

ALINE SILVA DE OLIVEIRA

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: A
INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E A VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS.**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito
Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal
do Paraná como requisito parcial para obtenção do grau
de Bacharel em Direito

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

Curitiba

2009

ALINE SILVA DE OLIVEIRA

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: A
INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E A VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS.**

Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná

Curitiba

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

ALINE SILVA DE OLIVEIRA

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E A VINCULAÇÃO AOS PRINCÍPIOS.

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: _____

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho UFPR

Membros: _____

Prof^a. Dr^a. Adriana da Costa Ricardo Schier PUC-PR

Prof. Daniel Wunder Hachen (Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil)

Curitiba, 12 de novembro de 2009.

*À minha avó, MILVIA: pessoa
mais amorosa e amável que a
humanidade já teve a
oportunidade de conhecer.*

*À minha mãe, DEISI, e ao meu
marido, MANOEL ROBERTO,
pelo amor e pelo suporte.*

*Agradeço à minha família,
DENISE, DELIRDES, RODRIGO,
VITOR, MÁRCIO E CLAUDIO,
pelo carinho.*

RESUMO

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é assunto que demanda discussões e para o qual ainda não foi encontrada fórmula eficaz.

Tradicionalmente, a doutrina posiciona-se no sentido da impossibilidade da análise judicial do mérito administrativo – cujo conceito será delimitado adiante; contudo, existem teóricos atuais que se inclinam pela intervenção cada vez maior do Judiciário nas questões da Administração que envolvam a discricionariedade.

Já de muito o controle judicial vem sendo ampliado, desde a idéia do controle pelos motivos determinantes e pelo desvio de finalidade, até a mais atual idéia do controle com base nos princípios gerais do direito.

Controvertido, na jurisprudência e na doutrina, o tema traz contornos de inegável interesse ao estudo jurídico e de necessário aprofundamento para que a atuação judicial seja aprimorada e atenda cada vez melhor à sua finalidade, ainda mais em se tratando de questões de tamanha importância – que envolvem atuação administrativa e interesse público.

Palavras-chave: administrativo, discricionariedade, mérito, judicial, jurisdicional, controle, administração, interesse público, interpretação sistemática, sistema, princípios.

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	8
1.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA	8
1.2 PLANO DE TRABALHO	8
2 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA	9
2.1 BREVE EVOLUÇÃO: DA ESCOLA DA EXEGESE À TEORIA PURA DO DIREITO	10
2.1.1 A Insuficiência da Interpretação da Norma Jurídica pelo Método Lógico-Dedutivo.....	11
2.2 O PAPEL DO INTÉRPRETE NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA	12
2.3 O DIREITO COMO UM SISTEMA HIERARQUIZADO DE REGRAS E PRINCÍPIOS.....	15
2.3.1 O Abandono do Dogma da Completude	15
2.3.2 O Conceito de Sistema Adotado.....	18
2.4 A ADOÇÃO DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COMO A MAIS INDICADA PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO	19
3. OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	20
3.1 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS	20
3.2 OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	22
3.2.1 A Legalidade	22
3.2.2 A Moralidade	23
3.2.3 A Eficiência	24
3.2.4 A Publicidade	26
3.2.5 A Impessoalidade	27
4 – A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	28
4.1 O ATO ADMINISTRATIVO	28
4.2 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	30
4.2.1 O Conceito de Interesse Público	34
4.3 A NÃO-CARACTERIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE	38
4.4 ATO DISCRICIONÁRIO <i>versus</i> COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA	41
4.5 A RELATIVIDADE DA COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA.....	42
5 - O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	42
5.1 O CONTROLE COM BASE NOS MOTIVOS DETERMINANTES E NO DESVIO DE FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.....	43
5.2 O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO	48
5.3 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO NORTEADORES DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	53
6 - CONCLUSÕES.....	61
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

1 – INTRODUÇÃO

1.1 APRESENTAÇÃO DO TEMA

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

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

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

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

1.2 PLANO DE TRABALHO

No primeiro capítulo falaremos, em linhas gerais, sobre a interpretação jurídica, desde a escola da exegese até as construções atuais, apontando que a interpretação sistemática é aquela que melhor atende à aplicação do Direito, com base no entendimento do Direito como sistema de regras e princípios.

Em seguida, por questão de delimitação do tema, até porque, o estudo do conteúdo dos princípios é de complexidade e extensão que justificaria o aprofundamento em obra monográfica própria, não sendo o cerne da questão aqui discutida, falaremos breve e especificamente dos princípios expressamente consagrados pela Constituição, em seu artigo 37, *caput*, como regentes da Administração Pública, sem adentrar nos demais princípios constitucionais, aos quais também se vincula a Administração, por via de uma interpretação sistemática.

A idéia de trazer a lume o conteúdo dos princípios expressos no *caput* do artigo 37 da Constituição da República é demonstrar que a ordem constitucional vigente é principiológica e que à Administração aplicam-se princípios específicos, condensados

naqueles previstos no *caput* do artigo 37, dos quais surge por derivação uma série de subprincípios¹.

Rememore-se que a intenção deste trabalho é apontar, em tese, os limites do controle judicial do ato administrativo discricionário, demonstrando que os princípios podem servir de base axiológica para o exercício do controle judicial da discricionariedade administrativa.

Feito isso, abordaremos o conceito de discricionariedade administrativa e de mérito administrativo.

Por fim, adentraremos no estudo das teorias que abordam a questão do controle judicial da discricionariedade, apontando os diferentes posicionamentos adotados pela doutrina e pela jurisprudência.

2 - CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Tradicionalmente, a doutrina pátria apregoa que a competência discricionária é assim delimitada por situações em que há espaço à manifestação da vontade do administrador, quando no papel de intérprete da norma; quer seja esse espaço para o subjetivismo atribuído pela existência dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*², quer pela necessidade, para a inteligência da norma jurídica, de uma ponderação por parte da Administração³.

Essa visão sofre influência das teorias sobre a hermenêutica⁴ jurídica desenvolvidas ao longo da história, as quais, no afã de atribuir à Ciência Jurídica a mesma cientificidade das Ciências Naturais, acabaram por limitar a interpretação da norma jurídica à *descrição* do conteúdo da norma, à aferição da vontade do legislador, num fetichismo pela letra da lei⁵.

¹ Cite-se, como exemplo, o princípio da economicidade, que surge por derivação do princípio da eficiência.

² “São expressões vocabulares que comportam indeterminação de sentido, o que exige que o aplicador produza sua delimitação para o caso concreto (JUSTEN FILHO. Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 158)”.

³ A crítica que se faz a respeito da vinculação entre o conceito de discricionariedade e a existência de um elemento volitivo do Administrador concerne à conclusão mediata de que, em sendo assim, somente nos casos de ato discricionário a vontade do legislador estaria presente quando ele faz a interpretação da norma. Como se possível fosse afastar o gênio do administrador-intérprete (a sua personalidade, composta por uma série de princípios morais e juízos de valor pessoais) da própria atividade hermenêutica (FONSECA PIRES, Luis Manuel, *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 7 e s.).

⁴ Vale esclarecer que, no decorrer deste trabalho, “interpretação” e “hermenêutica” serão considerados termos de mesmo significado, para facilitar a compreensão e o desenrolar do estudo, em que pesem as distinções havidas entre os termos.

⁵ FONSECA PIRES, Luis Manuel. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. São Paulo: Elsevier, 2009p. 9.

2.1 BREVE EVOLUÇÃO: DA ESCOLA DA EXEGESE À TEORIA PURA DO DIREITO

Segundo a “escola da exegese⁶”, desenvolvida no século XIX na França, o Direito deveria coincidir com a lei e ao jurista caberia somente a atividade de *revelar* o sentido da norma, por meio de um raciocínio lógico dedutivo⁷.

LUIS RECASÉNS SICHES, segundo aponta LUIS MANUEL FONSECA PIRES, tece várias críticas à interpretação jurídica proposta pela “escola da exegese”, apontando que a decisão, judicial ou administrativa, não é uma produção mecânica que se limita a considerar a lei como premissa maior e o caso concreto como premissa menor. Para ele, a observação dos fatos e a análise da norma são momentos interligados e inseparáveis⁸.

A par disso, na Alemanha, conforme aponta RODOLFO LUIS VIGO, surgiu a denominada “jurisprudência dos conceitos”, a qual pretendeu que as vontades do legislador e as do cientista apresentassem “níveis de perfeição, previsão e clarividência que as tornassem insuspeitas de silêncios ou incoerências”, vislumbrando-se o Direito como um sistema dotado de unidade, completude e coerência⁹.

Diante das injustiças que gerava o rigoroso formalismo intentado pelas escolas que pregavam o método lógico-dedutivo de interpretação da norma jurídica, surgiram teorias que agregaram à atividade de interpretação da lei outros fatores como a busca pelos “interesses da sociedade” e o “sentido da lei na vida”¹⁰.

Emerge, então, a “jurisprudência dos interesses¹¹”, em oposição ao método lógico-dedutivo empregado pela “jurisprudência dos conceitos”.

Contudo, o desenvolvimento de teorias que admitiam o emprego de elementos metajurídicos na interpretação da norma acabou por descaracterizar a cientificidade da Ciência do Direito.

⁶ Para Maria Helena Diniz (DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 50 e s.), à “escola da exegese” francesa correspondem o “pandectismo” alemão e a “escola analítica” inglesa.

⁷ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas, Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: RT, 2005, p.38.

⁸ *Apud* FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 16.

⁹ VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas, Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: RT, 2005, p.39.

¹⁰ Vejam-se as considerações de Rodolfo Luiz Vigo sobre a “jurisprudência dos interesses”, desenvolvida na Alemanha (VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica*. Do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas, Trad. Susana Elena Dalle Mura. São Paulo: RT, 2005, p.39).

¹¹ Conforme aponta José de Oliveira Ascensão (ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed.. Coimbra: Almedina, 2003, p. 61), a “jurisprudência dos valores” surge como variante da “jurisprudência dos interesses”, uma vez que críticas foram lançadas contra esta, porquanto traduziria uma orientação materialista fundada somente em interesses, deixando de observar o fato de que a vida também é composta por valores que devem ser considerados quando da interpretação da norma jurídica.

Nesse contexto, HANS KELSEN, na obra “Teoria Pura do Direito”, trouxe grande contribuição ao estabelecer uma metodologia própria da Ciência Jurídica. Em que pese seu formalismo tenha mantido deficiências, e até mesmo gerado outras, não se pode olvidar o passo inestimável que sua teoria impingiu ao processo de aferição do objeto e do método da Ciência do Direito¹².

Em linhas gerais, destacando somente os pontos pertinentes ao presente estudo, KELSEN assevera que a norma jurídica seria editada por autoridade dotada de competência para tal e teria caráter prescritivo, enquanto que a proposição jurídica, aquela emitida pela doutrina, possuiria caráter descritivo¹³.

Ou seja, a interpretação feita pela autoridade competente para aplicar o direito ao caso concreto é por ele denominada *autêntica*, ao passo que a interpretação dada pelo cientista do Direito e pelos sujeitos em geral é dita *não-autêntica*¹⁴.

Preocupa-se o autor em estabelecer a norma jurídica como fundamento de validade que atribui competência a determinada autoridade, num sistema piramidal em que cada norma possui sua validade limitada pela norma imediatamente superior no sistema hierárquico, chegando-se ao que ele chama de norma hipotética fundamental, *norma normarum*, aquela que fica no topo da pirâmide¹⁵.

Dessa maneira, a interpretação não-autêntica da norma jurídica, para a Teoria Pura do Direito, estabelece os limites da moldura, ou seja, as interpretações dotadas de validade, porquanto inseridas na moldura fornecida pela norma, enquanto que a interpretação autêntica, na aplicação do direito ao caso concreto, representa um ato de vontade do intérprete ao optar por uma das proposições válidas¹⁶.

Veja-se que já a Teoria Pura do Direito inseriu a manifestação da vontade no ato interpretativo da norma, contudo, somente quando o intérprete fosse dotado de competência, pela norma superior, para aplicar o direito¹⁷.

2.1.1 A Insuficiência da Interpretação da Norma Jurídica pelo Método Lógico-Dedutivo

Conforme brevemente delineado em exposição anterior, o que se pretende deixar demonstrado com pouco mais de aprofundamento nesta oportunidade, a interpretação

¹² FONSECA PIRES, Luis Manuel. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. São Paulo: Elsevier, 2009, p.16.

¹³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 245 e s.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 245 e s.

¹⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 245 e s.

¹⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 245 e s.

¹⁷ FONSECA PIRES, Luis Manuel. *Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa: Dos Conceitos Jurídicos Indeterminados às Políticas Públicas*. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 17

jurídica consoante o método formalista lógico-dedutivo é *insuficiente* para dirimir os conflitos que se apresentam casuisticamente e *ineficaz* sob o ponto de vista axiológico.

Nessa esteira, conforme aponta FÁBIO ULHÔA COELHO, o argumento lógico conduz a uma conclusão verdadeira, se proveniente de premissas igualmente verdadeiras e se a inferência entre premissas e conclusão for válida; a lógica não necessariamente conduz a uma conclusão que corresponda à realidade e seja, sob o ponto de vista dos valores, condizente com o que o caso analisado demanda¹⁸.

A interpretação lógica mostra-se imprópria para a interpretação da norma jurídica, uma vez que desconsidera o conteúdo axiológico desta, que é previsto pelo próprio ordenamento, o qual inclui os valores a que protege, por meio dos princípios que regem o sistema.

2.2 O PAPEL DO INTÉRPRETE NA INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Depois do apanhado generalíssimo sobre as teorias dogmáticas que defendem a interpretação lógico-dedutiva da norma jurídica, sob um prisma silogístico, imperioso destacar as teorias críticas desse modelo, que tentam trazer ao pensamento jurídico uma visão menos ilusória do Direito e da cientificidade da Ciência Jurídica.

