

## DIREITO ADMINISTRATIVO

### Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa no Estado Democrático de Direito

*Willian Buchmann*

Advogado.  
Aluno do curso regular da ESMP em 2002.

---

#### 1. Introdução

A discricionariedade vem sendo estudada não é de hoje, mas desde o Estado Moderno (no Estado Liberal). Todavia, considerando que praticamente todas as nações, ditas modernas, do mundo atual têm como regime de governo a democracia, a noção de discricionariedade deve ser revista, devendo, outrossim, ter outro enfoque o estudo de seu controle. A questão vem sendo bem trabalhada em nosso país em nível doutrinário – mormente após a promulgação da Carta de 1988, que previu no seu art. 1º, “caput”, expressamente, que República do Brasil se constitui num Estado Democrático de Direito –, entretanto, é bom que se frise, ainda permanecem encravados alguns dogmas, que também boa parte da jurisprudência insiste em fazer prevalecer, contendo por demais uma efetiva atuação do Poder Judiciário em matérias que envolvem a Administração Pública. Este pensamento conservador e em desalinho com os princípios democráticos – bem evidenciados estes, e.g., no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Republicana – tem-se apresentado, conforme a crítica de Leonel Ohlweiler, incapaz de evidenciar o simulacro da modernidade.<sup>1</sup>

Diante desse quadro, o valor deste estudo está em destacar a necessidade de impor limites à atuação administrativa do Estado, evitando-se desvios

---

<sup>1</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. *Direito Administrativo em Perspectiva*: Os termos indeterminados à luz da hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 111.

de poder e violação de princípios explícita e implicitamente reclamados pela Constituição Federal, os quais servem de paradigmas no controle da discricionariedade.

## 2. Estado Democrático de Direito

Antes de adentrar-se propriamente no tema aqui proposto, urge sejam ditas algumas palavras sobre democracia, que é hoje a forma política usada em praticamente todo o mundo contemporâneo, a qual se opõe a qualquer idéia de formalismo jurídico ou político. Democracia é o conjunto de garantias institucionais, surgidas não apenas do Estado de Direito, mas de preceitos éticos como a justiça e a liberdade, sendo aplicada no interesse do povo, ou seja, da maioria dominada, respeitando-se, contudo, os direitos da minoria dominante<sup>2</sup>. Ou, como prefere José Afonso da Silva, democracia, como conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, é a “*realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana*”<sup>3</sup>. Deve ser ponderado, ainda, ser a democracia o único regime político que considera o *conflito* legítimo, devendo interesses antagônicos ser reconhecidos e respeitados<sup>4</sup>. Por outro lado, democracia é um conceito que pressupõe uma constante mutação do conteúdo do Estado de Direito, isto é, uma sociedade efetivamente aberta ao tempo, às transformações, ao possível e ao novo<sup>5</sup>.

A expressão Estado Democrático de Direito, como observado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tem seu primado com Elfas Diaz, em sua obra intitulada *Estado de derecho y sociedad democrática*, conduzindo a uma noção de Estado de Transição para o socialismo<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. *Democracia, Jueces y Control de la Administracion*. 3.ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 68, 73-4.

<sup>3</sup> SILVA, José Afonso da. Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 173, 1988, p. 15.

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 97.

<sup>5</sup> *Ibidem*. p. 97-8.

<sup>6</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1999. p. 63.

Dita expressão, prevista na Constituição portuguesa como *Estado de Direito Democrático*, traz em seu bojo, portanto, uma noção socializante de Estado, tratando-se de um conceito preminentemente político, calcado, mormente, no princípio da soberania popular, que exige a participação efetiva do povo na administração do bem público, o qual detém mecanismos eficazes de controle de decisões.

Distingue-se, facilmente, do Estado liberal, ou Clássico, na medida em que este se caracteriza por seu aspecto e conteúdo formal e abstrato, sem perspectiva de qualquer materialização, o que se corporifica na generalidade das leis, ou, mais precisamente, em leis de caráter geral. Portanto, como obviamente há de ser concluído, o Estado Democrático se contrapõe ao excessivo formalismo do Estado Liberal<sup>7</sup>. E, se este não ganhou concretude, o mesmo dizer do Estado Social, que não trouxe consigo a justiça social e a dita efetiva participação popular na política do Estado. Trocando em miúdos, a igualdade no Estado Liberal é calcada em preceitos gerais e abstratos (generalidade das leis), inviabilizando a sua realização em concreto, o que somente se torna possível num Estado Democrático de Direito, que tem por função primordial a busca da justiça material por meio da participação popular nos mecanismos de controle das decisões e de sua efetiva participação nos rendimentos da produção<sup>8 9</sup>.

Ainda sob o enfoque comparativo-distintivo dos diferentes tipos de Estados de Direito, tem-se que o *Liberal* preconiza uma limitação da ação estatal, tendo a lei como *ordem geral e abstrata*; o *Social* acrescenta ao conteúdo do Estado Liberal um dever de implementação de prestações

---

<sup>7</sup> Merece destaque, no período do Estado Democrático, o princípio da igualdade, não a igualdade formal, mas a material, no sentido de tratar com igualdade os iguais e com desigualdade os desiguais. Sobre o assunto, destacou Suzana de Toledo BARROS que "*A solução do problema, oferece-se, tão-somente, a clássica fórmula: 'os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais, desigualmente', a qual, com infinitas variações, tem sido, em última análise, a síntese do princípio da igualdade formulado pela jurisprudência e doutrina.*" (*O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2.ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 188)

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 21.

<sup>9</sup> Traçando uma distinção entre os Estados Liberal e Democrático, conclui Paulo Bonavides, citado por José Afonso da Silva (Op. cit. p. 20), que "*a idéia essencial do liberalismo não é a presença do elemento popular na formação da vontade estatal.*"

pelo Estado, sendo a lei tida como um instrumento de *ação* concreta do ente estatal; e o *Democrático*, calcado na busca incessante da igualdade, traz consigo a pretensão de transformação do “status quo”, sendo a lei um instrumento de *transformação* da sociedade, em que o fim almejado é a constante reestruturação das próprias relações sociais<sup>10</sup>.

Ressalte-se, outrossim, presente neste modelo de Estado, o primado do constitucionalismo, não tendo a Carta Maior como mera limitação do poder estatal, mas como fonte de diretrizes mais fortes e tida como preexistente a qualquer lei, que em tal deve se inspirar quando do seu nascedouro.

Por falar em constitucionalismo, característica elementar do Estado Democrático, dispõe a nossa Carta Máxima, logo em seu artigo 1º: *“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos...”* (Grifou-se). Desta forma, percebe-se que a nossa Constituição se distingue da portuguesa, quando qualifica de democrático o Estado, não o Direito. Ademais, a CF brasileira de 1988, ao contrário da Constituição de Portugal, não condiciona o Estado Democrático à passagem ao socialismo de inspiração marxista, como pretende Manoel Gonçalves Ferreira Filho<sup>11</sup>, apenas vinculando-se a garantir a plena justiça social, fundada na dignidade da pessoa humana<sup>12</sup>.

Assim como nos demais tipos de Estados antes referidos, neste (Estado Democrático) também é de fundamental importância o princípio da legalidade, no sentido de a Administração Pública fica sujeita, no exercício da sua competência, aos ditames legais, não leis meramente abstratas, como se verificava no Estado Clássico, mas leis que busquem, veementemente, a igualdade, por meio da promoção da justiça. Nessa linha, acrescenta-se que um Estado de Direito como se pretende aqui só é possível se se considerar uma noção mais abrangente da palavra Direito, não apenas como

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolsan de. Op. cit. p. 91.

<sup>11</sup> *“Tais diretrizes consubstanciam uma orientação socializante, de inspiração marxista.”* (Op. cit. p. 64)

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 121.

sendo este um conjunto de normas emanadas pelo poder legislativo. Se assim não for feito, tendo-se em mente a noção Kelseana de Direito, pautada única e puramente no texto legal, o Estado de Direito, como bem observa José Afonso da Silva, passa a ser Estado de Legalidade, ou Estado legislativo, o que constitui uma redução deformante<sup>13</sup>.

Conforme leciona o já citado José Afonso da Silva, ao tratar do papel a ser desempenhado por este Estado, que se diz democrático, “*a tarefa fundamental do Estado Democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social*”<sup>14</sup>.

O Estado Democrático de Direito pode ser dividido, a teor do que sugere Maria Sylvania Zanella Di Pietro, em dois aspectos, quais sejam, o da *participação popular*, assim entendido o Estado Democrático, e o da *justiça material*, ou seja, o próprio Estado de Direito<sup>15</sup>.

Quanto à participação popular, impende dizer ser ela característica fundamental do Estado Democrático de Direito. Contudo, observe-se que ela já existia, em moldes limitados, é verdade, no Estado Liberal e no Estado Social.

É o Estado Democrático, entretanto, em virtude do qualificativo *democrático*, que reclama uma participação popular efetiva e direta na gestão e no controle da Administração Pública. Esta participação, registre-se, pode ser coletiva, por meio, e.g., de partidos políticos e sindicatos, ou individual, em que o próprio cidadão atua. Conforme o retromencionado, a participação popular pode ser direta ou indireta. Na direta cite-se como exemplo o *direito de ser ouvido*, relacionado com a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, e a enquete, consistente na consulta à opinião pública acerca de assuntos de interesse geral, porém pouco utilizada no Brasil<sup>16</sup>. Dentre a indireta, a *participação por via do Poder Judiciário* constitui, ainda, a melhor maneira de o cidadão controlar a atuação administrativa estatal, podendo-se referir como formas de sua exteriorização o mandado de segurança coletivo,

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 115.

<sup>14</sup> Ibidem. p. 123.

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Atlas, 191. p. 29.

<sup>16</sup> Ibidem. p. 33-4.

a ação popular (ainda pouco usada no Brasil), o mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão<sup>17</sup>.

Seguindo o exemplo do discriminado no art. 20 da Constituição Alemã, a nossa Carta Magna consagra os princípios do a) Estado Democrático, em que se acentua a soberania popular (art. 1º, parág. único da CF/88); b) Estado Federativo, garantindo-se certa margem de autonomia às unidades federativas; c) Estado Social, segundo o qual é dever estatal intervir em áreas sociais, como a saúde, a educação, de modo a diminuir a pobreza e as desigualdades, promovendo assim, a verdadeira justiça social; e d) Estado de Direito, isto é, respeito irrestrito e incondicional de quaisquer dos Poderes à Lei e ao Direito.

Em que pesem os variados posicionamentos acerca da importância, amplitude e caráter normativo do preâmbulo de uma Constituição, comunga-se do entendimento segundo o qual ele possui força obrigatória – tanto quanto, ou mais do que os dispositivos subseqüentes –, na medida em que nele se percebe aquilo que o legislador quis abarcar e os fins almejados<sup>18</sup> <sup>19</sup>. Nesse compasso, imperioso atentar para o disposto na parte vestibular da Constituição brasileira, quando prega, inclusive, a instituição de um Estado Democrático, protetor das liberdades e direitos sociais e individuais, garantindo-se, igualmente, o bem-estar, a segurança, a justiça e a igualdade como valores supremos numa sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

No que toca à legalidade no Estado Democrático de Direito, tem-se que este princípio vem expresso no art. 37 da Constituição Federal do Brasil, a qual, por sua vez, consagra outros tantos princípios. Agora, a legalidade não apenas se subordina a lei propriamente dita, mas sim se

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 34-8.

<sup>18</sup> Em sentido contrário, não reconhecendo o preâmbulo como norma constitucional, posiciona-se Alexandre de Moraes, que, entretanto, adverte: *“Apesar de não fazer parte do texto constitucional propriamente dito e, conseqüentemente, não conter normas constitucionais de valor jurídico autônomo, o preâmbulo não é juridicamente irrelevante, uma vez que deve ser observado como elemento de interpretação e integração dos diversos artigos que lhe seguem.”* (in *‘Direito Constitucional’*, 12. ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 49).

<sup>19</sup> Em sentido inverso, vide, ainda, voto recente do Min. Gilmar Mendes, retirado do Informativo 320 do STF (Reclamação n. 2.256-RN).

materializa consagrando valores contidos nos mais diversos princípios constitucionais, sejam eles explícitos, como o da moralidade – presente no referido art. 37 –, ou implícitos, como o da finalidade.

Nessa direção manifestou-se, recentemente, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em palestra sobre *discricionariedade administrativa e termos jurídicos indeterminados*, proferida na Escola Superior do Ministério Público Gaúcho em 26 de setembro de 2003, ressaltando que a chamada *juridicidade*, modernamente, compreende não só a lei, mas o direito como um todo, idéia que vem expressamente consagrada, e.g., na Constituição da Espanha. Ponderou, ainda, nesta oportunidade, o ilustre administrativista, que a tendência atual aponta no sentido de que os valores – e não apenas a lei formalmente considerada – voltem a permear o Direito com maior consistência.

Dentre os ditos valores, muitos deles já consagrados no preâmbulo da nossa Lei Suprema, merece relevo a justiça, pois que carrega em seu bojo outros valores também importantes, como o do bem-estar, da segurança, da liberdade, da igualdade etc.

Assim, urge concluir que tais princípios, que encerram força axiológica, ante seu caráter constitucional, figuram como fonte limitadora da discricionariedade. Ora, se os princípios gerais de direito e os constitucionais passam a abarcar a noção de legalidade neste modelo de estado, resta indubitado que, se desrespeitados, há a configuração de ato ilícito; logo, passível de correção pelo Poder Judiciário, máxime pelo alcance da norma contida no inciso XXXV do art. 5º da CF/88, a qual será analisada mais adiante com pormenores.

No Estado Democrático, o Direito Administrativo reveste-se de duas facetas: uma voltada para o âmbito socializador, em que há uma atenção e intervenção estatal nas necessidades básicas da sociedade, como educação, cultura, saúde e segurança, observados sempre os princípios constitucionais; outra dirigida para o lado democratizante, no qual se acentua a participação popular de modo efetivo, disponibilizando-se meios de atuação e controle da Administração Pública à toda a coletividade<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991. p. 37.

