

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL - UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

Tales Schmidke Barbosa

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, OS CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS E A DENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL**

Porto Alegre
2018

TALES SCHMIDKE BARBOSA

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, OS CONCEITOS JURÍDICOS
INDETERMINADOS E A DENSIDADE DO CONTROLE JUDICIAL**

Trabalho de conclusão de curso de especialização apresentado a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito do Estado

Orientador: Prof. Doutor Rafael de Cás Maffini

Porto Alegre

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço, antes de tudo, à Universidade Federal do Rio Grande do Sul por me permitir fazer parte da turma de especialização em Direito do Estado, que teve o benefício de absorver os ensinamentos do seletivo grupo de professores que compõem o corpo docente do curso. Foi a partir das aulas, das pesquisas e do desenvolvimento em conjunto das matérias levantadas que fui instigado a desenvolver o interesse na pesquisa não só da matéria do meu trabalho, mas também em diversas outras matérias importantes para meu conhecimento e desenvolvimento profissional.

Agradeço meu orientador, Rafael Maffini, que por meio de suas aulas e de duas exposições instigou não só a mim, mas também todo o grupo de alunos que participaram dessa pequena jornada, se disponibilizando para qualquer questionamento independente de seus compromissos profissionais, inclusive nos intervalos de sua própria aula.

O meu agradecimento vai também para todo o corpo discente da especialização que, por diversas vezes, discutiu nas aulas, nos intervalos e no desenvolvimento dos trabalhos produzidos durante o curso, de todos os ângulos profissionais, as pautas de estudo.

RESUMO

Esta monografia busca compreender a densidade e a limitação do controle judicial nos atos discricionários e nos atos compreendidos pelo conceito jurídico indeterminado, traçando um paralelo da doutrina contemporânea, após a constitucionalização do Direito Administrativo, com a doutrina histórica sobre o tema. Nesse passo, será realizada uma espécie de reconstituição histórica do conceito de discricionariedade administrativa em paralelo com os conceitos jurídicos indeterminados e atos vinculados, estudo necessário para a compreensão do objetivo principal do estudo. Será analisado também o controle judicial da discricionariedade na estrutura norma, bem como o controle de atribuição da discricionariedade administrativa. Por fim, será possível realizar análise crítica sobre as limitações do controle judicial, de atribuição e de exercício, de acordo com o grau de vinculação à juridicidade de cada conceito.

Palavras-chave: Discricionariedade Administrativa. Conceitos Jurídicos Indeterminados. Limitação de Atribuição da Discricionariedade. Densidade do Controle Judicial.

ABSTRACT

This work seeks to understand the density and the limitation of judicial control in discretionary acts and in the acts understood as indeterminate juridical concepts, drawing a parallel between the contemporary doctrine, after the constitutionalization of Administrative Law, and the historical doctrine on the subject. In this step, a kind of historical reconstitution of the concept of administrative discretion will be carried out along with indeterminate juridical concepts and bound acts, which is necessary to understand the main objective of this study. It will also analyze the legal control of discretion in the standard structure, as well as the attribution control of administrative discretion. Finally, it will be possible to critically analyze the limitations of judicial control, attribution and exercise, according to the degree binding them to the legality of each concept.

Keywords: Administrative discretion, Indeterminate Juridical Concepts, Limitations of Discretion Attribution, Density of Judicial Control.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	9
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	9
2.2 CONCEITUAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE	13
2.3 NATUREZA JURÍDICA	15
3. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	18
3.1 CONCEITUAÇÃO	18
4. CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	21
4.1 O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE NA ESTRUTURA DA NORMA.....	21
4.2 OS LIMITES DE ATRIBUIÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	23
4.3 A “REDUÇÃO A ZERO” DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	27
4.4 O DESVIO DE FINALIDADE (PODER) NO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO	29
4.5 A SINDICABILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO	37
4.6 A DICOTOMIA ATO VINCULADO <i>VERSUS</i> ATO DISCRICIONÁRIO E A SISTEMATIZAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL EM RELAÇÃO AO GRAU DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE	41
CONCLUSÃO	47

INTRODUÇÃO

As questões envolvendo as decisões no exercício da competência discricionária ainda envolve muita polêmica, principalmente no que se refere ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, que embora atualmente esteja passando por uma releitura segue sendo visto por parte da doutrina e também da jurisprudência como uma espécie de impedimento de sindicabilidade pelo Poder Judiciário. Dentre os diversos estudos possíveis acerca do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e dos conceitos jurídicos indeterminados, procura-se compreender, no presente estudo, qual seria a diferença da densidade do controle jurisdicional nos atos praticados no exercício da competência discricionária e dos atos praticados perante os conceitos jurídicos indeterminados, bem como os limites de atribuição, pela norma, da discricionariedade administrativa.

O controle dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária tem contornos complexos. Hoje, contudo, não há quem sustente, na doutrina brasileira, que tais tipos de atos sejam imunes ao controle pelo Poder Judiciário. Discute-se apenas a intensidade e os limites do controle. O estudo do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, independente da análise do *grau* de vinculação, também é feito nesta monografia sob a concepção do ativismo judicial para detectar quais seriam os limites da atuação jurisdicional.

Ao presente estudo interessa identificar a maneira adequada do controle jurisdicional exercido nos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, que por vezes é praticada com excessos, omissões ou arbitrariedades, bem como no controle da lógica interpretativa dos conceitos imprecisos estatuídos na norma, momento em que o intérprete ou o aplicador, quando da subsunção ao caso concreto, deverá complementar o conceito apurando valores e sua conexão com o ordenamento jurídico.

Traçamos também a necessidade da distinção, embora não exista consenso, dos

atos administrativos discricionários e dos conceitos jurídicos indeterminados, pois em parte significativa da doutrina, ao realizar o agrupamento das teorias em unitárias e reducionistas acaba por gerar a equivocada identidade entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, o que, segundo estudo apresentado na presente monografia, comporta densidade distinta no controle jurisdicional de acordo com o grau de vinculação do ato.

Em suma, será demonstrado no presente estudo as distinções doutrinárias em relação ao controle jurisdicional, a sindicabilidade do mérito do ato administrativo no exercício da competência discricionária, a sistematização do controle judicial adequado, os limites de atribuição da discricionariedade e o surgimento de um dos principais mecanismos ao controle judicial dos atos da Administração Pública que persiste até hoje, o desvio de finalidade (poder).

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Inaugurando nova fase no Estado Moderno, a Revolução Francesa de 1789 deixou para trás o Estado de Polícia na qual prevalecia a vontade arbitrária do Príncipe, que era detentor de todo o Poder e o exercia sob um pretexto de mandato divino. Passou-se então para o Estado de Direito que almejava assegurar, pela separação dos poderes (Montesquieu) e a prevalência da vontade popular que é representada pela lei (Rousseau), a sujeição de todos às mesmas normas.¹

Surge então novo modelo sob o regime do Estado de Direito Liberal, que pretendia resguardar a liberdade e a propriedade como direitos naturais que deveriam ser garantidos² e que, para isso, acreditava-se que o Estado deveria manter-se alheio às relações particulares.

Como lembra Eduardo Garcia de Enterría³, naqueles tempos o regime do contencioso-administrativo seria inicialmente elaborado como um controle interno da administração. O contencioso administrativo, originalmente, acompanha em paralelo a história da centralização do poder, o que significa que a fiscalização representa simples sistema de autocontrole, sem a possibilidade de qualquer conhecimento pelos juízes comuns, restrição esta que se apoia no dogma da separação de poderes. Imbuído deste desiderato que Napoleão atribuiu o conhecimento dos recursos a dois órgãos: Conselho de Estado e aos Conselhos de Prefeitura.⁴

Nos idos do século XIX, nos primórdios deste Estado de Direito que se lança aos

¹ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.142.

² Conforme Norberto Bobbio, com a formação do Estado há, para Hobbes e Rousseau, a eliminação total do direito natural pelo direito positivo, apesar de este se inspirar e desejar a proteção daquele, e já para Locke e Kant não existe aniquilação dos direitos naturais porque a constituição do Estado civil objetiva justamente a sua conservação (*Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*, p.61).

³ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, . *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Espanha. Editorial Civitas, 2016. 3 ed. p.21-22.

⁴ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.142.

primeiros passos, encetou-se na França a jurisdição administrativa sob a distinção do “poder gracioso” em relação ao “poder contencioso”, o que servia para firmar as competências dos Tribunais Administrativos. As matérias contenciosas sujeitavam-se ao controle, e as do “poder gracioso”, como eram exemplo as “matérias de polícia”, eram imunes à revisão judicial. Este campo de liberdade à Administração caracterizou a formulação do princípio da legalidade, àquela época, de modo distinto do que atualmente se concebe, pois era possível à Administração, sem afetar a liberdade e a propriedade dos administrados, fazer ou deixar de fazer diante da ausência de expressa disposição legal; era a vinculação negativa da Administração à lei.

Na mesma época, desenvolveram-se as teorias dos “atos de governo” ou “atos políticos” que, em sucessão à distinção mencionada encontravam conclusão similar: os “atos de governo” eram isentos do controle pelo Conselho de Estado e denominavam-se “atos discricionários” (ou “atos de pura administração”). Ao longo do mesmo século XIX já se aventava para reconhecer a possibilidade excepcional de controle do “ato discricionário” que ofendessem os direitos individuais.