Mister consignar as considerações do jusfilósofo LUIZ ALBERTO WARAT, segundo o qual, as doutrinas dominantes, preocupando-se com a manutenção do *status quo*, afastam a incidência do papel desempenhado pela ideologia, tanto do intérprete, quanto do legislador, encobrando o papel ideológico do Direito e as relações de poder nele implícitas, em nome de uma pretensa cientificidade¹⁹.

Disso defluiu a falsa crença do Direito como um domínio neutro e cientificamente puro, diz WARAT²⁰.

Nessa esteira, a teoria crítica posiciona-se no sentido de que o Direito é interdisciplinar, caracterizando-se por um *discurso de interseção*, que envolve ramos do conhecimento como a Sociologia, a Antropologia, a Economia, História, a Psicanálise, etc.²¹.

Além de não ser neutro, “o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma”. Pelo contrário, a indeterminação do conteúdo normativo é marca do próprio Direito, fato que comprova isso é a existência de

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 14-15.

¹⁹ WARAT, Luiz Alberto. A produção crítica do saber jurídico. In: *Crítica do direito e do estado* (org. Carlos Alberto Plastino). Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 17-18.

²⁰ WARAT, Luiz Alberto. A produção crítica do saber jurídico. In: *Crítica do direito e do estado* (org. Carlos Alberto Plastino). Rio de Janeiro: Graal, 1984, p. 20.

²¹ BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 280.

conclusões conflitantes baseadas no mesmo teor normativo positivado, diante das possibilidades abertas do texto²².

Para JOSEPH WILLIAM SINGER, segundo traduz LUIS ROBERTO BARROSO, a teoria crítica “acredita que o Direito não é apolítico e objetivo: advogados, juízes e juristas em geral fazem opções altamente discutíveis, mas se utilizam do discurso jurídico para fazer com que as instituições pareçam naturais e as regras neutras²³”.

Em suma, a teoria crítica do Direito questiona: (i) a cientificidade jurídica, por faltarlhe a objetividade necessária; (ii) a neutralidade política do Direito, por ser ele afetado pela ideologia e pelas relações de poder; (iii) e a pureza científica, uma vez que é o Direito interdisciplinar.

Todavia, tal linha de pensamento não tem caráter substitutivo ou alternativo, mas reformador²⁴.

Na seqüência, o direito alternativo critica, além do fetichismo pelo Direito positivado e a cega identificação entre Direito e lei, a crença na existência de um só Direito, o que emana do Estado, admitindo a ocorrência de direitos alternativos, que partem de órgãos não estatais, mas que regulam, assim como o Direito estatal, as relações e as condutas dos indivíduos inseridos em determinado estrato social²⁵.

Para CLEMERSON MERLIN CLÈVE, citado movimento preocupa-se em introduzir novos elementos valorativos, desmistificando o fenômeno jurídico. A proposta do direito alternativo visa a contribuir para o surgimento de um novo Direito, tratando-se de um movimento de *desconstrução*²⁶.

AMILTON BUENO DE CARVALHO, em passagem contida no seu trabalho *Direito alternativo na jurisprudência*, sintetiza brilhantemente a ideologia do movimento alternativo.

Alguns dizem que o Direito Alternativo caracteriza-se pela negativa da lei. E tal não corresponde à realidade. A lei escrita é conquista da humanidade e não se vislumbra possibilidade de vida em sociedade sem normas (sejam elas escritas ou não). [...]

A alternatividade luta para que surjam leis efetivamente justas, comprometidas com os interesses da maioria da população, ou seja, realmente democráticas. E busca instrumental interpretativo que siga a mesma diretiva. O que a alternatividade não reconhece é a identificação do direito tão-só com a lei, nem que apenas o Estado produz o direito, o que é diverso da negativa à lei.

²² BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 280.

²³ BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 280.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 281.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 281-282.

²⁶ CLÈVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Direito alternativo. Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: ADV, 1993, p. 46.

[...] O que a busca é o novo paradigma, com a superação do legalismo estreito, mas tendo como limites (ou conteúdo racional) os princípios gerais do direito, que são conquistas da humanidade e serão desenvolvidos com mais vagar [...]. O compromisso do juiz deve ser a busca incessante da justiça [...], tendo como limites, de um lado, o caso concreto e, de outro, os princípios universais do direito.

[...] Então, o 'alternativo sentido estrito' (isto é, o direito de origem não estatal) que merece efetivação deve ter também como limite os princípios gerais do direito, mesmo quando ambiciona criar/destruir novos princípios, desde que tenha como pano de fundo, ou norte, a real democratização da vida em sociedade²⁷.

Note-se que tanto a teoria crítica quanto o direito alternativo não têm o condão de substituir as idéias até então vigentes sobre o Direito, sua interpretação e aplicação de maneira sistemática. De fato, tais movimentos vêm com o objetivo de agregar novos elementos ao modo como o Direito deve ser encarado e interpretado.

Sobre isso, lapidares as considerações de LUIS ROBERTO BARROSO:

"[...] embora fustigada ao longo de décadas pelas críticas mais contundentes, a concepção clássica do direito subsiste e prevalece em todo o mundo ocidental, apesar de algumas *nuanças* e temperamentos. Não se pretende com isso, todavia, endossar a crença de que a durabilidade legitima a perspectiva convencional ou encobre-lhe os defeitos. A constatação inevitável, todavia, é a de que até hoje não se edificou uma teoria alternativa e substitutiva da dogmática convencional. O que significa que ela ainda não concluiu o seu ciclo histórico²⁸."

Corroboramos o posicionamento acima esboçado, no sentido de que, em que pesem as inúmeras, e absolutamente válidas, críticas aos modelos clássicos de interpretação, tem-se que estes ainda permanecem²⁹, podendo trazer diretrizes para a interpretação jurídica.

Dessa maneira, o conjunto valorativo do intérprete influencia na interpretação da regra jurídica, conforme apregoa a teoria crítica, com o que nos coadunamos. Todavia, é possível defender a existência de uma "*objetividade, dentro dos limites do possível*³⁰", o que se materializa mediante o uso de métodos de interpretação que levem em conta o ordenamento como sistema (aberto e incompleto na sua estática, porém completável na sua dinâmica).

²⁷ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo na jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 10,11 e 15.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 278.

²⁹ A interpretação sistemática, que partiu inicialmente da idéia bobbiana de sistema, a qual foi aprimorada posteriormente, adotando-se a concepção do Direito como sistema aberto e incompleto na sua estática, porém completável na sua dinâmica; assim como a formulação kelseniana da norma escrita como moldura a ser preenchida pelo intérprete; além do esquema de resolução de conflitos e antinomias normativas, de Norberto Bobbio, são todos métodos clássicos de interpretação que permanecem válidos e aplicáveis, mesmo se considerados os elementos valorativos trazidos pela teoria crítica e pelo direito alternativo.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 283.

2.3 O DIREITO COMO UM SISTEMA HIERARQUIZADO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

Feito um breve apanhado da evolução das teorias sobre a interpretação jurídica - da escola da exegese à Teoria Pura do Direito, fechando com a teoria crítica e o direito alternativo -, mister se faz apontar qual seria o método possivelmente eficaz de interpretação jurídica.

Nesse contexto, alinhamo-nos a JUAREZ FREITAS quando ele afirma que “*ou a interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação*”³¹.

Isso implica dizer que, se o intérprete não levar em conta o todo, não entenderá, a contento, a parte.

Diante disso, e da importância que a escuridão interpretação da lei toma quando se fala em discricionariedade administrativa, imperioso despende algumas linhas expondo sobre o tema da interpretação.

Primeiramente, importa ressaltar a evolução do conceito de sistema, até se alcançar o conceito adotado para o estudo, já que sugerimos a interpretação sistemática como sendo a mais indicada para interpretar a norma.

2.3.1 O Abandono do Dogma da Completude

Por sobre a idéia de que a interpretação jurídica estaria livre da influência de elementos volitivos do intérprete, e da necessidade de se afastar do ordenamento jurídico qualquer possibilidade de contradição e incompletude, NORBERTO BOBBIO, acolhendo o sistema piramidal kelseniano, debruçou-se sobre o estudo das normas jurídicas, com fito de estabelecer um método capaz de afastar as contradições (antinomias) do ordenamento.

Aponta o autor três critérios para a resolução das antinomias normativas: (i) cronológico: norma posterior revoga norma anterior; (ii) hierárquico: norma superior revoga norma inferior e; (iii) especialidade: norma especial revoga norma geral, naquilo que especifica³².

No caso de insuficiência desses três critérios, ou seja, no conflito entre normas contemporâneas, de mesmo nível e gerais, BOBBIO afirma que a solução do “problema”³³

³¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 63.

³² BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília. 1995, p. 100 e s.

³³ Na lógica que permeia a obra de Norberto Bobbio, as lacunas e antinomias do ordenamento são encaradas como um *problema* que deve ser resolvido, sob pena de ver-se desmoronar todo o sistema jurídico.

seria confiada à liberdade do intérprete, que teria por opção: (i) eliminar uma das normas; (ii) eliminar ambas; (iii) manter as duas³⁴.

Ressalte-se que, nessa hipótese, as antinomias são reais, conforme aponta FÁBIO ULHÔA COELHO, o que “compromete a consistência do sistema jurídico, porque não pode mais ser visto como lógico, na medida em que desatende ao princípio da não-contradição³⁵”.

É compreensível que, para teorias que apregoam o método lógico-dedutivo de interpretação, a completude e a coerência sejam requisitos inafastáveis para a manutenção da segurança do sistema jurídico, afinal, se admissível fosse que o direito positivado apresentasse lacunas, ausências e incoerências, impossível seria crer na infalibilidade da aplicação de um método interpretativo que leva em conta apenas a norma escrita, e do modo como foi escrita.

NORBERTO BOBBIO, na Teoria do Ordenamento Jurídico, chegou a admitir a existência de contradições no sistema, asseverando que “A coerência não é condição de validade, mas é sempre condição para a justiça do ordenamento [grifo do autor]³⁶”.

Adiante, aduz o autor italiano que,

“Pelo que diz respeito à coerência, nossa resposta foi de que a coerência era uma exigência mas não uma necessidade, no sentido de que a total exclusão das antinomias não é uma condição necessária para a existência de um ordenamento jurídico: um ordenamento jurídico pode tolerar em seu seio normas incompatíveis sem desmoronar-se. Frente ao problema da completude, (...) a completude é algo mais que uma exigência, é uma necessidade, quer dizer, é uma condição necessária para o funcionamento do sistema [grifos nossos]³⁷”.

Ou seja, enquanto a coerência é exigível, porém não inafastável, a completude, por seu turno, mostra-se na visão de NORBERTO BOBBIO condição necessária para o “funcionamento do sistema”.

Daí se extrai, portanto, o dogma da completude, segundo o qual o Ordenamento Jurídico não admite lacunas - todas as condutas possíveis deveriam estar albergadas pela norma jurídica.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO é categórico ao afirmar que há, de fato, situações em que o sistema jurídico, na sua forma *estática*³⁸, não contém todas as soluções necessárias; segundo ele, haveria basicamente duas linhas de pensamento construídas a

³⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília. 1995, p. 108.

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 73.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília. 1995, p. 113.

³⁷ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília. 1995, p. 117-118.

³⁸ A forma estática do ordenamento corresponde ao direito positivado, enquanto que a forma dinâmica é aquela que se vislumbra quando da aplicação da norma ao caso concreto.

fim de refutar a incompletude do ordenamento: primeiro, aquela que simplesmente negaria a existência de lacunas, repisando que eventual lacuna seria apenas aparente, haja vista que, na ausência de regra explícita haveria uma implícita e; de outro lado, aquela que apontaria que a completude não seria normativa, mas de critérios, uma vez que o sistema comportaria, na ausência de norma específica para resolução do caso concreto, os critérios para a resolução de todas as situações contenciosas³⁹.

MARIA HELENA DINIZ recusa a idéia de que o sistema jurídico seria fechado, asseverando que as lacunas existem, em se considerando o sistema na sua forma estática, sendo elas preenchidas quando da aplicação do direito ao caso concreto. De acordo com ela, a jurisdição integra a norma, na medida em que cria a norma jurídica individual, resolvendo o litígio; contudo, as lacunas na forma estática do Direito permanecem⁴⁰.

Para LUIS RECASENS SICHES, as normas “individualizadas”, aquelas provenientes da aplicação da norma ao caso concreto, são “tão normas quanto as normas gerais”, sendo aquelas “perfeitas” ou “completas”, haja vista que são resultado da atuação concreta destas⁴¹.

Diante disso assevera LUIS MANUEL FONSECA PIRES que a discussão sobre a completude do ordenamento jurídico deixa de ter relevância, porquanto somente teria respaldo quando concernente à forma estática do sistema, sendo que, “*a pertinência do tema reside na aplicação da norma ao caso concreto*”⁴², conclusão à qual nos alinhamos.

Isso quer dizer que a análise das lacunas e antinomias na estática do direito somente toma grandes proporções para aqueles que adotam os modelos lógico-formais de interpretação jurídica, uma vez que as lacunas e antinomias colocam em risco a higidez do próprio sistema.

Entretanto, para quem entende que o direito é um sistema aberto e axiológico, admitir a concorrência de lacunas e antinomias não coloca em risco a segurança do sistema, uma vez que, para estes, o estudo das ausências e contradições normativas somente se justifica quando da necessidade de serem estabelecidos métodos e técnicas de decisão, não mais são vistas como requisito de existência do direito.

Nessa perspectiva, portanto, o que efetivamente importa é a análise das lacunas e antinomias quando da *concretização* do Direito⁴³, sendo despicienda a discussão acerca da

³⁹ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed.. Coimbra: Almedina, 2003, p. 461.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 436 e s.

⁴¹ *Apud* FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 24.

⁴² FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 26.