Sob este enfoque, o já citado José Afonso da Silva visualiza os seguintes princípios engajados no bojo do Estado Democrático de Direito: a) *princípio da constitucionalidade*, fundado numa Constituição rígida, emanada da vontade popular; b) princípio democrático, conduzindo a uma democracia representativa, participativa e pluralista; c) princípio da justiça social, visualizado nos arts. 176, “caput”, e 198 da CF, como princípio da ordem econômica e da ordem social; d) princípio da igualdade (CF, art. 5º, caput, e inciso I); e) princípio da divisão de poderes (CF, art. 2º) e da independência do juiz (art. 100 da CF); f) princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF); e g) princípio da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI a LXXIII da CF)<sup>21 22</sup>.

### **3. Discricionariedade Administrativa**

#### **3.1. Natureza jurídica, conceito e distinções**

No tocante à natureza do “poder discricionário” há diferentes posições estampadas na doutrina. A primeira delas entendendo-a como uma liberdade de escolha dentre os diversos comportamentos disponibilizados possíveis, respeitada sempre a finalidade legal, calcada no interesse público. A segunda, ensinando ser ela uma operação de intelecção por parte do administrador, que, por vezes, se depara com os chamados conceitos fluidos (indeterminados, elásticos, vagos), sendo necessário, então, que ele desvende o sentido pretendido pelo legislador no caso concreto. Por fim, há os que crêem ser a discricionariedade fruto de normas extrajurídicas, como as científicas e técnicas, que preencheriam a lacuna da lei.

Antes de qualquer outra ponderação, oportuno que se diga que, malgrado opiniões em contrário, nem sempre haverá uma única alternativa – a perfeita, a insubstituível – a ser implementada pelo administrador, caso contrário não existiria discricionariedade. Assim, casos haverá em que, em razão de pairar dúvidas evidentes sobre o ato dito ideal a ser praticado,

<sup>21</sup> SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 173, 1988, p. 24.

<sup>22</sup> Lenio Luiz Streck e José Luis Bolsan de Moraes (Op. cit. p. 90) acrescentam um outro princípio próprio do Estado Democrático de Direito, qual seja, o do *sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*.

caberá ao agente optar por aquela, dentre outras, que atenda ao interesse público de forma razoável.

Complementando essas idéias inicialmente engenhadas acerca das posições doutrinárias sobre a natureza da discricionariedade administrativa, calha destacar aquela mais acatada, referente ao primeiro entendimento mencionado, que exclui do seu campo os conceitos indeterminados, com o que, modestamente, como já dito, se discorda. Para os que compartilham daquela idéia, dentre eles Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernández<sup>23</sup>, na interpretação não há discricionariedade, e, na existência de conceito fluído, haveria uma única decisão a ser tomada: a perfeita.

Como bem salientou Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade não é mero problema de prova, no sentido de ser o resultado da impossibilidade de, por vezes, provar-se que houve violação do dever de adotar, no caso concreto, a solução certa preconizada na lei. Antes disso, provém da impossibilidade de se reconhecer, mentalmente, em determinado caso, o ato que atende com a devida precisão e de modo perfeito a finalidade estampada na norma legal. Portanto, esta situação pressupõe aquela<sup>24</sup>.

Importante deixar claro aqui que a discricionariedade não se constitui em tarefa interpretativa da vontade da lei, na medida em que toda interpretação é vazia do elemento vontade, sendo um trabalho objetivo de apreciação e conclusão do que reclama o preceito legal. Contrariamente, haverá discricionariedade quando houver uma carga de apreciação subjetiva ao administrador, a quem, pautado na noção de moralidade pública e no afã de satisfazer o interesse público, imprime um comportamento segundo a sua vontade. Em suma, haverá discricionariedade quando ao administrador competir preencher com sua determinação volitiva, casuisticamente, a vontade da lei que, em tal caso, haverá feito apelo e remissão ao querer do administrador, ancorando-lhe adrede a vontade, ao qualificá-la, de antemão, como sendo a vontade legal<sup>25</sup>. Diferentemente, quando a

<sup>23</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit. p. 394.

<sup>24</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2a ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 42.

<sup>25</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 289-90.

norma legal reclamar uma apreciação puramente objetiva, estar-se-á diante de situação de vinculação, não de discricionariedade.

No que respeita ao campo conceitual propriamente dito da discricionariedade, deflui-se, de plano, traduzir ela a possibilidade, decorrente da lei, de o administrador agir ou não em determinada direção<sup>26</sup>. Tal liberdade, convém frisar, não se confunde com a liberdade existente no mundo dos particulares. Nesta, ao agente é dado atuar conforme sua conveniência pessoal, em benefício próprio ou alheio. Já aquela vincula-se à idéia de função administrativa, ou seja, faculdade de optar pela melhor solução, mas dever de agir no interesse da coletividade.

Ou, numa noção mais sucinta, poder-se-ia dizer que “*discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas...*”<sup>27</sup>. Daqui decorre outro pressuposto próprio da discricionariedade, que deve, por igual, ser considerado, traduzido na idéia de justiça da providência administrativa.

Disso tudo resulta que a discricionariedade diz com a possibilidade de adotar-se uma medida, segundo princípios de equidade, dentre outra(s) igualmente aceita(s) pelo Direito. Para tanto, faz-se um juízo axiológico de determinada circunstância fática e legal, agindo-se, a seguir, conforme a oportunidade e a conveniência que dado caso demanda. São estes, em síntese, os critérios sugeridos por Di Pietro, ao elaborar o conceito de discricionariedade<sup>28</sup>.

Assim, pode-se dizer, conclusivamente, ser a *discricionariedade* o campo de liberdade que sobeja ao administrador da apreciação do enunciado legal, para que, observada a razoabilidade<sup>29</sup>, diante de termos indeterminados ou alternativas conferidas pela norma jurídica, implemente aquela ou uma daquelas que realize o fim legal, que é, em última análise o interesse público, considerando-se os critérios de conveniência e oportunidade.

<sup>26</sup> CRETTELA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 163.

<sup>27</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit. p. 394.

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 41.

<sup>29</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 48.

De outro quadrante, antes de adentrar-se em qualquer outra abordagem, urge seja deixado transparente e distinção entre competência regrada e discricionária. Em ambos os casos há amparo e fundamento no princípio da legalidade, que ora disponibiliza ao agente administrativo uma tectura mais restrita, ora mais aberta.

Oportuno observar-se, entretanto, que raramente um ato administrativo terá conteúdo puramente ligado (vinculado) ou discricionário. O que se pode asseverar com certeza é que discricionariedade e vinculação é matéria preponderantemente coexistente nos atos do Poder Executivo, dado que aqueles praticados pelo Judiciário e Legislativo são, quase que em sua totalidade, amplamente regradados.

O poder vinculado toma forma quando o direito positivo emite normas com pressupostos que restringem, por completo, a liberdade do administrador de agir conforme critérios de conveniência e oportunidade, podendo, quando muito, escolher o momento de agir. Todavia, casos existirão em que a lei conferirá ao administrador um campo de liberdade maior (discricionariedade), com critérios também de ordem subjetiva, mas, registre-se, sempre no afã de realizar a finalidade legal, que, como já se disse, é o interesse público. Bem a propósito, para melhor elucidar a noção que ora se propõe, significativo o lecionado por Almiro do Couto e Silva, no sentido de que *“O poder de escolha, característico do poder discricionário, relaciona-se com o ‘se’ e com o ‘como’ da ação administrativa ou com ambos. O Poder de eleição entre praticar ou deixar de praticar determinado ato (escolha quanto ao ‘se’) exprime a margem mínima de poder discricionário.”*<sup>30</sup>

Acresça-se aos casos de discricionariedade, embora com significativa corrente contrária, os conceitos fluidos ou indeterminados, decorrentes da hipótese ou da finalidade da norma. Cite-se como exemplo de termos vagos ou imprecisos valores como *interesse público, segurança pública, moralidade pública* etc.

Portando, estar-se-á diante de uma hipótese que comporta ato discricionário quando a norma jurídica prever dois ou mais comportamentos

<sup>30</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179, 1990, p. 55.

possíveis de serem praticados no caso concreto, devendo o agente analisar caso a caso para ver aquela que bem atende ao interesse geral. Aqui, a adoção de uma ou de outra opção depende de critérios como o de oportunidade, de conveniência, de justiça e de igualdade.

Entrementes, não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade; enquanto aquela é a liberdade de a Administração agir dentro dos ditames legais, esta é a conduta *extra legem* ou *contra legem*. Ou, trocando em miúdos, arbitrariedade é fruto da mera vontade e capricho de quem detém o poder, enquanto que a discricionariedade diz respeito a liberdade de ação limitada pela razão e pelos fins legais<sup>31</sup>.

### **3.2. Serventia jurídico-social da discricionariedade**

Conforme já se teve a oportunidade de ressaltar anteriormente, ao legislador não é dado, lógica, material e racionalmente, prever, minuciosamente, todas as situações de fato, e seus objetos, dirigidas aos seus executores que, no caso, são os operadores administrativos. Acrescenta-se a tal inviabilidade o fato de que é sabido ser técnica legislativa moderna a elaboração de leis com conceitos abertos.

Estes conceitos abertos denotam importância indiscutível, na medida em que se ajustam à nossa sociedade de massa, atendendo às frequentes e céleres mutações sociais, conferindo-lhe maior flexibilidade, com o que restam satisfeitas as necessidades de cada momento.

Nesse compasso, vale observar que não se pode olvidar da relevância do fator hermenêutico como forma de *criação* da norma jurídica. Sim, pois o texto legal, *de per se*, não pode ser confundido com a norma jurídica propriamente dita, que resulta, isto sim, da interpretação que lhe confere – no nosso caso – o administrador; é este que lhe diz o seu significado. Assim, fácil perceber que o direito para ser direito passa pelo problema da racionalização das incertezas, devendo, primeiro, ser realizado, pois somente com a sua realização – e aqui verifica-se a importância do intérprete e

---

<sup>31</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Op. cit. p. 471.

aplicador do texto legal – adquire sua autêntica existência e vem à sua própria realidade<sup>32</sup>.

Por outro lado, justifica-se a existência da discricionariedade de modo a evitar-se o automatismo do operador administrativo, que funcionaria como uma espécie de robô do Poder Legislativo, havendo sério abalo da concepção tripartida dos poderes, surgida do pensamento de Montesquieu.

Sob um outro prisma, poder-se-ia traçar a utilidade da discricionariedade dizendo que é uma forma de definir o campo de liberdade do administrador, já que pautada nos limites legais, bem assim como um meio de impor limites à correção judicial. Neste caso, se o agente administrativo, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decidir por uma dentre mais situações igualmente admissíveis, com vista ao atendimento do fim legal, estará agindo no âmbito do mérito administrativo, quando – *segundo o entendimento dogmatizado* – se mostrará descabida a sua apreciação pelo Poder Judiciário. Em que pese este entendimento, não se pode olvidar do que preleciona o inciso XXXV do art. 5º da nossa Carta Fundamental, no sentido de que a lei não excluirá da apreciação do Judiciário nenhuma lesão ou ameaça de lesão, o que será, algures, objeto mais detalhado deste estudo.

### **3.3. Discrição na formação do ato, na norma e no caso concreto**

A formação do ato passa pela análise da *competência*, quando há entendimento pacífico da não ocorrência de qualquer discrição, pois que o poder de ação do agente administrativo deriva diretamente do preceito legal, não lhe sendo concedida margem de liberdade alguma; a segunda etapa é a da observação dos motivos, isto é, *constatação* da situação de fato, quando, por igual, não existirá o fator discricionariedade, visto que, conforme referido, não passa de mera fase de constatação, ou seja, de situação preexistente; a seguir, tem-se o procedimento de *valoração dos fatos*, podendo haver discrição quando deva o agente, *ex vi lege*, avaliar as conseqüências advindas do ato que está na iminência de se concretizar; e, por derradeiro,

---

<sup>32</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. Racionalização das Incertezas Constitucionais. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, n. 42, 2000, p. 30-1.

vem a etapa da *verificação das medidas adequadas* para a satisfação da hipótese legal, isto é, a concretização do objeto, onde reside, por excelência, a discricionariedade<sup>33</sup>.

Malgrado a importância destas considerações sobre formação do ato administrativo, merece maior enfoque a distinção entre a discricção na norma jurídica e a discricção no caso concreto. Esta se verifica, como o próprio nome diz – *caso concreto* –, quando o agente se depara com uma das situações fáticas disponibilizadas pela regra de direito. Já a primeira pode residir na hipótese da norma (termos indeterminados), no seu mandamento (a lei faculta um comportamento em vez de reclamá-lo), na sua forma jurídica de veiculação do ato, no momento a ser exteriorizado o ato ou, ainda, na sua finalidade (termos indeterminados)<sup>34</sup>.

De antemão, cumpre referir que a discricionariedade constante da norma jurídica é mais elástica, mais ampla do que aquela presente em um certo caso<sup>35</sup>, podendo esta ficar reduzida a zero, dependendo das circunstâncias. Isso porque, como é de se presumir, a regra de direito, tanto com relação aos atos ligados como aos discricionários sempre pretende que o agente adote a hipótese que melhor atende a finalidade legal, não aquela ruim ou deficitária. Tal propósito normativo é ainda maior quanto aos atos discricionários, pois se o legislador conferiu ao administrador certa margem de liberdade, é porque, neste caso, não foi possível adotar a vinculação, sendo mais prudente possibilitar ao agente, que é quem, em tese, conhece a situação de fato, a escolha da conduta ótima, que atenda à imposição legal<sup>36</sup>.

Convém atentar, no entanto, para o valor que recai sobre o perfeito ajuste do meio utilizado de modo a atingir-se a finalidade regradada. Nesse compasso, mesmo que a norma de direito outorgue ao agente determinada conduta, esta somente será legítima se atingir o fim legal, o que somente se torna possível com o uso dos instrumentos necessários. Para tanto, urge que tanto o poder controlador Administrativo como o Judiciário, de forma a averiguar da perfeita adequação da conduta à norma e sua finalidade,

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 49.