Nos Estados Unidos, nos primeiros anos do século XX faz-se a distinção entre atos ministeriais, sujeitos ao controle judicial, e atos discricionários, isentos da ingerência do Judiciário porque eram considerados como “questões políticas”. Em razão de opções políticas refletidas no sistema constitucional americano esta característica de isenção demarca a história deste país também ao longo do século XX.⁵ Foi também Laband, em 1878, quem defendeu que os órgãos administrativos têm um campo livre de atuação – é a vinculação negativa – no qual é possível regular sua conduta e escolher seus próprios fins, e excepcionalmente a lei poderia restringir esses fins, o que caracterizaria os atos vinculados; então, para Laband, a Administração, no exercício da discricionariedade, não tem limites jurídicos, mas, no máximo, limites políticos ou morais.⁶ De outra banda, Jellinek entende que há uma subordinação crescente da Administração à lei e todas as funções estatais têm um campo de livre atuação vinculada que é determinada por sua

⁵ GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. Madrid: Thomson, 2000. 5. ed., p.183.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001. 2. ed., p. 99.

norma legal. O que Jellinek difere de Laband é que aquele entendia haver um “limite jurídico” à Administração.⁷

Foi ao longo da primeira metade do século XX que juristas alemães passaram a diferenciar “atos administrativos de exercício de poder discricionário” e “atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados” – para reconhecerem a possibilidade de controle apenas quanto aos primeiros.⁸

Durante o envolver do Estado de Direito que os primeiros esboços de controle da Administração foram delineados, sendo a discricionariedade equiparada aos chamados “atos de império”, em oposição aos “atos de gestão”, e por isso absolutamente imune a qualquer controle judicial; no primeiro terço do século XIX surge em França o *recurso por excesso de poder* como uma exceção a esta imunidade, o que só era admitido quando a impugnação referia-se a um vício de incompetência. Depois, o vício de forma é equiparado ao de incompetência pelo Conselho de Estado Francês, e mais tarde se desenvolve a técnica do *desvio de poder* como terceira forma de controle de discricionariedade, e ainda no fim do século XIX entende-se o controle a qualquer violação da lei.

Assim se aperfeiçoavam, no começo do século XX, as aberturas para apreciação da discricionariedade principiada ao longo do Estado de Direito Liberal e consolidada nos primeiros anos do Estado Social de Direito: a) incompetência, b) vício de forma, c) desvio de poder e d) violação da lei e dos direitos adquiridos. A posição firmada era a de que enquanto as três primeiras “aberturas” dispensavam a demonstração do direito subjetivo, consentindo apenas com a demonstração de interesse, a última exigia a indicação clara da ofensa a certo direito adquirido. Posteriormente, esta distinção – interesse e direito adquirido – perdeu importância, pois não se fez mais distinção entre a lei em sentido formal (competência, forma e finalidade) e em sentido material (direito adquirido), e houve a ampliação da concepção de legalidade porque se incorporou às noções de boa

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001. 2. ed., p. 99

⁸ SILVA, Almiro de Couto e. Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional. **Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari**. p.21.

administração e moralidade administrativa, o que levou à substituição da expressão *ato discricionário* por *poder discricionário*.⁹

Embora o propósito fosse de romper com o Estado de Polícia, é possível concluir as noções iniciais de discricionariedade percebidas ao longo do Estado de Direito primeiramente Liberal e depois Social, gravitaram mesmo em torno de uma ideia de *poder* que, em alguma medida estava à margem do controle judicial. A definição da discricionariedade, por todo este período, representou sempre uma pretensa liberdade de agir, liberdade em relação também às prescrições normativas constitucionais.

Com a insuficiência dessa proposta é que se caminhou para a reformulação do arquétipo jurídico constitucional com o fito de potencializar os direitos individuais, reconhecendo muitos como fundamentais à realização de uma vida digna, e a necessidade de aproximar o povo às decisões e controle da vida pública com o desenvolvimento de mecanismos de fiscalização e participação popular. Sob esta inspiração é que por todo o século XX, notadamente na segunda metade, novéis ordens constitucionais, tal como a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, encetam um terceiro modelo, o Estado Social e Democrático de Direito.¹⁰

A doutrina jurídica imprime novas propostas doutrinárias no âmbito da discricionariedade para ponderar que não é o ato que é vinculado ou discricionário, mas a *competência* do agente público quanto à apreciação que deve proceder de certos aspectos admitidos pela norma jurídica. O ato será sempre o produto do exercício da competência. Então, a discricção não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ele haverá de se revelar.¹¹

Sob o regime jurídico imposto pela Constituição Federal de 1988, por “poder discricionário” devemos entender a *competência discricionária* da Administração Pública,

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001. 2. ed., p. 90.

¹⁰ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.146

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.32.ed. p.445.

o que enaltece o arquétipo normativo constitucional como único modo de definir o objetivo e a intensidade do poder – de acordo com seu objetivo –, o que esclarece, ainda, que o poder é sempre instrumental ao cumprimento dos deveres de realizar o que se prescreve na ordem jurídica como interesse público.

2.2 CONCEITUAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

No Estado Democrático de Direito a Administração só pode agir em obediência à lei, tendo como destino o cumprimento da finalidade da norma, com caráter mais estrito que o travado entre a lei e o comportamento dos particulares, não bastando no caso do público a relação de não-contradição, mas a relação de subsunção.

Em quaisquer situações jurídicas pode-se reconhecer uma limitação que delinea os confins de liberdade de um sujeito. Tal liberdade, entretanto, pode ser mais ou menos ampla, em função das pautas estabelecidas nos dispositivos regedores da espécie. Qualquer regulação normativa é, por definição, o lineamento de uma esfera legítima de expressão e ao mesmo tempo uma fronteira que não pode ser ultrapassada, sob pena de violação do Direito. Este extremo demarcatório tem necessariamente uma significação objetiva mínima precisamente por ser e para ser, simultaneamente, a linha delimitadora de um comportamento permitido e a paliçada que interdita os comportamentos proibidos.¹²

Dentro da linha delimitadora do comportamento permitido, na discricionariedade o legislador prevê em suas regras de atribuição de competência mais de uma consequência jurídica válida dentro da margem de liberdade do agente, que deve eleger diante de certo caso concreto a solução mais adequada à satisfação de finalidade dentro de sua margem legal de liberdade.

Inevitável, para uma maior compreensão, que o conceito de competência discricionária seja estudado conjuntamente com a competência vinculada, que ocorre sempre que a lei atribuir competência ao administrador, de modo que, diante de uma

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.32.ed. p.989.

determinada previsão de hipótese fático-jurídica prevê como consequência jurídica, ao contrário da discricionariedade, uma única solução juridicamente válida.¹³

A lei, em certos casos, regula dada situação em termos quais que não resta ao administrador qualquer grau de liberdade, não dispondo de nenhuma margem na sua competência decisória, posto que a norma determina antecipadamente com objetividade o conteúdo obrigatório em decorrência de uma hipótese legalmente prevista.

A discricionariedade não decorre da ausência de regulamentação legal sobre certa matéria, mas sim de uma forma possível sem engessar o administrador, pois a lei pretende que seja adotada em cada caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou.

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança.¹⁴

Sob o regime jurídico imposto pela Constituição Federal de 1988, por “poder discricionário” devemos entender a *competência discricionária* da Administração Pública, o que enaltece o arquétipo normativo constitucional como único modo de definir o objetivo e a intensidade do poder – de acordo com seu objetivo –, o que esclarece, ainda, que o poder é sempre instrumental ao cumprimento dos deveres de realizar o que se prescreve na ordem jurídica como interesse público.

Esta noção de Discricionariedade, ou atribuição discricionária, envolve um aspecto liberal, de autonomia em face de uma determinada autoridade.

Logo, atuar discricionariamente significa proceder no exercício de uma atividade,

¹³ MAFFINI, Rafael. **Elementos do direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 64.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.32.ed. p.990.

sob aspectos racionais e proporcionais, dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, optando pelo melhor procedimento que irá satisfazer o interesse público sustentável, diante de conceitos ambíguos trazidos pela norma posta.

A discricionariedade não repousa sobre uma liberdade absoluta, mas relativa, como relativo é tudo que serve de instrumento para a consecução de fins determinados. Sendo que estes fins são inerentes aos instrumentos jurídicos de defesa do interesse público. Os limites externos são as imposições do ordenamento jurídico. E os limites internos, as exigências do bem comum, da moralidade e de todos os demais princípios.

Ao referir-se aos limites à atividade discricionária da Administração, faz-se necessário lembrar que o administrador, no exercício de suas competências deve atuar de acordo não só com a norma jurídica posta, mas com o ordenamento jurídico como um todo. Ou seja, a diversidade de hipóteses comportadas na discricção da lei não significa que todas as soluções sejam adequadas para os casos de sua aplicação, o que configuraria arbitrariedade do administrador.

2.3 NATUREZA JURÍDICA

Questionar a natureza jurídica da discricionariedade administrativa representa identificar o gênero próximo e a diferença específica das outras espécies. Falar em discricionariedade administrativa significa tratar da competência normativa da função administrativa.¹⁵

É o direito, a ordem jurídica como um todo, que demarca, define, esclarece os limites e as possibilidades do agente estatal em sua ação ou omissão, são as normas jurídicas, constitucionais, legais e infralegais, em respeito à hierarquia formal e material da ordem jurídica, que atribuem as potestades à Administração Pública como deveres instrumentais à realização do interesse público na execução dos atos administrativos.

¹⁵ Nesse aspecto, o português José Eduardo Figueiredo, ao cuidar da natureza do poder discricionário, afirma que se trata de uma concessão legislativa, e não de uma liberdade absoluta à Administração (*Noções fundamentais de Direito Administrativo*, p.114). Na mesma linha de pensamento de Luis Manuel Fonseca Pires (*Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*, p. 137).

Sendo assim, é a competência normativa o gênero próximo não só da discricionariedade administrativa, mas também de toda atividade do Poder Executivo.

As atribuições normativas para o exercício das funções administrativas podem ser prescritas sem qualquer espaço de liberdade de escolha ao Poder Público, o que é denominada de competência vinculada, ou também podem ser atribuídas com certa margem de liberdade de escolha, com pluralidade de decisões legítimas, por meio da atribuição de competência discricionária, e é neste aspecto que se diferencia da vinculada.¹⁶

Sem dúvidas a liberdade administrativa delegada na atribuição da competência discricionária carece do contrapeso da vigilância jurídica quanto aos enviesamentos do gestor público, se se pretender, na prática, a realização da impessoalidade (CF, art. 37), não como indiferença, nem como neutralidade impossível, mas como exercício não tendencioso de atribuições.¹⁷

Partindo dessa premissa, o mérito administrativo referente ao juízo de conveniência e oportunidade, embora não controlável diretamente, é passível de aferição da legalidade justamente pelos vícios da decisão equivocada, ou a decisão não oportuna para o caso concreto. Nessa linha, significativos achados precisam ser incorporados pelo Direito Administrativo, de maneira a lucidamente criticar as predisposições conducentes a erros sistemáticos de julgamento e à quebra da impessoalidade, dentro todos os outros princípios existentes no direito brasileiro.¹⁸

Conclui-se, portanto, que a natureza jurídica da discricionariedade administrativa é a competência normativa atribuída para o exercício da função administrativa que franqueia uma pluralidade de decisões legítimas ao agente público, o que ao nosso ver,

¹⁶ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.167.