⁴³ Entenda-se por concretização a aplicação da norma abstratamente idealizada ao caso concreto.

existência de lacunas e antinomias na forma estática do sistema, haja vista que, na visão de sistema que se adota – sistema aberto e axiológico -, não mais a incompletude é vista como um requisito de existência e segurança lógico-formal do ordenamento.

2.3.2 O Conceito de Sistema Adotado

A noção de Direito como um sistema ordenado de normas é criação de NORBERTO BOBBIO⁴⁴ e até hoje, pelo menos na sua essência, permanece vigente na doutrina.

Essa noção sofreu críticas, mormente no que tange à completude inicialmente defendida pelo autor, conforme anteriormente expomos, tendo sido alterada para se entender, ao menos pela doutrina dominante, que o sistema jurídico é *aberto e completável*.

JUAREZ FREITAS debruçou-se sobre o tema, dedicando uma obra monográfica ao assunto, “A interpretação sistemática do direito”, mediante a qual concluiu que o sistema jurídico é “*uma rede axiológica hierarquizada topicamente de princípios fundamentais, de normas estritas (ou regras) e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias em sentido lato, dar cumprimento aos objetivos justificadores do Estado Democrático, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição*”⁴⁵.

Para RUY ESPÍNDOLA, o sistema jurídico caracteriza-se por ser composto de regras e princípios, sendo que estes têm a função de dar conteúdo material e formal àquelas, e também aos “subprincípios”⁴⁶. O sistema jurídico é, ainda, segundo anota o autor, caracterizado por uma “ordem global”, que corresponde à totalidade do Direito Positivo e por “ordens parciais” ou “subsistemas”, que correspondem às ramificações estrutural-normativas⁴⁷.

Aliando os conceitos formulados por RUY ESPÍNDOLA e JUAREZ FREITAS, concluímos que o sistema jurídico é *aberto, completável e composto por uma rede hierarquizada* (JUAREZ FREITAS), *de regras e princípios* (RUY ESPÍNDOLA).

Aberto porquanto o Direito, na sua estática, apresenta incompletudes e contradições, e completável porque na dinâmica as incompletudes e contradições são resolvidas, à luz dos princípios fundamentais.

Hierarquizado porque os princípios fundamentais, por ora entendidos como basilares do sistema jurídico, diretrizes para a própria aplicação das regras, são

⁴⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília. 1995

⁴⁵ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 54.

⁴⁶ Princípios que se originam de outros princípios.

⁴⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002, p. 77-78.

hierarquicamente superiores às regras escritas⁴⁸, sendo aplicáveis para resolver antinomias e completar o sistema quando da aplicação do direito ao caso concreto⁴⁹.

Composto, como já dissemos, por regras e princípios, que dão, estes, conteúdo axiológico àquelas, sendo dotados de normatividade⁵⁰.

2.4 A ADOÇÃO DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA COMO A MAIS INDICADA PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO

A interpretação sistemática, em linhas gerais, é aquela que leva em conta o Direito como um Sistema, apontando que a interpretação de uma norma jamais pode ser feita de maneira isolada, porquanto a aplicação do direito deve manter-se coerente com o sistema, na sua integralidade.

Diante do conceito de sistema apontado, coadunamo-nos ao que apregoa JUAREZ FREITAS, quando assevera que “interpretar é hierarquizar⁵¹”.

Tendo em mente que os princípios são “linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas⁵²”, a hierarquização entre princípios e regras é de extrema importância para uma escoreita aplicação do direito.

Isso porque, conforme aponta JUAREZ FREITAS, os princípios jurídicos, por trazerem o teor axiológico do sistema, estão em patamar superior aos das regras, uma vez que estas se subordinam àqueles⁵³.

Haveria, ainda, uma hierarquia entre os próprios princípios, aferível no caso concreto, quando do sopesamento entre um princípio e outro.

Dessa maneira, alinhamo-nos ao posicionamento esposado pelo autor, no sentido de que *a correta hierarquização entre as regras e os princípios é o ponto nodal de uma efetiva e escoreita aplicação do direito*⁵⁴.

Além disso, é importante ressaltar que a interpretação, além de levar em conta o sistema jurídico como “rede hierarquizada”, deve ser sistemática, na medida em que considere a totalidade do ordenamento quando da interpretação da norma a ser aplicada ao caso concreto.

Em suma, partindo-se da premissa de que *o sistema jurídico é aberto e completável, composto por uma rede hierarquizada de regras e princípios*. É de se concluir

⁴⁸ A respeito disso falaremos com mais vagar linhas adiante.

⁴⁹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

⁵⁰ Sobre isso falaremos com mais vagar adiante.

⁵¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 56.

⁵² FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.56.

⁵³ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.56.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 113 e s.

que a interpretação deve necessariamente passar por duas etapas básicas: a sistematização e a hierarquização.

3. OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Nesse tópico, falaremos breve e especificamente dos princípios expressamente consagrados pela Constituição, em seu artigo 37, *caput*, sem adentrar nos demais princípios constitucionais, aos quais também se vincula a Administração, por via de uma interpretação sistemática, tampouco abordaremos os ditos “subprincípios”.

A idéia é apontar os *princípios específicos que regem a Administração* e demonstrar que a Constituição de 1988 é axiológica.

Iniciaremos abordando, em linhas generalíssimas, a questão da eficácia jurídica e da normatividade dos princípios, adentrando, então, na demonstração do conceito de cada um dos princípios elencados no artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988.

3.1 A EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS

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

NORBERTO BOBBIO, assevera que:

Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. O nome de princípios induz em engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios são ou não são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as demais. E esta é a tese sustentada também pelo estudioso que mais amplamente se ocupou da problemática, ou seja, Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos vêm a ser dois e ambos válidos: antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, , através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para a qual são abstraídos e adotados é aquela mesma que é cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. Para regular um comportamento não regulado, é claro: mas agora servem ao mesmo fim para que servem as normas expressas. E por que então não deveriam ser normas?⁵⁵

De fato, LUIZ ALBERTO DAVID DE ARAÚJO alerta que os Tribunais devem privilegiar a interpretação que confira aplicabilidade imediata às normas constitucionais⁵⁶.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília. 1995, p. 181-182.

⁵⁶ ARAÚJO, L. A. D. . Diferenças individuais e concurso público: reflexões iniciais sobre os critérios de seleção do Estado para as carreiras jurídicas. In: Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto; Jacinto

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

Imperioso destacar que a generalidade dos princípios não significa imprecisão. De fato, indica a possibilidade, e a necessidade, de serem aplicados em sentido preciso, visando à efetividade da Constituição⁵⁷.

CARMEM ROCHA, assevera que “A generalidade dos princípios permite, pois, que em sendo a sociedade plural e criativa, tenha seu sistema de Direito sempre atual, sem se perder ou mascarar modelos contrários aos que na Lei Magna se contêm como opção constituinte da sociedade política⁵⁸”.

Os princípios são dotados de *primariedade* histórica, jurídica, lógica e ideológica⁵⁹, sendo que, nas palavras de CARMEM ROCHA, a primariedade jurídica “está em que nada vem antes dos princípios constitucionais, pois os fundamentos do Direito Positivo estão no sistema constitucional, cuja estrutura fundamental, à sua vez, se alicerça na principiologia por ele adotada [...]. O princípio constitucional converte-se, assim, no ponto de partida de toda a elaboração normativa fundamental de um Estado⁶⁰”.

São dotados, ainda, de primariedade histórica, como assevera RUY ESPÍNDOLA, porquanto “consagram valores culturais, que de uma ou outra maneira, foram maturados segundo o modo de produção social de cada povo, que, em dado momento constituinte, os positiva na Lei política fundamental⁶¹”.

Sobre a primariedade no campo lógico e ideológico, assevera CARMEM ROCHA que:

Os princípios constitucionais são primários logicamente, pois o complexo de estruturas, instituições e regulações que se compreendem, complementam-se e movimentam-se no sistema constitucional, informam-se e embasam-se numa combinação de conteúdos havidos em sua raiz. A identidade constitucional tem sede nos princípios, nos quais se traça a lógica que mantém a congruência e a compatibilidade de todas as normas que formam o ordenamento jurídico. A consonância de todas elas põe em foco a lógica que os princípios guardam. [...] é nos princípios constitucionais que se esboça a idéia de Direito que prevalece no ordenamento jurídico estabelecido. Não se cuida de refletir uma ideologia política, ou exclusivamente política, mas ideologia jurídica, quer dizer, a encarnação de uma

Nelson Miranda Coutinho; Orides Mezzaroba; Paulo de Tarso Brandão. (Org.). Constituição e Estado Social. 1 ed. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora, Revista dos Tribunais, 2008, v. , p. 219-234.

⁵⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002, p. 82.

⁵⁸ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 29.

⁵⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002, p. 82.

⁶⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 30-31.

⁶¹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002, p. 82..

idéia de Direito que, então, ganha existência e dá-se à vigência pela positivação do sistema constituído. Esta idéia de Direito nasce do ideal de Justiça que o povo procura ver é concretizado. E da maturação deste ideal [...] é que se esboça e se põe, na principiologia constitucionalmente adotada, a ideológica jurídica⁶².

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

3.2 OS PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como anteriormente dito, os princípios que orientam a Administração Pública serão aqui tratados de maneira breve, por uma questão de delimitação do tema.

O que nos interessa no presente estudo é apontar que os princípios, que são dotados de normatividade e aplicam-se diretamente, podem servir de base para o controle judicial da discricionariedade administrativa.

Falaremos, perfunctoriamente, sobre os conteúdos daqueles princípios básicos que orientam a Administração Pública, consagrados pelo artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988.

3.2.1 A Legalidade

A submissão da Administração à lei tem suas origens na contraposição ao Estado Absolutista, não sendo correto afirmar, diante da ordem constitucional impressa pela Carta Magna de 1988, que tal submissão seria fruto de uma preponderância do Poder Legislativo⁶³.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO esclarece que o princípio da legalidade é o que qualifica um Estado como sendo de Direito. Por isso, afirma, “é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma conseqüência dele⁶⁴”.

Afirma o autor, com base no que ensinou RENATO ALESSI, que o princípio da legalidade “É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é

⁶² ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 31-32.

⁶³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p. 121.

⁶⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 96-97.

atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de *comandos complementares* à lei⁶⁵”.

Em vista disso, tem-se que a Administração deve concretizar a vontade da lei, submetendo-se totalmente a ela, de maneira que não pode atuar *contra legem*, e nem mesmo *praeter legem*, sendo admitido somente que atue *secundum legem*⁶⁶.

Ou seja, no regime jurídico administrativo o princípio da legalidade assume peculiar contorno, na medida em que, diferentemente do que ocorre no direito privado, à Administração não é permitido fazer o que não lhe proíbe a lei. De fato, *a Administração só pode, e deve, fazer o que a lei lhe incumbe/obriga*.

Vale dizer que, deste modo, a Administração está adstrita ao que determina a lei. “*Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei*⁶⁷”.

A atuação administrativa, portanto, é necessariamente *complementar* à lei.

3.2.2 A Moralidade

O conteúdo do princípio da moralidade é de difícil aferição, sendo objeto de diversos estudos monográficos, dentre os quais se destaca, pela qualidade e novidade à época, o trabalho de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO (*O controle da moralidade administrativa*, 1974).

Na obra “*O princípio constitucional da moralidade administrativa*”, publicada na década de 90 do século passado, o autor aborda com ainda maior profundidade o tema.

Em que pese a dificuldade de delimitação do conteúdo do princípio ora analisado, que se comprova pelo grande número de estudos específicos em que se dedica a tal tarefa, cabe tecer algumas considerações, mesmo que breves, sobre ele.

MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, assevera que o princípio da moralidade equivale “à presunção do fim legal”, na medida em que não basta que o administrador não cometa falhas legais para que seu ato esteja investido de legalidade. De fato, é necessário que a atuação do administrador seja efetivada com “lisura e exação⁶⁸”.

⁶⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 97.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 98.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 68.

⁶⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p.18-22.

HELY LOPES MEIRELLES acrescenta as noções de “honesto e conveniente”, asseverando que o princípio da moralidade vincula-se ao conceito de “bom administrador”⁶⁹.

JOSE AFONSO DA SILVA entende que o conteúdo do princípio da moralidade é delimitado pelo conjunto de regras de conduta extraído das normas concernentes à Administração⁷⁰.

ODETE MEDAUAR, adota o entendimento delineado por JOSE AFONSO DA SILVA, por entender impossível “enquadrar em um ou dois vocábulos a ampla gama de condutas e práticas desvirtuadoras das verdadeiras finalidades da Administração Pública”.

Assevera a autora que, “Em geral, a percepção da imoralidade administrativa ocorre no enfoque contextual; ou melhor, ao se considerar o contexto em que a decisão foi ou será tomada. A decisão, de regra, destoa do contexto, e do conjunto de regras de conduta extraídas da disciplina geral norteadora da Administração”⁷¹.

Do exposto, é possível extrair que a moralidade administrativa significa que: i. *a atuação da Administração deve estar de acordo com as regras gerais de conduta provenientes da disciplina geral da Administração* (JOSE AFONSO DA SILVA); ii. *é aferível no caso concreto, diante do contexto em que está inserida a conduta administrativa* (ODETE MEDAUAR); iii. *deve estar revestida de lisura, exação* (MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO); *deve, ainda, revestir-se de honestidade e ser conveniente aos interesses gerais* (HELY LOPES MEIRELLES).

3.2.3 A Eficiência

O princípio da eficiência, apesar de expressamente incluído no rol dos princípios constitucionais do art. 37, *caput*, da Constituição da República de 1988, por meio da Emenda Constitucional nº 19/98, ainda encontra resistência por parte da doutrina pátria, mormente no que tange ao seu conteúdo⁷².

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO chegou a afirmar que:

Quanto ao princípio da eficiência, não há nada a dizer sobre ele. Trata-se, evidentemente, de algo muito mais que desejável. Contudo, é juridicamente tão fluido e de tão difícil

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 571.

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p. 124.

⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p. 125.

