores sociais que permeiam a sociedade

Igualmente, Di Pietro faz referência à dificuldade de analisar a moralidade afirmando “há ainda outro inconveniente resultante dessa colocação: é o fato de ser extremamente difícil a pesquisa da intenção do agente, de modo a concluir pela ilegalidade do ato” e a autora destaca ser imprescindível estudar a moralidade através de elementos objetivos e não apenas subjetivos.

Com efeito, discorre “a moral é identificável no seu objeto ou conteúdo, ou seja, no efeito jurídico imediato que o ato produz q que, na realidade, expressa o meio de atuação pelo qual opta a Administração para atingir cada uma de suas finalidades” (DI PIETRO, 1991, p. 110)

Soares destaca ainda que a moralidade administrativa identifica-se ao dever de boa administração pública e, portanto, o administrador deve agir com “honestidade, probidade, lealdade, justiça, retidão, equilíbrio, boa-fé, ética e respeito à dignidade do ser humano”. (1999, p. 57-58)

Além disso, segundo o autor, a moralidade envolve uma relação de proporcionalidade, devendo haver equilíbrio entre o ônus imposto à sociedade e as vantagens por ela obtidas, porém constatado que o ato administrativo fere o interesse público “impondo sacrifícios descomedidos, injustos e imorais à população e ostentando claramente uma hipótese de má gestão da coisa pública, deve o ato ser passível de anulação pelo Judiciário” (SOARES, 1999, p. 69)

Ademais, a análise da imoralidade decorre do contexto em que a decisão administrativa é tomada, isto é, “a decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração”. (MEDAUAR, 2008, p. 126)

Nos mesmos termos, Figueiredo coloca que o princípio da moralidade corresponde às regras de conduta da Administração, “que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os *Standards* que a sociedade deseja e espera”. (2008, p. 57)

A moralidade administrativa pode ainda ser associada ao dever de agir com boa-fé, expresso na confiança de que a Administração não imporá restrição ao exercício dos direitos fundamentais do administrado. Neste ponto, Figueiredo destaca que o posicionamento de Sainz Moreno, segundo o qual (2008, p. 55)¹⁴ o princípio jurídico da boa-fé protege um bem, o valor ético social da confiança juridicamente válida em face de qualquer lesão objetiva que possa sofrer, haja sido ou não maliciosamente causada. (tradução livre)

Para fins de controle dos atos imorais vale registrar que o artigo 5, LXIII¹⁵ da Constituição Federal legitima qualquer cidadão ao manejo da ação popular para desconstituir ato lesivo à moralidade administrativa e o artigo 70¹⁶ da Lei Maior possibilita o controle pelo Tribunal de Contas das despesas administrativas sob os aspectos da legitimidade e da economicidade, o que implica na análise do aspecto moral. Além disto, o controle da economicidade dos gastos administrativos constitui uma realização do princípio da eficiência.

A partir do texto dos dispositivos constitucionais citados, Di Pietro chega a duas conclusões. Primeiro, o ato administrativo imoral é tão inválido quanto o ato administrativo ilegal e, segundo, como decorrência da primeira conclusão o ato imoral pode ser revisto pelo Poder Judiciário para reconhecer sua invalidade.

Mais adiante, a autora faz a ressalva que é tarefa difícil atribuir “um senso moral subjacente” a uma determinada sociedade, porém “não há dúvida de que é fácil identificar pelo menos aquelas situações extremas em que, indubitavelmente, se poder afirmar que a conduta é moral ou imoral, segundo a ética da instituição” e, por fim, conclui “dentre as várias soluções legais admissíveis, a Administração Pública tem que optar por aquela que assegure o 'mínimo ético' da instituição”. (DI PIETRO, 1991, p. 116)

Após a análise das relações entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, o capítulo seguinte passará a tratar das formas de controle do poder

¹⁴ Transcreve-se a passagem no idioma original “El principio jurídico de la buena fe protege un bien, el valor ético-social de la confianza juridicamente válida frente a cualquier lesión objetiva que pueda sufrir, haya sido o no maliciosamente causada. Um acto es contrario a la buena fe cuando produce una lesion, cualquiera que sea La intención del causante”.

¹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹⁶ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

discricionário e, especificamente, do mérito administrativo e suas implicações na teoria de separação de poderes e inafastabilidade do Poder Judiciário.

CAPÍTULO 3 – CONCEITOS INDETERMINADOS E O CONTROLE JUDICIAL

3.1 Controle dos atos discricionários

3.1.1 Discricionariedade e arbitrariedade

A liberdade de escolha concedida pela discricionariedade não deve ser entendida como arbitrariedade. Neste sentido, Bandeira de Mello (2007, p. 31) leciona

Pode-se dar como certo que a discricionariedade jamais poderia ser entendida como margem de liberdade que obstasse o controlador (interno ou externo) da legalidade do ato de verificar se a interpretação das palavras normativas, efetuada pelo agente administrativo ao aplicar a lei, foi ou não desbordante do campo significativo possível daquelas palavras. [...] Com efeito, as expressões legais designativas do pressuposto para a prática de um dado ato (ou indicativas da finalidade que lhe deve corresponder) são exatamente as **demarcações de competência** (grifos do original)

Edimur Faria, nos mesmos termos, destaca que o agente público no exercício do poder discricionário “deve perseguir o fim querido pela regra de direito. A opção tomada pelo agente público fora dos limites preestabelecidos não reflete a expressão da discricionariedade, mas da arbitrariedade”. (2004, p. 133)

No ponto, Sousa Silva revela que “o poder discricionário é previsto na lei, é delimitado pelo direito, é resultado, por conseguinte, de um comando legal, que tem sua própria natureza na Lei Maior”, quanto à arbitrariedade o autor observa “o poder arbitrário, por sua vez, não tem as mesmas características, é ação contrária à lei. Não contém o mínimo de direito, não é expressão da lei e por isso é ilegal, ilegítimo”. (1998, p. 43)

Igualmente, Odete Medauar observa que se a Administração Pública deve respeitar o princípio da legalidade, “o poder discricionário não há de ser equivalente ao poder arbitrário ou abusivo”. Além disto, revela uma preocupação com a atuação discricionária e reconhece a necessidade de formular uma teoria que torne o controle do poder discricionário “o mais objetivo possível, imparcial e, em certa medida, controlável”. (2008, p. 108)

Outrossim, Ana Paola Lorenzo ressalta “a outorga de competências é, pois, subserviente da finalidade legal, que será sempre valorada à vista e em função do caso concreto”. (1998, p. 83)

Seguindo o mesmo posicionamento, Leonardo José Carneiro da Cunha (2000, p. 36) expõe “a outorga de certa faixa de liberdade ao administrador público, no âmbito da discricionariedade, não implica a possibilidade de atuação arbitrária, visto que a atividade discricionária não se confunde com arbítrio”.

Sob o mesmo enfoque, Di Pietro traça como limite ao poder discricionário a lei que concede tal poder e, no caso de atuação além destas fronteiras, a decisão passa a ser arbitrária, ocorrendo que “a arbitrariedade coloca-se do outro lado da linha que demarca o limite da discricionariedade. Aquela é a liberdade de ação que ultrapassa os limites da lei; esta é a liberdade de ação exercida nos limites da lei”. (1991, p. 41)

Odete Medauar ressalta que o processo eleitoral ou a nomeação para um cargo de confiança no Poder Executivo não correspondem a um “passaporte para o absoluto. Isso porque a democracia não se exaure na eleição, na existência de vários partidos políticos e no funcionamento do Legislativo e do Judiciário”. (2008, p. 113)

Outrossim, Di Pietro observa (1991, p. 86)

A aparente liberdade do juiz para aplicar a lei ao caso concreto, não e confunde com a liberdade da Administração de decidir discricionariamente. O juiz tem que interpretar a norma jurídica, extraindo de ordenamento o seu sentido preciso, como se fosse o próprio legislador; a Administração Pública, na atividade discricionária, pode escolher entre duas ou mais soluções, consideradas válidas perante o direito, sendo a opção feita segundo critérios de oportunidade e conveniência não outorgados ao Poder Judiciário, no exercício da função tipicamente jurisdicional