¹⁷ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. Porto Alegre: Malheiros, 2014. 3 ed, p.50.

¹⁸ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. Porto Alegre: Malheiros, 2014. 3 ed, p.51.

o a atribuição da competência discricionária também é sindicável.

3. OS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

3.1 CONCEITUAÇÃO

Os conceitos jurídicos indeterminados são os conceitos imprecisos estatuídos na norma, de modo que o intérprete ou o aplicador, quando da subsunção ao caso concreto, deverá complementar o conceito apurando valores e sua conexão com o ordenamento jurídico, por mais plurais que sejam as referências sociais e culturais da sociedade a respeito do tema.

Embora os conceitos jurídicos indeterminados não sejam casos de discricionariedade administrativa, com existência de correntes doutrinárias históricas divergentes¹⁹, faz-se necessário o estudo para compreensão dos motivos que a distinguem do próprio conceito determinado e da discricionariedade.

Os conceitos indeterminados podem ser empíricos ou de valor, sendo que os empíricos se referem a situações da natureza e os valorativos ao conceito de valor, sendo que este último exige do intérprete uma apreciação em termos valorativos (“moralidade pública”, “conduta desonrosa”). Tanto os empíricos quanto os de valor, após a subsunção do intérprete, causam dúvidas e diversidade de opiniões. Bem por isso existe a possibilidade de apreciação judicial para controlar a chamada “área de apreciação”.

Indiscutivelmente os conceitos jurídicos indeterminados possuem margem interpretativa a ser preenchida pelo administrador em cada caso concreto, o que justifica, de certa forma, a distinção da discricionariedade, pois na discricionariedade não há juízo

¹⁹ Na Espanha, há correntes doutrinárias que aceitam que os conceitos jurídicos indeterminados comportam uma margem de apreciação em favor da Administração Pública, isto é, que os conceitos vagos proporcionam a discricionariedade, como é o caso de Miguel Sanchez Morón. Na Argentina, identificam-se doutrinadores que recusam a possibilidade de os conceitos jurídicos indeterminados ensejarem a discricionariedade, como é o caso de Augustín Gordillo, mas de outro lado, Domingo Juan Sesin associa os conceitos jurídicos indeterminados à discricionariedade. Na Itália os conceitos jurídicos indeterminados são aferidos pela distinção que a doutrina propõe entre discricionariedade administrativa e discricionariedade técnica.

interpretativo, mas sim a produção de um juízo de valor, impondo ao administrador que pratique um ato de vontade em nome do interesse público.²⁰

A moderna doutrina alemã, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello²¹, sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados só apresentam tal característica considerados em abstrato e não nos casos concretos por ocasião de sua aplicação. À vista das situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos concretos, sempre poderia reconhecer se uma dada situação é ou não “urgente”; se o interesse posto em causa é ou não “relevante, se existe ou não um perigo “grave” e assim por diante, suscitando o conceito indeterminado é meramente uma questão de interpretação, definível, como qualquer outra, pelo Poder Judiciário e não uma questão de discricionariedade, o que nos parece ser o caminho mais adequado para a conceituação dos conceitos imprecisos.

Não nos parece correto imaginar que o conceito jurídico indeterminado e suas expressões legais, ao serem confrontados com o caso concreto, ganhariam em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicação ou não do conceito por elas coberto, pois em diversas situações, mais de uma interpretação poderia ser considerada razoável e admissível. Diferentemente disso, o conteúdo determinado apenas reduz as divergências possíveis entre os intérpretes porque a margem de discussão consegue obter um grau expressivo de objetividade.

Os conceitos jurídicos indeterminados reduzem-se a mera interpretação, sendo que a distinção entre conceitos jurídicos determinados e indeterminados não é de qualidade, mas de grau, o que conduz todos os conceitos a uma solução. Totalmente pertinente é a lembrança de Buhler que reclama o controle judicial dos conceitos vagos quando as normas são protetoras dos direitos individuais.²²

²⁰ MAFFINI, Rafael. **Elementos do direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 64.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade de controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2017.2.ed. p.22.

²² PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.114.

Trazendo a matéria para o objetivo principal deste estudo, que é a possibilidade de controle jurisdicional, não se poderá afirmar que houve violação à lei quando em uma determinada situação real o administrador reputou, em entendimento razoável, com a aplicação do conceito indeterminado e agiu dentro da conformidade, mesmo que outra opinião fosse sustentável, desde que não transborde o direito, pois agiu dentro de uma liberdade intelectual que lhe é facultada. Logo, não haveria motivos para que o Judiciário lhe corrigisse a conduta, pois a este incumbe reparar violações de direito. Ao judiciário cabe apenas analisar se o agente atuou dentro do campo de liberdade intelectual que a lei lhe proporcionou.

Em relação ao controle jurisdicional, o que difere o que é exercido sobre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados é que no primeiro se dá, inicialmente, quanto aos aspectos formais de competência, forma, desvio de poder e se a decisão tomada fere ou não o objetivo da norma, enquanto no segundo o controle é total, esbarrando apenas na decisão de declarar se a decisão foi correta ou não.

4. CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

4.1 O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE NA ESTRUTURA DA NORMA

Antes mesmo de saber quais os limites do exercício concreto da competência discricionária da Administração Pública, é preciso distinguir o controle de exercício das potestades discricionárias do controle de atribuição.²³

Neste tópico será abordado o controle de atribuição da discricionariedade administrativa na estrutura normativa para estabelecermos entendimento do quanto pode à lei dizer que será passível de discricionariedade administrativa, bem como a qual é a liberdade conferida ao legislador para traçar a liberdade do administrador.

Na doutrina alemã e espanhola há quatro posições bem distintas quanto a estrutura lógico-formal do que se denomina de norma jurídico-administrativa: (i) a que entende que a discricionariedade é uma margem de volição para eleger a consequência jurídica; (ii) a que entende que a indeterminação do suposto de fato das normas habilitantes, e também indeterminação das consequências jurídicas, geram discricionariedade; (iii) a que entende que só há discricionariedade em razão da indeterminação do suposto de fato das normas jurídico-administrativas; (iv) a que defende que a discricionariedade existe na indeterminação apenas das consequências jurídicas.²⁴

As doutrinas que sustentam haver a discricionariedade administrativa apenas nas consequências jurídicas das normas são denominadas de teorias reducionistas, o que é o caso do item *iv* do parágrafo supra. E as que entendem também haver discricionariedade no suposto de fato normativo podem ser agrupadas sob a denominação de teorias unitárias, como no item *ii* acima. Mas tanto as teorias unitárias

²³ BACIGALUPO, Mariano. **La discricionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997. pag. 92.

²⁴ Idem. pag. 181.

quanto as reducionistas não deixam claras as diferenças da discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados.²⁵

Mas há ainda uma terceira corrente que entende existir discricionariedade apenas no suposto de fato das normas jurídico-administrativas, que parte do pressuposto de que o que gera a discricionariedade é a inexistência ou imperfeição do suposto de fato da norma habilitante, o que acarreta como conclusão lógica de que não haveria distinção entre discricionariedade e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados quanto à zona de incerteza, posição retratada no item *iii* do parágrafo precedente.

Na posição adotada por Mariano Bacigalupo²⁶, se defende que a melhor teoria é a que concebe a discricionariedade como habilitação à administração para completar ou integrar o suposto de fato imperfeito de uma norma jurídico-administrativa, pois admitir que a discricionariedade possa ser encontrada na consequência jurídica, sem critérios objetivos, ensejaria o exercício arbitrário do poder.

Por exaustivas razões doutrinárias e pela evolução histórica das noções de discricionariedade, o agrupamento das doutrinas em unitárias e reducionistas pode gerar a equivocada identidade entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, tanto é que Mariano Bacigalupo, ao investigar os limites de atribuição da discricionariedade administrativa junto à norma jurídica aproxima os conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade.

Naturalmente, os limites do controle judicial da atuação administrativa – entendido como limites intrínsecos da cognição jurídica – vem determinado pela estrutura lógico-formal das normas aplicáveis. Cumpre realçar que o grau de intensidade do controle judicial é sempre acessório ao grau de densidade da programação normativa.²⁷

De certo modo, a definição acima serve para ratificar a diferença entre os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa, de modo que o

²⁵ BACIGALUPO, Mariano. **La discricionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997. pag. 161.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem. pag. 137.

controle judicial deve ser tanto mais incisivo quanto maior for a amplitude à discricionariedade administrativa outorgada pela norma.

4.2 OS LIMITES DE ATRIBUIÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O controle judicial da discricionariedade em relação ao exercício da competência discricionária pressupõe a existência de atribuição da referida competência por norma. Em relação ao denominado controle de exercício, *“ao que parece, doutrina e jurisprudência pátria já se encontram em avançado patamar de compreensão”*²⁸.

O controle judicial da norma de atribuição da competência discricionária, o denominado *controle de atribuição*, compreende a possibilidade de controlar a constitucionalidade de normas discricionárias em face da própria margem de liberdade que tal norma atribui ao administrador.²⁹ O controle de atribuição é a possibilidade de o controle judicial incidir não apenas nos aspectos concretos da competência discricionária, na discricionariedade em ato, mas antes analisar se os limites prescritos na norma são legítimos.