⁷² ADAMI, Mateus Piva. *A Discricionariedade Administrativa em face do Princípio da Eficiência*. São Paulo, 2007. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 19.

controle ao lume do Direito, que mais parece um simples adorno agregado ao caput do art. 37 ou o extravasamento de uma aspiração dos que burilam no texto⁷³.

Recentemente, mencionado autor suprimiu tal apontamento, mantendo, contudo, o entendimento de que o princípio da eficiência nada mais seria do que uma faceta do princípio da 'boa administração', extraído do Direito italiano⁷⁴.

Em que pese o posicionamento esposado pelo Douto jurista, há que se destacar, por oportuno, uma das máximas da hermenêutica jurídica, segundo a qual, não se presumem, na lei, palavras inúteis⁷⁵.

Além disso, a fluidez de um princípio não pode ser aventada como fundamento para esvaziá-lo de conteúdo⁷⁶.

Em verdade, como cediço, é característica dos princípios do Direito a volubilidade, que possibilita a análise e o sopesamento entre os mais diversos valores protegidos pela ordem jurídica e, por vezes, conflitantes no caso concreto.

Assevera EGON BOCKMANN MOREIRA que:

"[...] a inclusão do princípio da eficiência administrativa na Constituição retrata uma nova forma de controle sobre a atividade administrativa pública. Tal princípio deve ser interpretado em consonância com os princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade. Dessa forma, para que o ato administrativo possa ser considerado eficiente deverá necessariamente estar de conformidade com os referidos princípios, aperfeiçoando-os, efetivando-os. Deverá, também, atender ao princípio constitucional maior do respeito à dignidade humana. A eficácia e eficiência administrativa deverão, atendendo a lei, almejar ao menor ônus social e ao melhor atendimento do interesse público. E eficiência deverá resultar não somente na busca do melhor resultado, mas que este seja atingido mediante procedimento que não fira os direitos do cidadão. O princípio da eficiência dirige-se, também, ao aprimoramento do controle interno da administração pública, bem como do controle das metas da administração⁷⁷".

De fato, como ensina MARÇAL JUSTEN FILHO, o princípio da eficiência decorre do "dever de otimização dos recursos públicos", sendo necessário "obter o máximo de resultados com a menor quantidade de desembolsos", tratando não só do aspecto econômico, mas também da *eficácia da atuação estatal*, no sentido de que a racionalidade a ser aplicada não deve ser aquela que leve em conta apenas condições econômicas, já que

⁷³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 12, São Paulo : Malheiros, 1999, p. 92.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 122.

⁷⁵ *Verba cum effectu, sunt accipienda*.

⁷⁶ ADAMI, Mateus Piva. *A Discricionariedade Administrativa em face do Princípio da Eficiência*. São Paulo, 2007. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, p. 19.

⁷⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*, p. 141-143

o fim precípua do Estado não é propriamente o de economizar, mas o de dar o melhor atendimento possível às necessidades e aos interesses públicos, com o menor gasto⁷⁸.

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA aponta que do princípio da eficiência também defluiu a exigência de que a atividade administrativa seja realizada com “presteza, perfeição e rendimento funcional”. Espelha modernidade, uma vez que não se contenta com a atuação meramente legal da Administração, impondo que os resultados sejam positivos e que o serviço público seja realizado de maneira satisfatória⁷⁹.

Dessa forma, conclui-se que o princípio da eficiência possui dois desdobramentos, visando a preservar dois valores em específico: i. a otimização dos recursos públicos; ii. a perfeição, prestação e rendimento funcional, com vistas ao serviço público satisfatório às necessidades da comunidade e de seus membros.

3.2.4 A Publicidade

O princípio da publicidade, que também pode ser traduzido como transparência ou visibilidade da atuação administrativa, é decorrente imediato da noção de democracia, porquanto significa, em linhas gerais, que a atuação do Estado deve ser tornada pública e acessível ao povo, que fiscaliza e legitima a própria atuação do administrador, mediante o voto.

É em respeito ao princípio da publicidade que, por exemplo, existe a obrigatoriedade de publicação dos atos da Administração Pública em Órgãos Oficiais; contudo, ele não se resume a isso.

De fato, o princípio da publicidade tem por finalidade o acesso e a *possibilidade de controle* dos atos administrativos pelo povo, sendo mais do que o ato meramente formal de publicar as convocações no Diário Oficial.

Segundo aponta ODETE MEDAUAR, “A Constituição de 1988 alinha-se a essa tendência de publicidade ampla a reger as atividades da Administração, invertendo a regra do segredo e do oculto que predominava. O princípio da publicidade vigora para todos os setores e todos os âmbitos da atividade administrativa”.

CELSO LAFER, assevera que “numa democracia a visibilidade e a publicidade do poder são ingredientes básicos, posto que permitem um importante mecanismo de controle *ex parte populi* da conduta dos governantes. [...] numa democracia a publicidade é a regra

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84-86.

⁷⁹ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência administrativa na Constituição Federal*, RDA 220, p. 165.

básica do poder e o segredo, a exceção, o que significa que é extremamente limitado o espaço dos segredos de Estado⁸⁰”.

Assim, o princípio da publicidade é de suma importância, visto que possibilita o controle dos atos da Administração pelo povo, uma vez que torna a atuação administrativa clara, pública e acessível aos membros da comunidade.

3.2.5 A Impessoalidade

“Os princípios da *impessoalidade*, *moralidade* e *publicidade* apresentam-se intrincados de maneira profunda, havendo, mesmo, instrumentalização recíproca; assim, a impessoalidade configura-se meio para atuações dentro da moralidade; a publicidade, por sua vez, dificulta medidas contrárias à moralidade e impessoalidade; a moralidade administrativa, de seu lado, implica observância da impessoalidade e da publicidade⁸¹”.

JOSÉ AFONSO DA SILVA, associa o princípio da impessoalidade à questão de que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário [...]. por conseguinte, o administrado não se confronta com o funcionário ‘x’ ou ‘y’ que expediu o ato, mas com entidade cuja vontade foi manifestada por ele⁸²”.

Já HELY LOPES MEIRELLES associa o princípio da impessoalidade ao da finalidade, “o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*. E o *fim legal* é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal*⁸³”.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, por sua vez, assevera que no princípio da impessoalidade “se traduz na idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis⁸⁴”.

Para ODETE MEDAUAR, por seu turno, o princípio da impessoalidade possui o “intuito essencial de impedir que fatores pessoais, subjetivos, sejam os verdadeiros móveis e fins das atividades administrativas”. De fato, por conta desse princípio é que situações como favorecimento ou represálias podem ser obstaculizadas, partindo-se da idéia de que

⁸⁰ *Apud* MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p. 126.

⁸¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p. 123.

⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 570.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 91.

⁸⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 110.

“os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais⁸⁵”.

Desta feita, conclui-se que o princípio da impessoalidade visa a imprimir dois critérios: (i) a Administração não se confunde com o Administrador; (ii) a atuação administrativa não pode levar em conta interesses pessoais, devendo sempre atender à finalidade da Administração, que se traduz no atendimento ao interesse público.

4 – A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A discricionariedade administrativa atualmente já não mais é associada à arbitrariedade do Estado e do administrador, sendo vista, como destacaremos, como uma atribuição legal que concede abstratamente ao administrador a possibilidade de adotar mais de uma postura legítima, sendo que a decisão a ser tomada, no caso concreto, deve atender aos fins do Estado Democrático do Direito e ao interesse público.

Começaremos expondo o conceito de ato administrativo, falando da discricionariedade administrativa, do poder discricionário e do mérito do ato administrativo, passando pelo conceito de interesse público.

É importante delimitar o que se entende por discricionariedade e por mérito administrativo para abordar, mais adiante, a questão dos limites do controle judicial sobre a atuação discricionária da Administração.

4.1 O ATO ADMINISTRATIVO

Ato administrativo em sentido amplo⁸⁶, como conceitua CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é a “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público) no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁸⁷”.

Nessa esteira, esclarece o autor, o ato administrativo: (i) produz efeitos de direito; (ii) provém do Estado; (iii) é emitido no uso de prerrogativas públicas; (iv) é infralegal e suplementar à lei; (v) e submete-se ao controle da legitimidade por órgão jurisdicional, não tendo a definitividade das decisões judiciais.

⁸⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p. 124.

⁸⁶ Porque abrange os atos de regulamento e os contratos administrativos.

⁸⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 370.

Já o ato administrativo em sentido estrito, ainda no conceito de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, é dotado de unilateralidade (editado unilateralmente pela Administração) e concreção (é manifestado mediante comandos concretos suplementares à lei)⁸⁸.

MARÇAL JUSTEN FILHO faz uma breve distinção entre ato e fato administrativo, asseverando que este “é todo evento previsto em uma norma jurídica como condição para produção de efeitos jurídicos atinentes à função administrativa⁸⁹”.

MARÇAL classifica o fato administrativo como Gênero, que pode ser subdividido em duas Espécies: fato administrativo em sentido restrito e ato administrativo (este sendo dividido em inúmeras Subespécies).

O primeiro, segundo o autor, não decorre da vontade do Administrador, sendo imposição legal, enquanto a definição do segundo “reside na influência da vontade em sua formação⁹⁰”.

A vontade, para fins jurídicos, esclarece o autor, entende-se como “um processo psicológico interno ao indivíduo, que comanda suas decisões e que diferencia o ser humano de outros seres vivos⁹¹”.

No âmbito da Administração Pública, diferentemente do âmbito privado⁹², a vontade individual dos administradores não pode sobrepujar o interesse coletivo.

Dessa maneira, o Direito atribui ao ente estatal, para que seja possível o exercício da função do Estado, a noção de “vontade da Administração Pública”, que está atrelada a severos instrumentos de controle legalmente previstos.

Ou seja, a vontade dos indivíduos que compõem a Administração é substituída pela vontade manifestada pelo Estado, no exercício de sua função, que deve ser demonstrada e concretizada mediante o respeito aos procedimentos que o ordenamento jurídico impõe.

A expressão “vontade administrativa”, como aponta MARÇAL, indica “a vontade que é objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, formada segundo as imposições de uma democracia republicana⁹³”.

Diante disso, o autor constrói o conceito de “ato administrativo” como sendo: “uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa⁹⁴”.

⁸⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 371-372.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p 182.

⁹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p 182.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p 182.

⁹² Em que a solução egoisticamente formulada é legítima, em vista do princípio da autonomia da vontade, que rege as relações jurídicas privadas.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p 184.

⁹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p 185.

De fato, conforme delineado por MARÇAL JUSTEN FILHO, todo ato administrativo é marcado pela manifestação da vontade, não do Administrador, mas da Administração Pública, com a finalidade, sempre, de atender, resguardar e proteger o interesse público ou, nas palavras do autor, o interesse “coletivo”.

Dessa maneira, resta averiguar o que difere, efetivamente, a vinculação da discricionariedade e o que caracterizaria o ato como sendo discricionário.

4.2 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

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

Para JOSE CRETELLA JUNIOR, a discricionariedade é justificada pelas peculiaridades do caso concreto, cuja resolução demande a análise e adoção de uma das várias situações que se lhes apresentem. A regulamentação rígida de todos os movimentos da administração engessaria a sua atuação, impossibilitando que a “máquina administrativa” funcionasse “no momento exato”⁹⁵.

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

Nas suas palavras, são os administradores “Juizes absolutos da *oportunidade* e da *conveniência*, servos incondicionais da *legalidade*, contra a qual não têm a possibilidade de rebelar-se, orientam-se na direção do *interesse público*, que procuram efetivar”⁹⁶.

Segundo o autor, o administrador deve ter a *sensibilidade* para “ajustar a ação administrativa ao meio”, adotando juízos subjetivos de valor. Para ele, o poder discricionário significa o “livre pronunciamento da autoridade administrativa, traduzido *em ato*, desvinculado de qualquer prévia regra de direito condicionante de seu modo de agir”⁹⁷.

BARTOLOMÉ A. FIORINI, em tradução de HELY LOPES MEIRELLES, afirma que:

A discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propõe o Poder Público. A discricionariedade adquire relevância jurídica quando a Administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. É, então, a ferramenta jurídica que a ciência do

⁹⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 220-221.

⁹⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 220.

⁹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. ver. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 221.

Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais, respondendo às necessidades de cada momento. Não é um instrumento legal que se concede ao administrador para fazer o que imponha o seu capricho; nem tampouco para criar normas de caráter legislativo; menos ainda para que intervenha ante uma contenda normativa, como acontece com a jurisdição. É, unicamente, uma autorização limitada a um fim determinado, para que o Poder Público aprecie as condições presentes quando administre o interesse social especificado pela norma legislativa. É uma forma de atuar da Administração Pública para poder realizar uma reta administração dos diversificados interesses da coletividade⁹⁸.

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO define a discricionariedade como “a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, de escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito⁹⁹”.

CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, entende que a discricionariedade não é caracterizada ou delimitada pela ausência de lei, mas pela atribuição legal ao administrador de certa *margem de liberdade*, cabendo a este “preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei¹⁰⁰”, mantendo o entendimento de que a discricionariedade se caracteriza pela incidência do *gênio* do administrador.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, por seu turno, a discricionariedade é consequência direta do Estado Democrático de Direito. Isso porque, num estado autoritário o governante impõe sua vontade simplesmente por ser titular do poder absoluto e de fato. É a discricionariedade, portanto, que formaliza e torna possível a autonomia das escolhas do administrador público, sempre com vias a preservar a supremacia do princípio da lei¹⁰¹

Nessa esteira, assevera o autor que “a discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução possível¹⁰²”.

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

⁹⁸ Apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 169-170.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 930.

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 153.

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

Significa dizer, ainda, que a existência da discricionariedade propriamente dita depende também da intencionalidade da atribuição da “margem de liberdade”, expressão defendida por CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO¹⁰³.