<sup>34</sup> Ibidem. p. 50.

<sup>35</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...* Op. cit. p. 36.

<sup>36</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...* Op. cit. p. 33.

confrontem, como sugere Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>37</sup>, o ato às circunstâncias fáticas; o resultado desta confrontação poderá ser o da existência de discricionariedade no nível da norma, mas não no tocante ao caso concreto. Assim, feita tal confrontação, será possível verificar se a Administração agiu dentro dos parâmetros da razoabilidade, bem assim se houve ou não um enfunilamento do campo de liberdade que lhe foi conferido pela norma.

### 3.4. Discricionariedade e mérito do ato administrativo

Imperioso, de pronto, salientar o seguinte: não há se confundir a noção de mérito ou merecimento presente no direito processual civil – e mesmo no direito processual administrativo – com a concepção de mérito do Direito Administrativo propriamente dito. Nessa linha, aquela noção diz com a própria pretensão do autor externada em juízo, isto é, refere-se ao conteúdo da lide, em oposição às questões preliminares, que, excepcionalmente, dão ensejo ao encerramento do processo. Já o mérito constante do terreno da Administração significa a faculdade, no plano da discricionariedade, segundo critérios de *oportunidade* e *conveniência*, de o agente valorar dada situação e conduzir-se no sentido de tomar a solução mais acertada, na busca da satisfação do interesse público. Ou seja, o mérito administrativo goza de sentido próprio e diverso do merecimento processual, só abrangendo os elementos não vinculados do ato administrativo, vale dizer: aqueles que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade e justiça<sup>38</sup>. Sob esse prisma, ensina José Cretella Júnior, no seu Dicionário de Direito Administrativo que “*Os agentes administrativos gozam de certa liberdade de valorar, dentro do campo discricionário em que se movam, não por força da autoridade de que se acham investidos, mas porque os juízos que formulam sobre determinadas situações são axiológicos.*”<sup>39</sup>

Disso, fácil concluir ser o mérito faceta, qualidade típica do ato administrativo discricionário, no qual há certa margem de apreciação subjetiva ao agente administrativo.

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...* Op. cit. p. 38.

<sup>38</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 5a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 145.

<sup>39</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Dicionário de Direito Administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 291.

Conforme já esclarecido anteriormente, o juízo de mérito é uma apreciação axiológica, que antecede ao ato administrativo em concreto, feita pelo administrador, segundo o binômio oportunidade-conveniência, de modo a atingir o pleno interesse público (aspecto positivo do mérito).

Detém o mérito do ato administrativo um sentido político, que é o de integração, ou complementação, da previsão abstrata contida na lei, de modo a satisfazer o interesse público. Nessa função integradora, e como forma de garanti-la, exsurge a oportunidade e a conveniência como conteúdos do mérito, que somente se viabiliza por meio da discricionariedade; daí dizer-se que a discricionariedade é o meio – técnica – e o mérito o efeito – resultado. Sim, porque só se pode falar em mérito do *ato* quando da prática deste, e, para que tal se efetive, faz-se mister um meio adequado, uma técnica, qual seja, a discricionariedade, que possibilita o juízo de conveniência e oportunidade, dando ensejo ao aparecimento do dito merecimento.<sup>40</sup>

### **3.5. Discricionariedade e termos legais indeterminados**

Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser entendidos como expressões ou palavras trazidas pela lei, as quais são dotadas de termos ambíguos ou carecedores de sentido preciso, objetivo, determinado; portanto, sujeitos a uma apreciação subjetiva pelo administrador no caso em concreto, fins de bem delinear a sua real significação conforme as circunstâncias que envolvem dada época.

Estes conceitos vagos ou fluidos, é bom que se diga, não podem ser tidos como construção doutrinária puramente teórica, mas sim como uma técnica legislativa sobre a qual – como salienta o mestre Leonel Pires Ohlweiler<sup>41</sup>, citando Antônio Francisco de Souza – se trava discussão desde Bernatzik e Tzner, na Áustria. Nessa linha, significativo notar, com Eduardo García de Enterría, que *“Lo primeiro que hay que notar es que esta figura de*

---

<sup>40</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 3a ed. São Paulo: Forense, 1998, p. 48.

<sup>41</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Op. cit. p. 15.

*los conceptos jurídicos indeterminados no es una construcción teórica, sino una técnica que emplean – y an pleado siempre – precisamente las leyes.*"<sup>42</sup>

Modo genérico, podem ser referidos como exemplos de conceitos imprecisos, dentre muitos outros: “interesse público” – ganhando ênfase no princípio constitucional da supremacia do interesse público sobre o privado –, “boa-fé”, “bem comum”, “notório saber jurídico”, “serviço público”, “moralidade” (art. 37, *caput*, da CF) e “razoabilidade”.

Como característica primordial desses termos vagos, tem-se a *mutabilidade*, isto é, a possibilidade de variar no tempo e no espaço<sup>43</sup>. Nesse sentido, se os termos indeterminados miram a consecução das necessidades coletivas, que são mutáveis, tendem também a sofrerem variações ao longo do tempo.

No pertinente à aplicação dos conceitos plurissignificativos, calha, de antemão, observar que a posição doutrinária ainda superior é a que aduz entendimento no sentido de que a aplicação desses termos reveste-se de caráter vinculativo e não discricionário. Em assim considerados, os conceitos jurídicos indeterminados seriam meros casos de aplicação específica da lei. Assim, o que num primeiro momento, à luz da letra fria da lei, traduz imprecisão, num segundo instante, por força da inteligência preliminarmente conferida ao administrador, significa dever de se ater e aplicar a solução única possível. Portanto, em não sendo aplicada, administrativamente, a solução única e perfeita, cabe ao Judiciário declarar a ilegalidade do ato, pois que diante de hipótese de exercício de um poder vinculado.

Partidário dessa posição, ou seja, de que sempre ao administrador é possível perceber o que o legislador quis passar com o preceito vago, não havendo qualquer discricção, ensinou Enterría que *“Parece claro que ahí no existe ninguna potestad discrecional de la Administración para apreciar a su voluntad la presencia y el alcance del concepto legal en la situación disputada. Tiene, simplemente, el privilegio posicional de la decisión previa, que la permite avanzar su estimación propia de la realidad del concepto legal de cuya aplicación se trata, y de esa posición privilegiada arranca una presunción puramente formal*

<sup>42</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. Op. cit. p. 134.

<sup>43</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 65.

*de legalidad que configura al recurso contra tal estimación con un carácter impugnatorio*”<sup>44</sup>.

A par disso, não se deve desconsiderar a ascendente corrente que acena com a inclusão da dos conceitos fluidos no âmbito da discricionariedade. Com efeito, casos haverá em que o administrador se deparará com um conceito impreciso a que o legislador quis transferir-lhe a responsabilidade de apreciar valorativamente dada situação, aplicando, ato contínuo, uma das possibilidades, resguardados os parâmetros da razoabilidade e da boa administração.

No entanto, como se subsume das entrelinhas da colocação supra, nem sempre estar-se-á diante de termos indeterminados – seja aqueles constantes da hipótese da norma, seja os presenciados na finalidade da lei – que autorizam uma apreciação subjetiva por parte do agente, ou, nas palavras de Ohlweiler, “...sendo imperioso que o próprio legislador mencione quando está a conferir tal ‘margem de apreciação’”<sup>45</sup>.

De referir, por pertinente, ainda, o entendimento daqueles que visualizam na aplicação dos termos plurisignificativos a *discricionariedade* técnica, que ocorre quando a Administração se impulsiona segundo regras técnicas não prescritas no texto de lei.

Certo é que casos haverá em que determinada situação fática suscitará dúvida, sendo perfeitamente aceitável a opção por uma das alternativas igualmente aceitáveis, não podendo ser tida como incorreta. Poderia ser argumentado, em contrapartida, que a captação do sentido dos termos indeterminados é tarefa intelectual, enquanto que o exame de mérito (conveniência e oportunidade) é objeto de volição, sendo, por isso, afastado esses conceitos vagos do tema da discricionariedade, vez que se tratam de noções diferentes. Se tal assertiva é verdadeira, também é verídico que os efeitos jurídicos de ambas as operações mentais é idêntico, pouco importando se a liberdade conferida à Administração é de vontade ou de integração, visto que a serventia jurídica da discricionariedade é exclusivamente a de revelar situações desse tipo, em que o administrador tem certa margem de liberdade. Logo, tal tarefa intelectual, emanada da

<sup>44</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. Op. cit. p. 136.

<sup>45</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Op. cit. p. 28.

confrontação do termo indeterminado com certa situação em concreto, pode ser, igualmente, tida como matéria adstrita à discricionariedade, sem que isso altere o universo jurídico<sup>46</sup>.

Dito isso, quer parecer indubitosa a possibilidade de conferir à aplicação dos termos legais indeterminados as noções de discricionariedade, considerando que tal tarefa não importa em complicações ao sistema jurídico, mas, pelo contrário, possibilita que o administrador, no uso de suas atribuições, quando em dúvida sobre o real sentido de certo signo, aplique uma das soluções que lhe parecer mais razoável.

### **3.6. Controle jurisdicional da discricionariedade**

A Constituição Federal do Brasil, ao instaurar no nosso sistema o Estado Democrático de Direito, trouxe em seu bojo uma série de princípios, explícitos e implícitos, que deram nova roupagem à temática do controle dos atos discricionários. Com efeito, ao administrador não mais é dado confundir discricionariedade com o uso de critérios de cunho exclusivamente político, devendo pautar-se, mais do que em normas singulares, nos princípios constitucionais. Com o mesmo norte, ensinou Juarez Freitas, *in* “O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais” *que até uma revogação ou uma autorização merecem, no plano concreto, um controle finalístico amplo e profundo, que verifique a adequação à vinculante finalidade dos referidos atos. De conseguinte, imperativo esclarecer, vez por todas, que a discricionariedade está vinculada aos princípios conformadores do sistema jurídico, mui especialmente ao princípio da proporcionalidade*<sup>47</sup>.

No direito brasileiro, consolidou-se a noção de que o controle judicial dos atos discricionários deve cingir-se à legalidade, restando impossibilitada a interferência, pelo Judiciário, quanto à oportunidade e conveniência do ato. O nascedouro de tal concepção, segundo se subsume dos ensinamentos

<sup>46</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...* Op.cit. p. 24-5.

<sup>47</sup> FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 42-3.

de Almiro do Couto e Silva,<sup>48</sup> vem com a Lei n. 221, de 1894, a qual, ao cuidar da organização judiciária, determinava o dever de abstenção jurisdicional em matérias relativas ao mérito ou merecimento do ato administrativo, sendo-lhe lícito tão somente apreciar ilegalidades em razão de incompetência da autoridade agente ou da ocorrência de excesso de poder. Tal entendimento, com o evoluir do tempo, restou consolidado em nossos tribunais.

Esta noção funda-se no princípio da separação de poderes, que impediria a intervenção de um Poder (o Judiciário) em matéria conferida pela lei a outro Poder do Estado (o Executivo). Assim, se a norma de direito outorgou discricção à Administração, ninguém estaria, em tese, mais em condições de avaliar as circunstâncias e tomar a melhor medida do que o próprio administrador. Nesse sentir: STJ, 1ª Turma, REsp 169.876-SP, Rel. Min. José Delgado, Unânime, DJU 21.09.1998, p. 70.

No entanto, não se pode olvidar, também, que a única forma de garantir segurança jurídica aos administrados – destinatários da ordem jurídica – é, em última análise, com um controle efetivo e rígido pelo Judiciário. Nesse diapasão, mesmo para os que ainda vêem o mérito como critério apriorístico de limitação da interferência jurisdicional no ato administrativo, impende reconhecer-se, por parte deste Poder, uma necessidade de contenção dos limites do merecimento do ato, sem que com isso se esteja eliminando a discricionariedade. Ao contrário: evitar-se-ia que a Administração exorbitasse os limites de sua competência. Destarte, a prioridade em exercer o controle da ilegalidade indireta continua a cargo da Administração, que não detém, contudo, o seu monopólio.

Com efeito, para que tal controle seja exercido com eficiência, fazendo-se a correta distinção entre o que seja mérito e o que seja legalidade – em se admitindo a linha de raciocínio retrocitada –, deve-se permitir que o Judiciário perquiria os motivos e o objeto do ato discricionário em todos os seus ângulos; só assim será possível evitar eventuais exorbitâncias, desvios de finalidade etc, contribuindo para o aprimoramento do sistema jurídico-administrativo, com atos mais transparentes e razoáveis. Assim, percebe-se que o controle da legalidade não deve ser abrangido apenas pela competência

<sup>48</sup> SILVA, Almiro do Couto e. Op. cit. p. 51-67.

e a forma, mas também pelo motivo, objeto e finalidade, sem que, com isso, se esteja suprimindo a margem de liberdade conferida pelo legislador à Administração.

A par do supramencionado, um outro entendimento (emergente), calcado em bases constitucionais democráticas, explica que qualquer ato que traduza lesão ou ameaça de lesão a direito, seja vinculado ou discricionário, diga respeito ao mérito ou à legalidade – pouco importa –, pode vir a ser apreciado pelo Poder Judiciário. É a posição que melhor se amolda ao artigo 5º, inciso XXXV, da nossa Carta Máxima, que reza, verbis: *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Bem a propósito, diga-se com Diogo de Figueiredo Moreira Neto que *“Sem a superação do tabu, inúmeras formas de ‘violação indireta de legalidade’, os vícios de finalidade apontados neste trabalho, ficariam irremediavelmente excluídos do controle jurisdicional, ‘o que seria inadmissível’ no próprio sistema vigente (art. 5º, XXXV, da Constituição)”*<sup>49</sup>.

No que toca, precisamente, aos termos legais indeterminados, ganham relevo, como forma de controle da discricionariedade os princípios, que, por vezes, também traduzem certa imprecisão, como é o caso da moralidade, razoabilidade e interesse público. Mas, antes de abordarmos os termos vagos sob o prisma da discricionariedade, nunca é demais recordar haver o entendimento de que se trata de caso de vinculação e não discricção, sendo total a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário. A esse entendimento, cumpre, por igual, salientar *“que há doutrinadores defendendo a impossibilidade de tal controle; outros propugnam tão-somente um controle parcial, restando uma margem de decisão administrativa incólume”*<sup>50</sup>.