Partindo-se da premissa de que os conceitos jurídicos indeterminados não podem ensejar a discricionariedade, embora significante parte da doutrina entenda de modo diverso, o controle da constitucionalidade realizado com análise dos critérios gerais a que toda e qualquer norma assujeita-se a passar pelo crivo (Princípios Constitucionais e etc.) não parece suficiente para aferir o excesso, vez que no controle de atribuição os limites devem ser observados também pelo âmbito da função administrativa ao qual a norma jurídico-administrativa pretende disciplinar. O que se quer aqui demonstrar é que além dos critérios gerais em que a norma jurídico-administrativa esta sujeita como qualquer outra, é estabelecer uma análise específica das normas jurídicos-administrativas que atribuem a competência discricionária no âmbito da função administrativa: Administração ordenadora, de prestação, sancionadora e de políticas

²⁸ MAFFINI, Rafael. Discricionariedade Administrativa: controle de exercício e controle de atribuição, 2012. Disponível em: https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2827_2848.pdf. Acesso em 12 nov. 2017.

²⁹ Idem.

públicas.³⁰

A consideração dos âmbitos da função administrativa no controle judicial da discricionariedade na estrutura da norma advém da mudança do modelo de Estado não intervencionista para um Estado que deve atender às demandas sociais, que deve proporcionar a participação e fiscalização popular, ampliando os objetos da função administrativa.

A *Administração Ordenadora* acima mencionada caracteriza-se pela intervenção estatal na esfera de liberdade e propriedade dos administrados, como ocorre no instituto da desapropriação, por exemplo. Já no que pertine a *Administração de Prestação*, cabe destacar que são os atos e atividades da administração que se referem aos serviços públicos prestados pela própria administração e apresentam inquestionável interesse público.³¹ Por óbvio a administração pública possui responsabilidades e obrigações no controle e fiscalização dos próprios bens, bem como seus deveres orçamentários e tributários, o que caracteriza a denominada *Administração de Gestão*.³²

Como citado no parágrafo inicial deste capítulo, que destacou o modelo democrático social, e baseado nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – art. 3º da Constituição Federal, no qual o Estado tem o dever de promover ações de estímulo ao desenvolvimento, legitima-se a prescrição de uma série de itens a caracterizar a *Administração de Fomento*, que deve ser prevista em lei, ser impessoal e respeitar o princípio da igualdade.³³ Como mais um capítulo dentro da função administrativa, mais um âmbito de atuação da Administração Pública, existe a *Administração Sancionadora*, que normalmente é retratada por meio de regimes jurídicos que harmonizam os princípios do direito penal com os do direito administrativo. Também nesse mesmo viés da administração sancionadora identificamos os deveres que as

³⁰ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.183.

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.2 v. p. 105.

³² PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.114.

³³ ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo. Terceiro Setor**. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 25, 1999. p.32.

normas prescrevem para os programas que expressam as denominadas *políticas públicas*.

Por conta da adoção do princípio da vinculação positiva da Administração Pública, fundado no art. 5º, II, e 37, *caput*, da Constituição Federal, que prescreve que o Executivo só está autorizado a fazer, ou deixar de fazer, nos termos da lei, qualquer expressão da função administrativa deve buscar seu fundamento na validade de uma lei. Nenhuma lei pode, portanto, esvaziar-se em seu dever de traçar um núcleo mínimo do princípio da legalidade.

A importância do tema – análise do âmbito da função administrativa – para o controle judicial é evidente, pois quando o âmbito da função administrativa se tratar de alguma medida de intervenção perante a esfera jurídica dos administrados, mais restrita deve ser a atribuição da competência discricionária.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao reprovar a delegação disfarçada e inconstitucional, assevera que assim ocorre se a lei defere ao regulamento a possibilidade de definir, por si próprio, as condições ou requisitos necessários para o surgimento do direito, obrigação, dever ou restrição. E continua, quando diz que há delegação quando o regulamento inova na ordem jurídica, e “[...] inovar quer dizer introduzir algo cuja preexistência não se pode conclusivamente deduzir da lei regulamentada”.³⁴ Neste ponto, nada há de novo no que diz respeito aos limites de atribuição da discricionariedade administrativa na norma jurídico-administrativa do que é aplicável a qualquer outro instituto do direito administrativo.³⁵

É legítima a técnica redacional do texto da norma que deixe à Administração Pública uma ampla liberdade de escolha quando disciplina a *Administração de Fomento*, por exemplo, tanto em relação as hipóteses de fato ou da finalidade a serem perseguidas, mas a mesma amplitude pode não ser suficiente para tratar de algum ato

³⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.32.ed. p.332.

³⁵ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.186.

da *Administração Ordenadora* que restrinja a propriedade ou a liberdade dos administrados, o que poderia ofender o princípio da legalidade, pois ao contrário do que ocorre na *Administração de Fomento*, no âmbito da *Administração Ordenadora* não há ampliação da esfera jurídica de proteção do administrado, mas sim a restrição.

O maior exemplo da necessidade de análise do âmbito da função administrativa no controle jurisdicional da discricionariedade é a desapropriação, pois há nesse caso o sacrifício de um direito, o direito à propriedade, e a atribuição da competência discricionária deve ser mais precisa, ou seja, as opções igualmente legítimas que caracterizam a discricionariedade devem ser vislumbradas pela própria lei.

Ainda mais exposta a necessidade de análise do âmbito da função administrativa, é o âmbito específico da *Administração Sancionadora*, pois representa o ápice da intervenção estatal perante a liberdade do administrado, e deve atender o comando constitucional de que não há pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX). Luis Manuel Fonseca Pires³⁶ entende não haver possibilidade de a norma jurídico-administrativa que versa sobre o direito administrativo sancionador comportar qualquer espaço para a discricionariedade administrativa, mas ensejam apenas e tão somente a interpretação jurídica.

O pensamento do autor apoia-se na justificativa de que existe rigorosa exigência constitucional de que as infrações sancionatórias e as penas estejam previstas em lei, e só a lei (art. 5º, XXXIX), afasta qualquer possibilidade de a Administração fazer juízos discricionários sobre certo fato qualificar-se, ou não, como uma infração administrativa, ou sobre quais, das penas previstas em lei, devem ser aplicadas.

Neste caso, segundo entendimento do autor citado no parágrafo antecedente, o judiciário deve então controlar a coerência da interpretação jurídica que se materializa na decisão administrativa, os precedentes administrativos, enfim, a racionalidade da decisão – e nada há de discricionário neste processo.

³⁶ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p. 189.

Nesse sentido colacionamos o importante precedente judicial:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PORTARIA N. 58, DE 30/8/2010 DO MINISTRO DE ESTADO CHEFE DO GABINETE DE SEGURANÇA INSTITUCIONAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DOS QUADROS DA AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA - ABIN. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE VIGILÂNCIA. GESTOR DO REFERIDO CONTRATO. CONSULTOR DA EMPRESA CONTRATADA. ATUAÇÃO REMUNERADA. LICITAÇÃO. FRAUDE. PRÁTICA DAS INFRAÇÕES DO ARTIGO 117, IX E XII, DA LEI N. 8.112/90. PREVISÃO LEGAL. ARTIGO 132, IV, XI E XIII, DA LEI N. 8.112/90. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO DEMISSIONÁRIO PRATICADO NO PERÍODO ELEITORAL. ARTIGO 29 DA LEI N. 8.214/91. INAPLICABILIDADE. APLICAÇÃO DE PENA DESPROPORCIONAL E EXCESSIVA NÃO VERIFICADA. QUESTÕES REFERENTES AO MÉRITO ADMINISTRATIVO. ANÁLISE VEDADA EM SEDE MANDAMENTAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO OBSERVADA. REINTEGRAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

[...]4. O administrador não tem qualquer margem de discricionariedade na aplicação da pena, tratando-se de ato plenamente vinculado. Configurada a infração do artigo 117, IX e XII, da Lei n. 8.112/90, deverá ser aplicada a pena de demissão, nos termos do artigo 132, IV, XI e XIII, do mesmo diploma legal, sob risco de responsabilização criminal e administrativa do superior hierárquico desidioso. Não há que se falar, portanto, em desproporcionalidade da pena, já que informada pelo princípio da legalidade estrita, não havendo margem para a dosimetria da sanção pelo administrador. (MS 15.690/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 06/12/2011)

4.3 A “REDUÇÃO A ZERO” DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Nem sempre a norma discricionária reserva ao caso concreto uma pluralidade de decisões legítimas. O caso concreto poderá revelar que somente uma opção represente a efetiva concretização do interesse público.

Ainda quando a lei haja atribuído certa margem de liberdade para o agente, tal margem poderá esvair-se completamente diante da situação em concreto na qual deva aplicar a regra e diante das particularidades do evento que lhe seja anteposto, o agente poderá deparar-se com um caso na qual suas opções para atendimento do fim legal fiquem contidas em espaço mais limitado do que aquele abstratamente franqueado pela lei, e pode ocorrer ainda que somente uma das condutas poderá satisfazer o escopo

normativo. Como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷: “a *discrição ao nível da norma é condição necessária, mas nem sempre suficiente, para que subsista em situações concretas*”.

A aplicação da teoria da “redução a zero” da discricionariedade deve ocorrer quando estão em pauta direitos fundamentais, ou quando se trata de obrigações legais de intervir e a Administração Pública é omissa neste aspecto, ou quando se trata de uma comparação entre duas alternativas das quais uma é realmente a “mais justa”, como por exemplo uma escolha feita em um concurso entre duas pessoas. A vagueza do último critério (comparação entre duas alternativas para escolher a mais justa) é relevante e não esgota a possibilidade de aplicação da referida teoria, vez que depende de um caso concreto, o que permite admitir que depende das circunstâncias de um caso determinado para aferir se havia, de fato, oportunidade de escolha em favor do Poder Público.³⁸

O caso concreto poderá convolar uma competência discricionária em vinculada, o que significa dizer que a tutela judicial requerida em correção a equivocada opção da Administração Pública tem, sem dúvida alguma, o condão de determinar a respectiva opção. A jurisdição, neste caso, caracteriza-se por ser a substituição de supostos direitos em conflito pela definição do direito ao caso em julgamento, pois se há uma única opção que concretiza o interesse público não há sentido em o Judiciário assinalar prazo para a Administração Pública dizer o que já poderia ter sido dito.