Nas palavras de MARÇAL, “[...] o direito adota uma disciplina discricionária como meio intencional destinado a assegurar a realização mais satisfatória e adequada da atividade administrativa. Por isso, a discricionariedade não pode ser identificada como uma liberdade, nem como um direito subjetivo de natureza privada¹⁰⁴”.

MARÇAL defende, ainda, que a discricionariedade difere da interpretação, uma vez que, nesta, o intérprete está adstrito à “vontade legislativa que é determinada pelo sistema jurídico em si mesmo”, não cabendo a prevalência da ponderação pessoal no momento de interpretar e aplicar a lei, enquanto que a discricionariedade confere ao administrador a possibilidade de ponderar, no caso concreto, e adotar a solução que entender satisfatória.

Adverte o autor que:

Um dos maiores equívocos reside em submeter a discricionariedade à disciplina do direito subjetivo privado. O erro pode ser causado pela afirmativa de que a discricionariedade envolve uma margem de liberdade ou a legitimação da escolha pessoal do aplicador. Essa fórmula verbal é muito perigosa, porque pode conduzir à suposição de que o aplicado do direito estaria na mesma posição jurídica do credor, numa relação de direito privado. Assim, alguém diria que o administrador, no exercício da discricionariedade, pode escolher entre agir e não agir, tal como o faria um particular na gestão de seus interesses egoísticos. Essa é uma concepção equivocada. A discricionariedade é uma manifestação da disciplina funcional própria do direito administrativo. apresenta feição de dever-poder, não se apresenta como faculdade a ser exercitada segundo juízos de conveniência pessoal.

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

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

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

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

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 154.

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

JUAREZ DE FREITAS corrobora esse entendimento, dividindo, inicialmente, os atos administrativos em *vinculados* e *de discricionariedade vinculada aos princípios constitutivos do sistema*¹⁰⁵, porquanto entende que a discricionariedade deve ser vinculada ao sistema jurídico que, para ele, é aberto, hierarquizado de regras, princípios e valores¹⁰⁶.

Linhas adiante, assevera que os atos administrativos de discricionariedade vinculada devem ser praticados “mediante juízos de adequação, conveniência e de oportunidade, na busca da melhor solução para o caso, cujos resultados devem subordinação à totalidade do sistema de Direito Administrativo [...]”¹⁰⁷.

Sobre isso, lapidares as considerações de LUIS ROBERTO BARROSO, segundo o qual “A interpretação constitucional administrativa é levada a efeito pelo Poder Executivo, notadamente para pautar a própria conduta. Deverá ele reverenciar os princípios constitucionais da Administração Pública (CF, art. 37 e s.) e conter-se dentro dos limites genéricos que lhe são impostos (respeitando, e. g., as hipóteses de reserva legal – CF, art. 5º, II)”¹⁰⁸.

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

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

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

¹⁰⁵ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 233.

¹⁰⁶ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

¹⁰⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 233.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *A interpretação e aplicação da constituição*, 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 117.

Como assevera LUIS MANUEL FONSECA PIRES, a incidência do juízo valorativo do administrador, ou a existência de uma “margem de liberdade” (CELSO ANTONIO) ou faculdade (FIORINI), não são capazes de caracterizar e justificar a discricionariedade¹⁰⁹.

Isso porque, com base nas teorias de interpretação jurídica sobre as quais discorre, conclui que o intérprete sempre impinge conteúdo valorativo pessoal quando da interpretação da regra e da formação da norma jurídica¹¹⁰.

Dessa maneira, conceitua a discricionariedade administrativa como sendo:

[...] a competência prevista em lei para o exercício da função administrativa que outorga ao agente público uma pluralidade de decisões legítimas, e que por isso não se confunde com a interpretação jurídica de conceitos jurídicos indeterminados, e igualmente não pode ser outorgada para o âmbito da Administração Sancionadora, e a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela melhor opção possível à realização do interesse público¹¹¹.

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

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

4.2.1 O Conceito de Interesse Público

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

¹⁰⁹ FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 211 e s.

¹¹⁰ FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 91 e s.

¹¹¹ FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 220.

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

Para SÉRGIO FERRAZ, “o conceito de interesse público configura um dos pontos centrais do Direito Público, a exigir elaboração cuidadosa, detida e exclusiva¹¹²”.

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

E segue asseverando que, por conta disso, há “a necessidade de instrumentos que garantam o vínculo entre a ação administrativa e realização do interesse público primário”, tais instrumentos serviriam como “Garantia contra a possibilidade do uso do poder de ação concedido à Administração em favor da realização do interesse público para uma ilegítima realização do interesse secundário da própria Administração, ou o que é pior, do interesse pessoal das pessoas físicas prepostas aos órgãos administrativos¹¹³”.

Para MARÇAL JUSTEN FILHO, entretanto, o conteúdo de “interesse público” inexistente.

Tradicionalmente, entende-se que a supremacia do interesse público preside o regime de direito público, juntamente com a indisponibilidade do interesse público¹¹⁴.

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

Essas concepções, alerta MARÇAL, dão margem a arbitrariedades, tendo em vista que não há instrumentos jurídicos capazes de determinar o conteúdo do conceito de interesse público¹¹⁵.

Contraopondo-se a TERCIO SAMPAIO FERRAZ JUNIOR, que asseverou que o *interesse público* é um “lugar comum” e, por isso mesmo, dispensa definição precisa, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma que *a indefinição do conceito de interesse público é um “sério defeito”, porquanto dificulta o controle dos atos governamentais*, na medida em que serve de critério de validade destes¹¹⁶.

¹¹² FERRAZ, Sergio. *Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese*. Revista de Direito Público, Belo Horizonte, n.1, 2003, p. 203.

¹¹³ FERRAZ, Sergio. *Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese*. Revista de Direito Público, Belo Horizonte, n.1, 2003, p. 203 e s.

¹¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35.

¹¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

¹¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

Já que definir com exatidão o conteúdo da expressão 'interesse público' mostra-se problemático, MARÇAL sugere iniciar o estudo pela definição negativa da expressão¹¹⁷.

Para ele, *o interesse público não se confunde com o interesse do Estado*, isso porque, “Não é possível definir interesse público a partir da identidade do seu titular, sob pena de inversão lógica e axiológica. O equívoco está em que o Estado existe para satisfazer as necessidades coletivas. O Estado Democrático é instrumento de realização dos interesses públicos. Ou seja, o interesse público existe **antes** do Estado¹¹⁸.”

O interesse público igualmente não se confunde com o interesse do aparato administrativo, uma vez que o interesse público secundário, na terminologia utilizada por RENATO ALESSI, nem mesmo de “interesse” pode ser chamado, sendo caracterizado por meras conveniências circunstanciais. “A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observando-se os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral¹¹⁹”.

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

Depois de conceituar negativamente o 'interesse público', MARÇAL aponta que *não existe conteúdo próprio para interesse público*¹²⁰.

Assevera o autor que por interesse público não se pode entender como o interesse privado comum a todos os cidadãos. Uma vez que, segundo essa abordagem, “não há diferença qualitativa entre interesse privado e público”, o único fator levado em consideração é o quantitativo. Além disso, essa classificação é inútil, na medida em que jamais se atingiria a unanimidade¹²¹.

A alternativa apontada pela doutrina é afirmar que o interesse público é o interesse privado comum e homogêneo na **maioria** da população. Entendimento que, segundo MARÇAL, também é equivocado, na medida em que culminaria na “destruição dos interesses das minorias”, o que iria de encontro com a concepção de Estado Democrático¹²².

Adverte que a “idéia de interesse público não se prende a questões apenas quantitativas”, não havendo como “fundamentar o conceito de interesse público numa concepção aritmética¹²³”.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37.

¹¹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 37-38.

¹¹⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 38-39.

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39.

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39.

¹²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 39-40.

¹²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41.

Adiante, aponta uma variante teórica que entende que existem dois tipos de interesses privados, aqueles fundados em questões individuais e egoísticas que jamais seriam confundidos com ‘interesse público’ e aqueles interesses privados de natureza não egoística; ”na medida em que ocorresse alguma homogeneidade coletiva. [...] Esses interesses privados especiais podem ser tão relevantes a ponto de dispensar o requisito da maioria¹²⁴”.

Segundo MARÇAL, essa teoria serve de comprovação da inexistência de conteúdo próprio de “interesse público”, uma vez que o relevante para a configuração do interesse público, se aplicada a lógica dessa teoria, estaria em certa qualidade ou atributo. Sendo assim, “o fundamental reside em descobrir qual é tal atributo peculiar, qual é a qualidade que diferencia os interesses¹²⁵”.

A terceira alternativa apontada pela doutrina é de se qualificar o interesse público como sendo o *interesse da sociedade*, entendida como “inconfundível com o mero somatório dos indivíduos”, dissociado de interesses privados¹²⁶.

Alerta MARÇAL que tal concepção traz “o germe do autoritarismo”, tendo em vista que “Gera a possibilidade de reconhecer como interesse público algo desvinculado de qualquer interesse individual¹²⁷”.

Além disso, assevera o autor que é impossível falar em um único interesse público, uma vez que representaria a “desnaturação da realidade social e jurídica¹²⁸”.

Haverá casos, adverte, em que o administrador estará diante de um conflito entre *interesses públicos*, “*todos em tese merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis*¹²⁹”.

Não há como se pensar, numa sociedade pluralista, na existência de um único interesse público, de fato, conforme entendimento de CASSESE, traduzido por MARÇAL, “não existe o interesse público, mas interesses públicos, no plural¹³⁰”.

Diante dessas premissas, conclui o autor que não há um conteúdo na expressão “interesse público”, sendo que “Inúmeros estudiosos vêm se opondo à estruturação do direito administrativo sobre o conceito de interesse público¹³¹”.

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

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41.

¹²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41.

¹²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41.

¹²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41.

¹²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42.

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42-43.

¹³⁰ *Apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43.

¹³¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 41-42.

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

Segue apontando que

É necessário investigar a natureza dos valores e das necessidades envolvidas. A distinção entre público e privado se assenta não numa questão puramente econômica ou técnica. O núcleo da distinção apresenta natureza ética. Há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana¹³².

Defende o autor que a indisponibilidade do interesse público não existe *porque* o interesse é público. Ao contrário, o interesse pode ser caracterizado como público “**porque** é indisponível, **porque** não pode ser colocado em risco, **porque** a sua natureza exige que seja realizado¹³³”.

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

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

4.3 A NÃO-CARACTERIZAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE

Além de conceituar a discricionariedade, imperioso alinhavar situações que comumente são confundidas com competência discricionária, mas que, de fato, não a são.

MARÇAL JUSTEN FILHO discorre largamente sobre a discricionariedade, abordando o tema de forma extensa, principalmente no que diz respeito aos casos que não podem ser considerados como sendo de competência discricionária.

Primeiramente, aponta como não-caracterização da discricionariedade a *redação legal insatisfatória ou ultrapassada*, asseverando que o texto da lei pode refletir equívocos do legislador e, já que a lei não reflete a vontade do legislador, mas a vontade do ordenamento jurídico, cabe ao intérprete, num esforço hermenêutico, superar os erros legislativos¹³⁴.

¹³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43.

¹³³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 43.

¹³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 156.

Igualmente, a evolução e alteração de sentido usual que os vocábulos sofrem ao longo do tempo fazem com que a aplicação de leis antigas demande a atualização da interpretação¹³⁵.

Dessa maneira, a incorreção ou o anacronismo da linguagem, afirma MARÇAL, não implicam atribuição de liberdade de escolha ao administrador¹³⁶.

A textura aberta da linguagem, segundo o autor, também não se presta a caracterizar a discricionariedade, porquanto o direito, enquanto linguagem (natural) apresenta “características de incerteza e indeterminação”. Cabe ao administrador, portanto, escolher uma das acepções possíveis, sob o ponto de vista lingüístico, submetendo a escolha ao crivo da vontade da lei, à qual está adstrito¹³⁷.

A utilização de conceitos técnico-científicos igualmente não caracteriza a discricionariedade administrativa, haja vista que, embora seja possível, na prática, a necessidade de escolha entre mais de uma alternativa jurídica e cientificamente válida, tem-se que tal escolha, segundo MARÇAL, deve ser pautada nas possibilidades apresentadas pela ciência e necessariamente fundamentada.

Essa situação é tradicionalmente chamada de *discricionariedade técnica*, pela doutrina, o que representa impropriedade, a rigor, já que não se trata de discricionariedade.

GIANNINI, citado por MARÇAL, assevera que a dita discricionariedade técnica “não apresenta propriamente nada de discricionariedade e que é assim denominada por um erro histórico da doutrina [...]”¹³⁸.

Isso porque, ensina MARÇAL JUSTEN FILHO, o silêncio legislativo quanto à conclusão a ser alcançada pelo administrador não deriva da intencional atribuição de competência discricionária, mas da necessidade, no caso concreto, de se atuar de acordo com o que postular a técnica ou a ciência. Ou seja, quem dará a solução para o caso não será o administrador, por meio de uma escolha política, mas a ciência ou a técnica¹³⁹.

Porém, prossegue o autor, é problemático estabelecer a diferença entre a “discricionariedade técnica” e a “discricionariedade propriamente dita”, tendo em vista que nem sempre a ciência ou a técnica fornecem certezas. Há casos, ressalta, que elas dão ao administrador somente probabilidades, sendo necessário que este adote um posicionamento pautado também no seu juízo de conveniência e oportunidade¹⁴⁰.

Em última análise, conclui, “a defesa da autonomia e peculiaridade do instituto da discricionariedade técnica reflete certa concepção positivista de ciência,

¹³⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 156.

¹³⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 156.

¹³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 157.

¹³⁸ *Apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 166.

¹³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 166.

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 167.

incompatível com a realidade contemporânea. Ocorre que nenhuma ciência pode gerar aplicações práticas absolutamente precisas, uniformes e destituídas de alternativas ou dúvidas”¹⁴¹.