Os defensores da impossibilidade de controle tomam como argumentos o princípio da separação de poderes e, ainda, a chamada “discricionariedade técnica” – invocada pela jurisprudência portuguesa. Sob este último ponto de vista, argumenta-se que o administrador público estaria melhor preparado para solucionar o problema de modo mais adequado. Nessa linha decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, constando da ementa que *“os critérios para aferição de idoneidade moral e reputação*

<sup>49</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit. p. 80-1.

<sup>50</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Op. cit. p. 30.

*ilíbada, in casu, são políticos e pertencem privativamente à Assembléia, apresentando conotação subjetiva. Trata-se de atuação interna corporis. Logo, por serem critérios políticos, subjetivos e privativos da Assembléia, são, por lógica e técnica, conceptualmente discricionários, insuscetíveis, dessarte, ao controle do Poder Judiciário, pena de quebra daquele postulado insculpido no art. 3º da Carta da República”<sup>51</sup>.*

Os que sustentam um controle parcial dos termos indeterminados invocam o fato de a discricionariedade estar também vinculada ao sistema jurídico e, via de consequência, aos princípios de direito. Ou, por outro lado, poderia ser argumentado que o Direito Administrativo está submisso ao princípio de legalidade, de sorte que o “poder” discricionário é infralegal, devendo ser submetido a um controle, ainda que parcial.

Para esta corrente, claro está a impossibilidade de interferência do Judiciário no merecimento do ato. Todavia, possível, e exigível, sua atuação no pertinente à competência, à forma, ao motivo, à finalidade legal e ao erro manifesto.

Conforme o sustentado alhures, parece mais adequado dizer que os conceitos legais indeterminados nem sempre traduzirão discricionariedade. Esta somente existirá quando, após uma intelecção razoável, pairar dúvidas para o administrador sobre o cabimento do conceito previsto pela norma. Quando se estiver diante da chamada zona de certeza positiva ou negativa haverá vinculação, estando o agente obrigado a adotar a única solução ótima, quando será perfeitamente aceitável a interferência jurisdicional em caso de ameaça ou violação a direito<sup>52</sup>.

Por fim, calha ponderar que o controle judicial pode ser total, não em razão de se tratar os termos fluidos a título de vinculação, mas em face do Estado Democrático de Direito, em que deve ser assegurada a ampla participação popular, com acesso efetivo e pleno ao Judiciário, ex vi do disposto no já mencionado art. 5º, inciso XXXV, c/c art. 1º, *caput*, ambos da Constituição Federal. Ademais, *“se não forem objeto de um controle pleno por parte dos tribunais se transformarão em veículo de insegurança e de arbítrio na estrutura solidamente normativa do Estado de Direito”*<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> TJRJ, 5º Grupo de Câmaras Cíveis, EI-AC 11/98, Reg. 071098, Cód. 98.005.00011-RJ, Rel. Juiz Laerson Mauro, j. 13.05.1998.

<sup>52</sup> MELLO, Cleso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...* Op. cit. p. 29.

<sup>53</sup> SOUSA apud OHLWEILER, Leonel Pires. Op. cit. p. 38.

Nesse compasso, se um dos primados do Estado é constituir uma sociedade justa e se o Judiciário é um dos poderes desse Estado, é obrigação deste tutelar efetivamente os direitos fundamentais da pessoa humana, atuando como guardião desses direitos. Com efeito, o princípio do acesso à justiça, insculpido no inciso XXXV do art. 5º da CF, deve ser entendido sob dois ângulos, não apenas no seu sentido processual, mas como garantia dos direitos subjetivos. Assim, primeiramente, significa ele direito de ação, direito de acessar o Judiciário para que prolate uma decisão. Num segundo momento, significa direito a uma decisão justa, que efetivamente *aprecie*, isto é, revise, controle, valorativamente, a lesão ou ameaça de lesão; deve ficar bem definido o sentido traduzido pelo objeto de apreciação. Bem a propósito, consigne-se o lecionado pelo constitucionalista José Afonso da Silva: *“A apreciação da lesão ou ameaça de direito revela o conteúdo jurídico da norma do art. 5º, inc. XXXV. Que significa isso? O Poder Judiciário ‘aprecia’ emitindo um jtzto de valor. ‘Apreciar’ (de ‘apreço’, valor, dar valor) significa definir o valor que é tida alguma coisa”*<sup>54</sup>. E complementa este doutrinador, mais adiante, essa idéia, mencionando que *“É no signo ‘apreciação’ que se centra a garantia individual consubstanciada na norma constitucional”*<sup>55</sup>.

Portanto, qualquer forma de excesso exercido na via administrativa, que ultrapasse os limites impostos pelo direito positivo, deve ser tolhida pelo Poder Judiciário. E, no Brasil, somente a este é conferido o monopólio de *julgar*, diferentemente da França, onde existe o chamado contencioso administrativo. Como meios de reparação à lesão ou prevenção contra esta, registrem-se o *mandado de segurança*, o *habeas corpus*, as *ações anulatórias*, as *meramente declaratórias etc.* Nessa linha, é bom que se diga, com José Cretella Júnior que *“Se o Estado é tutor do Direito, submetido, pois, à máxima ‘suporta a lei que fizeste’ (‘patere legem quam fecisti’), expressão do ‘princípio’ de ‘legalidade’, qualquer ato do poder público que atente contra direito do cidadão, funcionário ou particular, é passível de*

<sup>54</sup> SILVA, José Afonso da. Acesso à Justiça e Cidadania. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 216, 1999, p. 14.

<sup>55</sup> *Ibidem*. p. 14.

*censura jurisdicional, tendente à volta ao 'status quo ante', interrompido ou ameaçado de interromper-se pela medida coatora”<sup>56</sup>.*

E não se venha alegar a impossibilidade do controle amplo dos atos administrativos invocando o dogma da separação dos poderes. Este princípio constitucional – o da separação e harmonia dos poderes – pressupõe, antes de tudo, o exercício da democracia, que somente se torna possível mediante um controle efetivo dos poderes do Estado, evitando-se exorbitâncias. Ademais, seguindo esta linha de raciocínio, impende transcrever parte da exemplar sentença da lavra do ilustre Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, hoje Desembargador do Tribunal de Justiça Gaúcho, (Proc. n. 01198592220-015805, 5ª Vara da Fazenda Pública-RS, 2º Juizado), datada de março de 1999, a qual ressalta que “Não se trata de o Judiciário interferir em outro Poder do Estado, o que feriria o princípio constitucional da separação e harmonia dos poderes. E não significa interferência exatamente porque o Judiciário atua no caso concreto e não em tese, no presente e para o passado, e não para os casos futuros, atuação essa sem os atributos da generalidade, da abstratividade e da impessoalidade, razão pela qual esse proceder não importa e jamais importará em legislar ou substituir o legislador ou o administrador.”

De mais a mais, anote-se com Ohlweiler que *“a divisão dos poderes deve ser (re)funcionalizada, isto é, inserida em um Estado que possui uma finalidade a ser buscada. Todos os poderes administrativos, bem como a própria atuação da Administração Pública, não são mais que ‘instrumentos’ a serviço de uma eficaz realização e distribuição do bem comum, não se podendo falar em um poder com prerrogativas-em-si, sob pena de dogmatizar a atuação estatal”<sup>57</sup>.*

Ora, a faixa de conveniência e oportunidade outorgada ao administrador não afasta o controle jurisdicional pleno, sob pena de conferir-se conivência a arbitrariedades e a injustiças, como há muito vem ocorrendo em nosso sistema jurídico.

Muito embora os operadores do direito, modo geral, e, em especial, o Poder Judiciário ainda se mostrem apegados a uma visão dogmatizada de

<sup>56</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. v. I. p. 439.

<sup>57</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Op cit. P. 28.

controle dos atos discricionários, constata-se uma tímida e ascendente flexibilização desta visão nos nossos tribunais, conforme se infere da ementa do julgado que segue:

*“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. IMPUGNAÇÃO DO ATO QUE CONSIDEROU A IMPETRANTE INABILITADA. INOCORRÊNCIA DE MOTIVO FALSO OU INEXISTENTE.*

1. Mandado de segurança impetrado no intuito de suspender ato tido por ilegal que inabilitou a Impetrante em certame de concorrência pública. 2. Recurso que não impugna, como da leitura das suas razões parece indicar, o edital da licitação, mas, sim, desde a impetração do mandamus, a decisão do Presidente do Tribunal que a julgou inabilitada para o certame. 3. Insatisfação recursal que ataca a fundamentação e o mérito do ato administrativo: – Quanto à motivação: requisito essencial do ato administrativo atacado é a sua motivação, ocorrida na hipótese. Tanto que a recorrente modifica sua regulamentação neste particular, procurando atacar formalmente o ato porque contrário ao parecer prévio da comissão Especial de Licitação. Tal parecer não vincula a autoridade, desde que sua decisão seja devidamente fundamentada. – Quanto ao mérito. Embora presente a motivação, que é exteriorização das razões que justificam o ato, “não há fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos” (Celso Antônio Bandeira de Melo, in “Discricionariedade e Controle Jurisdicional, Malheiros, 2. ed., São Paulo, 1996, pág. 88), que são os pressupostos fáticos que autorizam ou exigem a prática do ato. Assim, sendo, o “mérito” do ato administrativo na espécie está sujeito ao controle jurisdicional, desde que tal possa ser verificado de plano e não importe em dilação probatória, o que só poderia ocorrer nas vias ordinárias, mas não na via estreita do mandamus. 4. Ato hostilizado devida e comprovadamente fundamentado, sem quaisquer vícios ensejadores à nulificação ou retificação. 5. Recurso improvido.” (STJ, ROMS 7772/RJ; 1a Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ 27-09-1999) (Grifou-se)

Nesse sentir, a ordem constitucional vigente assegura o acesso incondicionado ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, da CF/88). (TRF, 3ª Região, 2ª Turma, AC 95.03.018098-8-SP, Rel. Juiz Aricê Amaral, DJU 09.12.1998, p. 124).

Acresce trazer à baila, pondo-se uma pá de cal sobre a discussão da violação ou não do princípio da separação de poderes com o exercício de um controle amplo dos atos discricionários pelo Poder Judiciário, o magistério do culto Leonel Ohlweiler, em parecer ministerial exarado no processo acima referido (n. 01198592220-015805), citado pelo magistrado Adão Sérgio do Nascimento Cassiano em seu *decisum*:

“No âmbito de uma dogmática prevalescente, muito mais adequada para um modelo de Estado liberal-individualista, ainda prevalece o entendimento de não ser possível tal controle pelo Poder Judiciário, sob pena de malferir o princípio da separação de poderes. À evidência trata-se de um dogma e que não se sustenta mais frente a um Estado Social e Democrático de Direito, como o inaugurado pela Constituição Federal de 1988, através, por exemplo, do seu artigo 1º.”

Em semelhante linha de direção decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região ser plenamente possível a interferência do Judiciário em matéria de concurso público em que o edital conferia caráter sigiloso e irrecorrível ao laudo de exame psicotécnico, entendendo aquela Corte que, embora existente a discricionariedade da Administração Pública na formulação e publicação do respectivo edital, não era ela absoluta, podendo ser revista na esfera judicial<sup>58</sup>.

Feitas estas considerações, finaliza-se concluindo que, em sendo externado ato com defeito de competência, forma, objeto, motivos ou fins, ou atentador aos princípios constitucionais, bem assim que cause lesão ou ameaça a direito alheio, pode e deve, a teor do prescrito no art. 5º, inciso XXXV, da CF, ser fulminado pela via judiciária. Deste modo, a chamada “margem de discricionariedade” ou do “mérito do ato administrativo” não podem ser obstáculos insuperáveis ao controle jurisdicional, assemelhando-se mais a um *habitus* dogmático do que a algo capaz de sustentar-se diante de um Estado Democrático de Direito<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> TRF, 4ª Região, 3ª Turma, AC 98.04.01766-0-RS, Relª Jufza Marga Barth Tessler, Unânime, DJU 27.01.1999, p. 550.

<sup>59</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Op. Cit. p. 125.

## 4. Os princípios como instrumento de controle

### 4.1. Os princípios como topos constitucionais do controle

Os princípios, é bom lembrar, são “diretrizes”<sup>60</sup> mais fortes, são normas hierarquicamente superiores, que compõem o arcabouço da juridicidade. Precisamente quanto aos princípios do Direito Administrativo, pode-se conceituá-los como “*Proposições ou diretrizes típicas que se colocam na base do direito administrativo, garantindo a validade das construções dos diversos institutos*”<sup>61</sup>.

Antes de quaisquer outras ponderações, imperioso que se trace algumas distinções técnicas relacionadas aos princípios. Assim, *os princípios positivados*, em que pese a proximidade com a noção de diretrizes, com esta não se confunde, sendo valorosa a distinção proposta por Dworking. Este autor, citado por Eros Roberto Grau, leciona, em termos precisos, que *diretrizes* são pautas que estabelecem objetivos a serem alcançados, geralmente ligadas a aspectos políticos, sociais e econômicos, ao passo que *princípios* são pautas que proporcionam um imperativo de justiça, honestidade e moralidade, devendo ser observados por isso, não porque viabilizem satisfação econômica, política ou social<sup>62</sup>.<sup>63</sup>

Outro ponto a serem tecidas algumas considerações diz respeito às distinções técnicas existentes entre *princípios* e *regras jurídicas*. Para tanto, impende seja emprestada a lição do eminente Eros Roberto Grau<sup>64</sup>: a) as regras jurídicas, presentes os pressupostos fáticos que autorizam sua implementação, devem ser efetivadas de modo completo, tratando-se de um *tudo ou nada*; já os princípios, mesmo presente o seu suporte fático suficiente, ainda sim, não possuem aplicação automática e necessária; b) consequência direta disso, é que as regras jurídicas comportam exceções.

<sup>64</sup> GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3a ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 89-95.