Certo é que a situação concreta afunila o campo de liberdade abstratamente aberto na lei e pode eliminá-lo por completo, devendo o Judiciário analisar amplamente as circunstâncias de fato em vista das quais a Administração expediu determinado ato sob a justificativa de exercer disccrição para conferir se houve ou não e em que termos o afunilamento ou eliminação da discricionariedade hipoteticamente prevista, sem que nisso haja qualquer invasão do campo discricionário do agente, mas pura e simples investigação da legalidade de seu comportamento.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.32.ed. p.1015.

³⁸ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.227.

Em diversos casos a tradicional referência ao “ato discricionário” alicia o espírito para o mero exame da dicção legal e a máxima corriqueira de que se a lei conferiu discricção, o ato possui tal caráter e o Judiciário não deve interferir, sob pena de estar substituindo o administrador e sonogando-lhe a liberdade que a lei lhe outorgou. O Juiz precisa investigar os fatos para aferir precisamente se existia real consonância entre aquilo que a lei tinha em conta e em mira aquilo que o ato efetuou.³⁹

4.4 O DESVIO DE FINALIDADE (PODER) NO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

No item 2.1 deste trabalho vimos a evolução histórica da discricionariedade desprendida de qualquer controle judicial, em que levou a matéria até o surgimento da teoria do desvio de poder, que pode ser considerada como uma das “aberturas” ao controle judicial dos atos da Administração Pública.⁴⁰ O desvio de finalidade foi um dos primeiros instrumentos de controle judicial da discricionariedade, e persiste na atualidade como um dos mais significativos meios.

Foi no final do século XIX que a jurisprudência do Conselho de Estado francês desenvolveu as primeiras noções do *desvio de poder*, e surge como uma espécie do gênero *excesso de poder* (*excès de pouvoir*) para justificar a sujeição dos atos administrativos ao controle judicial. O excesso de poder advém das leis constitucionais de 1791 sob a influência da teoria de divisão de poderes de Mostesquieu que se encontra, por sua vez, no art. 27 da Constituição de 1791.⁴¹ Com o passar dos anos o Conselho de Estado alargou o sentido de “excesso de poder” e pelo decreto de 02 de novembro de 1864 passou-se a permitir a quem interessado interpor recurso contra os atos administrativos viciados por incompetência. Neste momento, entende-se o conceito de “excesso de poder” ao recurso contra os atos administrativos, pois o art. 27 da

³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. 32.ed. p.1015.

⁴⁰ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.227.

⁴¹ CHINCHILLA MARÍN, Carmen. **La desviación de poder**. Madrid: Civitas, 2004. 2. ed. p. 33-34.

Constituição de 1791 prescrevia que o Ministro da Justiça denunciaria ao Tribunal, por meio do Comissário Real, os atos dos juizes que excedessem os limites de seu poder.

A segunda expressão de desenvolvimento deste controle foi o *desvio de poder* (*détournement de pouvoir*) que se caracterizou por ser o controle da conformidade do ato com o fim e o espirito da lei. Se o poder outorgado por lei fosse exercido para fim distinto do previsto haveria então uma forma especial de “excesso de poder” que passou a denominar-se “desvio de poder”. Pioneiramente, é lembrado o *arrêt Vernes* de 19 de maio de 1858 como uma das primeiras referências a este instituto.⁴²

O desvio de poder, na Espanha, originalmente era entendido como a falta de competência ou a invasão de um poder na esfera de outro, e foi apenas em 1930 que, por uma série de julgados, o desvio de poder iniciava o desenvolvimento para posteriormente alcançar um sentido mais preciso. Em 1956, pela primeira vez se define, em lei (Jurisdição do Contencioso-Administrativo), a noção de desvio de poder como o “exercício de potestades administrativas para fins distintos dos fixados pelo ordenamento jurídico”, o que foi importante porque esclareceu que o desvio de poder é uma infração ao ordenamento jurídico, e não à ética administrativa.⁴³

Atualmente a Constituição Espanhola de 1978 reconhece o desvio de poder ao dizer que os Tribunais controlam a submissão da atuação administrativa aos fins que justificam.

Em Portugal o desvio de poder é considerado uma violação objetiva porque concebe o fim do ato como o “círculo objetivo de interesses”, pois basta aferir o conteúdo e a motivação em relação às finalidades da atividade administrativa de modo a perceber que a autoridade não adotou a decisão pelo fim que a lei lhe atribui como competência.⁴⁴O autor⁴⁵ entende que o desvio de poder tem dupla natureza jurídica: i) uma objetiva, fundada na incompetência, o que se encontra no plano da ilegalidade,

⁴² CHINCHILLA MARÍN, Carmen. **La desviación de poder**. Madrid: Civitas, 2004. 2. ed. p. 33-34.

⁴³ Idem.

⁴⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1989. p.170.

⁴⁵ Idem, p. 168-169.

como um vício objetivo, e bastaria a prova negativa de que o ato não realizou o interesse público específico previsto em lei; e ii) outra subjetiva, em razão da imoralidade, que se refere à discricionariedade, pois diz respeito à intenção, ao dolo do agente.

Nesse sentido, o autor entende pela inexistência de uma categoria autônoma do desvio de poder, pois para ele o vício ou recai na incompetência ou na imoralidade administrativa.

Parte da doutrina entende que o vício de poder motivado por interesses privados não é questão de moralidade administrativa por ser uma realidade que não tem relevância no ordenamento jurídico, classificando o desvio de poder como um “modo específico da ilegalidade” de um determinado ato administrativo, uma revelação da desconformidade de um dado comportamento da Administração face ao ordenamento jurídico, não a violação de um conjunto de preceitos de ordem moral e subjetiva.⁴⁶ Para Maria Teresa de Melo Ribeiro o que o vício do desvio de poder afeta na modalidade subjetiva é a imparcialidade administrativa.⁴⁷

Luis Manuel Fonseca Pires⁴⁸ lembra o entendimento da doutrina de Carmen Chinchilla Marín de que o *détournement de pouvoir*, na França, e o *sviamento di potere*, na Itália, são compreendidos como um vício do ato administrativo que se refere ao exercício de potestades administrativas para fins distintos dos demarcados pelo ordenamento jurídico.

Na França parte da doutrina chegou a sustentar a ideia de que o desvio de poder é um controle da moralidade administrativa, mas posteriormente a doutrina francesa superou essa inteligência para entender que o *détournement de pouvoir* é uma forma de ilegalidade, uma espécie de controle de violação do espírito das leis. Na Itália, como lembra Luis Manuel Fonseca Pires⁴⁹, desenvolveu-se uma corrente de que o desvio de

⁴⁶ RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996. p. 52.

⁴⁷ Idem, p.53.

⁴⁸ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.252.

⁴⁹ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p. 253.

poder, o *exceso di potere*, seria um vício da função administrativa, reservando-se ao desvio de poder propriamente dito o título de *sviamento di potere*.

Segundo o mesmo autor, na Espanha, para Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, o desvio de poder é um vício de estrita legalidade, pois o controle opera-se por estritos critérios jurídicos e não apenas pelas regras morais. Portanto, é a legalidade que se aprecia, não a moralidade, e por isto há o vício mesmo que o fim perseguido também seja público.

Para Luis Manuel Fonseca Pires, em consonância com sua concepção a respeito da noção de discricionariedade administrativa, o *“poder” existe enquanto competência normativa, enquanto feixe de atribuições outorgado a alguém para servir como instrumento necessário à realização do interesse público, destarte, a discricionariedade administrativa deve ser entendida, hodiernamente, como medida de competência de poder, e não simplesmente como poder discricionário. Por conseguinte, para melhor inteligência do instituto jurídico do “desvio de poder” em conformidade com o regime democrático e social de direito melhor se afigura a substituição da expressão desvio de poder por desvio de finalidade, tal como o termo poder discricionário é superado por competência discricionária (ou discricionariedade administrativa).*⁵⁰

Consequentemente o autor acompanha o entendimento de Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández⁵¹, reconhecendo o vício oriundo do desvio de finalidade (poder) como um vício de *finalidade*, cuja causa torna-se um meio em auxílio de sua identificação.

A finalidade do ato administrativo é concebida em um sentido amplo e em outro estrito; no sentido amplo, a finalidade é a realização do interesse público, e no sentido estrito trata-se do resultado específico. Já a causa é o nexo de pertinência lógica entre o motivo, o conteúdo e a finalidade do ato administrativo. O desvio de finalidade (poder) é, segundo o autor, incontestavelmente um vício sobre a finalidade – ou ampla ou estrita,

⁵⁰ Idem, p. 254.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 12. ed. Madrid: Civitas. 2v. p. 461-462.

a depender do caso concreto – porque se trata da frustração do próprio objetivo traçado à Administração Pública.

Outro aspecto divergente na doutrina diz respeito a discussão se o desvio de finalidade (poder) é instituto exclusivo dos atos praticados no exercício da competência discricionária, ou se é aplicável aos atos vinculados. Para alguns cuida-se de um vício exclusivo do ato discricionário⁵².

Para Celso Antônio Bandeira de Mello⁵³ é aceitável o desvio de finalidade em atos vinculados, embora advirta que sua ocorrência seja mais rara, e exemplifica com uma antiga lei prussiana que determinava a dissolução de bandos de ciganos e acresce a hipótese de um artigo dizer que “bando” é aquele com pelo menos quinze pessoas, e ilustra com a situação de um policial deparar-se com uma família de um casal, seus doze filhos e a avó paterna, no que haveria desvio de finalidade se o policial dissolvesse o núcleo familiar por entender que haveria um “bando”. Noutro exemplo do autor, igualmente haveria desvio de finalidade se a norma que impede a circulação de veículos no centro de uma cidade fosse exigível mesmo do médico que vem ao socorro de alguém que sofre um enfarte. Os dois exemplos referem-se a atos vinculados e revelariam a possibilidade de haver desvio de finalidade em atos de competência vinculada.

Nesse sentido colacionamos decisão que tratou o desvio de finalidade em ato vinculado:

ADMINISTRATIVO. SERVIDORA PÚBLICA. TRANSFERÊNCIA. ATO VINCULADO AO INTERESSE DO SERVIÇO. ART. 23 DA LEI Nº 8.112/90. AUSÊNCIA COMPLETA DE MOTIVAÇÃO. DESVIO DE PODER CONFIGURADO. ANULAÇÃO.