A partir desta afirmação, a autora conclui que a âmbito de atuação do Poder Público

nunca é total na escolha dos meios de ação, pois estará limitado não apenas por normas legais sobre competência, finalidade e forma, como também pelos princípios da razoabilidade, moralidade, motivação: a autoridade competente deverá demonstrar, mediante a necessária motivação, que a sua escolha atende a esta ou àquele interesse público. A discricionariedade que, aparentemente, é ampla, pode reduzir-se sensivelmente diante do caso concreto

Segundo o mesmo posicionamento, Medauar observa “o poder discricionário sujeita-se não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo”. (2008, p. 110)

É importante registrar que há diferenças entre a discricionariedade judicial e a administrativa, a princípio, “ao administrador cabem opções, enquanto ao Estado-juiz cabe, pura e simplesmente, subsunção”. Apesar disso, a atividade judicial e a administrativa são correlatas no sentido que ambas implicam subsunção do fato à norma, “a diferença essencial é

que o juiz se moverá dentro dos limites da ide proposta, enquanto que o administrador pode ir, com mais liberdade, em busca dos fatos”. (FIGUEIREDO, 2008, p. 221)

3.1.2 Dever-poder discricionário

Daudt (2003, p. 107) expõe que a discricionariedade está mais ligada à idéia de poder-dever do que a de livre escolha

a discricionariedade não é um poder imanente aos atos administrativos, a ponto de permitir ao administrador uma livre escolha, mas, sim que se trata de um dever, obrigação essa que precisa ser bem desempenhada pela Administração Pública, sob pena de o ato ter sido inválido, bem como que, ao contrário do que muitos pensam, a discricionariedade não decorre da ausência de lei

E afirma que a decisão administrativa que extrapola os limites da legalidade, sem observância das disposições legais rompe a barreira da discricionariedade e passa ao campo do arbítrio, implicando, portanto, em invalidação do ato. (DAUDT, 2003, p. 113)

No mesmo sentido, Delgado expõe que os poderes postos à disposição do administrador pela lei para que realize o bem-comum e o interesse público são deveres, poderes-deveres. Destarte, a autora revela (2001, p. 3220-3227)

O administrador atuará, na esfera remanescente de 'liberdade' facultada pelo próprio ordenamento jurídico, julgando da conveniência e oportunidade da medida dentro dos limites da razoabilidade e moralidade com o fito sempre de atender o interesse público

Celso Antônio Bandeira de Mello (1989, p. 26) observa que à função administrativa corresponde o dever de concretizar a finalidade legal, isto é,

dever de dar satisfação a um interesse de terceiro, a um interesse alheio; no caso o interesse da coletividade. Logo o administrador não dispõe de poderes-deveres, como às vezes se diz, mas de deveres-poderes, locução que expressa com maior fidelidade que o anterior, a verdadeira índole de suas competências

Discorrendo acerca da questão, Vladimir da Rocha França pontua “não é possível admitir que o agente possa utilizar deveres-poderes públicos para inserir providências irracionais, ilógicas, quebrando a coerência e a estabilidade do sistema jurídico” e, mais adiante, adverte “não pode haver recepção, pelo regime jurídico-administrativo, de ato cuja providência é atentatória à ordem jurídica. Somente um conteúdo juridicamente aceito pode ser usado pelo administrador no exercício do poder-dever discricionário” (2000, p. 149-151)

Marcelo Harger trata da discricionariedade como uma autorização da lei e não como mera faculdade posta pelo legislador ao administrador (1998, p. 18)

a discricionariedade não resulta de mera possibilidade de fato de escolher entre duas condutas possíveis. Resulta, isto sim, de uma possibilidade jurídica de realização da escolha. [...] **Não há, portanto, a liberdade de escolha apesar da lei, mas sim uma liberdade de escolha por força da lei.** A ausência de lei implica a inexistência de qualquer ‘poder’ discricionário (grifos acrescentados)

Soares corrobora a afirmação de Harger afirmando que a livre apreciação atribuída ao administrador pelo poder discricionário é sempre uma permissão da lei, logo seu exercício deve sempre se conformar ao ordenamento jurídico e ao Direito e será sujeito ao controle judicial quando importar em ameaça ou lesão a direitos (1999, p. 64)

Carine Delgado (2001, p. 3226), com base na obra de Augustín Gordillo, classifica os limites do poder discricionário em dois tipos a) limites concretos, que são aqueles predeterminados pela norma e b) limites elásticos ou relativos, correspondentes a princípios como a da razoabilidade, finalidade (desvio de poder) e boa-fé.

Outrossim, a autora destaca que o exercício da atividade estatal de tomar a decisão que melhor alcance o interesse público deve ser examinada pelo Judiciário, “exatamente no que tange à apreciação da conformidade desse exercício discricionário com os limites impostos pelo Direito e, portanto, em última análise, pela sociedade”. (2001, p. 3230)

No ponto, Vladimir da Rocha França ressalta que as faculdades e prerrogativas conferidas à Administração Pública e também a interpretação de conceitos jurídicos fluidos não podem proteger a ilegalidade, a arbitrariedade e o excesso de poder (2000, p. 174).

Outrossim, Juarez de Freitas ressalta que em muitas situações o administrador vale-se da discricionariedade conferida pela norma para atingir proveito pessoal, alheio ao interesse público, minando, portanto, a efetividade dos princípios “sem imprimir à norma a universalização de sua eficácia, apostando na retórica do intangível e do draconiano estéril”. (1997, p. 105)

Igualmente, Edimur Faria discorre (2004, p. 133) “o poder discricionário não deve ser exercido com propósito de beneficiar parentes, amigos correligionários políticos e nem para prejudicar inimigos ou adversários”.

Carlos Ari Sundfeld (1986, p. 137) traçando os limites do exercício do poder discricionário revela

discricionariedade não é sinônimo de liberdade administrativa, mas sim de dever-poder de o administrador, após o trabalho de interpretação da norma e de confronto desta com os fatos, e restando ainda alguma indeterminação quanto à hipótese legal, fazer uma apreciação subjetiva para estabelecer qual é, no caso concreto, a decisão que melhor atende à vontade da lei

Neste contexto, vale registrar a associação entre a indisponibilidade do interesse público e os poderes da Administração Pública feita por Di Pietro (2008, p. 65)

Precisamente por não dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder por omissão

Nota-se, portanto, que a previsão legal para atuação do órgão estatal seja através de atos vinculados seja mediante atos discricionários, a natureza dessa prescrição legal é sempre de dever, máxime porque a atividade estatal deve sempre ter por meta cumprir as exigências do interesse público.

3.1.3 Discricionariedade e o dever de adotar a escolha correta

Partindo do pressuposto que a lei sempre almeja à solução ótima, Mello defende que (2007, p. 36) “a conduta que não atingir de modo preciso e excelente a finalidade legal, não é aquela pretendida pela regra de Direito, quem a promoveu atuou em desconformidade com a finalidade legal”, neste caso, então, o ato deve ser declarado inválido. Vale ressaltar que a busca pela solução ótima decorre do fato que a Administração Pública age não no seu interesse ou em nome do interesse de um indivíduo em particular, mas no interesse dos administrados, da coletividade.

Em decorrência do fato que a Administração deve sempre buscar a solução mais consentânea ao interesse público (MELLO, 2007, p. 33) “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” e a discricionariedade “é um fruto da impossibilidade de objetivamente reconhecer (quando a lei não o predetermina), qual será o comportamento, *in concreto*, apto a atingir de modo perfeito a finalidade normativa”, no entanto “a providência ideal em muitas situações é objetivamente incognoscível” (MELLO, 2007, p. 42-43).