Indo avante, tem-se que *a utilização de conceitos jurídicos (parcialmente*¹⁴²*) indeterminados*, assevera MARÇAL, igualmente não implica dizer da existência de discricionariedade administrativa, porquanto as expressões vocabulares equívocas têm o condão de “traduzirem a pretensão humana de diferenciar um setor da realidade, cuja continuidade impede diferenciações quantitativas exatas¹⁴³”, sendo que a providência a ser tomada pelo administrador é a de aplicar a interpretação adequada ao caso concreto. “A ausência de determinação precisa não é um defeito do conceito, mas um atributo destinado a permitir sua aplicação mais adequada caso a caso. A indeterminação dos limites do conceito propicia a aproximação do sistema normativo à riqueza do mundo real¹⁴⁴”, não importando em discricionariedade¹⁴⁵.

Vale ressaltar que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador objetiva a produção de uma solução adaptável à realidade, mantendo-se, contudo, a possibilidade de controle, a qual deriva da possibilidade de “determinação” do conteúdo do conceito¹⁴⁶.

Em verdade, a parcialidade da indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados (uma vez que, se absolutamente indeterminada a expressão, conceito não seria) faz com que a “autonomia” do aplicador da norma resida somente no âmbito da incerteza trazida pela indeterminação parcial, estando jungido o aplicador a interpretar o conceito de maneira compatível e adequada, afastando juízos de oportunidade e conveniência¹⁴⁷.

Igualmente, *a utilização de conceitos valorativos*, não serve para caracterizar a discricionariedade, uma vez que, em que pese importem avaliações subjetivas de valor, a valoração feita pelo aplicador deve levar em conta os valores vigentes na sociedade, e não exclusivamente os seus¹⁴⁸.

Note-se que as distinções feitas por MARÇAL JUSTEN FILHO levam em conta a manifestação da *vontade da administração pública*, quando se fala em “autonomia

¹⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 167.

¹⁴² MARÇAL JUSTEN FILHO fala da parcialidade da indeterminação dos conceitos jurídicos indeterminados porque entende que “Um conceito absolutamente indeterminado não seria um conceito. Todo conceito tem um núcleo de sentido, que permite a sua identificação (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 159)”.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 158.

¹⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 159.

¹⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 158-159.

¹⁴⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 159.

¹⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 160.

¹⁴⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 160-161.

da subjetividade do aplicador”. Não há como se pensar, vale deixar claro, que a discricionariedade justificaria ingerências pessoais dos indivíduos que compõem os órgãos administrativos. Lembre-se que a atuação discricionária está sempre adstrita à ordem jurídica, ao atendimento do interesse público e sujeita a mecanismos severos de controle.

4.4 ATO DISCRICIONÁRIO *versus* COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA

Apesar de correntes, as expressões “ato administrativo vinculado” e “ato administrativo discricionário” guardam impropriedades técnicas, sendo utilizadas, ainda hodiernamente, apenas por terem se arraigado na doutrina e na jurisprudência, sempre sendo feita a ressalva de sua incorreção em rigor jurídico¹⁴⁹.

Em verdade, “discricionária é a **apreciação** a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais e vinculada é a situação em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração [grifos do autor]¹⁵⁰”.

CELSONO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO assevera que mesmo a expressão “poder discricionário” guarda certa impropriedade, tendo em vista que não se trata de um “poder” abstratamente atribuído, mas de uma espécie de disciplina normativa da atividade administrativa¹⁵¹.

Esse posicionamento é majoritário na doutrina, contando com a contribuição de ODETE MEDAUAR¹⁵², MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁵³, MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁵⁴, entre outros.

Dessa maneira, é tecnicamente incorreto falar em “ato administrativo discricionário” ou em “poder discricionário”, sendo de se dizer que o que existe é a *competência discricionária* ou a *discricionariedade propriamente dita*.

Contudo, apesar de tecnicamente incorretas as expressões “ato administrativo discricionário” e “poder discricionário”, em vista da sua usualidade, continuaremos, aqui, a utilizá-las.

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p 952.

¹⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p 952.

¹⁵¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 953.

¹⁵² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007.

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

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

4.5 A RELATIVIDADE DA COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO magistralmente aponta que a competência discricionária é relativa e somente verificada no caso concreto, afirmando que, mesmo que haja campo discricionário na norma, há que se verificar se, no caso concreto, existe efetivamente espaço para a discricionariedade¹⁵⁵.

Entende o autor que a competência discricionária é relativa: (i) porque limitada aos tópicos para os quais o legislador deixou margem de adoção válida de mais de uma postura; (ii) pois a liberdade atribuída pelo legislador somente pode ser exercida levando-se em conta a finalidade legal do ato, sob pena de desvio de poder; (iii) porquanto “só existe na *extensão, medidas* ou *modalidades*” que resultem da lei; (iv) porque a existência de conceitos indeterminados não implica dizer que pode o administrador eximir-se de aplicar interpretação razoável e que considere o campo significativo mínimo das palavras; (v) pois, diante de um caso concreto, pode o administrador ter sua competência discricionária tão afunilada a ponto de só existir uma solução possível¹⁵⁶. LUIS MANUEL FONSECA PIRES chama esse fenômeno de “redução a zero” da competência discricionária¹⁵⁷.

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

5 - O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O termo “controle”, segundo HELY LOPES MEIRELLES, significa, na seara governamental, o conjunto de atribuições “de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro¹⁵⁸”.

Quando analisa uma questão que envolve a Administração Pública, o julgador não está exercendo a mesma função que exerce quando desenrola um litígio entre particulares, está, de fato, exercendo um *controle* sobre a Administração, na medida em que fiscaliza, orienta e corrige a conduta administrativa que fere direitos e interesses legítimos¹⁵⁹.

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p 952.

¹⁵⁶ FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 217-220.

¹⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p 952 e s.

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

¹⁵⁹ Vale colacionar o alerta feito por SÉRGIO DE ANDRÉA FERREIRA, segundo o qual, “*Sob o ângulo estritamente juscientífico é fundamental afirmarmos que, quando o juiz exerce a ‘justiça administrativa’, ou seja, tem ele de decidir sobre a atuação da Administração Pública, não está ele exercendo a mesma parcela da função jurisdicional desempenhada nos litígios entre particulares, como ocorre, por exemplo, quando há um credor e um devedor, de quantia inscrita em uma nota promissória* (FERREIRA, Sergio de Andréa. A especificidade do controle dos poderes públicos no

Sobre o *controle jurisdicional da Administração*, as Constituições da Itália e da Espanha assim dispõem, respectivamente¹⁶⁰:

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

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

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

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

Por isso verifica-se, ainda hoje, necessário e fértil o estudo do tema.

5.1 O CONTROLE COM BASE NOS MOTIVOS DETERMINANTES E NO DESVIO DE FINALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Partindo do pressuposto de que todos os atos administrativos devem apresentar um motivo, ou seja, devem ser calcados numa situação fática que os motivou, a escola francesa desenvolveu o que se chama de *teoria dos motivos determinantes*, segundo a qual, os motivos que determinam a atuação do administrador, ou seja, aqueles que levaram o administrador a adotar uma postura, em detrimento de outra, caracterizam-se por requisitos de validade/legitimidade do ato, podendo ser analisados pelo Poder Judiciário¹⁶¹.

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

contexto da função jurisdicional. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Celso Antonio Bandeira de Mello (org). São Paulo: Malheiros, 1997, p. 555⁹.

¹⁶⁰ Traduzidos por Sérgio de Andréa Ferreira (FERREIRA, Sergio de Andréa. A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Celso Antonio Bandeira de Mello (org). São Paulo: Malheiros, 1997, p. 552).

¹⁶¹ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 459.

EDMIR NETTO DE ARAÚJO explica que, por motivo, entende-se o “*impulso da vontade* decorrente do binômio evento-situação mais interesse público¹⁶²”, classificando-o como *condição intrínseca da legalidade*¹⁶³.

Diante da verificação de que o motivo é requisito de existência e validade do ato administrativo, desenvolveu-se a teoria dos motivos determinantes, que se estabelece sobre as seguintes premissas: (i) os motivos esboçados no ato presumem-se determinantes; (ii) a necessidade de exposição expressa, clara e fundamentada dos motivos em determinado ato é decorrente de determinação legal; (iii) o motivo deve ser lícito; (iv) cumulando-se vários motivos, a ilicitude de um deles não implica nulidade do ato; (v) o Poder Judiciário somente analisa os motivos determinantes quando impugnados, cabendo à parte o ônus da prova, não podendo adentrar nas questões de conveniência e oportunidade¹⁶⁴.

LUIS MANUEL FONSECA PIRES propõe a análise do ato administrativo e da discricionariedade sob um viés analítico da norma que atribui a competência discricionária, levando-se em conta o seu conteúdo.

Assim, o controle judicial deverá levar em conta a análise das normas que atribuem a competência discricionária, análise esta que “deve debruçar-se sobre o âmbito da função administrativa¹⁶⁵”.

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

[...] sobre a lei facultar a discricionariedade de escolha de um entre diversos fatos possíveis – seja por disposição expressa ou por omissão na enumeração dos fatos -, é preciso sempre avaliar a pertinência desta atribuição normativa. [...] não é sempre que a lei pode outorgar a discricionariedade administrativa. Não pode [...] deixar de prescrever os *fatos* que se qualificam como infração administrativa¹⁶⁶.

Vale ressaltar, outrossim, que os motivos do ato não se confundem com a motivação, ou “exposição de motivos”¹⁶⁷, sendo esta referente à fundamentação da decisão,

¹⁶² ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 459.

¹⁶³ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 461.

¹⁶⁴ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 460.

¹⁶⁵ FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 173.

¹⁶⁶ FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 198.

¹⁶⁷ Na expressão de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de direito administrativo*).

enquanto que aqueles se referem aos motivos, ou fatos, que determinaram a atuação administrativa.

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

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

Por finalidade, entende-se “a realização *efetiva* do interesse¹⁶⁸” público e, por desvio de finalidade, entende-se o seu oposto, ou seja, a não realização ou a realização viciada do interesse público¹⁶⁹.

O desvio de finalidade, analisam GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, tem a ver com a legalidade do ato, e não com a moralidade, haja vista que o seu controle opera-se segundo critérios exclusivamente jurídicos¹⁷⁰.

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

Com base nas teorias acima, desenvolveu-se na doutrina brasileira o entendimento, encabeçado por SEABRA FAGUNDES, CAIO TÁCITO e VICTOR NUNES LEAL, de que o Poder Judiciário pode analisar a legalidade e a existência dos motivos determinantes e da finalidade do ato, contudo, sem adentrar no chamado mérito administrativo.

Conforme anota ODETE MEDAUAR, há o entendimento que se inclina para o *controle restrito*, segundo o qual, é impossível a ingerência do Poder Judiciário sobre atividades típicas do Poder Executivo, diante do princípio da separação dos poderes. Por conta disso, o controle deve girar somente em torno do cumprimento dos requisitos legais que regem o ato, de maneira a prestigiar a estrita legalidade¹⁷¹.

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

¹⁶⁸ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*, 2. ed. ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2006, p. 459.

¹⁶⁹ “Esta é, enfim, a natureza jurídica do desvio de finalidade: cuida-se de um vício de finalidade (FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 249)”.

¹⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. 12. ed. Madri: Civitas, 2004. 2v, p. 461-462.

¹⁷¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p. 396.

A par do entendimento restritivo do controle judicial do ato administrativo discricionário, ODETE MEDAUAR esboça posicionamento tendente à ampliação desse controle, asseverando, *in verbis*, que:

“A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. o texto da 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade administrativa e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle. E a ação popular pode ter como um dos seus fulcros a anulação de ato lesivo da moralidade administrativa, independentemente de considerações de estrita legalidade¹⁷² .

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

Por fim, assevera que é “*Evidente que a ampliação do controle jurisdicional não há de se levar à substituição do administrador pelo juiz, encontrando limites*¹⁷³”.

Nessa esteira, lapidares as contribuições de SEABRA FAGUNDES, VICTOR NUNES LEAL e CAIO TÁCITO, que deram um passo importante para a ampliação do controle judicial da discricionariedade, demonstrando que os motivos e fins do ato administrativo são integrantes, de fato, da própria legalidade do ato, e não da discricionariedade e mérito.

HELY LOPES MEIRELLES¹⁷⁴, por sua vez, afirma que ao Poder Judiciário cabe somente a análise da *legalidade* e da *legitimidade* do ato administrativo, sem adentrar no seu mérito.

Por legalidade, aponta, deve-se entender o cumprimento dos requisitos legais que regem a matéria, enquanto que, por legitimidade, deve-se entender o atendimento dos princípios básicos da Administração Pública, em especial, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade¹⁷⁵ .

¹⁷² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p 396.

¹⁷³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p 396.

¹⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 110-111.

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 110-111.

Adiante, conclui que, “*Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração*”¹⁷⁶.”

Apona, por fim, que não se pode confundir o mérito do ato administrativo com os seus *motivos determinantes*, que são, estes sim, passíveis de análise e controle judicial.

MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO posiciona-se da mesma forma, asseverando que o controle judicial dos atos administrativos discricionários deve respeitar a discricionariedade, nos limites em que ela é assegurada pela lei¹⁷⁷.

Isso significa dizer que o Poder Judiciário, indo além da análise da legalidade e dos limites da discricionariedade – motivos determinantes e desvio de poder -, acaba por substituir a escolha do administrador pela sua própria, invadindo o espaço reservado a este pela própria lei¹⁷⁸.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁷⁹, no mesmo sentido, assevera que, apesar de o juiz estar atrelado à análise da legalidade, passando, obrigatória e inafastavelmente, pela análise da finalidade, dos motivos e da causa do ato, enquanto elementos que impõem limites à discricionariedade, é defeso ao judiciário analisar o mérito do ato administrativo legal, tomando por legalidade o conceito amplificado já exposto, e fazer as vezes do administrador.

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

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

Na jurisprudência encontramos adeptos desse entendimento, vejamos:

¹⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 110.