<sup>60</sup> Ver distinção terminológica abaixo.

<sup>61</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Op. cit. p. 366.

<sup>62</sup> Ibidem. p. 84.

<sup>63</sup> Nesse sentir, ao tratar dos princípios, Carmem Lúcia Antunes Rocha (*in Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 21) ensinou que eles “*voltam-se sempre para a concretização do valor primordial que justifica a vida em sociedade sob o modelo político estatal: a justiça.*”

Isso no sentido de que elas (regras) não admitem exceções que não possam, modo exaustivo, ser enunciadas, caso contrário, caso estas exceções fossem insuscetíveis de enunciação, incompleta e inexata estaria a enunciação da regra. Pelo contrário, os princípios aceitam exceções, sendo o direito por eles acomodados, por vezes, desconsiderados. Isto é, comportam eles (os princípios) exceções que não estão sujeitas, mesmo em nível teórico, de enunciação, sendo impossível enunciá-los de forma ampla e pormenorizada; c) além disso, as regras jurídicas, ao contrário dos princípios, não possuem uma dimensão de peso e importância. Num conflito de duas ou mais regras, não há grau de importância entre elas, devendo o caso ser dirimido, muitas vezes, por meio dos princípios mais relevantes em que se apóiam. De outro turno, em havendo embate entre os princípios, deve ser considerado o peso de cada um deles para a resolução da problemática; e d) por fim, importa salientar que a regra jurídica é especial, pois é editada para ser aplicada a uma situação jurídica determinada, ao passo que o princípio é geral, ou seja, comporta uma série indefinida de aplicações, o que justifica o fato de não admitir uma enunciação das hipóteses nas quais não seria aplicável.

De arremate, oportuno os ensinamentos de Suzana de Toledo Barros, que, após asseverar que as regras jurídicas, quando em antinomia se repelem, tornando-se incompatíveis entre si, lecionou que *“Quando dois princípios entram em colisão, não significa se deva desprezar ou tornar inválido um deles. O que ocorre é que, sob certas circunstâncias, um princípio precede ao outro e, sob outras, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa, mas sempre tendo em vista a possibilidade de realização de ambos”*<sup>65</sup>.

Calha ponderar, ainda com Grau<sup>66</sup>, a par desses traços distintivos, serem as regras jurídicas e os princípios – tanto os positivados como os gerais de direito – espécies do gênero norma. Constituem, ambos, estruturalmente, portanto, normas jurídicas. Tais normas jurídicas são dotadas de imperatividade, significando que o efeito por elas pretendido deverá, caso não se efetive de modo espontâneo, ser imposto coativamente pelo ordenamento jurídico<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> BARROS, Suzana de Toledo. Op. cit. p. 156.

<sup>66</sup> GRAU, Eros Roberto. Op. cit. p. 112.

<sup>67</sup> Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 221, 2000, p. 168 e 170.

Feitas estas importantes distinções, passa-se a analisar o papel importante que exercem tais princípios no controle dos atos discricionários praticados pelos administradores públicos, evitando, e.g., excessos e desvios de finalidade. E, *“Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais”*<sup>68</sup>. Ou, segundo o magistério de Juarez Freitas, *“sem a menor exceção, toda e qualquer norma ou relação no mundo jurídico há de ser pautada por tais vetores supremos, que coexistem numa tensão dialética inelimitável e reclamam uma permanente hierarquização axiológica, em função da qual todos os comandos se relativizam mutuamente e encontram o verdadeiro alcance nesta interação de sentidos devidamente hierarquizados pelo hermeneuta do Direito, mais do que da lei”*<sup>69</sup>.

Cuidar-se-á, aqui, com pormenores, basicamente, sem esgotá-los, mas apenas a título ilustrativo, dos seguintes princípios: *interesse público, legalidade, finalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência, impessoalidade e motivação*.

No tocante ao princípio da legalidade, urge consignar que ele será aqui visto e entendido sob o contexto do Estado Democrático de Direito, desprezando-se, por ora, seu enfoque específico no Estado Liberal e no Estado Social.

Acresce assinalar, ainda, que se está na vigência de outro princípio constitucional supremo, que é o *democrático* (art. 1º, *caput*, da CF), segundo o qual o administrador, antes de efetuar qualquer trabalho hermenêutico de sintetização dos demais princípios, deve considerá-lo, de modo a satisfazer os anseios da sociedade, sem particularismos e arbitrariedades.

#### **4.2. A supremacia do interesse público e os princípios da legalidade e finalidade administrativa**

O *princípio da supremacia do interesse público sobre o privado*, ou simplesmente do interesse público, declara, como já se percebe, a superioridade do interesse da coletividade sobre o interesse particular.

<sup>68</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 82.

<sup>69</sup> FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 48.

E essa superioridade visa a uma ordem social estável, garantindo inclusive a organização e a segurança dos particulares.

Conforme a didática adotada por Mello<sup>70</sup>, desse princípio decorrem outros dois subordinados, quais sejam, o da a) *posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo nas relações com os particulares*; e o da b) *posição de supremacia do órgão nas mesmas relações*.

O *princípio da legalidade* (art. 37, caput, c/c art. 5º, inciso II, ambos da CF), por sua vez, é decorrência direta e imediata do princípio do interesse público, segundo o qual, conforme se dessume do supramencionado, torna-se impossível a renúncia de “deveres-poderes”, em face da sua *indisponibilidade*, salvo quando em atendimento a preceito legal.

Com efeito, se na relação entre particulares vige a igualdade, entre a Administração e administrados prevalece a *desigualdade*, sempre na busca da satisfação dos interesses da coletividade. Mais: num Estado que se pretende democrático, só é dado aos operadores da Administração agir quando a lei assim expressamente os autoriza, sendo-lhes vedado atuar na omissão – como ocorria no Estado Liberal – ou na proibição da norma de Direito. Ou, trocando em miúdos, na relação jurídico-administrativa não impera a liberdade e a vontade pessoal, mas a imposição autoritária (não arbitrária) da vontade do Estado.

O princípio da legalidade quiçá seja o mais importante e essência do Estado de Direito, pois estreitamente ligado à idéia de soberania popular. Assim se afirma porque, se todo poder emana do povo (art. 1º, parágrafo único, da CF), certo é que nossos legisladores não são mais do que representantes da vontade popular. Portanto, se o poder vem do povo, que é representado pelo Poder Legislativo, as leis expressam a vontade desse povo; logo, cabe ao Poder Executivo a tarefa de cumprir fielmente o que a lei preconiza, atuando sempre *secundum legem*. Na expressão feliz de Afonso Rodrigues de Queiró, a Administração Pública “é a ‘longa manus’ do legislador<sup>71</sup>.” Foi nessa direção o pronunciamento abalizado de Garcia de Enterría, em Congresso recente, promovido pela Escola Superior do

<sup>70</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 30.

<sup>71</sup> QUEIRÓ apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 50.

Ministério Público do Rio Grande do Sul, quando sustentou: “O Direito Administrativo é essencial para articular efetivo sistema democrático e sua principal função é garantir a submissão do Estado à Lei. E um efetivo controle jurisdicional desse princípio, posto à disposição dos cidadãos, torna efetivo os princípios democráticos de liberdade e de proteção aos direitos fundamentais. A principal tarefa do Direito Administrativo, portanto, é tornar a democracia uma realidade e a funcionalidade do poder em benefício da coletividade e seus membros.”<sup>72</sup> Em sucintos termos, ao administrador somente é dado fazer aquilo que a lei expressamente determina.

Ademais, acresce assinalar que na atual conjuntura do Direito Administrativo brasileiro o conceito de legalidade deve ser ampliado, abarcando não apenas a lei singular, mas todos os princípios de Direito, pois *“cumprir simplesmente a lei na frieza de seu texto não é o mesmo que atendê-la na sua letra e no seu espírito”*<sup>73</sup>.

Portanto, mesmo nos atos discricionários, o administrador está, de alguma forma, subordinado aos ditames legais, pois mesmo que a lei lhe confira certa margem de liberdade, deverá ele sempre obrar de modo razoável, em consonância com a estreita finalidade legal, atentando para a sua competência e para a forma adotada, sob pena de ver seu ato revisto, seja na esfera administrativa, seja na judicial.

E por falar em *finalidade legal*, este princípio – o da finalidade –, faz crer que o fim estampado na lei é um limite ao poder discricionário do administrador. A lei não será bem aplicada se essa aplicação carecer de sintonia e harmonia como o objetivo normativo. Destarte, a finalidade de todo o ato administrativo será sempre o interesse público. Esse princípio prega sempre que o administrador deve praticar atos com finalidade pública, visando nunca a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição. Caso contrário, estar-se-á diante, mui provavelmente, de caso de abuso de poder, revestido sob a forma de desvio de finalidade, definido pela Lei n. 4.717/65 como *“o fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”*.

<sup>72</sup> IPSIS LITERIS, Jornal da Escola do Ministério Público do RS. *O efetivo Direito Administrativo*. Ano 2, n. 18, outubro de 2003.

<sup>73</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 83.

Portanto, a Administração Pública não pode explorar dessas prerrogativas com a liberdade que os particulares o fazem, uma vez que ela, Administração, exerce uma função<sup>74</sup> voltada ao interesse alheio. A propósito, ao tratar da importância do atendimento ao interesse público no exercício de função administrativa, Sergio Ferraz ensinou que *“Qualquer que seja, no entanto, o molde adotado, inclusive o das privatizações mais extremadas, uma realidade permanecerá intangível: a satisfação precípua da necessidade e do interesse público constitui o cerne eidético da função administrativa”*<sup>75</sup>.

A finalidade administrativa, é bom que se diga, reveste-se de um sentido amplo, consubstanciado no interesse público propriamente dito, e um sentido estrito, caracterizado pelo resultado previsto explícita ou implicitamente na lei. Assim, pode incorrer o agente em desvio de poder tanto quando desatende o interesse público como também quando descumpre a vontade normativa. Ou, ainda, pode-se asseverar com Di Pietro que *“Quando, a pretexto de atingir o interesse público, a Administração atua para proteger ou beneficiar pessoas determinadas, o ato administrativo é passível de controle judicial.”*<sup>76</sup>

Exemplo de desvio de finalidade, em que restou ofendido o interesse público em prol de interesses pessoais pode ser retirado de julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em que, após a proclamação dos resultados das eleições, houve a redução imotivada, pelos vereadores que deixavam o cargo, da verba de representação do presidente da câmara. Nesse caso, a nulidade foi decretada, donde proveio a procedência da ação<sup>77</sup>.

Dito isso, cumpre consignar com Cretella Júnior, em seu *“Desvio de Poder na Administração Pública”* que, *“se o administrador, no uso do ‘poder*

<sup>74</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello, ao trabalhar com o conceito de função, ensinou que *“Em Direito, esta voz função quer designar um tipo de situação jurídica em que existe, previamente assinalada por um comando normativo, uma finalidade a cumprir e que ‘deve ser’ obrigatoriamente atendida por alguém, mas no ‘interesse de outrem’, sendo que, este sujeito – o obrigado – ‘para desincumbir-se de tal dever, necessita manejar poderes indispensáveis à satisfação do ‘interesse alheio’ que está a seu cargo prover.”* (Discrecionariiedade e Controle Jurisdicional. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 13).

<sup>75</sup> FERRAZ, Sergio. O Controle da Administração Pública na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 188, 1992. p. 66.

<sup>76</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 167-8.

<sup>77</sup> TJSP, 2ª Câmara Cível, AC 210.626-1, Rel. Des. Donald Armelino, j. 23.08.1994, in RJTJESP 163/13.

*discricionário' de que dispõe, deixa de atender ao 'fim legal' a que está indissolúvelmente ligado, é claro que exorbita do poder que a lei lhe conferiu. Daí dizer-se com inequívoca precisão que o 'fim legal' é o teto, a baliza, a faixa demarcadora do poder discricionário, limite no qual esbarra a discricionariedade.*"<sup>78</sup>

Conseqüentemente, o interesse público não traduz necessariamente discricionariedade administrativa, mas limita esta técnica; isto porque esta é muito maior se considerada em abstrato, sendo reduzida, ou mesmo desaparecida, quando contrastada como um caso em concreto, quando são consideradas as suas circunstâncias fáticas. Ademais, na escolha do que caracteriza o interesse público, o administrador encontra-se limitado por normas de competência, forma e finalidade, bem assim pelos princípios da Administração Pública, podendo, portanto, efetivamente, a discricionariedade ser reduzida no caso concreto.

### **4.3. Princípio da moralidade administrativa**

A moralidade ganhou foro constitucional com a Carta de 1988, que a elencou como um dos princípios a que se deve submeter a Administração Pública (art. 37, *caput*). Agir de acordo com a moral é atuar segundo padrões éticos, ou seja, tratando os administrados e a própria Administração de forma honesta e digna, sem qualquer dolo nem malícia. É, por assim dizer, obrar com probidade, conferindo bom trato à coisa pública.

Ives Gandra da Silva Martins, citado por José Renato Nalini, ao traçar a importância deste princípio, enfatizou que "*O princípio da moralidade administrativa, portanto, é princípio essencial. O mais relevante, aquele que se destaca de forma absoluta. Que torna a Administração confiável perante a sociedade e que faz do administrador público um ser diferenciado.*"<sup>79</sup>

Frise-se que aquele que hoje age em desconformidade com a moralidade, incorre em ilegalidade (*lato sensu*), devendo seu ato ser controlado e, portando, revisto, na medida em que este princípio ganhou

<sup>78</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *O Desvio de Poder na Administração Pública*. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 55.

<sup>79</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva apud NALINI, José Renato. *Ética Geral e Profissional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 83.

contornos jurídicos que podem ser visualizados, dentre outros, nos seguintes dispositivos constitucionais – além, é claro, do art. 37, antes suscitado: a) art. 5º, inciso LXXIII, que trata da ação popular como medida de controle da improbidade; b) art. 85, inciso V, que cuida de crimes praticados pelo Presidente da República, em atentado à probidade na Administração; e c) arts. 15 e 37, § 4º, que prevêem sanções administrativa, civil e penal, quando da prática de atos que atentem contra a transparência administrativa.