Nesta seara, Andreas Krell chama atenção ao fato que (2004, p. 201) “deve ser considerada ultrapassada a teoria segundo a qual a interpretação de normas jurídicas se opera através de um processo ‘intelectivo’ e que somente pode haver **uma** solução correta”. (grifo do original)

Defendendo o mesmo posicionamento, José Alfredo de Oliveira Baracho (2000, p. 122) afirma que a solução justa poderia ser única apenas no campo da filosofia pura e faz a ressalva que o consenso na escolha dessa decisão dificilmente seria alcançado. Ademais, Cunha destaca que sendo possível a adoção de apenas uma medida “existirá mera interpretação da norma” (2000, p. 39)

Ressalte-se ainda que o reconhecimento de que a interpretação da norma discricionária conduz apenas a uma solução é negar a própria existência da discricionariedade. Ora, se existe somente um caminho correto, então a hipótese da norma deveria descrever este comportamento e não haveria necessidade de conferir discricionariedade, bastando a prescrição de uma conduta através de uma norma vinculada. No ponto, Germana de Moraes destaca “**se se puder extrair uma solução unívoca para a situação vertente, estar-se-á no domínio da vinculação, e não da discricionariedade**”. (grifos acrescentados) (1999, p. 50)

Embora se possa afirmar que, aparentemente, exista liberdade na discricionariedade, esse campo de liberdade tem uma abrangência menor do que se imagina “seja porque a situação concreta lhe dará sua verdadeira dimensão, reduzindo-o muito (quando não o extingue), seja porque a Administração Pública está sujeita ao ‘dever de boa administração’” (MELLO, 2007, p. 45). Neste sentido, o autor discorre (MELLO, 2007, p. 96-97)

Sobremodo no Estado de Direito, repugnaria ao senso normal dos homens que a existência de discricionariedade administrativa fosse um salvo conduto para a Administração agir de modo incoerente, ilógico, desarrazoado e o fizesse precisamente a título de cumprir uma finalidade legal, quando – conforme se viu – a discricionariedade representa, justamente, margem de liberdade para eleger a conduta mais clarividente, mais percuciente ante as circunstâncias concretas, de modo a satisfazer com a máxima precisão o escopo da norma que outorgou esta liberdade

Marques Neto ressalta que o controle da discricionariedade justifica-se não apenas pela necessidade de controlar o preenchimento e integração de uma lacuna normativa, mas pela necessidade de “controlar a discricionariedade na eleição de um determinado interesse público a ser privilegiado na ação estatal em detrimento de outro interesse também de natureza pública, de natureza coletiva, legítimo”. (2002, p. 471)

3.1.4 Erros de discricionariedade

Eckart Hien reconhece três formas de erro de discricionariedade (denominados de vícios de discricionariedade para Andreas Krell) no Direito Administrativo alemão: a carência, o excesso e o abuso de discricionariedade (2004, p. 20-21). Quanto ao primeiro erro, o Tribunal Administrativo Federal avalia qual a extensão da discricionariedade outorgada pela norma administrativa e se o órgão administrativo reconheceu tal prerrogativa. Em relação ao excesso, o Tribunal analisa a abrangência da norma aplicanda e se o administrador não ultrapassou os limites de sua atuação. Por fim, o abuso de discricionariedade ocorre quando a Administração utiliza-se da discricionariedade para atingir finalidade diversa daquela pretendida pela norma.

Destarte, Hien (2004, p. 21) reconhece a necessidade de motivação dos atos administrativos para indicar se há erro na decisão do órgão administrativo

para responder se a Administração estimou corretamente os limites de sua discricionariedade e, sobretudo, se respeitou o princípio da proporcionalidade, o tribunal recorrerá à fundamentação do ato administrativo. Isso significa que a Administração deveria, em caso de dúvida, apresentar os motivos pelos quais considera adequada a medida adotada

Adotando posição semelhante, Almiro do Couto e Silva reconhece três tipos de erro de discricionariedade, são eles a transgressão dos limites do poder discricionário, abuso ou desvio do poder discricionário e, por último não exercício ou exercício deficiente do poder discricionário, quanto aos dois primeiros há absoluta invalidade e quanto ao terceiro poderá haver anulação do ato. (1990, p. 67)

Nota-se que a classificação dos erros de discricionariedade é um importante método de análise do poder discricionário, tendo em vista que a apreciação dos diferentes níveis possibilita averiguar se a atividade administrativa alcançou o interesse público.

3.1.5 Discricionariedade e limites impostos pelo ordenamento

Especificamente, Celso Antônio Bandeira de Mello propõe as bases para a limitação da discricionariedade (2007, p. 96)

a razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – a lealdade e boa fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do Direito que também concorrem para conter a discricionariedade dentro de seus reais limites, assujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável

Às assertivas do autor cabe ainda acrescentar o dever de motivação dos atos administrativos, principalmente aqueles dotados de discricionariedade. Caso contrário, não havendo motivação clara e suficiente, o ato será inválido, segundo a teoria dos motivos determinantes. (DAUDT, 2003, p. 124)

De igual forma, Lúcia Valle Figueiredo considera como limites ao poder discricionário a proporcionalidade, a boa-fé, a lealdade e a igualdade. Neste sentido, a autora afirma (2008, p. 224-225) “A discricionariedade deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento. E pode ser controlada pelo Judiciário”.

Quanto ao controle dos atos discricionários, Krell propõe “os atos administrativos não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade” e assevera “essa ‘principalização’ do Direito (proibição da arbitrariedade,

razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) aumentou a margem de vinculação dos atos discricionários”. (2004, p. 214)

Igualmente, Carine Delgado propõe uma análise do ato administrativo além da legalidade estrita (2001, p. 3231) “o controle realizado pelo Poder Judiciário em relação à atividade administrativa, no sistema da jurisdição única, deve ir além do exame da legalidade estrita, ou seja, há de ser prioritariamente principiológico”.

Ocorre que a idéia de legalidade estrita conduz a uma legalidade apenas formal. Lúcia Valle Figueiredo expõe “enquanto formalmente as coisas estivessem em ordem, eram tidas como legais. O controle ia se confinando, desta forma, ao exame de papéis e de formalidades para o cumprimento das despesas” (2008, p. 227)

Baracho destaca quatro pressupostos fundamentais que contribuem para a sistematização e fiscalização da discricionariedade, são eles o princípio da interdição da arbitrariedade, princípio da razoabilidade, princípio da racionalidade e princípio da proporcionalidade e conclui “as bases constitucionais do controle jurisdicional das administrações públicas, a extensão e os limites desse controle, com a revisão de questões constitucionais, vinculam-se ao processo justo e devido” (2000, p. 124).

Odete Medauar, por sua vez, enumera uma série de parâmetros para controle do poder discricionário dentre os quais se destaca a a) observância da Constituição, leis e princípios, b) interesse público a ser atendido, c) normas de competência, d) motivação das decisões e d) forma do ato administrativo e o modo de sua exteriorização. (2008, p. 113)

3.2. Teorias de limitação da atuação judicial

3.2.1 Abuso de poder

Um dos fatos que concorreram para que as teorias de controle dos atos administrativos ganhassem força é que a legalidade estrita não é suficiente para conter eventuais abusos e arbitrariedades na atividade do administrador.

Antes de tratar da teoria do desvio de poder, cabe fazer algumas considerações acerca do abuso de poder, tendo em vista que José Carlos Sousa Silva considera o excesso e o abuso como espécies do gênero abuso de poder, portanto essencial fazer uma abordagem específica antes de analisar a teoria do desvio de poder.

O autor identifica o abuso de poder nas hipóteses em que o poder é exercido com ofensa a direitos individuais, sendo os atos impostos coativamente em flagrante

demonstração de conduta ilegal, “sem o procedimento estabelecido em normas legais.” Portanto, a idéia do abuso de poder tem relação estrita com a legalidade. Mais adiante, o autor define “o agente público substitui as normas e modalidades”. (SOUSA SILVA, 1998, p. 17-18)

Com o intuito de evitar a ocorrência do abuso de poder, o autor afirma ser essencial observar a regra de competência, porque “a competência limita o poder, em razão da matéria, do grau hierárquico, do lugar e do tempo”. (SOUSA SILVA, 1998, p. 20)

Embora haja algumas semelhanças entre o gênero abuso de poder e as respectivas espécies excesso e desvio os conceitos não se confundem. Destarte, o autor afirma que a teoria do abuso de poder tem inspiração na idéia de moralidade, “trazendo à evidência os problemas de legitimidade, legalidade e competência, esta como resultado da própria lei. [...] O abuso de poder afasta do ato administrativo a sua legitimidade”.