¹⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 202-203.

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 202-203.

¹⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p 945 s.

[...]III - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade[...]¹⁸⁰.

ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. AUSÊNCIA. AFRONTA. AUTONOMIA HIERÁRQUICA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS INFORMAÇÕES. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. JUDICIÁRIO. ANÁLISE. MÉRITO. PUNIÇÃO.

[...]

4. Refogem ao controle judicial a análise das alegações referentes à necessidade do requisito da habitualidade para caracterização da desídia, à ocorrência de omissão do impetrante, em relação ao ato de classificação das despesas empenhadas, e à proporcionalidade de pena, por integrarem o mérito do ato administrativo [...] ¹⁸¹.

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

5.2 O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Em que pesem os entendimentos de que ao Poder Judiciário não caberia a análise do mérito do ato administrativo, “o contraponto legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente ¹⁸²”.

O estudo sobre o tema ganha especial proporção nos estudos sobre o alcance da análise judicial da discricionariedade administrativa, mesmo porque, “O controle de *mérito* no Direito Administrativo reveste a maior importância, de vez que permite, pela discriminação de um elemento integrante de certos atos administrativos e isento de controle jurisdicional, delimitar, a determinado ângulo, o âmbito desse controle sobre a Administração Pública ¹⁸³”.

MIGUEL SEABRA FAGUNDES, entende o mérito do ato administrativo como a expressão da discricionariedade. O mérito contém aspectos políticos e pode ser resumido no binômio *oportunidade-conveniência*, sendo sua análise defesa ao Poder Judiciário,

¹⁸⁰ BRASIL. SJT. Mandado de Segurança MS 8418 / DF. 3ª Seção, j. 28/05/2003. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ 09/06/2003 p. 169.

¹⁸¹ BRASIL. STJ. Mandado de Segurança MS 5983 / DF. 3ª Seção, j. 18/02/2002. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ 04/03/2002 p. 176.

¹⁸² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p. 110.

¹⁸³ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Conceito de mérito no direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica, p. 189.

porque envolve “interesses” e não direitos, não decorrendo de aspectos estritamente jurídicos¹⁸⁴.

Nas palavras do autor,

O juiz, no desdobrar do processo executório, não se substitui ao administrador naquilo que lhe é estritamente peculiar, isto é, na apreciação política, ou, se se quiser, discricionária do procedimento administrativo. [...]. *O mérito está no sentido político do ato administrativo*. É o sentido dele em função das normas de boa administração. Ou noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, é, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso exprime sempre um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc., de cada procedimento administrativo. Esses aspectos muitos autores os resumem no binômio: *oportunidade e conveniência*. *A identificação do mérito no ato administrativo nem sempre é fácil. Em alguns casos ele parecerá confundir-se com o motivo do ato; noutros com a finalidade*. É que o mérito se constitui desses *imponderáveis* de que fala William A. Robson, presentes no procedimento administrativo, *mas insusceptíveis de determinação precisa como a que comportam os aspectos legais* de tal procedimento [grifos nossos]¹⁸⁵.

O entendimento de SEABRA FAGUNDES foi acatado por diversos juristas, dentre os quais destacamos HELY LOPES MEIRELLES, para quem o mérito do ato administrativo “consubstancia-se [...] na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar¹⁸⁶”.

Não há que se falar, prossegue este autor, em mérito no ato administrativo vinculado pois, neste, não há espaço para juízos de conveniência e oportunidade¹⁸⁷.

ODETE MEDAUAR, por seu turno, diferencia *discricionariedade* de *mérito*, asseverando que aquela é a *possibilidade de escolha* atribuída ao administrador¹⁸⁸, enquanto que este é a “margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade”, sendo a própria escolha efetivada pela Administração diante do caso concreto, na medida em que o mérito é o que “expressa o juízo de conveniência e oportunidade¹⁸⁹”.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, por sua vez, conceitua o mérito do ato como sendo:

¹⁸⁴ SEABRA FAGUNDES. M. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. Ed. atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p.180-182.

¹⁸⁵ SEABRA FAGUNDES. Miguel. *Conceito de mérito no direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo: Seleção Histórica, p. 190-191.

¹⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 155.

¹⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 155-156.

¹⁸⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p.107.

¹⁸⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 11. ed. rev., e atual. – São Paulo: RT, 2007, p.109.

o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada¹⁹⁰.

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

A discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente¹⁹¹.

De fato, não há um conceito objetivo do que seja o chamado mérito do ato administrativo, como ressalta LUIS MANUEL FONSECA PIRES, que magistralmente assevera:

Não obstante, diante do atual estágio da ciência do direito administrativo, quando não mais se questiona se existem atos isentos de controle judicial – como se discutia no século XIX e durante a primeira metade do século XX –, quando a ciência jurídica evoluiu significativamente para destrinçar e aperfeiçoar a teoria do ato administrativo, entendemos que não há mais necessidade de invocar uma expressão que sequer se define com clareza – o “mérito” do ato administrativo – para justificar que todos os atos estatais são passíveis de controle judicial, e apenas um núcleo – sem se esclarecer o que caracteriza este núcleo – é imune ao controle. Hodiernamente, há a possibilidade de identificar, na sistematização do ato administrativo, seja com um rol ao qual se atribui a cada aspecto analisado o nome de “requisito”, ou de “elementos”, seja com a distinção de “pressupostos” e “elementos”, é possível, insistimos, apreciar a discricionariedade administrativa e identificá-la em cada ato praticado sob a competência discricionária sem a necessidade de nos valermos do termo “mérito do ato administrativo”¹⁹².

Isso porque, prossegue, ao se estudar o conceito de mérito do ato administrativo, percebe-se que ele sempre coincide com algum outro instituto da teoria do ato administrativo – como *momento*, *objeto*, *motivo* e *conteúdo* –; além de ser utilizado

¹⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 932-933.

¹⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 940.

¹⁹² FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 215-216.

reiteradas vezes como subterfúgio para se afastar da análise judicial determinada atuação administrativa.¹⁹³

“Como se a palavra ‘mérito’ comportasse alguma invocação mágica, ora a Administração escusa-se perante o Judiciário de que sua atividade impugnada não pode ser conhecida por este Poder porque se trata de assunto relacionado ao indefinido e impreciso “mérito”, ora o próprio Judiciário adianta-se para omitir-se ao controle e pronunciamento sobre a legitimidade da atividade sob o mesmo argumento e tudo isto quando é plenamente possível aferir se é o caso de existir, ou não, a intervenção do Judiciário de acordo com a análise dos limites de atribuição da competência discricionária na estrutura normativa, ou conforme a análise da sistematização do ato administrativo¹⁹⁴”.

Dessa maneira, conclui que é desnecessária a análise do mérito do ato administrativo, sendo possível que o julgador atenha-se ao estudo da norma e da sistematização do ato administrativo para que reveja o ato administrativo discricionário¹⁹⁵.

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

[...] Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstracto da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir. Em face da teoria da asserção no exame das condições da ação e da necessidade de dilação probatória para a análise dos fatos que circundam o caso concreto, a ação que visa a um controle de atividade discricionária da administração pública não contém pedido juridicamente impossível [...]¹⁹⁶.

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

Conceituar o mérito do ato administrativo simplesmente como *a escolha do administrador* parece-nos equivocado na medida em que, se o mérito corresponde à escolha do administrador; se, em havendo mais de uma escolha possível, somente couber ao administrador decidir qual será a melhor ao caso concreto, em situação alguma seria possível o controle judicial da discricionariedade administrativa, tendo em vista que, se por discricionariedade entende-se *a possibilidade de adoção de mais de uma decisão válida*

¹⁹³ FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009.

¹⁹⁴ FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p.216-217.

¹⁹⁵ FONSECA PIRES, Luis Manuel, *O Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa*. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. São Paulo: Elsevier, 2009, p. 317.

¹⁹⁶ BRASIL. STJ. Recurso Especial 879188 / RS. 2ª Turma, j. 21/05/09. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 02/06/2009.

diante de um caso concreto, esgotada essa possibilidade, discricionariedade não se verificaria; ainda, se somente ao administrador cabe escolher, em havendo a possibilidade de escolha [discricionariedade ou competência discricionária], quando presente a discricionariedade, vedado estaria o Poder Judiciário de se pronunciar sobre a escolha adotada pelo administrador.

Ademais, se o mérito refere-se à escolha do administrador, tem-se que, conforme dispusemos anteriormente [Item 4.2], a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela opção que melhor atenda ao interesse público, respeitando-se os princípios constitucionais e as regras que regem a atuação do agente da administração pública.

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

Contudo, vale asseverar, não se pode olvidar as considerações de SEABRA FAGUNDES, segundo o qual, a escolha adotada pela Administração leva em conta interesses, não sendo um juízo estritamente jurídico, não podendo o juiz substituir, pelo seu próprio, o juízo político feito pelo administrador¹⁹⁷.

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

Valemo-nos do que assevera o Ministro Humberto Martins, ao dizer que, se no caso concreto remanescer dúvida quanto à melhor escolha possível, “*competete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir*”¹⁹⁸ porque, acrescentamos, de acordo com os ensinamentos de SEABRA FAGUNDES, a escolha deve se pautar não somente em conceitos jurídicos, mas em questões de cunho político.

Diante disso, podemos concluir que *o mérito do ato administrativo corresponde à escolha do administrador e somente é verificável quando não há como se aferir, analisando as peculiaridades do caso concreto, a melhor atitude a ser adotada e, nesse sentido, prevalecerá a análise do administrador*¹⁹⁹.

¹⁹⁷ SEABRA FAGUNDES. M. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. Ed. atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006.

¹⁹⁸ BRASIL. Recurso Especial 879188 / RS. 2ª Turma, j. 21/05/09. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 02/06/2009.

¹⁹⁹ Uma situação que se pode citar como condição em que não é possível aferir qual seria a melhor escolha é quando, no caso concreto, o administrador e o julgador se deparam com os limites estabelecidos pela *cláusula da reserva do possível*, que, em linhas gerais, nas palavras de Fernando Borges Mânica, “[...] não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma *teoria da reserva do financeiramente possível*, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos

5.3 OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA COMO NORTEADORES DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Segundo ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, a Administração Pública trata-se de um aparelho legalmente constituído para satisfação do bem comum, efetivado pela realização de serviços, sendo que as atividades administrativas estão, por força do art. 3º, IV, da Constituição brasileira, atreladas à lei e necessariamente devem estar contornadas pela legalidade²⁰⁰, que deve ser concebida na atual ordem constitucional como princípio “[...] destinado a realizar a segurança jurídica no seio social, se conjugada com demais princípios constitucionais asseguradores da realização dos direitos fundamentais²⁰¹”.

Leciona CIRNE LIMA que “[...] a relação de administração somente se nos depara, no plano das relações jurídicas, quando a finalidade a que a atividade de administração se propõe nos parece defendida e protegida, pela ordem jurídica, contra o próprio agente e contra terceiros²⁰²”.

públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa. [...]. Atualmente, especialmente em decorrência de posicionamento forte da jurisprudência, a teoria da *reserva do financeiramente possível* tem sido afastada como panacéia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado. É que as decisões têm exigido não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária. [...]. A *reserva do possível* traduzida como insuficiência de recursos, também denominada *reserva do financeiramente possível*, portanto, tem aptidão de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais apenas na hipótese de comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes para tanto. Tal viés da *teoria da reserva do possível* é importante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades – mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais – são ilimitadas e os recursos são escassos. Esse postulado, fundamento da ciência econômica, deve ser levado em conta tanto na definição das políticas públicas quanto na decisão judicial no caso concreto. Entretanto, nesta última hipótese, a insuficiência de recursos deve ser comprovada. [...]De outro lado, como acima assinalado, a *teoria da reserva do possível* também tem sido interpretada como limitação à efetivação de direitos fundamentais sociais em face da incapacidade jurídica do Estado em dispor de recursos para a efetivação do direito. Inexistindo previsão orçamentária específica, estaria obstruída a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos sociais. Tal entendimento, como já denunciado acima, aproxima-se e funde-se com aquele segundo o qual, em face da separação de poderes, seria vedado ao Poder Judiciário, interferir na definição de políticas públicas. A questão foi analisada no item anterior e a jurisprudência tem se demonstrado firme em defenestrar tal argumento (MÂNICA, Fernando Borges. Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007)”.
²⁰⁰ BACELLAR FILHO, R. F. Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar. São Paulo: Max Limonade, 1998, p. 343.

²⁰¹ BREITWISSER, L. G. *O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência no Processo Administrativo*. Monografia. Orient. Profª. Ângela Cássia Costaldello - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 12.

²⁰² *Apud*. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 34.

“A juridicidade da Administração Pública brasileira não pode ser compreendida sem a incidência da Constituição, tão cara aos pressupostos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito²⁰³”.

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

“A Constituição de 1988 instaura uma nova *era* para a Administração Pública ao prever princípios constitucionais expressos da atividade administrativa: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”²⁰⁴

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

Conforme aponta EROS ROBERTO GRAU, “uma das características da Constituição de 1988 está em que ela é marcadamente *principiológica* – e, por conseqüência, *programática* -, no sentido de que dispõe não apenas *regras*, mas também *princípios*²⁰⁵”.

SERGIO FERRAZ acentua que a atuação da Administração Pública está previamente demarcada por um “elevado arcabouço principiológico, no qual a Administração há de abeberar suas inspirações e confrontar suas decisões. A Constituição de 1988 [...] é, sobretudo, uma Constituição de Valores, uma Constituição de Princípios²⁰⁶”.

PAULO BONAVIDES, assevera que os princípios são “a alma das Constituições, seu tecido mais nobre, sua energia mais expansiva, seu elemento mais dinâmico, sua categoria mais elevada em termos de juridicidade²⁰⁷”.