Sem negar a moralidade administrativa como princípio autônomo da Administração Pública, mas inserindo-a no bojo do bloco de juridicidade, como instrumento essencial do controle judicial dos atos administrativos, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por sua 1ª Câmara Cível, que *“A moralidade administrativa não é de natureza subjetiva, mas objetiva ou jurídica, isto é, resultante de um conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina da Administração. Mas, nas finalidades, ela se entrelaça com a moral segundo o senso comum, que é de veto ao não-ético, ao desonesto, ao que, face a valores éticos e fatos vigentes, se mostra de manifesta aberrância.(...) O controle jurisdicional não se restringe ao exame da legalidade ‘stricto sensu’, na qual se inserem a legalidade propriamente dita e a legitimidade, que é a adequação do ato com a lei nos seus aspectos extrínsecos ou formais e também nos seus aspectos intrínsecos ou substanciais, por onde entram as questões da moral administrativa e dos interesses coletivos. (...)”*<sup>80</sup>.

A moralidade já esteve umbilicalmente ligada à intenção do agente, isto é, quando este atuava de modo a atingir fins diversos daqueles segundo os quais a sua competência lhe conferia, mesmo sendo competente, valendo-se de forma adequada e sendo os motivos do ato verdadeiros, incorria em desvio de poder. Até então, moralidade era um princípio autônomo relacionado com o desvio de poder.

No entanto, no direito brasileiro, o desvio de poder foi incluído como ilegalidade (art. 2º da Lei n. 4.717/65) e, assim, como adverte a citada Di Pietro, *“Incluindo o desvio de poder entre as hipóteses de ilegalidade, resta verificar onde se localiza a moralidade, como princípio autônomo da Administração Pública.”*<sup>81</sup> Com isso, não se está a dizer que a moralidade

<sup>80</sup> APELAÇÃO CÍVEL Nº 70000181453, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: IRINEU MARIANI, JULGADO EM 29/12/1999.

<sup>81</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 110.

não esteja de alguma forma presente na finalidade do agente, mas que se instaure com maior força em outros aspectos mais objetivos.

Dessarte, resta concluir que a moralidade ou imoralidade de um ato administrativo repousa no seu objeto, isto é, no seu conteúdo, no seu efeito jurídico. Com efeito, para atestar-se a moralidade do ato, desnecessário adentrar na análise dos fins pretendidos pela autoridade-agente, bastando averiguar se o efeito produzido pela ação fere o senso de honestidade e justiça do homem médio. Assim, *e.g.*, se as despesas efetuadas pelo homem público mostram-se desproporcionais e inúteis às pretensões da coletividade, passível é a sua invalidação, por infringência ao princípio constitucional da moralidade administrativa. Todavia, de insistir-se, quanto ao desvio de poder, embora evitado pela ilegalidade, não há de se afastar seu conteúdo imoral.

Dalí dizer-se que a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, dado que mais ampla do que esta. Ademais, a moral administrativa é sinônimo de exigência de um comportamento interno segundo as exigências da instituição que atua, ao passo que a moral comum diz com o comportamento externo. Para um comportamento administrativamente moral, não basta uma análise do bem e do mal, do justo do injusto, do lícito do ilícito, mas sim, uma apreciação do caráter honesto, reto, verdadeiro da conduta. Por isso, deve o administrador não se desviar do fim institucional, que é, em última análise, a satisfação do bem comum.

A partir do momento em que a nossa Constituição diz ser dever da Administração a submissão desta, também, ao princípio da moralidade (art. 37, *caput*), é porque atos administrativamente imorais são passíveis de serem invalidados, porque ilegítimos, como já ocorre com os atos ilegais<sup>82</sup>. É justamente nos atos discricionários onde reside a maior probabilidade de condutas tidas como imorais, uma vez que o administrador possui liberdade de avaliação e escolha do que lhe parece legal, razoável e moral.

Nessa linha, se muitas vezes não é de fácil percepção a ocorrência de ato imoral, em outras tal verificação, em virtude da fácil e patente

---

<sup>82</sup> Hely Lopes Meirelles comenta decisão paradigmática da lavra do Tribunal de Justiça de São Paulo, que mencionava: "o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por ilegalidade ou ilegitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo". (Op. cit. p. 85)

perceptibilidade, é indubitavelmente plausível. Basta que se verifique se o comportamento administrativo é aquele esperado pela coletividade de administrados; em não o sendo, “*cabe ao Poder Judiciário a possibilidade de invalidar o ato administrativo de nomeação. O seu papel é de fundamental importância no controle da moralidade administrativa, a que a Administração está sujeita por força do art. 37 da Constituição*”<sup>83</sup>. Nesse compasso, deve o juiz, quando da verificação da validade do ato discricionário, apreciar as conseqüências deste, fazendo um juízo de valor, fins de apurar o perfeito atendimento à moral institucional, o que em diversas situações é perfeitamente exigível.

#### **4.4. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade administrativa**

O princípio da razoabilidade, implícito em nossa Constituição Federal, é talvez o ícone na contenção dos excessos praticados pela Administração Pública. Presente em todos os atos administrativos, é nos discricionários seu campo de maior incidência, servindo de instrumento de controle ao Poder Judiciário. Significa ele que o administrador deve avaliar correta e adequadamente a pertinência entre a finalidade do ato e os meios adotados. Para tanto, deve analisar o que é a razoabilidade média numa dada sociedade, deixando de lado suas pretensões e juízos personalíssimos. Isto é, nos casos em que a lei admite certa discricionariedade por parte da Administração na eleição do comportamento cabível, deve o agente agir de maneira lógica, coerente, com critérios aceitáveis do ponto de vista racional.

Já o princípio da proporcionalidade, presente explicitamente na Constituição Portuguesa, observe-se, conforme adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, nada mais é “senão uma faceta do princípio da razoabilidade”<sup>84</sup>, ou seja, trata-se de aspecto especial deste<sup>85</sup>. Significa ele que o administrador não deve se exceder na prática do ato administrativo

<sup>83</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 117.

<sup>84</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 58.

<sup>85</sup> Tamanha a proximidade entre os dois princípios, Hely Lopes Meirelles os trata indistintamente. (Op. cit. p. 86-7).

nem exercitá-lo de maneira insuficiente, devendo avaliar bem a sua extensão e intensidade. Com efeito, percebe-se que a proporcionalidade diz com a exigência de um ato administrativo adequado ao fim legalmente proposto; deve ele ser efetuado na medida da necessidade do interesse público, não podendo ser mais extenso ou mais intenso do que este, sob pena de vir a ser anulado judicialmente. Disso, fácil concluir sua relação com os princípios da finalidade, economicidade e igualdade.

O princípio aqui em comento situa-se na Carta Cidadã justamente no contexto dos direitos fundamentais, servindo como garantia especial destes direitos, de modo que toda intervenção estatal deve ocorrer na estrita necessidade, de forma adequada e na medida justa, viabilizando, com isso, a sua máxima eficácia<sup>86</sup>. Nesse compasso, atua o princípio da proporcionalidade como complemento do princípio da reserva legal (art. 5º, II), evitando a edição de leis que restrinjam, excessivamente, os ditos direitos fundamentais dos cidadãos<sup>87</sup>.

E, estudando as normas que expressam direitos fundamentais constantes da Carta de 1988, percebe-se que, embora estas normas ora apareçam como regras, ora como princípios, certo é que elas possuem um maior valor principiológico, considerando-se os valores ou bens jurídicos que visam a proteger<sup>88</sup>. Com efeito, em ocorrendo um conflito entre direitos igualmente fundamentais (caráter principiológico), a solução que se apresenta é o equacionamento pela via da proporcionalidade, em sentido estrito<sup>89</sup>.

Ambos os princípios, o da razoabilidade e o da proporcionalidade, possuem a mesma base legal de sustentação que os princípios da legalidade e finalidade administrativa<sup>90</sup>. Sim, pois se a lei outorga certa liberdade ao administrador não é porque quer admitir que de seus ditames o agente se afaste, os ultrapassando, mas que tome a medida mais adequada do ponto de vista teleológico. Assim, o conteúdo essencial da legalidade não se contenta

---

<sup>86</sup> BARROS, Suzana Toledo de. Op. cit. p. 93.

<sup>87</sup> Ibidem. p. 94.

<sup>88</sup> Ibidem. p. 157.

<sup>89</sup> Ibidem. p. 157-8.

<sup>90</sup> Além disso, mesmo antes da promulgação da Magna Carta de 1988, a doutrina e a jurisprudência já os admitia como base do regime jurídico-administrativo.

com a simples coincidência da ação administrativa com a letra fria da lei, mas reclama adesão ao seu espírito, à finalidade que a impulsiona<sup>91</sup>.

Por exemplo, age de forma desarrazoada a Administração Pública quando publica edital de concurso, cujo objeto é o preenchimento das vagas disponibilizadas, que implique na nomeação parcial dos candidatos aprovados e no indeferimento da prorrogação do prazo de tal concurso sem justificativa socialmente aceitável<sup>92</sup>.

Mais do que não se exceder, o administrador deve atuar sempre com prudência e racionalidade, evitando ao máximo o sacrifício em demasia de direitos. Nesse sentido é a lição de Juarez Freitas, quando afirma que *“a violação da proporcionalidade ocorre quando, tendo dois valores legítimos a sopesar, o administrador prioriza um em detrimento ou sacrifício exagerado de outro”*<sup>93</sup>. Assim, se a autoridade administrativa estiver na iminência de praticar um ato para a satisfação de um direito e, para isso, tiver de sacrificar direito axiologicamente superior, não deve praticá-lo, sob pena de violação dos princípios da razoabilidade e, especificamente, da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade traz implicações também na noção de poder de polícia administrativa, na medida em que este deve ser entendido como forma de limitação da propriedade e liberdade individuais, mas, gize-se, sem abalo injustificável a direito alheio.

De salientar-se, de outra banda, que o princípio da razoabilidade traduz um conceito impreciso, não sendo possível, muitas vezes, a identificação se um ato administrativo é razoável ou irrazoável (zona de certeza intermediária). Por outro lado, haverá aquelas zonas de certezas positiva e negativa, em que será fácil a aferição do que seja razoável; neste caso, o princípio ora em estudo servirá de limite da discricionariedade administrativa.

Ao praticar o ato administrativo, exige-se a perfeita correlação entre os meios e fins, tomando-se por base os motivos (pressuposto fático). Ou seja, os critérios de conveniência e oportunidade devem se ajustar coerentemente com a finalidade enunciada pela regra de direito. De ressaltar que a matéria ganha força e amplitude quando se trata de medidas de

<sup>91</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 58.

<sup>92</sup> Cf. STF – RE 192.568 – PI – 2ª T. – Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 13.09.96

<sup>93</sup> FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 57.

polícia e sanções disciplinares, como, por exemplo, no caso da imposição de pena pecuniária aplicada aos administrados que exorbite os padrões do razoável. Mas a matéria da irrazoabilidade, advirta-se, não repousa apenas na relação entre os meios e os fins, verificando-se, por igual, em atos arbitrários, em que o capricho, o bel prazer do agente se sobrepõe aos motivos legais, contrariando o senso comum.

Não há, outrossim, de se confundir a desproporcionalidade com o desvio de poder; este se evidencia quando o agente, embora competente, desvirtua-se do interesse público ou da finalidade específica da lei. Já na irrazoabilidade, a finalidade legal é observada, entretantes os meios de que se vale o administrador são inadequados para satisfazê-la na sua exata medida<sup>94</sup>.

#### **4.5. Princípio da impessoalidade administrativa e sua relação com o princípio da igualdade**

Antes de adentrar na esteira conceitual e característica da impessoalidade, insta fazer uma breve relação com o Estado de Direito. Este, como se sabe, sucedendo ao Estado de Polícia, passou a significar a substituição do governo dos homens pelo governo das leis. O Estado deixou de ter na pessoa do governante o dono do poder, para ter no Direito, que traduz, ou deveria traduzir, os anseios da sociedade, a sua garantia de liberdade e segurança. Não é mais de se admitir que o poder seja personalíssimo da pessoa do governante, mas do Estado, sendo aquele mero meio de concretizar as aspirações da sociedade, presentes na lei<sup>95</sup>. Nesse compasso, diga-se com Carmem Lúcia Antunes da Rocha que *“O Estado de Direito não convive com a personalização do Poder conforme o governante em exercício. (...) A impessoalidade é, pois, característica do Estado de Direito, que se tornou princípio constitucional pela fundamentalidade de que se reveste”*<sup>96</sup>. Daí a

<sup>94</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 148.

<sup>95</sup> Na mesma direção, ensina José Afonso da Silva que *“o ‘princípio’ ou ‘regra da impessoalidade da Administração Pública significa 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.”* (Curso de Direito Constitucional Positivo. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 615)

<sup>96</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Op. cit. p. 146.

importância deste princípio, constante do art. 37, *caput*, que desautoriza que governantes ditem regras ao seu gosto, sem atentarem para o querer legal.

O princípio da impessoalidade pode adquirir duas (principais) facetas, segundo se infere da doutrina pátria: uma relacionada com o princípio da finalidade; outra, com o princípio da igualdade.

Pode ser confundido com o princípio da finalidade, na medida em que o administrador deve satisfazer única e exclusivamente o que reclama a norma de direito, conforme seus fins, dentre os quais, o mais precioso é o interesse público. Não pode assim, o agente, praticar ato que vise a lhe favorecer, imprimindo sua vontade pessoal e não a legal. Como adverte o já citado Meirelles, *“E o ‘fim legal’ é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de ‘forma impessoal’”*<sup>97</sup>. Portanto, está o administrador proibido de buscar vantagem própria ou de terceiros, a menos que esta coincida com os interesses públicos.