O excesso de poder, por seu turno, verifica-se quando a autoridade administrativa extrapola os limites de competência conferidos pelo respectivo ato, invalidando seus efeitos. Por fim, o desvio de poder representa algo diverso do que a lei pretendia, “segue fins não queridos pelo legislador”. (SOUSA SILVA, 1998, p. 27)

Outrossim, o autor destaca que a ilegalidade do ato discricionário por abuso de poder significa a atuação do agente público fora dos limites e da determinação da lei específica. (SOUSA SILVA, 1998, p. 47)

O autor acrescenta que a análise do abuso de poder surge como limite ao poder discricionário, “reafirmação do estado de direito e defesa aumentada do administrado ante a arbitrariedade do poder”. (1998, p. 28)

3.2.2 Teoria do desvio de poder

3.2.2.1 Conceito

A teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade surgiu no Direito francês, num momento em que o Estado era autoritário e “o poder se apresentava como um monstro devorador de ambições e comportamentos justos”. No direito francês o desvio de poder alcança o sentido de abuso de poder em sentido amplo. (SOUSA SILVA, 1998, p. 26)

Rafael Mello observa que a finalidade do ato administrativo é o resultado visado pela lei que outorga competência à Administração Pública, é “o objetivo que o ato

administrativo deve alcançar”, que sempre são interesses públicos, que variam conforme o caso. (2002, p. 39)

Pela definição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro o desvio de poder (1991, p. 109)

existe quando uma **autoridade administrativa usa de seus poderes para atingir fim diverso daquele para o qual eles foram conferidos**. O substrato moral é o mesmo que está inerente no abuso de direito; **o ato apresenta-se sob forma legal, a autoridade é a competente, os motivos são verdadeiros, o objeto é lícito, mas a intenção do agente se desvia dos fins** que justificam a outorga de competência (grifos acrescidos)

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, conceitua o desvio de poder da seguinte forma (1989, p. 27)

Consiste, pois, no manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência. O agente se evade do fim legal, extravai-se da finalidade cabível em face da lei. Em suma: falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que a lei configurou como objetivo prezável e atingível por dada via jurídica.

Ferreira Neto afirma que o desvio de poder ou finalidade (2001, p. 32) “ocorre quando a autoridade, apesar de atuar na estrita faixa de competência que lhe é atribuída pela lei, pratica ato administrativo com fim diverso daquele que é expresso no ato albergado pela lei”.

Rafael Mello adota a seguinte conceituação “desvio de poder (ou de finalidade) é o exercício de uma competência administrativa tendo em mira finalidade diversa da que lhe corresponde segundo o comando legal” e, segundo o autor, o ato praticado com desvio de finalidade não pode sequer ser objeto de convalidação. (2002, p. 43)

A partir dessa definição, Rafael Mello concebe duas modalidades de desvio de poder. Na primeira, “o agente pratica o ato visando à finalidade totalmente estranha ao próprio interesse público”, para alcançar objetivos particulares ou de terceiros com a intenção de perseguir ou privilegiar alguém. Na segunda modalidade, o agente público não busca satisfazer o interesse público descrito no texto legal, mas interesse público diverso deste.

Nota-se que o primeiro vício é mais grave, vez que contraria princípio que caracteriza o regime jurídico administrativo, qual seja a supremacia do interesse público sobre o privado. No entanto, o segundo vício igualmente apresenta gravidade, porque há usurpação da função legislativa pelo agente público e a atuação viciada coloca em risco a segurança jurídica dos indivíduos. (2002, p. 54-56)

O autor ainda revela que o desvio de poder não guarda identidade com a incompetência, vez que há competência para agir, mas é mal utilizada; enquanto que naquele

o agente administrativo tem atribuição legal para agir. Além de que o desvio de finalidade pode ainda ocorrer tanto em atos decorrentes do poder discricionário quanto nos atos vinculados. (2002, p. 43)

O mesmo entendimento extrai-se da obra de Bandeira de Mello, que revela que apenas existe desvio de poder quando a autoridade era competente para edição do ato, se “lhes falecessem poderes para decidir do modo como o fez, o vício no qual teria incorrido seria outro: pra incompetência formal”. (1989, p. 28)

3.2.2.2 Desvio de poder e a análise da moralidade

Di Pietro revela que a teoria do desvio de poder foi responsável pela introdução do princípio da moralidade no Direito Administrativo tendo ligação direta com a moralidade administrativa, que deve ser entendida como boa-fé. A evolução da teoria acabou por transformar uma regra moral em regra jurídica (1991, p. 107)

Rocha, igualmente, afirma que a partir do desvio de poder surgiram as primeiras observações acerca do princípio da moralidade a possibilidade de seu controle. Destarte, “em sede de desvio de poder é que mais viceja o controle da moralidade administrativa”. (1994, p. 37)

Nos atos decorrentes da competência discricionária, em especial, é que a análise da moralidade revela-se essencial, “de fato, havendo discricionariedade, em especial na delimitação da própria finalidade, o desvio de poder apenas pode ser deduzido do móvel do agente”. (MELLO, 2002, p. 59)

Igualmente, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca os casos em que o agente público tem atribuição de discricionariedade a lei exige que sua atuação esteja em conformidade ao fim específico descrito no texto legal. O autor do desvio de finalidade faz exatamente o contrário “não realiza o que a lei lhe impunha”. (1989, p. 33)

Por outro lado, Rafael Mello afirma que o desvio de poder corresponde a um vício de legalidade e não moralidade, tendo em vista que atinge a finalidade legal, que leva à idéia de interesse público “o desvio de poder atinge o espírito da lei, demonstrando a idéia de fluidez que se confere ao elemento teleológico do ato administrativo”. (2002, p. 51)

O autor fundamenta sua posição no fato que a análise do desvio de poder corresponde a um controle de legalidade, segundo o autor (2002, p. 52)

a lei que outorga competência à Administração Pública tem em mira um específico interesse público, eleito no exercício da função legislativa, e que deve ser necessariamente objetivado através da edição do ato administrativo. Sendo exercida

a competência visando à finalidade diversa da legal, a lei é contrariada de modo frontal

Segundo Rafael Mello, a análise da intenção perde relevância bastando verificar se a finalidade não foi cumprida, ou seja, a constatação deve ser objetiva. (2002, p. 58)

O mesmo posicionamento é adotado por Bandeira de Mello (1989, p. 31), segundo o autor em qualquer das modalidades de desvio de poder o sujeito do ato

desnatura a finalidade da própria competência ao praticar atos visando objetivos que não são os próprios da providência adotada. [...] Em todas estas hipóteses o autor do ato conscientemente rebela-se contra a lei, pois pretende sobrepor seu juízo pessoal ao juízo legislativo, Insurge-se contra o esquema de garantias do administrado.

Quanto ao aspecto objetivo de verificação do vício de finalidade o autor ressalta que o vício do ato não está atrelado ao aspecto subjetivo, na “má intenção do agente”, mas na objetiva “descoincidência entre a finalidade inerente à categoria do ato e a finalidade a que serviu *in concreto*, tem-se por ocorrente essa figura invalidante”. Além disto, em matéria de Direito Público a satisfação da finalidade legal sobrepõe-se à boa ou má conduta, o que importa é o atendimento do escopo. (1989, p. 32)

Em que pese os argumentos dos autores, reconhece-se que a análise vício de finalidade encontra-se mais ligada à idéia do princípio da moralidade e análise dos respectivos valores éticos aplicáveis à situação analisada, porém conjuntamente à análise do aspecto moral convém verificar o aspecto objetivo do vício e analisar se a finalidade foi atingida, isto é, as duas análises não se excluem, complementam-se.

3.2.2.3 Prova do desvio de poder

O desvio de poder liga-se essencialmente ao exame da finalidade do ato, havendo “descoincidência objetiva entre a regra de competência e o ato praticado” (NUNES JUNIOR, 1995, p. 218).

Ressalte-se que a finalidade pública a que o ato administrativo está ligada deve ser vista sob dois aspectos, em seu sentido amplo correspondente à finalidade pública e em seu sentido restrito ligado ao resultado esperado do ato. “Quando, a pretexto de atingir o interesse público, a Administração atua para proteger ou beneficiar pessoas determinadas, o ato administrativo é nulo e passível de controle judicial”. (DI PIETRO, 1991, 168)

A prova do desvio de poder apresenta grande dificuldade, já que geralmente é consequência de intenção viciada do agente administrativo. A primeira dificuldade surge na

delimitação da finalidade legal, se a finalidade é um conceito dotado de imprecisão o julgador deverá interpretá-lo. A prova do desvio acaba sendo negativa “é preciso provar que a finalidade legal não foi perseguida, não sendo necessária a prova da real finalidade do agente”.