1 – De acordo com o art. 23 da Lei nº 8.112/90, aplicável à época dos fatos, o ato que transfere servidor de uma para outra localidade não é discricionário, mas vinculado ao interesse do serviço. 2 – A inexistência dos motivos, que levaram à transferência da servidora de um para outro lugar, gera a nulidade do ato administrativo. Evidências de que houve sanção disciplinar, encoberta por uma transferência, sem a existência de processo disciplinar e sem que o próprio diretor do órgão se manifestasse. Desvio de poder configurado. 3 – Recurso provido. (Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação em MS 96.02.24471-2, Rel. Des. Luiz Antônio Soares, j. 17.09.2002).

⁵² VIRGA, Pietro. **Diritto Amministrativo**. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1999. p. 121

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade de controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2017.2.ed. p.72.

Só há que se falar em desvio de finalidade (poder) quando a autoridade responsável pelo ato possui competência para prover sobre a matéria do ato. Se mesmo abstratamente lhe falecem poderes para decidir de modo como o fez, o vício no qual teria incorrido seria outro: pura incompetência formal, quando sequer desfrutasse do plexo de poderes para dispor sobre a questão versada ou simples transgressão da lei, caso dispondo dos poderes em pauta houvesse infringido competência vinculada por decidir de modo contrário ao que a lei impunha⁵⁴.

Celso Antonio Bandeira de Mello⁵⁵ ressalta que nos casos em que o desvio de poder é praticado conscientemente pela autoridade e tanto mais naqueles em que o faz por intuítos pessoais, de perseguição ou favoritismo, avulta a percepção de que o controle do ato é mero controle de legalidade. O autor ainda destaca que o agente tanto pode ofender a lei violando-a à força aberta, ou seja, pisoteando à boca cheia a sem recato às disposições normativas, casos em que agride ostensivamente o padrão legal, como pode fazê-lo à capucha, à sorrelfa, de modo soez, embuçado sob capuz de disfarce, a pretexto de atender o interesse público, condenando essa violação aberta como a mais grave e a mais perigosa, por ser mais sutil e por vestir-se com trajes de inocência, vício de particular gravidade, justificando o destaque porque, se o Judiciário, ao exercer o controle, mostrar-se excessivamente cauto, tímido ou, indesejavelmente, precavido em demasia contra riscos de invasão do mérito do ato administrativo, os administrados estarão descobertos, sujeitos, portanto, a graves violações de direito que se evadam à correção jurisdicional.

O vício do desvio de finalidade (poder) pode apresentar-se sobre dupla modalidade: (i) a que o agente busca uma finalidade totalmente alheia ao interesse público com a ideia de alcançar um fim pessoal; (ii) o agente embora busque atender a finalidade pública acaba por atingir finalidade diversa da competência abstrata utilizada.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade de controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2017.2.ed, p. 53.

⁵⁵ Idem, p.56

Luis Manuel Fonseca Pires⁵⁶ classifica o desvio de finalidade em duas espécies: (i) sentido amplo; e (ii) sentido estrito. No primeiro caso (sentido amplo) refere-se ao próprio interesse público, no segundo à categoria específica do ato ou atividade. O mesmo autor classifica como legítima o desvio relacionado às funções públicas. Isto é, trata-se do reconhecimento de que é possível falar em desvio de finalidade também em relação às funções legislativa e jurisdicional.

Quanto à função legislativa, exemplifica uma lei que, a pretexto de disciplinar o fluxo de veículos em certa cidade do interior na qual há um acesso expressivo de turistas durante o carnaval, estabelece a cobrança de uma tarifa para estacionar em todas as vias públicas da cidade. Em vez de realmente desejar o controle e circulação de veículos, o que justificaria apenas em relação ao centro da cidade, esta lei em realidade pretende, com tão amplo e irrestrito alcance, aumentar a arrecadação dos cofres públicos, e por isso fere a finalidade constitucional porque o exclusivo mecanismo para tal propósito são os tributos. Quando à função jurisdicional, exemplifica o autor, descrevendo ferir a finalidade constitucional de distribuição da justiça a sentença que materializa uma perseguição promovida pelo juiz contra seu declarado e reconhecido inimigo em relação ao qual era até mesmo impedido de julgar.

Ainda no tocante à função legislativa, um método eficaz na apreciação da causa é a análise da exposição de motivos, conforme demonstrado no precedente judicial abaixo que reconheceu a “motivação oculta do processo legislativo”.

AÇÃO POPULAR - Sentença que declarou a nulidade de Lei local nº 309/01 e seus efeitos, determinando o imediato afastamento do funcionário público municipal do cargo que ocupava, bem como condenou todos os réus a ressarcirem ao erário os valores correspondentes à remuneração daquele - Decisório que merece subsistir em parte - Motivação oculta do processo legislativo desencadeado que foi mesmo burlar a decisão judicial proferida em ACP, que afastou o citado servidor das funções que exercia, e manter o "status quo" - Flagrante, nesse passo, o desvio de finalidade do procedimento legislativo e da conduta administrativa, ficando evidenciadas, inclusive, vícios de natureza formal, indicativos de que não se priorizava o interesse público - Funcionário aludido que se beneficiou diretamente da nova lei (Lei nº 309/01), uma vez que após a sua promulgação voltou a exercer a função (da qual foi afastado na ACP),

⁵⁶ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.258.

pelo menos de fato, até também ser afastado na presente demanda - Destarte, diante da indicação de que ocorreu "in casu" vício de ilegalidade, conjugado com flagrante atentado contra a moralidade administrativa, a lesividade está presente, pois esta pode abranger o patrimônio material e o moral, ficando evidenciados então os pressupostos exigidos para a procedência da ação popular - Insubsistência, todavia, do desate condenatório, pois o servidor acionado prestou serviços à administração pública e desse modo não se afigura plausível seja obrigado a restituir a remuneração percebida, assim como também não há como instar os demais réus a ressarcir os cofres públicos, máxime porque a lesividade se apresentou nos autos no plano meramente potencial, atribuindo-se maior relevo na espécie a lesividade à moral administrativa - Apelos parcialmente providos.(TJSP; Apelação Com Revisão 9128456-10.2003.8.26.0000; Relator (a): Paulo Dimas Mascaretti; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Foro de Eldorado Paulista - 1.VARA CIVEL; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 29/09/2006)

Os fins definidos no ordenamento devem guardar relação sistemática com os fins gerais anunciados na exposição de motivos.

Há também o desvio de poder por omissão, pois como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello⁵⁷ ao fazer referência a Afonso Rodrigues Queiró, “não agir é também agir (não autorizar é decidir não autorizar)”. O agente administrativo, nesse caso específico de desvio de finalidade (poder) por omissão, decide abster-se de praticar um ato que deveria expedir para correto atendimento do interesse público, objetivando finalidade alheia à regra de competência que o habilitava.

Embora o silêncio não seja ato jurídico e nem uma declaração jurídica e muito menos possua forma de exteriorização, é um fato ao qual o ordenamento positivo atribui uma consequência denominada “técnica de presunção legal”: a ordem jurídica prescreve as consequências positivas ou negativas do silêncio da Administração Pública.⁵⁸ O desvio ocorre tanto na ação quanto na deliberada omissão quando há, neste caso, o dever de agir.

Não há restrição, nem haveria razões para prescrevê-la, da aplicação do desvio de finalidade para as omissões da Administração Pública. Juarez Freitas considera que a omissão é uma arbitrariedade que “[...] traduz-se como descumprimento das diligências

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade de controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2017.2.ed. p.75.

⁵⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 12. ed. Madrid: Civitas. 2v. p. 600.

impositivas”. E continua: “[...] o exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão). Em ambos os casos é violado o princípio da proporcionalidade, que determina ao Estado Democrático não agir com demasia, tampouco de maneira insuficiente, na consecução dos objetivos constitucionais”⁵⁹

Sendo assim, o desvio de finalidade que ocorre em consequência do silêncio administrativo pode ser suprido pelo poder Judiciário, podendo também ser objeto de provimento em substituição, caso se trate de uma situação jurídica na qual deveria praticar um ato vinculado, ou impondo à Administração Pública um prazo para manifestar-se, caso se trata de uma competência discricionária.

Celso Antônio Bandeira de Mello esgota o tema quando descreve que são duas as hipóteses que se cogitam a depender da natureza da competência descumprida – se vinculada ou se discricionária: a) que o juiz supra a ausência de manifestação administrativa e determine a concessão do que fora postulado, se o administrado tinha “direito” ao que pedira, isto é, se a Administração estava “vinculada quanto ao conteúdo do ato” e era obrigatório o deferimento da postulação; b) que o juiz assine prazo para que a Administração se manifeste, sob cominação de multa diária, “se a Administração dispunha de discricionariedade administrativa no caso”, pois o administrado fazia jus a um pronunciamento motivado, mas tão-somente a isto.⁶⁰

4.5 A SINDICABILIDADE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO

A discricionariedade administrativa expressa-se pelo *mérito* do ato administrativo, e por mérito se entende, segundo Seabra Fagundes, o sentido político em relação às normas da boa administração; ou dito de outra forma, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses

⁵⁹ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. Porto Alegre: Malheiros, 2007. p.62.

⁶⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.32.ed. p.424.

privados.⁶¹O autor sustenta que o mérito administrativo contém aspectos referentes à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. e que podem ser resumidos pelo binômio *oportunidade-conveniência*. O mérito está em conexão com o motivo e o objeto do ato administrativo e é, em suma, exclusivo dos atos discricionários.⁶²

Esse binômio envolve “interesses”, e não direitos, e por isso o mérito é exclusivo do Poder Executivo porque seus elementos são decorrentes de critérios políticos e técnicos, e não estritamente jurídicos, o que impede o Judiciário, em última análise, de apreciar o mérito dos atos administrativos, e o controle judicial deve restringir-se, então, à legalidade que representa o limite do controle quanto à extensão.⁶³

Juarez Freiras⁶⁴ também associa a palavra “mérito” ao juízo de conveniência e oportunidade, igualmente assevera ser insindicável pelo Judiciário, mas destaca que o *demérito* e os enviesamentos são passíveis do escrutínio à risca.