De outra banda, há os que tratam impessoalidade e igualdade indistintamente ou, pelo menos, traçando esta como produto daquela. Segundo estes adeptos, dentre eles Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>98</sup>, *ex vi* do disposto no art. 5º, *caput*, c/c art. 37, *caput*, da Constituição Federal, não é lícito dispensar aos administrados tratamento diferenciado. Nesse sentido, não pode a Administração Pública atuar movida por favoritismos, animosidades pessoais ou perseguição, devendo agir desinteressadamente, ou seja, com imparcialidade, com isenção. *“Ainda segundo este princípio, a Administração Pública precisa dispensar um objetivo tratamento isonômico a todos os administrados, sem discriminá-los com privilégios espúrios, tampouco malferindo-os persecutoriamente, uma vez que iguais perante o sistema”*<sup>99</sup>. Nos Tribunais, emprestando semelhante entendimento: TACRJ, 7ª Câmara Cível, AC 6945/95 – (Reg. 5136-2), Rel. Juiz Galdino Siqueira Netto, j. 22.11.1995, Ementa 40898.

Em se aceitando a sua confusão com o princípio da igualdade, inferem-se, dentre outros, os seguintes dispositivos constitucionais acerca da impessoalidade: arts. 37, II; 19, III; 37, XXI.

<sup>97</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 85.

<sup>98</sup> Segundo sustenta Celso Antônio Bandeira de Mello: *“O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, ‘caput’, da Constituição”*. (Op. cit. p. 60)

<sup>99</sup> FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 64-5.

No entanto, o melhor entendimento quer parecer aquele que não vê identidade nos princípios da impessoalidade e igualdade, mas apenas proximidade, sendo aquele desdobramento deste. Possuem eles conteúdo e finalidade díspares. Este é mais amplo e diz com o dever de tratamento jurídico igualitário aos administrados, quando discriminações a lei não acolha. Busca-se impedir que a Administração atue com preconceito e discriminação para com os cidadãos, privilegiando uns em detrimento de outros. Calha, ainda, observar que é o princípio da igualdade um dos melhores meios de se afastar o arbítrio, garantindo convivência social plena e harmônica.

Já o princípio da impessoalidade não escapa ao campo estatal, restringindo-se, diretamente, à relação do administrador com a Administração. Com ele, visa-se a evitar que a autoridade administrativa, por estar investida de condição política privilegiada – pois detém o poder como instrumento – se privilegie às custas do erário, prejudicando toda a sociedade. Veda-se, pois, a existência de Administração personalizada, em que o subjetivismo e a vontade pessoal preponderem.

Portanto, não há que se confundir essas duas normas superiores. É o que se extrai da lição de Carmem Lúcia Antunes Rocha, a qual, após referir que ambos os princípios tecem o Estado Democrático de Direito, sustenta que *“A igualdade é um direito e o seu titular é o indivíduo ou o cidadão. A impessoalidade é dever e quem o titulariza é a Administração Pública. Ambas obrigam. Aquela obriga todas as pessoas públicas e privadas, físicas ou jurídicas. Esta obriga o Estado a ser neutro, objetivo e imparcial em todos os seus comportamentos”*<sup>100</sup>.

Registre-se, ainda, que, conquanto haja a semelhança, não há confusão entre os princípios da impessoalidade e finalidade. O primeiro apenas informa o último. A finalidade representa que o administrador, valendo-se de sua competência, deve atingir a finalidade especificada em lei e o interesse público, ou seja, os fins de Direito; enquanto que a impessoalidade significa que o agente deve obrar abstendo-se de qualquer vontade pessoal ou benefício próprio ou de terceiros, pois só assim logrará atingir o interesse público.

A impessoalidade, então, determina que o fim último do administrador seja o interesse público, destituído de pessoalismos e particularismos. Com

---

<sup>100</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. cit. p. 154.

efeito, pode-se acrescentar, por significativo, que são os administradores que compõem o Estado e não o inverso. Do contrário estar-se-ia ferindo o sistema democrático, que reclama a satisfação do interesse geral, em favor de quem detém o monopólio do uso da força.

No que toca aos fundamentos do princípio da impessoalidade, pode-se enumerar três<sup>101</sup>. O primeiro deles é a opção pelo regime político democrático, que não acolhe o governo dos homens, mas sim, o governo das leis, que não admite atos revestidos de pessoalidade. O segundo é o princípio da igualdade, presente em nossa Carta Máxima, do qual o princípio da impessoalidade é sucedâneo. E, ainda, como sustentáculo da impessoalidade gize-se a República; é nesta forma de governo que se apresenta a exigência de administradores impessoais, o que não se verifica, e.g., na monarquia, embora nesta esteja presente o princípio da igualdade.

Assim como ocorre com os demais princípios e legislação singular, em se verificando que o agente atuou personalisticamente no trato com a coisa pública, seu ato é inválido, e assim há de ser declarado pelo Poder Judiciário. Isso porque a Administração deve respeito ao regime jurídico-constitucional, caso contrário entra em cena a teoria das nulidades dos atos administrativos. De praxe, reside o vício da pessoalidade no motivo e na finalidade do ato. O agente, via de regra, é formalmente competente, adota a forma correta, mas os critérios de fato e de direito descritos na norma jurídica não contemplam, no caso concreto, a prática do ato do modo externado pelo administrador. Ou, no dizer de Carmem Lúcia, *“O motivo particular e pessoal não pode prosperar validamente para a prática de qualquer ato da Administração Pública.”*<sup>102</sup>

É nos atos discricionários que se concentram os maiores gravames à impessoalidade. Isso porque, para a prática desses atos, o campo de liberdade do administrador, ao menos na norma, é amplo, cabendo-lhe fazer um juízo preciso de avaliação de qual a melhor solução a ser adotada, conforme a principiologia jurídico-administrativa, donde se extrai, também, o princípio ora em comento. Exemplo de ato discricionário com vício de pessoalidade a ser citado é o do edital de concurso público que exige para

<sup>101</sup> Segundo a didática adotada por Carmem Lúcia Antunes ROCHA (Op. cit. p. 154-5).

<sup>102</sup> ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Op. cit. p. 157.

o ingresso na carreira pública possuir o candidato reputação ilibada. Nesse caso pode ocorrer que o administrador, desavisadamente, agindo puramente conforme a sua vontade, escolha candidato que pertença à sua árvore genealógica, com passado deplorável do ponto de vista ético, em detrimento de candidato honesto e de conduta abonada pela sociedade. Agem, nesses casos, segundo o governo de César, e não conforme a vontade do ordenamento jurídico, reclamada pelo Estado Democrático de Direito.

#### **4.6. Princípio da eficiência administrativa**

É com a Emenda Constitucional n. 19/98 que passa o princípio da eficiência a ganhar maior expressão com a sua inclusão no tão referido art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

As idéias de soberania popular e separação de poderes, de cunho altamente democráticas, aduzidas, respectivamente, por Rosseau e Montesquieu, ganham, neste momento, em significação. Com efeito, o poder não mais emana da vontade do monarca, mas da lei. E, acima da lei, como verdadeiras normas jurídicas, estão os princípios, que norteiam o sistema jurídico, servindo como parâmetro para a correta interpretação das normas jurídicas. Logo, devem eles, dentre os quais o da eficiência, serem observados pelo administrador quando da prática do ato administrativo.

O princípio aqui em apreço reproduz um dever funcional de presteza, de perfeição pelo administrador público<sup>103</sup>. Deve ele, no trato com a coisa pública, tomar como parâmetro o ótimo, a solução que melhor atenda à finalidade da lei. Assim, se o administrador escolhe mal os meios a serem utilizados para atenderem o interesse público, viola o dever de eficiência. Servem, mormente, então, os resultados como medida da eficiência do ato externado; devem tais efeitos serem positivos, considerando-se o fim reclamado pela norma de Direito. Em outras palavras, diga-se com Roberto Santos Pessoa que *“Embora nem sempre o conteúdo jurídico de um princípio*

<sup>103</sup> Hely Lopes Meirelles, cita como exemplo de controle da eficiência as alterações contidas na regra insculpida no art. 41 da CF, introduzida pela emenda n. 19, que *“possibilitam a dispensa de servidor público estável mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma da lei complementar, assim como estabelecem, como condição para a aquisição da estabilidade, a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.”* (Op. cit. p. 99)

*ou palavra seja equivalente à sua conotação vernacular, poder-se-ia dizer que, estando submetida ao princípio da eficiência, a atividade administrativa dos órgãos e entidades públicas deve ser uma atividade eficaz, ou seja, deve produzir o efeito desejado, deve dar bons resultados.*”<sup>104</sup>

Disso, fácil concluir que o princípio da eficiência está intimamente relacionado com os princípios da legalidade, finalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade. No entanto, ganha tratamento autônomo, para que sua efetivação melhor se consolide. É assim, pois deve a autoridade administrativa agir como bom administrador, conferindo tratamento adequado, na exata medida reclamada pela finalidade legal, mesmo que esta esteja implícita ou esteja revestida sob a forma de conceito indeterminado, como ocorre com os atos discricionários.

É também freqüente a semelhança do princípio em tela, ou mesmo a identidade, conferida por alguns autores, com o princípio da economicidade (art. 70, *caput*, da CF), segundo o qual não deve o administrador obrar com desperdícios, com desídia no trato com a coisa pública, devendo buscar sempre a solução economicamente mais adequada.

No tocante ao objeto de alcance do princípio da eficiência, tem-se que este se reflete quase que na totalidade das vezes sobre os chamados atos discricionários. A discricionariedade, conseqüentemente, vai sofrer restrições por força da aplicação, também, do princípio da eficiência. Se não é aceitável – conforme a maioria prevalecente – uma invasão do merecimento do ato, também não é crível que a discricionariedade se legitime sem guardar relação com os imperativos de adequação e sensatez<sup>105</sup>.

Se o legislador confere alternativas múltiplas ao administrador não é porque aceita que ele tome a medida que melhor lhe convier, mas somente aquela ótima, a perfeita, a que atenda finalística e eficazmente a norma jurídica. Assim, casos haverá em que, em face das circunstâncias de fato, será perfeitamente possível saber qual a melhor solução a ser implementada<sup>106</sup>.

<sup>104</sup> PESSOA, Roberto Santos. Princípio da Eficiência e Controle dos Atos Discricionários [on line]. Disponível: [www.jus.com.br](http://www.jus.com.br).

<sup>105</sup> *Ibidem*. p. 86.

<sup>106</sup> No dizer de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Posto que assim é, posto que existe essa correlação lógica, mesmo que a norma diga que um agente administrativo pode fazer ou não fazer ou pode adotar o ato A ou B, este ato deve ser confrontado com as circunstâncias fáticas

Em outros, é bom que se frise, pairarão dúvidas acerca de qual a medida mais apropriada, quando a discricionariedade abstrata remanescerá no caso em concreto. *“O princípio da eficiência impõe a adoção da melhor opção. O desrespeito a essa regra implica a invalidade do ato. Essa é a grande utilidade do princípio da eficiência. Serve de baliza para a atuação discricionária.”*<sup>107</sup>

Portanto, mesmo que a letra da lei confira certa liberdade de decisão ao administrador, seja por meio de conceitos indeterminados, seja no comando ou finalidade da norma, deve ele adotar somente aquela opção sensata, a melhor, aquela que satisfaça plenamente o interesse público e a finalidade específica da lei.

#### 4.7. Princípio da motivação

Antes de estudar a motivação propriamente dita, faz-se mister uma apreciação acerca dos motivos do ato. Estes, ao lado da finalidade legal, devem estar presentes de modo a justificar a ação administrativa. São eles, portanto, conforme restou transparecido, pressupostos do ato administrativo; significam, precisamente, uma situação de direito ou de fato que proporciona ou torna obrigatória a execução de tal ato, ou, em outras palavras, correspondem a razão justificadora deste. É com o motivo que surge a competência em concreto.

Calha registrar a noção de motivo sob a ótica autorizada de Cintra, que vislumbra o aspecto fático e o aspecto jurídico do motivo, assim dispendo: *“Entendemos, portanto, como motivo, o conjunto de elementos objetivos de fato e de direito que lhes constitui o fundamento. Isto significa que, para nós, os motivos do ato administrativo compreendem, de um lado, a situação de fato, que lhe é anterior, e sobre a qual recaia providência adotada e, de outro lado, o complexo de normas jurídicas por ele aplicadas àquela situação de fato.”*<sup>108</sup>

---

*existentes para que o Poder judiciário (ou qualquer órgão controlador de sua legitimidade) verifique se ele guarda ou não guarda com elas a correlação lógica necessária e se tem, pois, idoneidade para alcançar a finalidade.” (Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 38)*

<sup>107</sup> HARGER, Marcelo. Reflexões Iniciais sobre o Princípio da Eficiência. *Revista de Direitos Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, 1999, p. 160.

<sup>108</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 97.

É tranqüilo o entendimento de que os motivos podem ser plenamente considerados pelo Poder Judiciário no controle da legalidade. Isso porque são pressupostos objetivos, são requisitos do exame de legitimidade do ato, são eles que condicionam a sua legalidade<sup>109</sup>. *“Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado.”*<sup>110</sup>

A marcha a ser seguida na verificação da ocorrência do motivo é, primeiro, apurar quanto à existência da situação fática (materialidade); e, segundo, ver da adequação desta situação com a previsão abstrata da lei, devendo haver uma perfeita harmonia entre estes dois pontos. Tal aferição, em se tratando de conceitos jurídicos dotados de precisão, é simples e perfeitamente exigível. Entretanto, na hipótese de o motivo traduzir-se em termo indeterminado, será necessário que o Poder Judiciário proceda, no dizer de Mello<sup>111</sup>, na “qualificação” desses motivos. Isto é, todo conceito fluido possui significação objetiva mínima, seja na zona dita negativa, seja na positiva, casos em que será perfeitamente possível verificar se a conduta administrativa agasalhou-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e da proporcionalidade. Assim, e.g., se houver previsão hipotética na norma de direito de “urgência” como motivo do ato, certo está que haverá uma região em que não pairará dúvida acerca da sua ocorrência ou inoocorrência. Poderá, contudo, importante gizar, remanescerem dúvidas acerca da sua existência, quando o ato, então, será, verdadeiramente, discricionário.