Entretanto, muitas vezes não é suficiente para eliminar o problema da prova, afinal “em muitas hipóteses, mormente de competência discricionária, o vício apenas é demonstrado através do móvel do agente”. (MELLO, 2002, p. 59-60)

Nos mesmos termos, Celso Antônio Bandeira de Mello (1989, p. 35) destaca que a pessoa mal intencionada procura evitar que sua conduta seja exposta, prevendo de antemão justificativas para o ato. “É tendo em conta esta particularidade que o Poder Judiciário deverá enfrentar tal vício, armando-se com olhos de lince e dispondo-se a investigar a fundo a etiologia do ato”.

Rafael Mello partindo da análise da jurisprudência do Conselho de Estado francês enumera quatro fases para constatar vício de finalidade. Na primeira fase, a prova resulta dos termos do ato administrativo praticado com eventual desvio de finalidade. Na próxima etapa, a prova é coletada dos atos integrantes do procedimento administrativo que originaram o ato. Nas terceira e quarta fase, a prova recai sobre presunções acerca do procedimento como tempo e lugar da prática do ato e se admite que a prova resulte circunstâncias externas ao ato administrativo.

Com efeito, as duas últimas fases permitem um controle efetivo do vício de finalidade, o autor revela (2002, p. 60-61)

Ao admitir que a prova do desvio decorra de presunções e circunstâncias externa ao ato administrativo, o Conselho de Estado francês abandonou o formalismo e tornou o controle do desvio de finalidade um meio efetivo de se obstar a arbitrariedade da Administração Pública

Portanto, a prova do desvio de poder recai essencialmente em indícios, que contribuem para formar a convicção de que o agente agiu sem observância da finalidade legal, dentre os quais podem ser citados “a ilogicidade do ato, a irrazoabilidade, a desproporcionalidade, o rompimento de uma cadeia de atos habitualmente editados pela Administração Pública, a contradição e insuficiência da motivação”.

O papel do magistrado não deve o ser o de simples espectador, “o processo judicial tem funções próprias – sociais, jurídicas e políticas – que não condizem com a figura de um simples árbitro desinteressado”. Além disto, o particular na maioria das vezes não dispõe de todos os meios para provar o desvio de poder, sendo tarefa do juiz utilizar os meios à

sua disposição, como a inversão do ônus da prova, para investigar o ato impugnado. (MELLO, 2002, p. 62-63)

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello pugna por uma atuação eficaz do órgão jurisdicional (1989, p. 28)

Isto porque, se o Poder Judiciário mostrar-se excessivamente cauto, tímido, ou indesejavelmente precavido contra os riscos de invasão do mérito do ato administrativo, os administrados ficarão à descoberto, sujeitos, portanto, a graves violações de direito que se evadem à correição jurisdicional

Portanto, a atuação do órgão jurisdicional nos casos de desvio de poder ou finalidade deve ser comprometida e eficaz para que o ato contrário ao Direito seja devidamente anulado.

3.2.2 Teoria dos motivos determinantes

Segundo Di Pietro, na teoria dos motivos determinantes “a validade ao ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam na sua nulidade”. Quando a Administração motiva o ato, este apenas será válido se os motivos que ensejaram sua expedição forem verdadeiros, “para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência”. (2008, p. 200-207)

Analisando as implicações da teoria dos motivos determinantes, Delgado afirma que o correto uso dos poderes discricionários da Administração somente se opera “quando se produzem as concretas circunstâncias de fato previstas na norma que atribui tais poderes”. (2001, p. 3230)

Ferreira Neto expõe que a teoria dos motivos determinantes “reclama pela correspondência entre os motivos alinhados no ato administrativo, como razões determinantes de sua prática e a realidade fática”.

Quando o ato e os motivos que ensejaram sua edição não guardam relação com a realidade, este será inválido, e passível de anulação tanto pela própria Administração quanto pelo órgão jurisdicional, devendo a parte que sofreu a lesão utilizar da ação popular ou do mandado de segurança. (2001, p. 32)

Edimur Faria (2004, p. 135) associa a teoria dos motivos determinantes à “idéia que todo ato administrativo deve ser editado com base em motivo de fato e de direito que o recomenda” e conclui “a inexistência de motivação ou a apresentação de motivos falsos

levam à nulidade do ato. A motivação facilita a atuação dos meios de controle internos e externos”.

Portanto, nota-se que a teoria dos motivos determinantes guarda íntima relação com o princípio da motivação, tendo em vista que este serve para vincular a atividade administrativa, ocorrendo que a motivação quando não for verdadeira ou insuficiente implica em nulidade do ato.

A observância tanto da teoria dos motivos determinantes quanto do dever de motivação constituem garantia dos cidadãos contra condutas arbitrárias e desarrazoadas praticadas pelo Poder Público, atribuem segurança jurídica nas relações entre Administração e indivíduos.

3.3 A possibilidade de estender os limites do controle jurisdicional na interpretação dos conceitos indeterminados

3.3.1 Sindicabilidade do mérito administrativo

Celso Antônio Bandeira de Mello expõe que diante do fato de a norma sempre buscar uma solução ótima, ideal, excelente (2007, p. 37) “se não for esta a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que enseja correção judicial, dado que terá havido vício de legitimidade” e, outrossim, defende

Em despeito da discricção presumida na regra de direito, se o administrador houver praticado ato discrepante do único cabível, ou se tiver eleito algum seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma, o Judiciário deverá prestar a adequada revisão jurisdicional, porquanto, em rigor, a Administração terá desbordado da esfera discricionária

Além disso, reconhece que nas hipóteses legais compreendidas pelos conceitos indeterminados não basta que o controlador da legitimidade, seja o Judiciário seja a própria Administração, invoque a existência de discricionariade para “não examinar a fundo o ato, sob pena de estar-se entrando no mérito administrativo. É que isso não é ‘mérito’ do ato administrativo”. (MELLO, 2007, p. 37).

Nesta circunstância, vale registrar que alguns autores ainda admitem a insindicabilidade do ato administrativo discricionário. Neste sentido, Cretella Júnior afirma (1992, p. 148) “ato discricionário é totalmente imune ao controle jurisdicional, porque se encontra na esfera flexível do Poder Executivo que, para praticá-lo apenas consulta a oportunidade e conveniência da medida”.

Entretanto, reconhece-se a necessidade de atribuir outro significado ao mérito do ato administrativo, desvinculando-o da idéia de matéria que não pode ser analisada pelo Poder Judiciário. O mérito administrativo “acabou por se desvirtuar, acabou por ser um 'abrete sésamo', porta aberta a desmandos administrativos”. (FIGUEIREDO, 2008, p. 225)

Vale registrar o conceito de mérito administrativo defendido por Eros Roberto Grau afirmando que o mérito significa adequação do ato à sua finalidade “essa adequação deve, necessariamente, ser objeto de controle jurisdicional, até porque é na medida em que opere o Poder Judiciário que se poderá avaliar a eficácia do direito”. (1990, p. 63)

Neste ponto, Daudt resume a questão da necessidade de sindicabilidade do mérito administrativo (2003, p. 118) “inexistindo o controle, está aberto o caminho para a arbitrariedade”.

Rocha França revela que o mérito do ato administrativo perde sua imunidade quando houver na apreciação subjetiva do administrador quebra de juridicidade esta entendida como dever onipresente na atividade da Administração Pública (2000, p. 164-165) e, mais adiante, ressalta

o Poder Judiciário não pode se furtar em retirar um ato administrativo quando a avaliação meritória se baseia em erro, falsidade ou conteúdo condenado pela ordem constitucional e infraconstitucional, ou quando desarrazoada e desonesta a motivação da conduta discricionária

Por fim, o autor conclui (FRANÇA, 2000, p. 175)

o ato administrativo é intocável pelo Judiciário, até o momento que este passa a ameaçar a segurança jurídica e os direitos subjetivos [...] Não existem zonas proibidas para apuração judicial dos elementos que produziram lesão ou ameaça a direitos

Delgado (2001, p. 3231) sela o entendimento ao afirma que a inobservância do fim legal, entenda-se finalidade em sentido amplo (interesse público) e restrito (finalidade específica na lei) extrapola o âmbito do mérito administrativo e, por via de consequência, leva à invalidação do ato administrativo.