Nessa esteira, tem-se por certo que a noção principiológica do Direito, principalmente no que tange à Administração Pública pós-Constituição de 1988, altera a maneira como o próprio Direito Administrativo deve ser interpretado, sendo que os princípios devem ser utilizados como “vetores da Administração Pública, servindo sempre de norte para as decisões dos juízos e produção legislativa”²⁰⁸.

Adiante, leciona BACELLAR FILHO que “Os princípios indicam comportamentos favoráveis ou contrários, de adesão e sustentação ou dissenso e repulsa em relação a todos aqueles que se envolvem com a sua salvaguarda em concreto. Por não disporem de uma

²⁰³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 16.

²⁰⁴ FERRAZ, Sergio. *Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese*. Revista de Direito Público, Belo Horizonte, n.1, 2003, p. 200.

²⁰⁵ FERRAZ, Sergio. *Regulação da economia e livre concorrência: uma hipótese*. Revista de Direito Público, Belo Horizonte, n.1, 2003, p. 200 e s.

²⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 456.

²⁰⁷ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do estado*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 456 e s.

²⁰⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 14.

fattispecie, significados operativos somente podem ser a eles atribuídos diante da reação perante um caso concreto²⁰⁹”.

De fato, a abertura principiológica não se confunde com a indeterminação de conceitos jurídicos. Como anota HUMBERTO ÁVILA, “Os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários para realizar um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de realizar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários²¹⁰”.

Em vista disso, continua HUMBERTO ÁVILA, “pode até haver incerteza quanto ao *conteúdo* do comportamento a ser adotado, mas não há quanto a sua *espécie*: o que for necessário para promover o fim é devido²¹¹”.

Em verdade, uma das conseqüências da constituição de um Estado Democrático de Direito é a instituição de sistemas de controle do *poder* exercido pelo Estado, em suas múltiplas funções²¹².

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

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

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

Nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, “A essência do princípio [o da separação de poderes] está na separação harmônica e na conjugação de Poderes. Por outro lado, a independência absoluta de cada Poder geraria efeitos negativos, pois isso dificultaria seu controle²¹³”.

²⁰⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 13-14.

²¹⁰ AVILA, Humberto Bergmann. *Princípios e Regras e a Segurança Jurídica*. RDE. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 1, 2006, p. 189-206.

²¹¹ AVILA, Humberto Bergmann. *Princípios e Regras e a Segurança Jurídica*. RDE. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, v. 1, 2006, p. 189-206.

²¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007, p. 17.

²¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, p. 24.

Entendemos que a tradicionalmente chamada “separação de poderes” é melhor denominada como *tripartição de funções*, conforme ensina MIGUEL SEABRA FAGUNDES²¹⁴.

Para ele, a tripartição das funções estatais, em legislação, administração e jurisdição, *serve ao escopo de realizar os fins do próprio Estado*²¹⁵.

Apona o autor, em nota de rodapé, que:

A Montesquieu se deve ter precisado a classificação das funções do Estado mostrando, igualmente, o fim de tal classificação (Barthélemy e Duez, *Traité*, cit., p. 140). A divisão das funções estatais, correspondente à existência de três órgãos, é hoje adotada por quase todas as organizações políticas. Com frequência se recrimina o publicista do *Espírito das Leis*, à vista dos defeitos que a divisão de poderes (como observa Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, E. de Boccard, v.2, p. 664, ele jamais usou a expressão “separação de poderes”) convertida em separação irracional tem acarretado. Também é corrente se lhe negar a prioridade da teoria universalmente aceita. Mas é de justiça reconhecer-lhe o mérito de ter sido o primeiro sistematizador e o de mais autoridade dessa distinção de funções e órgãos do Estado. Embora visando à demonstração da necessidade de três órgãos distintos no Estado para uma real tutela do indivíduo, situou, de modo sistemático e convincente, a questão das funções estatais²¹⁶.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, por seu turno, afirma que essa trilogia nada mais é do que uma construção política, “invulgarmente notável e muito bem sucedida”, composta por Montesquieu e advinda da necessidade de *combater a tirania proveniente da concentração do poder*²¹⁷.

Segue ressaltando que, no sistema constitucional brasileiro, assim como noutros ao redor do mundo, a repartição das funções não é tida de forma absolutamente rígida. De fato, existem os chamados “freios e contrapesos” normativos, assim instituídos de forma a promover o equilíbrio entre os órgãos do Poder que, por sua vez, é uno²¹⁸.

ANA PAULA DE BARCELLOS que “a doutrina contemporânea da separação de poderes é um mecanismo engajado em um propósito: controlar o exercício do poder [...] garantindo-se o Estado de Direito e, principalmente, os direitos fundamentais²¹⁹”.

²¹⁴ SEABRA FAGUNDES. M. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. Ed. atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p.3.

²¹⁵ SEABRA FAGUNDES. M. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. Ed. atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p.3.

²¹⁶ SEABRA FAGUNDES. M. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. Ed. atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p.3.

²¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 32.

²¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 189.

²¹⁹ SEABRA FAGUNDES. M. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. Ed. atual. Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Saraiva, 2006, p.6

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

Ainda, qualquer afronta, por ato ou omissão da Administração Pública, aos princípios que norteiam a interpretação da regra jurídica também deve ser objeto de crivo judicial, sob pena de esvaziar de conteúdo a norma²²⁰.

Nesse sentido, lapidares as considerações de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, a respeito da gravidade assumida pelo malferimento dos princípios basilares da interpretação jurídica:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra²²¹.

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

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

Nas palavras de MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, “*Não cabe à Administração fazer o que quer, livre da tutela legal ou liberta do controle jurisdicional, indiferente a princípios condicionantes*”²²².

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

Nesse sentido, cite-se trecho de autoria de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

²²⁰ Rememore-se que, como norma jurídica, entende-se: o resultado da interpretação da regra, levando-se em conta os princípios do Direito.

²²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 949.

²²² FRANCO SOBRINHO Manoel de Oliveira. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993, p. 23.

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade *dentro da lei*, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela Lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos²²³.

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

Sobre isso, adverte CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO que, “embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiro poderiam desvendar com certeza inobjetével qual seria esta providência ideal²²⁴”, concluindo que “existindo discricionariedade, é ao administrador – e não ao juiz – que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada²²⁵”.

A intervenção desmedida do Poder Judiciário no juízo de conveniência e oportunidade²²⁶, que é próprio da Administração, pode tornar-se algo ditatorial, no sentido de concentrar numa esfera de poder, a do Judiciário, uma gama de atribuições maior do que aquela constitucionalmente instituída.

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

Dessa maneira, lapidares as considerações de BURT NEUBORNE, segundo o qual, “o valor real de um Direito Constitucional depende não somente, nem sequer principalmente, de uma boa formulação do texto constitucional, mas do intercâmbio

²²³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 106.

²²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 106.

²²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 26, São Paulo : Malheiros, 2009, p. 106.

²²⁶ Entenda-se a expressão “juízo de conveniência e oportunidade” como substitutiva de “mérito”, lembrando-se o conceito anteriormente tecido para esta instituição jurídica.

dinâmico entre o texto necessariamente ambíguo, o intérprete-aplicador judicial e os advogados das partes em litígio²²⁷”.

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

Partindo do pressuposto de que o mérito do ato administrativo somente é aferível no caso concreto e existe só quando *não houver como verificar qual a melhor escolha a ser adotada*, tem-se que a escolha do administrador pode ser objeto de análise e revisão judicial, *quando o julgador perceber que a decisão administrativa não foi a melhor possível, na medida em que não respeitou o correto sopesamento dos princípios envolvidos ou não atendeu, da melhor maneira, ao interesse público*.

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

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

RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la²²⁸.

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

EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS: Sr. Presidente, continuo ainda fiel às lições antigas de Miguel Seabra Fagundes, no melhor livro que já se escreveu sobre o controle dos atos administrativos. Ao Poder Judiciário não cabe julgar a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos. Peço vênia para discordar do voto da Ministra Relatora, negando provimento ao recurso especial²²⁹.

²²⁷ Apud BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 18-19.

²²⁸ BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 429570/GO. 2ª Turma, j. 22/03/2004. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 22/03/04 p. 277.

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

A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades – em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade –, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CB/88).

O sistema que o direito é compreende princípios e regras. A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle²³⁰.

HELY LOPES MEIRELLES assim assevera:

Todo ato administrativo, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a *anulação* por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.

Essa orientação doutrinária e jurisprudencial já passou para o nosso Direito legislado, como se vê do art. 5º, LXIX, da CF e da lei de mandado de segurança (Lei 1.533/51, art. 1º), que o admitem para coibir *ilegalidade ou abuso de poder* de qualquer autoridade, como, também, está na lei de ação popular, que enumera os *vícios de legitimidade* nulificadores dos atos lesivos ao patrimônio público (Lei 4.717/65, arts. 2º, 3º e 4º) e, ainda, na lei de ação civil pública, que reprime ou impede danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (Lei 7.347/85, art. 1º) e a qualquer outro interesse difuso, neste incluído o patrimônio público, por força, inclusive, do art. 12, III, da CF (Lei 7.347/85, art. 1º, com a redação dada pelo Código de Defesa do Consumidor)²³¹.

Entendemos, contudo, que não só os princípios do *caput* do art. 37 da Constituição vinculam a atuação do administrador.

Vale ressaltar que HELY LOPES MEIRELLES é partidário da doutrina que não entende possível a análise do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, apontando que o controle da conveniência e da oportunidade cabe, normalmente, à própria Administração, exercendo o controle interno e o poder de auto-tutela e, em casos excepcionais, expressamente previstos na Constituição (art. 49, IX e X), caberá ao Legislativo, “mas nunca ao Judiciário”²³².

²²⁹ BRASIL. STJ. Recurso Especial REsp 429570/GO. 2ª Turma, j. 22/03/2004. Rel. Min. Eliana Calmon. Min. Francisco Martins. Voto Vencido. DJ. 22/03/04 p. 277.

²³⁰ BRASIL. STF. Recurso em Mandado de segurança 24699/DF. 1ª Turma. Rel. Min. Eros Roberto Grau. DJ 01.07.2005 p. 56.

²³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 709.

²³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 669.

Porque nos atos discricionários, a lei “confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto”, não cabendo ao Judiciário a análise dos critérios adotados pelo administrador, “porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação²³³”.

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

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

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

[...]

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito²³⁴.

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

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

6 - CONCLUSÕES

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

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

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

²³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. atual. – São Paulo: Malheiros, 2007, p. 156.

²³⁴ Constituição da República Federativa do Brasil.

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

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

A discricionariedade administrativa pode ser caracterizada pela previsão legal formulada abstratamente pelo legislador, que concede ao administrador público a competência de adotar mais de uma postura válida, sendo que a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela opção que melhor atenda ao interesse público, respeitando-se os princípios constitucionais e as regras que regem a atuação do agente da administração pública.

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

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMI, Mateus Piva. *A Discricionariedade Administrativa em face do Princípio da Eficiência*. São Paulo, 2007. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ARAUJO, L. A. D. . Diferenças individuais e concurso público: reflexões iniciais sobre os critérios de seleção do Estado para as carreiras jurídicas. In: Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto; Jacinto Nelson Miranda Coutinho; Orides Mezzaroba; Paulo de Tarso Brandão. (Org.). *Constituição e Estado Social*. 1 ed. Coimbra-São Paulo: Coimbra Editora, Revista dos Tribunais, 2008, v. , p. 219-234.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASCENÇÃO, José de Oliveira. *O direito*. Introdução e teoria geral. Uma perspectiva luso-brasileira. 11. ed.. Coimbra: Almedina, 2003

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo e o novo código civil*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

_____. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonade, 1998, p. 343.

_____. *Processo administrativo disciplinar*. 2. Ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. ed. 12, São Paulo : Malheiros, 1999

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Interpretação e aplicação da constituição*. 5. ed. ver. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. STF. Recurso em Mandado de segurança 24699/DF. 1ª Turma. Rel. Min. Eros Roberto Grau. DJ 01.07.2005 p. 56.

BRASIL. STJ. Mandado de Segurança 5983 / DF. 3ª Seção, j. 18/02/2002. Rel. Min. Fernando Gonçalves. DJ 04/03/2002 p. 176.

BRASIL. STJ. Mandado de Segurança 8418 / DF. 3ª Seção, j. 28/05/2003. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ 09/06/2003 p. 169.

BRASIL. STJ. Recurso Especial 429570/GO. 2ª Turma, j. 22/03/2004. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 22/03/04 p. 277.

BRASIL. STJ. Recurso Especial 879188 / RS. 2ª Turma, j. 21/05/09. Rel. Min. Humberto Martins. DJe 02/06/2009.

BREITWISSER, L. G. *O Princípio Constitucional da Presunção de Inocência no Processo Administrativo*. Monografia. Orient. Profª. Ângela Cássia Costaldello - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 12.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito alternativo na jurisprudência*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

CLÉVE, Clemerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo. In: *Direito alternativo. Seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro: ADV, 1993.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Roteiro de lógica jurídica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Constituição da República Federativa do Brasil.

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

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

_____. *A discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. São Paulo: Perspectiva, 1998.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional. In: *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. Celso Antonio Bandeira de Mello (org). São Paulo: Malheiros, 1997.

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

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Eficiência administrativa na Constituição Federal*, RDA 220.

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

_____. *O princípio constitucional da moralidade administrativa*. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993.

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

_____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. ver. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

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

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. ver. atual. e amp. – São Paulo: Saraiva, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

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

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

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo Administrativo. Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/99*. São Paulo: Malheiros, 2000.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 29.

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

_____. *Conceito de mérito no direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo; Seleção Histórica: Renovar, 1995.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006

VIGO, Rodolfo Luis. *Interpretação jurídica: do modelo juspositivista-legalista do século XIX às novas perspectivas*. Tradução de Susana Dalle Mura. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WARAT, Luiz Alberto. A produção crítica do saber jurídico. In: *Crítica do direito e do estado* (org. Carlos Alberto Plastino). Rio de Janeiro: Graal, 1984.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.