Diante do atual estágio dos estudos e da ciência do direito administrativo, quando não mais se questiona se existem atos isentos de controle judicial, parece incólume a invocação da expressão mérito do ato, principalmente por se entender que todos os atos administrativos são sindicáveis.

Pires⁶⁵ sistematiza suas críticas ao uso da expressão “mérito administrativo” por dois motivos essenciais: (i) porque há um enleio insuperável, na doutrina e na jurisprudência, sobre a precisa definição de “mérito” do ato administrativo, tanto que ora coincide com o objeto (a conveniência como sinônimo de objeto – entre outros Seabra Fagundes e Diogo de Figueiredo Moreira Neto), ora com o motivo (a oportunidade como motivo, também em Seabra Fagundes e Diogo de Figueiredo Moreira Neto), ora com o conteúdo (Germana de Oliveira Moraes), ora com o momento da prática do ato (Diógenes Gasparini). E se, por um lado, parece possível dizer que bastaria esclarecer

⁶¹ SEABRA FAGUNDES, M. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.180.

⁶² Idem, p.181.

⁶³ Idem, p.45.

⁶⁴ FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. Porto Alegre: Malheiros, 2014. 3 ed, p.50.

⁶⁵ PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed, p.223.

o sentido por nós adotado para laborarmos com a palavra “mérito”, por outro é preciso reconhecer que esta noção perde a utilidade ao percebermos que as opções ao seu significado reduzem-se ao sinônimo de outro conceito ou instituto já suficientemente delineado na teoria do ato administrativo. [...]; (ii) porque é fato que sob o rótulo do “mérito do ato administrativo” frequentemente há decisões judiciais que recusam a legitimidade do controle judicial.

A despeito de todas as reflexões sobre o tema, a discricionariedade administrativa ainda segue sendo visto por parte da doutrina e também pela jurisprudência como uma espécie de impedimento de sindicabilidade pelo Poder Judiciário dos atos da Administração Pública. Aos adeptos dessa linha, não seria razoável permitir o controle jurisdicional do mérito administrativo, isto é, dos critérios de oportunidade e conveniência do administrador para a escolha de uma decisão administrativa entre duas ou mais que seriam permitidas pela ordem jurídica.

Não há dúvidas que o impedimento de sindicabilidade dos atos discricionários é assunto que vem passando por uma releitura, principalmente após a constitucionalização do Direito Administrativo, onde não se concebe mais a existência de liberdade decisória da Administração Pública livre da incidência não só das regras, mas também dos princípios constitucionais.

O grau de controlabilidade judicial dos atos administrativos deverá ser proporcional ao grau de vinculação da Administração Pública à juridicidade. Parte da doutrina sustenta a existência de *graus* de vinculação à Juridicidade, conforme sejam os atos administrativos vinculados por regra (vinculação maior), por conceitos jurídicos indeterminados (vinculação intermediária) ou diretamente por princípios (vinculação menor). Além disso, nas hipóteses em que, pela alta complexidade e especificidade da matéria, careça o Poder Judiciário de parâmetros seguros e objetivos para aferir a juridicidade do ato administrativo, menor deverá ser o controle exercido.⁶⁶

⁶⁶ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 314-316.

Com a constitucionalização do direito, o Poder Público não teve outro caminho que não fosse o de reconhecer o primado da principiologia constitucional que recusa a supremacia total do estado sobre o cidadão e rejeita a inviabilização do controle das atividades administrativas por meio de definições das antigas concepções teóricas.

Vertente também o estudo do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, independente da análise do *grau* de vinculação, sob a concepção do ativismo judicial para detectar quais seriam os limites da atuação jurisdicional. Sem dúvidas o que não pode prosseguir é o entendimento da concepção teórica ultrapassada do impedimento da sindicabilidade dos atos administrativos discricionários sob a justificativa da presunção da legalidade e do comprometimento também ultrapassado da preservação da autoridade da Administração Pública ante a realização plena do Estado Democrático de Direito, pois com a alteração dos princípios informadores do Direito Administrativo pela Constituição de 1988, o foco principal da atuação da Administração Pública passa a se direcionar para a realização plena da cidadania.

Como muito bem esclarece Juarez Freitas, o paralelo entre a atividade do administrador e a do julgador pode ser extremamente elucidativo, hábil para a afinação conceitual, por dois motivos: (i) primeiro porque deixa nítido que a solução equilibrada e prudential entre o ativismo excessivo e a autocontenção tímida é a via consentânea da Constituição; (ii) segundo porque, ao examinar, por exemplo, a antecipação da tutela, na esfera judicial, verifica-se que o julgador não está livre para fazê-lo (art. 273, §1º, do CPC), dado que somente pode praticar tal ato de extrema gravidade se verificados os exatos pressupostos, ainda que com base em forte verossimilhança. Em situações análogas, juiz e administrador, que nunca são autônomos, estão vinculados ao dever de suficiente fundamentação, sob pena de nulidade. Nesse sentido, a mais adequada inteligência do art. 93, X, da CF, e a de que todas as decisões (judiciais e administrativas) precisam ser congruentemente motivadas.⁶⁷

O controle dos atos discricionários (especialmente jurisdicional) tem contornos

⁶⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. Porto Alegre: Malheiros, 2013. 5.ed, p.348.

complexos. Hoje, contudo, não há quem sustente que tais tipos de atos sejam imunes ao controle pelo Poder Judiciário. Discute-se apenas a intensidade e os limites do controle.

Não há que confundir-se discricionariedade com arbitrariedade. É fundamental ter em vista que discricionariedade, mérito, oportunidade e conveniência, não podem servir como rótulos que cubram atos administrativos com o manto da imunidade de controle ou mesmo da impunidade.

4.6 A DICOTOMIA ATO VINCULADO *VERSUS* ATO DISCRICIONÁRIO E A SISTEMATIZAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL EM RELAÇÃO AO GRAU DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE

Como já referido anteriormente em outro tópico deste trabalho, torna-se insuficiente admitir o controle meramente formal, principalmente em consideração as mutações sofridas pelo Direito Administrativo em decorrência de sua constitucionalização. O autor Gustavo Binbenojm costuma utilizar a locução de controle de juridicidade para distinguir do controle meramente formal:

A ideia de juridicidade administrativa traduz-se, assim, na vinculação da Administração Pública ao ordenamento jurídico como um todo, a partir do sistema de princípios e regras delineados na Constituição.⁶⁸

A juridicidade significa a compatibilidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico (considerado como um todo). Esse sentido também está presente na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que propugna que o princípio da legalidade, em acepção ampla, exige conformidade da Administração não apenas com a lei, em seu aspecto formal, mas com o Direito, incluídos aí os princípios inerentes ao ordenamento jurídico. Daí surge a frase esclarecedora de Maria Sylvia Di Pietro, que diz que a discricionariedade “não é mais a liberdade de atuação limitada pela lei, mas a liberdade de atuação limitada pelo Direito.”⁶⁹

⁶⁸ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.144.

⁶⁹ Idem, p. 137.

O controle da legalidade, anteriormente enquadrado somente como vinculação positiva à lei, sofreu mudanças em sua forma sistematizada de controle como consequência direta da constitucionalização do Direito Administrativo. Gustavo Binenbojm relaciona a matéria justificando que “em virtude da emergência do neoconstitucionalismo, não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à base de uma estrita vinculação positiva à lei. [...] Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como uma unidade (Constituição, leis, regulamentos gerais, regulamentos setoriais), expressando-se em diferentes graus e distintos tipos de normas, conforme a disciplina estabelecida na matriz constitucional”.⁷⁰

Binenbojm rejeita a predefinição estática da controlabilidade a partir das categorias binárias *atos vinculados* e *atos discricionários*. Para ele, o maior grau de vinculação estaria impregnado nos atos vinculados por regras. Nestes casos, decorre como dever imediato para o administrador o de adotar a conduta descrita no relato normativo.

Em seguida, viriam os conceitos jurídicos indeterminados (notório saber e reputação ilibada). Diante de conceitos indeterminados, o controle seria eminentemente negativo, devendo o Judiciário cingir-se a afastar soluções manifestamente incorretas.

Por último, na escala de grau de vinculação, restariam os atos vinculados por princípios, que considera que são indevidamente denominados como discricionários, sugerindo o roteiro de controle:

Assim, após o exame dos elementos vinculados (competência, forma, finalidade e motivos determinantes), deverá o Judiciário averiguar se o administrador, na aplicação de uma norma que lhe permite atuar com certa liberdade de decisão, observou os princípios constitucionais gerais e os princípios setoriais da Administração Pública (como publicidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência, confiança legítima).⁷¹

⁷⁰ Idem, p. 142.

⁷¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 229.

Diante dessa sistematização, é possível constatar, segundo o entendimento do autor, que ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, por via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade de seus atos. Assim, as diversas categorias jurídicas que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena ou de alto grau, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que os *códigos dogmáticos* para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios de atuação da Administração e dos órgãos jurisdicionais.⁷²

Portanto, ao invés de uma predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos (como em categorias binárias, do tipo ato vinculado *versus* ato discricionário), impõe-se o estabelecimento de critérios de uma dinâmica distributiva “funcionalmente adequada” de tarefas e responsabilidades entre Administração e Judiciário, que leve em conta não apenas a programação normativa do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso), como também a específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude de sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica e etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas.⁷³

Nessa linha de pensamento acima exposta, a proposta de sistematização do controle dos atos administrativos partiria de uma classificação em uma escala decrescente de vinculação, com a qual estaria diretamente relacionada a densidade do controle judicial.

Numa escala decrescente da dita vinculação, parte-se dos *atos vinculados por*

⁷² BACIGALUPO, Mariano. **La discricionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997. pag. 142.