Analisando a tendência de invocar o mérito para deixar de lado a análise do ato discricionário, Soares ressalta que no Estado Democrático de Direito o que deve ser intocável, inviolável é o interesse público dos administrados “devendo a administração pública sujeitar-se não só aos ditames expressos na lei como aos princípios decorrentes, emanados e implícitos do ordenamento jurídico”. (1999, p. 72)

Ademais, a submissão do mérito do ato administrativo ao juízo do órgão jurisdicional “é forçar o administrador a zelar pelo interesse público no exercício das suas atribuições” (SOARES, 1999, p. 75-90) e conclui

o mérito do ato administrativo não pode ser insindicável. A discricionariedade absoluta, ainda que restrita ao mérito é recurso utilizado por sistemas autoritários, é instrumento de ditadores [...] colocando-se acima do ordenamento jurídico

Apesar de Di Pietro manifestar-se no sentido de que é defeso ao Judiciário controlar o aspecto político do ato administrativo realizado segundo oportunidade e conveniência do administrador, a autora destaca “o que não é aceitável é usar-se o vocábulo mérito como escudo à atuação judicial em casos que, em realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas”. (1991, p. 91)

Seguindo o mesmo posicionamento, Miguel Seabra Fagundes expõe que o mérito não pode abrigar qualquer ilegalidade ou inconstitucionalidade e conclui “tudo o que signifique desvio ou exorbitância do âmbito traçado à atividade discricionária enseja o controle judicial”. (1984, p. 84)

Portanto, a discricionariedade e as medidas de oportunidade e conveniência do ato administrativo devem ser colocadas em seus estritos limites para que o administrador não use o argumento a insindicabilidade do mérito administrativo para justificar condutas arbitrárias.

3.3.2 Comodismo do Poder Judiciário e abusos do Poder Executivo

Andreas Krell afirma que a realidade brasileira viciada pela penetração excessiva do elemento político na Administração como, por exemplo, os inúmeros cargos em comissão criados ao arbítrio dos chefes do Executivo, resultando em verdadeiros “cabides de emprego”, o nepotismo, o clientelismo e, sobretudo, uma falta de separação clara entre o espaço público e o privado justificam a ampliação da atuação judicial no controle dos atos administrativos. (2004, p. 210)

O que deve ser essencialmente discutido no âmbito da Administração Pública é a separação entre o político e o administrativo, Hesse pontua “a administração não pode ser entendida como ‘braço alargado’ do governo” (HESSE, 1998, p. 404), porque exerce papel fundamental na organização do Estado Social.

Destarte, o comodismo do Judiciário deve ser combatido e as escolhas administrativas devem ser analisadas a fundo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro expõe que as dificuldades de se traçar um limite entre legalidade e discricionariedade leva “o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal definido 'mérito' da atuação administrativa”. (1991, p. 28)

Krell (2004, p. 209) conclui “é essencial que essa situação problemática seja levada em consideração na busca de uma definição racional dos limites do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil”.

3.3.3 Inafastabilidade do Poder Judiciário

Contribui para ampliação do controle judicial das decisões administrativas discricionárias a disposição do art. 5, XXXV¹⁷ da Constituição Federal, que garante que qualquer prejuízo ou dano que alguém possa sofrer deve ser apreciado pelo Poder Judiciário. Referida disposição legal trata do princípio da tutela, que representa tanto um direito de defesa perante os tribunais e atos do Poder Público quanto um direito de proteção do particular através dos Tribunais.

Portanto, se é dever do Judiciário conhecer e analisar lesão ou ameaça a direito, é intuitivo afirmar que é o próprio órgão jurisdicional o responsável pela análise da conduta administrativa, se esta observou ou não o texto legal. (FIGUEIREDO, 2008, p. 230)

Nesta senda, Nunes Júnior deixa claro que não pode haver, a princípio, proibição de o Judiciário examinar a discricionariedade administrativa “pois isto resultaria em flagrante ofensa à garantia constitucional da prestação jurisdicional”. (1995, p. 217)

Daudt expõe que a lei sempre determina o comportamento do Poder Público em favor do administrado e, uma vez atendidos os requisitos legais por parte do administrado, qualquer omissão do órgão administrativo autoriza o cidadão a recorrer ao Judiciário para satisfação de seu direito. (2003, p. 114)

3.3.4 Mérito administrativo e separação de Poderes

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma ainda ser incontestável que em havendo dúvida quanto à correta aplicação de um comando legal expressado por um conceito indeterminado cabe ao Poder Judiciário conferir se a Administração manteve-se dentro do campo razoável de interpretação daquele conceito e conclui “verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma intelecção perfeitamente cabível (...) desassistirá ao Judiciário assumir est’outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio” (2007, p. 24).

¹⁷ Art. 5º (...)

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

Por outro lado, afirma existir (2007, p. 38) “uma correlação lógica entre o fim a ser atendido e o meio a ser adotado”. O autor destaca

é preciso que, ao praticar ou não praticar um ato, ou praticar este ou aquele, tais opções que se traduzem em atos administrativos, sejam as opções **logicamente idôneas para chegar à finalidade**. [...] mesmo que a norma diga que um agente administrativo pode fazer ou pode adotar o ato A ou B, **este ato deve ser confrontado com as circunstâncias fáticas existentes para que o Poder Judiciário** (ou qualquer órgão controlador de sua legitimidade) **verifique se ele guarda ou não guarda com elas a correlação lógica necessária e se tem, pois, idoneidade para alcançar a finalidade** (grifos acrescidos)

Entretanto, em algumas situações a decisão administrativa não poderá ser apreciada pelo Judiciário (MELLO, 2007, p. 40)

sem dúvida, perante inúmeros casos concretos (a maioria, possivelmente) caberão dúvidas sobre a decisão ideal e opiniões divergentes poderão irromper, apresentando-se como razoáveis e perfeitamente admissíveis. Nestas hipóteses a decisão do administrador haverá de ser tida como inatacável, pois corresponderá a uma opção de mérito

No mesmo sentido, Daudt (2003, p. 106) afirma que se a decisão do administrador for razoável para o caso concreto, está em conformidade com os princípios atinentes à Administração Pública e com os princípios gerais de direito e não fere direitos fundamentais, esta decisão é inatacável, não podendo o Judiciário substituir o juízo administrativo.

Ocorre que a maleabilidade e flexibilidade do texto legal servem para a Administração Pública desenvolver sua função essencial sem indevidas interferências das outras funções do Estado. Neste ponto, Di Pietro revela (2008, p. 206)

Não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto

Vladimir Rocha França reconhece que o mérito do ato administrativo deve ser revisto pelo órgão jurisdicional para aferir a legalidade interna do ato, mas faz a ressalva “ao realizá-lo, o Poder Judiciário não está habilitado para validar ou invalidar o juízo de oportunidade do administrador, mas sim de verificar se o administrador se ateve ou não aos limites jurídicos da discricionariedade administrativa”. (2000, p. 154)

Da mesma forma, Soares expõe “não se trata, em nenhuma hipótese, de substituir o critério do administrador pelo do juiz. O que o Judiciário faz é invalidar o ato administrativo, anulando-o, cabendo ao administrador emitir novo ato” (1999, p. 87)

Igualmente, Carine Delgado reconhece (2001, p. 3229) a legitimidade de um controle judicial amplo do ato administrativo, mas ressalva que este controle amplo

não conduz à idéia de que possa o magistrado alterar os critérios subjetivos que nortearam a prática desses atos, pois estaria a substituir a vontade administrativa pela eleição de critérios outros (ao seu juízo). Este proceder, sim, acarretaria desrespeito ao princípio da separação dos poderes. Cabe ao Judiciários verificar se a escolha levada a efeito pelo administrador, em seu atuar discricionário, não ultrapassou os lindes da razoabilidade

Cumprе ressaltar a importância do Poder Judiciário de dizer se diante de uma dada situação há realmente discricionariedade e que extensão ela pode assumir, isto é, definir os limites da interpretação. Neste ponto, nota-se a importância do exame judicial do ato administrativo, que permite conjugar a visão parcial do órgão administrativo competente para aplicar determinada lei com o conjunto de normas e princípios do ordenamento jurídico. (DELGADO, 2001, p. 3216)

Andreas J. Krell reconhece que a jurisprudência brasileira apesar da tendência de invocar o mérito do administrativo e não analisar questões trazidas ao seu juízo vem adotando novas formas de interpretação dos conceitos indeterminados (2004, p. 196)

A jurisprudência brasileira já tem utilizado diferentes critérios para o controle de conceitos jurídicos indeterminados, com consideráveis variações na linha de argumentação e na profundidade do controle. No entanto, a tendência sempre tem sido a vedação da sindicância judicial desses conceitos

Como exemplo de aplicação dessa tendência nas decisões dos Tribunais Pátrios o autor cita o observância da finalidade legal e a razoabilidade da solução adotada. Vale mencionar também que o posicionamento do autor que considera as decisões administrativas tomadas por órgãos especializados em matérias complexas devem ser respeitadas, desta forma Krell discorre (2004, p. 212-213)

Merece preferência uma graduação do controle judicial dos conceitos indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática, com a consequência de que os tribunais devem respeitar mais decisões administrativas sobre certas matérias

[...]

Na área emblemática da proteção ambiental prevalecem conceitos de experiência, de valoração e de prognose, que deixam uma margem de apreciação para a Administração, que não deve ser simplesmente substituída por uma decisão judicial

Merece destaque ainda a afirmação do autor que em casos altamente duvidosos, que envolvem questões altamente complexas a prerrogativa de avaliação cabe ao órgão administrativo, tendo em vista sua familiaridade e proximidade com os problemas, não cabendo, portanto, uma revisão ampla pelo Poder Judiciário (KRELL, 2004, p. 197).

No Brasil, particularmente, o argumento ganha força em razão de não haver um órgão especializado (Tribunal Administrativo) em dirimir questões envolvendo a Administração Pública e os administrados. Uma maior especialização dos juizes em áreas

específicas garantiria uma melhor qualidade da decisão e contribuiria para a celeridade dos julgamentos (KRELL, 2004, p. 208)

Analisando o cabimento de uma instância administrativa no Brasil Krell expõe “a atuação da Administração Pública, no Brasil, sempre necessitaria de uma instância de controle, tendo em vista que o nível de formação, remuneração e isenção dos órgãos administrativos está bem distante daquele alcançado na grande maioria dos países centrais” (2004, p. 148)

Outrossim, Eros Roberto Grau (2004, p. 199) propõe para a análise judicial dos conceitos indeterminados e da discricionariedade a eles inerentes

Na interpretação dos textos normativos que veiculem preceitos indeterminados, não existe apenas uma interpretação verdadeira, devendo o Judiciário se limitar a verificar se o ato administrativo é ‘correto’, isto é, **se foram cumpridas as regras procedimentais, se os fatos foram levantados de forma suficiente e correta, se a lei foi interpretada de acordo com os princípios de avaliação ‘universalmente vigentes’ e se a decisão não foi influenciada por considerações pouco objetivas** (grifos acrescidos)

Portanto, as decisões judiciais não devem chegar ao extremo de usurpar totalmente a função administrativa, substituir as funções do Poder Executivo pelo Poder Judiciário, mas devem sempre analisar e estabelecer os limites que o conceito fluido, vago, impreciso empregado pela norma pode assumir, o Judiciário “terá de concluir que o ato administrativo não é passível de censura porque a Administração atuou dentro de esfera legítima, isto é, dentro do campo de liberdade que a lei lhe proporcionava” (MELLO, 2007, p. 27).

Tratando do princípio da separação de Poderes, Andreas Krell faz uma nova abordagem deste, dotando-o de um novo sentido (2004, p. 205)

o clássico princípio da separação dos Poderes, hoje, deve ser entendido mais como princípio de **divisão de funções**, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos entre os diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito (grifos do original)

Entretanto, essa nova conceituação do princípio mencionado não afasta a questão da análise se a decisão judicial usurpou a competência administrativa. A este problema Krell chama atenção (2004, p. 205)

O problema específico dos conceitos indeterminados no Direito Administrativo deve ser compreendido na base dessa divisão funcional. Ao mesmo tempo, a Administração está claramente sujeita ao princípio da legalidade (art. 5º, II e 37, *caput*, CF¹⁸), sendo a questão justamente definir a quem a ordem jurídica atribui a

¹⁸Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

interpretação e concretização desses conceitos e a decisão final sobre sua correta aplicação ao caso concreto: ao administrador, ao juiz ou se há uma distribuição dessa tarefa entre os dois Poderes

Pereira Júnior, no mesmo sentido expõe (2006, p. 48) “entre nós, e também no direito comparado, há exageros de conservadorismo, como há audácias de vanguardismo em face do princípio da separação de poderes”.

Ressalta-se ainda que em países em que há um amplo controle judicial dos conceitos indeterminados a atividade administrativa acaba sendo substituída pelas decisões judiciais. (KRELL, 2004, p. 206)

Pereira Júnior lança as bases para a atuação judicial não substituir o juízo administrativo “não se cuidaria, portanto, de substituir a solução administrativa pela judicial, mas, sim, de verificar se aquela foi eficiente e gerou o necessário resultado que encerre a demanda pelo controle de modo pertinente e seguro”. (2006, p. 55)

Daudt ressalta “quem tem competência para decidir sobre a administração do Estado é o governante eleito, legitimado nas urnas, não o representante do Poder Judiciário” e conclui “a possibilidade de controle, entretanto, não outorga ao juiz poderes para impor a sua decisão em substituição à escolha feita pelo administrador, quando essa atender ao interesse público” (2003, p. 126-127).

3.3.5 Dever de boa administração

A análise das questões feita até aqui tem por finalidade garantir um mínimo de segurança jurídica nas relações entre administrados e Poder Público. Assegurar, em última medida o dever da boa administração que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello(2007, p. 45), é

um dever jurídico, porque quando não há a boa administração, não há satisfação da finalidade legal e quando não há satisfação da finalidade legal não há satisfação real da regra de Direito, mas violação dela, pois uma regra de Direito depende inteiramente da finalidade, por ser ela que lhe ilumina a compreensão

Para cumprimento do dever acima mencionado o objeto das relações da Administração Pública deve ser segundo Juarez de Freitas (1997, p. 101)

O objeto das relações da administração nada mais há de ser do que a realização otimizada dos princípios constitucionais, de sorte a permitir que o vínculo jurídico se aperfeiçoe pelo plexo dos liames volitivos com a vontade, por assim dizer, pública. Destarte, **a relação juspublicista, por envolver a Administração, reclama ser repensada com o objetivo de estimular que o mais pronto e**

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

profundo reconhecimento de elevados paradigmas éticos, no objetivo de construir um Estado que não colime sufocar o que existe de mais elevado e digno no indivíduo, tampouco ceda ao individualismo niilista (grifos acrescidos)

Portanto, é essencial para o cumprimento desta relação Estado – administrado a observância dos princípios tratados no texto, especialmente, a razoabilidade e proporcionalidade, a separação de poderes, o próprio texto constitucional. Todos estes elementos servirão de base para a construção do Estado Democrático de Direito que se pretende atingir.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A ampliação do controle jurisdicional dos atos do poder discricionário é medida em plena consonância com os postulados do Estado Democrático de Direito e os fundamentos da República. Portanto, a insindicabilidade do mérito administrativo revela-se absolutamente à margem do Direito.

Verificou-se que o mérito do ato administrativo não pode ser utilizado como justificativa para abrigar ilegalidades, arbitrariedades ou qualquer outra medida que afronte o ordenamento jurídico. Entretanto, nota-se que em nome o princípio da separação de poderes cabe ao Poder Judiciário apenas declarar a nulidade do ato administrativo impugnado.

Nesta relação, é preciso estabelecer um equilíbrio na atuação do Poder Judiciário, devendo ser ponderados os princípios da inafastabilidade da apreciação jurisdicional, e o da tripartição de poderes, previstos nos artigos 5º, XXXV e 2º da Constituição Federal, respectivamente.

Ocorre que se a decisão judicial ir além da anulação do ato impugnado e apontar qual a decisão correta aplicável à situação *sub judice* haverá usurpação de competência afeta essencialmente ao Poder Executivo e haverá um desequilíbrio na dinâmica da tripartição de Poderes, com o Poder judicial ganhando prevalência sobre o Executivo.

A importância de se estabelecer um limite para o controle judicial da atividade pública revela-se essencial porque o princípio da separação de Poderes está incluído no rol do artigo 60 da Constituição Federal como cláusula pétrea, no núcleo irredutível do texto constitucional.