⁷³ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 227.

regras, que exibem o mais alto grau de vinculação à juridicidade e, embora o referido autor discorde, seria o ato vinculado, conforme assente em quase totalidade da doutrina brasileira. O alto grau de vinculação à juridicidade, no caso de atos vinculados por regras (ato vinculado), é esclarecido quando se define o conceito de regra, que nada mais é do que norma jurídica imediatamente descritiva, com prescrição de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exige-se a avaliação da correspondência entre a construção conceitual dos fatos.⁷⁴

Diante dessa definição, o *alto grau de vinculação* à juridicidade decorre de um dever imediato para o administrador para a adoção da conduta descrita no relato normativo. Trata-se, portanto, de um caso em que o agente normativo pretendeu tomar a decisão de forma final em relação às hipóteses de incidência descritas na norma. O papel do controle judicial, neste caso, traduz-se numa garantia de que a conduta descrita na regra se verificou de fato, e se o ato administrativo deu ao fato a consequência prevista na regra.

Descendo um degrau na escala, passamos ao *grau intermediário* de vinculação à juridicidade, onde surgem, no entendimento de Binensbojm, os atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados, assim classificados por sua vagueza e alto grau de abstração. O autor utiliza como exemplo a escolha, pelo Presidente da República, de nome que atenda o binômio *reputação ilibada e notório saber jurídico* para nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, figurando no exemplo três casos para análise : (i) a escolha recai sobre um professor de renomada faculdade de direito, cujo o nome jamais teve envolvido em escândalos criminais ou políticos; (ii) a escolha recai sobre um engenheiro mecânico de formação, amigo de infância do Presidente e que jamais exerceu qualquer função ligada à seara jurídica; (iii) a escolha recai sobre um político alinhado com o perfil ideológico do Presidente, bacharel em direito e membro, por vários anos da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, além de ter sido alvo de acusações de uso de recursos não contabilizados em campanha eleitoral (embora nada tenha restado comprovado).

⁷⁴ ÁVILA BERGMANN, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.76.

No primeiro exemplo, a escolha encontra-se situada na zona de certeza positiva de ambos os conceitos jurídicos indeterminados. No segundo exemplo, a ausência de um mínimo de pertinência entre o direito e a formação e a experiência profissional do indicado, conduzem à conclusão de que o indicado situa-se na zona de certeza negativa do conceito de notório saber jurídico. Já no terceiro exemplo, embora possa haver dúvidas acerca do preenchimento de ambos os requisitos, fato é que, (I) além de bacharel em direito, o ungido do Presidente tem vasta experiência jurídico-parlamentar (como ex-membro do CCJ da Câmara dos Deputados) e (II) não existindo provas consistentes de seu envolvimento em uso de recursos não contabilizados em sua campanha eleitoral, não se pode afirmar que sua reputação não seja ilibada; a escolha, aqui, fica situada na chamada zona de penumbra ou de incerteza de ambos os conceitos indeterminados.⁷⁵

Nesse caso o Poder Judiciário só estará habilitado a invalidar a nomeação do segundo indicado, pois só em relação a ele foi possível formular um juízo seguro de não-preenchimento dos requisitos constitucionais de reputação ilibada e notório saber jurídico. Aqui, diversamente do que ocorre no controle de atos vinculados por regras, em que o Poder Judiciário aufer se a Administração Pública deu ao caso a solução correta (controle positivo), no controle dos atos vinculados pelos conceitos jurídicos indeterminados o juiz deve ater-se a afastar as soluções manifestamente incorretas (controle negativo).

Em razão da proposta ofertada por Binенbojm, encontram-se no último degrau da escala de vinculação da Administração ao direito os atos vinculados diretamente por princípios, o que justifica serem impropriamente denominados de *atos discricionários*. Aqui, à mingua das regras ou conceitos indeterminados a preordenar a atuação administrativa, recairá sobre o administrador a tarefa de escolher, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, aquela que melhor concretiza os fins colimados pela norma atributiva de competência. Cabe frisar que o controle sobre a atribuição da

⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231.

competência já foi objeto de estudo em tópico específico deste trabalho. A vinculação direta a princípios proporciona o mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade, cabendo ao judiciário averiguar, após o exame dos elementos vinculados (competência, forma, finalidade e motivos), se o administrador, na aplicação de uma norma que lhe permita atuar com certa liberdade de decisão, observou os princípios constitucionais gerais e os princípios setoriais da Administração Pública.

Constatando algum vício no ato administrativo do mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade (omissão, desvio ou violação de direitos fundamentais ou princípios gerais do direito), o Poder Judiciário poderá determinar a invalidação do ato ou, se for o caso, a sua substituição. Esta última ocorrerá quando se verificar a “redução da discricionariedade a zero”, que nada mais é do que a redução da possibilidade de escolha a apenas *uma* das alternativas.

CONCLUSÃO

Finalizadas as análises sobre o objeto do estudo do presente trabalho passamos a apresentar as conclusões sobre a densidade do controle jurisdicional nos atos administrativos discricionários e no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, analisando também, os limites de atribuição da discricionariedade administrativa e os limites do controle jurisdicional analisado frente ao ativismo judicial. Outrossim, foi desenvolvido o conceito histórico sobre uma das primeiras “aberturas” ao controle judicial dos atos da administração pública por meio do desvio de finalidade (poder), persistindo até hoje como o mais significativo instrumento de controle judicial da discricionariedade administrativa.

Ainda em relação ao desvio de finalidade o presente estudo levantou a divergência na doutrina sobre a possibilidade de ser aplicado aos atos vinculados, concluindo que embora ocorra em casos mais raros é aceitável o desvio de finalidade em atos vinculados.

Ponto interessante também foi a compreensão de que a análise do controle judicial deve ser feita com base nos limites prescritos norma por meio do controle judicial da norma de atribuição da competência discricionária em face da margem de liberdade que a norma atribui ao administrador.

Partindo-se da premissa de que os conceitos jurídicos indeterminados não podem ensejar a discricionariedade, embora significativa parte da doutrina entenda de modo diverso, o controle da constitucionalidade realizado com análise dos critérios gerais a que toda e qualquer norma assujeita-se a passar pelo crivo (Princípios Constitucionais e etc.) não parece suficiente para aferir o excesso, vez que no controle de atribuição os limites devem ser observados também pelo âmbito da função administrativa ao qual a norma jurídico-administrativa pretende disciplinar, o que nos levou a concluir que no âmbito da função administrativa sancionadora, por exemplo, não há qualquer espaço na norma para a discricionariedade administrativa, vez que representa o ápice da

intervenção estatal perante a liberdade do administrado. A conclusão foi possível ao considerar a rigorosa exigência constitucional de que as infrações sancionatórias e as penas estejam previstas em lei, e só a lei (art. 5º, XXXIX), afasta qualquer possibilidade de a Administração fazer juízos discricionários sobre certo fato.

Outro tema bastante polêmico abordado no estudo se trata da sindicabilidade do mérito administrativo, pois a doutrina também apresenta divergência sobre o tema, embora a divergência nos pareça apenas questões terminológicas, pois alguns autores que consideram ser insindicável o mérito administrativo, destacam que o judiciário poderá controlar o demérito. Nesse passo, e considerando que há um enleio insuperável na doutrina e na jurisprudência sobre a precisa definição de “mérito” (ora coincide com o objeto e ora coincide com o motivo), consideramos que a pesquisa identificou fortes críticas a expressão “mérito administrativo”, principalmente porque é fato que sob este rótulo frequentemente há decisões judiciais que recusam a legitimidade do controle judicial.

Não há dúvidas que o impedimento de sindicabilidade dos atos discricionários é assunto que vem passando por uma releitura, principalmente após a constitucionalização do Direito Administrativo, onde não se concebe mais a existência de liberdade decisória da Administração Pública livre da incidência não só das regras, mas também dos princípios constitucionais.

Por fim, realizou-se a análise da densidade do controle judicial com base no grau de vinculação dos atos, sendo que os atos vinculados por regras teriam o mais alto grau de vinculação, os conceitos jurídicos indeterminados teriam uma vinculação intermediária e os atos discricionários teriam o menor grau de vinculação, e conseqüentemente, a densidade do controle judicial deverá ser feita proporcionalmente ao grau de vinculação à juridicidade. Importante destacar que a pesquisa identificou autor que rejeita a predefinição estática da controlabilidade a partir das categorias binárias *atos vinculados* e *atos discricionários*, porém apresenta proposta de conceito que, no nosso ponto de vista, em nada difere da predefinição das categorias binárias.

Com isso, e considerando todo o estudo feito sobre o tema, conclui-se que não

mais se questiona se existem atos isentos de controle judicial, principalmente em virtude da emergência do neoconstitucionalismo, em que não mais se pode pretender explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à base de uma estrita vinculação positiva à lei.

REFERÊNCIAS

ÁVILA BERGMANN, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16^a. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BACIGALUPO, Mariano. **La discricionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015. 32.ed.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade de controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2017. 2.ed.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen. **La desviación de poder**. Madrid: Civitas, 2004. 2. ed.

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

FREITAS, Juarez. **Direito fundamental à boa administração pública**. Porto Alegre: Malheiros, 2014. 3 ed.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. Porto Alegre: Malheiros, 2013. 5.ed.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. 12. ed. Madrid: Civitas, 2004.2 v.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la administración**. Madrid: Thomson, 2000. 5. ed.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo. ***La lucha contra las inmunidades del poder***. Madrid, Espanha. Editorial Civitas, 2016. 3 ed.

MAFFINI, Rafael. **Discricionariade Administrativa: controle de exercício e controle de atribuição**, 2012. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/05/2012_05_2827_2848.pdf> Acesso em 12 nov. 2017.

MAFFINI, Rafael. **Elementos do direito administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PIRES, Luiz Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. 3 ed.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Estudos de Direito Público**. Coimbra: Acta Universitatis Conimbrigensis, 1989.

RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. **O princípio da imparcialidade da Administração Pública**. Coimbra: Almedina, 1996.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. **A irrelevância da vontade do agente na teoria do ato administrativo**. Terceiro Setor. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, v. 25, 1999.

SEABRA FAGUNDES, M. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Almiro de Couto e. **Correção de prova de concurso público e controle jurisdicional**. Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari.

VIRGA, Pietro. **Diritto Amministrativo**. 5. ed. Milão: Giuffrè, 1999.