Observou-se que a interpretação e integração dos conceitos indeterminados guardam estrita relação com a discricionariedade administrativa, isto é, a interpretação destes conceitos em inúmeros casos não é suficiente para dotá-los de certeza sendo necessária uma valoração do intérprete. É justamente nesta situação que surge a discricionariedade.

O poder discricionário deve ser entendido como a faculdade de escolher entre as alternativas válidas perante o Direito a que melhor corresponde ao interesse público. Desta feita, o poder discricionário é instrumento jurídico concedido pelo legislador ao administrador para que este tenha flexibilidade e maleabilidade no desenvolvimento da atividade pública.

Os conceitos jurídicos indeterminados, portanto, são ferramentas à disposição do legislador para conferir ao órgão administrativo o dinamismo necessário para que sua atividade cumpra as exigências do interesse público.

Saliente-se que o interesse público expresso no texto normativo não se confunde com interesse da Administração, disto decorre sua indisponibilidade, dito de outro modo, a disponibilidade do interesse público está contida nas razões do Estado e se manifesta na atividade legislativa.

Para fins de controle da competência discricionária, os princípios constitucionais têm um duplo caráter servindo tanto para direcionar a atuação dos órgãos administrativos quanto como meio de efetivo controle desta atividade. Além disso, em razão do fato de os princípios expressarem valores deve haver uma relação hierarquizada entre estes e as regras.

Dentre os princípios, destacam-se a ampliação do sentido da legalidade, que deve ser entendida como conformação ao Direito e não apenas à lei, ou seja, a legalidade adquire aspectos de juridicidade. Ressalte-se que a análise da legalidade estrita não é suficiente para conter os abusos da Administração Pública, principalmente porque a lei não é justa porque é lei.

O próprio surgimento das teorias do desvio de poder ou finalidade e dos motivos determinantes revela que a análise da legalidade estrita não é suficiente para estabelecer limites à atividade administrativa.

Outrossim, a moralidade administrativa merece destaque, porque a aplicação dos conceitos indeterminados envolve um juízo do administrador. Da mesma forma, a proporcionalidade e razoabilidade adquirem relevância porque estruturam a interpretação de outras normas, dando coerência ao sistema jurídico.

Por fim, o dever de motivação aparece como garantia de segurança jurídica contra o arbítrio estatal, porque os motivos que invocados pela Administração vinculam sua atividade e possibilitam a sindicabilidade do ato administrativo.

Portanto, a extensão do controle judicial dos atos discricionários é fundamental na dinâmica do Estado Democrático de Direito, o argumento da insindicabilidade do mérito administrativo deve ser superado e a possibilidade de sua revisão deve ser entendida como medida de garantia contra arbitrariedade do Poder Público, respeitado sempre o princípio de separação de Poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Conteúdo, limites e intensidade dos controles de razoabilidade, de proporcionalidade e de excessividade das leis**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar v.236, abr. 2004, p. 369-384

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral dos conceitos legais indeterminados**. Cidadania e Justiça, Rio de Janeiro, Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB v.8, jan. 2000, p. 121-133

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000

COSTA, Regina Helena. **Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa**. São Paulo: RT, 1990

COUTO E SILVA, Almiro. **Poder discricionário no direito administrativo brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n.179, jan./jun. 1990, p. 51-67

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992

CRETELLA JUNIOR, José. **Do desvio de Poder**. São Paulo: RT, 1964

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Controle judicial do poder discricionário**. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT v.775, maio 2000, p. 32-45

DAUDT, Edmar Viane Marques. **Discricionariedade: limites do controle judicial**. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DO RS v.58, dez. 2003, p. 105-130

DELGADO, Carine. **A sindicabilidade pelo poder judiciário do ato administrativo discricionário**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, ED. FORUM v.34, dez. 2003, p. 3216-3231

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991

_____. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008

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

FARIA, Edimur Ferreira de. **A sindicabilidade do ato administrativo decorrente do poder discricionário pelo judiciário**. Revista de Direito Municipal - Rdm, Belo Horizonte, Fórum v.12, abr. 2004, p. 131-138

FERREIRA, Daniel. **Probidade e razoabilidade como limitacoes a discricionariedade administrativa**. Revista de Direito Administrativo Aplicado, CURITIBA, Não determinada. v.12, jan. 1997, p. 31-39

FERREIRA NETO, Francisco Damasceno. **Teoria dos motivos determinantes e anulação judicial dos atos administrativos**. Revista Jurídica Consulex, Brasília, CONSULEX v.103, abr. 2001, p. 30-33

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **A separação dos poderes (funções) nos dias atuais**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar v.238, out. 2004, p. 37-41

FREITAS, Juarez. **A responsabilidade extracontratual do estado e o princípio da proporcionalidade: vedação de excesso e de omissão**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar v.241, jul. 2005, p. 21-37

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997

_____. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995

FROTA, Hidemberg Alves da. **O princípio tridimensional da proporcionalidade na teoria geral do direito público e administrativo**. Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo, n. 13, p.120-136, jan. 2007

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade, *in*: ROCHA, Cármen Lúcia A. **Perspectivas do Direito Público – Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 307-355

_____. **Poder discricionário**. Revista de Direito Público, Rio de Janeiro, n. 93, p. 41-46, jan./jun. 1990, p. 50-72

HARGER, Marcelo. **A discricionariiedade e os conceitos jurídicos indeterminados**. Revista dos Tribunais, São Paulo, Não determinada. v.756, out. 1998, p. 11-36

HIEN, Eckart. **O controle judicial das decisões administrativas discricionárias**. Revista Cej - Conselho da Justiça Federal, Brasília, CONSELHO DA JUSTICA FEDERAL v.27, dez. 2004, p. 18-23

KRELL, Andreas J. **Discricionariiedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial**. Revista Esmafe Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, Recife, Escola da Magistratura Federal da 5ª Região v.8, dez. 2004, p. 177-224

LORENZO, Anna Paola Zonari de. **A trilogia motivo/conteudo/finalidade do ato administrativo em face do princípio da razoabilidade**. Revista Trimestral de Direito Público, Sao Paulo, Malheiros v.22, abr. 1998, p. 77-93

LORENZO, Wambert Gomes Di. **Discricionariiedade administrativa e controle judicial**. Ajuris, Porto Alegre, Associacao dos Juizes do RS v.102, jun. 2006, p. 349-368

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Discricionariiedade administrativa e controle judicial da administração**. Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, ED. FORUM v.14, abr. 2002, p. 470-473

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariiedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007

_____. **Desvio de poder**. Revista de Direito Público, São Paulo, Não determinada. v.89, jan. 1989, p. 24-36

MELLO, Rafael Munhoz de. **O desvio de poder**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar v.228, abr. 2002, p. 31-66

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999

MORESCO, Celso Luiz. **Conceitos jurídicos indeterminados**. Revista Trimestral de Direito Público, Sao Paulo, Não determinada. v.14, abr. 1996, p. 78-95

NUNES JUNIOR, Armandino Teixeira. **A discricionariiedade administrativa e o controle judicial de seus limites**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, Não determinada. v.127, jul. 1995, p. 207-221

- PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados: um estudo a partir da teoria da adequabilidade normativa.** Fórum Administrativo: Direito Público, Belo Horizonte, v.7, n.72,, p.14-24, fev.2007.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública: da legalidade estrita à lógica do razoável.** 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 200
- RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. **Triparticao de poderes na constituição de 1988.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, RT v.11, abr. 1995, p. 16-30
- SARLET, Ingo Wolfgang; SCHOLLER, Heinrich. **O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha.** Interesse Público, São Paulo, NOTADEZ INFORMACAO v.2, abr. 1999, p. 93-107
- SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 8. ed, São Paulo: Malheiros, 1992
- SILVA, Jose Carlos Sousa. **Abuso de poder no direito administrativo.** Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1997
- SOARES, Jose de Ribamar Barreiros. **O controle judicial do merito administrativo.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999
- SUNDFELD, Carlos Ari. **Discricionariedade e revogação do ato administrativo.** Revista de Direito Público. São Paulo, v. 79, p. 132-138. 1986
- TOURINHO, Rita. **A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados.** Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar v.237, jul. 2004, p. 317-326
- YUNES JUNIOR, Faissal. **O controle do ato administrativo e o estado de direito.** Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, Sao Paulo, RT v.29, out. 1999