Por fim, impende assinalar, outrossim, que os motivos não se confundem com a *causa* do ato. Esta é a adequação do motivo ao conteúdo do ato, considerando-se uma finalidade ditada pela lei. Sem causa idônea o ato é inválido. Por isso, de modo a não eivar o ato de invalidade, urge constatar se o motivo é suficiente a apoiar o ato praticado.

Embora não haja norma constitucional expressa indicando o dever de motivação, deflui-se sua necessidade em face do próprio Estado de Direito. Ora, já se foi o tempo em que a arbitrariedade imperava, reinando absoluta

<sup>109</sup> Ensina, a esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello que *“não há fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos. A ser de outra sorte, não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos. Daí que a doutrina não apresenta qualquer hesitação em sufragar o entendimento exposto”*. (Op. cit. p. 88)

<sup>110</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 190.

<sup>111</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit. p. 90.

a vontade do príncipe. Hoje, mormente no Estado Democrático, em que o destinatário final das providências administrativas são os cidadãos, é dever do Poder Público prestar contas a estes populares, detentores do poder (art. 1º da CF). Assim, mais que uma exigência jurídica, a motivação é, hodiernamente, reclamação política, emanada da noção de democracia, na qual cabe aos cidadãos a decisão derradeira de anuir, de silenciar, ou de irresignar-se contra o exercício de um poder. E, para o exercício desse controle dos atos administrativos, próprio do Estado de Direito Democrático, nada mais adequado que se exigir sejam os atos da Administração Pública motivados.

O princípio em tela encontra amparo também nos textos constitucionais do art. 5º, incisos XXXV e LV. O primeiro inciso possibilita o pleno acesso ao Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito; ora, como o interessado discutirá seu direito se não souber sequer o fundamento da decisão administrativa?<sup>112</sup> Já o segundo inciso trata da necessidade de contraditório e ampla defesa; ora como tornar efetivo esses dois direitos se não houver motivação?<sup>113</sup>

O princípio da motivação é mais uma forma de controle da legitimidade dos atos administrativos discricionários, significando que devem tais condutas ser fundamentadas, ou seja, não prescindem de justificativa, de fato e de direito. Isto é, além da base legal, deve o agente descrever as circunstâncias em que se apóia o ato, mostrando, além disso, nos casos de discricção, a pertinência entre as circunstâncias fáticas e a providência adotada (idoneidade do ato). É, pois, a motivação, garantia democrática dos administrados.

Em que pese este entendimento que pugna pela motivação, ainda há julgados, em contrariedade à ordem democrática atual, decidindo pela prescindibilidade da motivação nos atos discricionários. É o que entendeu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao se pronunciar sobre a necessidade ou não de motivação do ato de demissão de diretor de escola pública, quando foi dito que “*Corolário disso é que a nomeação para o exercício das*

<sup>112</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 209, p. 14.

<sup>113</sup> *Ibidem*. p. 14.

*funções do cargo insere-se entre os atos discricionários do Administrador, ao qual assiste, a 'fortiori', o poder de dispensar o servidor a qualquer tempo e sem a necessidade de motivação, vale dizer, a exclusivo critério da autoridade nomeante, 'ad nutum'*.<sup>114, 115</sup>

Não é esta, entretanto, a linha adotada pelo consagrado Enterría, que, ao defender que uma das principais obrigações do Poder Público é a de restaurar a confiança do povo nas suas instituições, referiu-se acerca da importância da justificação dos seus atos ponderando o seguinte: *"Ahora bien, ese conocimiento de la racionalidad y de la objetividad de la actuación de los gobernantes exige transparencia absoluta en la actuación de esto y justificación constante de sus motivos en cuanto les sea exigida o puesta en duda"*.<sup>116</sup> E prossegue o citado doutrinador espanhol, reportando-se ao dever de prestação de contas por parte da Administração Pública: *"ningún pueblo confía en quienes pretendan disponer de un status superior que les dispense de explicar sus actos y de rendir cuentas de los mismos"*.<sup>117</sup>

Juarez Freitas<sup>118</sup>, por seu turno, após vincular o princípio em tela ao princípio da segurança, ensina que *"as decisões administrativas serão motivadas, por certo não apenas a dos Tribunais, e, melhor do que isso, fundamentadas, isto é, haverão de ter como suporte razões objetivas e consistentes (numa leitura conjugada, especialmente, dos incisos IX e X do art. 93 da CF e de várias Constituições Estaduais de modo expreso)"*.

Já o não menos ilustre Antônio Carlos de Araújo Cintra, em sua magistral obra intitulada *Motivo e Motivação do Ato Administrativo, ao cuidar da noção do princípio que ora se examina, enfatizou que, "Assim, a motivação é aqui examinada pelo prisma em que se manifesta com um discurso justificativo*

<sup>114</sup> TJRJ, 1º Grupo de Câmaras Cíveis, MS 475/96 - (Reg. 140297) - Cód. 96.004.00475, Rel. Des. Laerson Mauro, j. 30.10.1996

<sup>115</sup> Segue esta linha mais conservadora, também, o eminente administrativista José Cretella Júnior, quando profere: *"percebe-se, pois que o ato discricionário dispensa motivação. (...) A 'motivação do ato discricionário altera-lhe a índole, retirando-lhe a natureza discricionária, substituída agora por uma configuração vinculada. Em outras palavras, ato administrativo que, por sua própria natureza, devesse ser discricionário, deixa de sê-lo, quando a autoridade resolve motivar ou fundamentar a medida, explicitando espontaneamente o motivo da decisão."* (Op. cit. p. 298)

<sup>116</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. Op. cit. p. 108-9.

<sup>117</sup> Ibidem. p. 110.

<sup>118</sup> FREITAS, Juarez. Op. cit. p. 77.

*da decisão contida no ato administrativo. Isto quer dizer que através da motivação, o agente público procura argumentar no sentido de convencer seja o particular interessado, seja a coletividade, de que aquele determinado ato administrativo tem sua razão de ser, tanto no plano da legalidade como no da oportunidade e conveniência.*"<sup>119</sup>

Se o Poder Judiciário e os Tribunais, estes administrativamente, têm o dever de motivar suas decisões (art. 93, incisos IX e X da Constituição Federal), que se dirá das decisões do Executivo, que exerce função tipicamente administrativa. Corroborando tal entendimento, acresce assinalar, exemplificativamente, que, dentre outras leis, a Lei nº 9784/99, em vários de seus dispositivos, faz menção a este princípio, como nos arts. 2º, *caput*, 3º, parág. 1º, e 50.

É justamente a motivação a forma, o parâmetro de ver se o administrador atuou dentro dos limites do razoável, da proporcionalidade e da moralidade administrativa. É o meio de evidenciar se o ato equivale à exata medida da competência conferida ao agente. Em outras palavras, em face do caráter instrumental, diretivo e restrito do conjunto de poderes (competência), estes devem ser usados no estrito cumprimento da finalidade legal para a qual foram instituídos; caso contrário, estar-se-á diante do já mencionado <sup>x, \*</sup> extravasamento de competência, caso de invalidação da medida dotada. A propósito, diga-se com Mello que *"a motivação deve ensejar que se confira nos casos em que o agente disponha de alguma discricção (seja sobre que aspecto for), se a decisão foi adequada, proporcional ao demandado para cumprir a finalidade pública específica que deveria atender ante o escopo legal"*<sup>120</sup>.

O dever de motivação vem bem elucidado em julgado de nossa Corte Suprema<sup>121</sup>. Trata-se de caso de não nomeação de candidatos aprovados ao cargo de Juiz de Direito no Estado do Piauí, em que a respectiva comissão do competitivo indeferiu a prorrogação postulada pelos interessados. Estes, inconformados, impetraram mandado de segurança contra esta decisão, o qual foi julgado improcedente pelo TJ daquele Estado. Em recurso ordinário ao STJ, o feito foi julgado improcedente. Já em sede de recurso

<sup>119</sup> CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Op. cit. p. 107.

<sup>120</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...* Op.cit. p. 101.

<sup>121</sup> STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário n. 192.568, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.04.1996, *in* RDA 206: 185-200.

extraordinário, junto ao STF, o pleito foi deferido, julgando-se pela procedência da demanda, para determinar-se a condução imediata dos ditos candidatos ao cargo de Juiz. Entendeu esta corte violados os princípios da legalidade, razoabilidade, moralidade, economicidade, impessoalidade e motivação. Em síntese, houve ofensa ao princípio da legalidade, uma vez que não foi respeitado o Edital do concurso, que previa este certame para o preenchimento de vagas existentes, e o respectivo resultado, que aprovou os recorrentes. Ferido também o da moralidade, porque o recorrido não agiu perante os recorrentes segundo os padrões éticos de lealdade e honestidade. Já o da economicidade não foi observado, na medida em que, sem nomear os recorrentes para o dito cargo, foi publicado novo edital para a realização de novo concurso, o que implica em gastos consideráveis com pessoal. O princípio da impessoalidade também foi desrespeitado, visto que, em havendo candidatos na mesma situação – aprovados –, optou-se pela nomeação de alguns em detrimento de outros. E, ainda, o princípio da motivação restou às claras atingido, considerando-se que o Tribunal de Justiça do Piauí, ao indeferir a prorrogação do concurso, não motivou sua decisão, referido apenas que tal prorrogação era uma faculdade sua. Sobre a necessidade de motivação, impende transcrever parte do voto (vencido) do Ministro Carlos Velloso: “Assim, quando um agente público pratica um ato administrativo, ele tem de dizer porque o faz, tem que motivar o ato, até mesmo para que esse ato possa ser submetido ao controle judicial em caso de alegação de ofensa a direito, dado que a Constituição consagra o princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV).” De resto, observe-se que, ante a ausência de motivação do ato administrativo, prejudicado restou a verificação do atendimento ou não do princípio da razoabilidade.

Do até aqui exposto, pode-se concluir ser a motivação a mola propulsora do controle jurisdicional dos atos administrativos, evitando-se personalismos, ao mesmo tempo em que serve como fonte de informação aos cidadãos, os quais poderão, assim, exercer um controle mais efetivo sobre a Administração Pública, seja administrativa ou judicialmente<sup>122</sup>.

---

<sup>122</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 152.

De outro quadrante, impende ressaltar, outrossim, a importância do aspecto formal da motivação, de modo a apresentar-se com lógica e transparência aos olhos do destinatário. Nesse sentido, deve ela revestir-se de concreção e precisão, não bastando expressões vagas, devendo, ainda, ser clara e suficiente, garantindo-se um efetivo controle.

Quanto ao tempo e a obrigatoriedade de motivar-se o ato, faz-se mister tecer algumas considerações. Nesse compasso, deve a motivação ser anterior ou concomitante ao ato, de modo que este encontre justificativa plausível no futuro. No entanto, é bom que se frise, nem todos os atos administrativos estão sujeitos à motivação. É o caso dos atos vinculados que podem ter a existência e a suficiência dos motivos tranqüilamente demonstrados algures como anteriores à prática de tais atos. Exemplo desses casos é o de ser conferida aposentadoria compulsória a funcionário público aos 70 anos; a ocorrência deste pressuposto fático (idade) pode perfeitamente ser comprovado no futuro como antecedendo ao ato de concessão da aposentadoria. Diferentemente, quando possa remanescer dúvida acerca da pré-existência dos motivos, como ocorre nos atos discricionários, é obrigatória a motivação, sob pena de invalidade. Caso contrário, impossível ao Poder controlador saber ao certo da correção do ato, da ocorrência ou não dos motivos de fato e de direito constantes da lei, autorizadores da sua prática. Ao pronunciar-se sobre o assunto, foi feliz, mais uma vez, o insigne Celso Antônio Bandeira de Mello ao enunciar que, *“Se o motivo foi vinculado e obrigatória a prática do ato ante sua ocorrência, a falta de motivação não invalida o ato desde que o motivo haja efetivamente existido e seja demonstrável indubitavelmente sua antecedência em relação ao ato. Se a escolha do motivo for discricionária (ou sua apreciação comportar alguma discricionariedade) ou ainda quando o conteúdo do ato for discricionário, a motivação é obrigatória”*<sup>123</sup>.

Disso tudo pode-se concluir que, *“com a Constituição de 1988 consagrando o princípio da moralidade e do acesso ao Judiciário, a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário”*<sup>124</sup>. De salientar, ainda, finalizando, ser a motivação

<sup>123</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...* Op. cit. p. 105.

<sup>124</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit. p. 93.

uma das principais formas de evitar-se arbitrariedades pelo Poder Público, que a exemplo do cidadão comum está submetido ao império da lei (art. 5º, II, da CF). Por isso, para dotar o ato de legitimidade, em regra, satisfazendo anseios políticos – já que, numa democracia, os administradores têm o dever de prestação de contas aos administrados – e jurídicos – por força dos princípios da Administração Pública –, deve ele conter motivação de fato e de direito.

## **5. Considerações finais**

O cerne da problemática desenvolvida nesta pesquisa foi trazer uma noção hodierna da amplitude do papel do Poder Judiciário no controle daqueles atos em que a Administração Pública dispõe de um campo de liberdade mais aberto, sendo-lhe facultado, pelo menos em nível de norma abstrata, a adoção de uma conduta ou de outra, em um momento ou noutro, de uma forma ou de outra. Nesse exercício limitador da atividade administrativa pública, ganha relevo, no Estado Democrático de Direito, reclamado pela Constituição Federal de 1988 (art. 1º, *caput*), o papel desempenhado pelos Princípios que norteiam o Direito Administrativo.

Dentre esses princípios, imperioso lembrar, primordialmente, o da legalidade, fruto da Revolução Francesa de 1789 – que rechaçou os ideais e práticas absolutistas –, enfocado e invocado às claras com o advento do Estado Liberal de Direito, que instaurou a segunda fase do Estado Moderno. Neste período legal-individualista, destaca-se o papel do Poder Legislativo sobre os demais Poderes do Estado.

Ante a crise econômico-social que assolava aquele modelo de Estado, em que se impunha um liberalismo excessivo, cresce um modelo de *Estado-Providência*. É o Estado de Direito Social, pautado no intervencionismo estatal, com o dever de prestação abundante. Cresce, aqui, em importância, o Poder Executivo.

No entanto, diante dos abusos praticados pela Administração Pública, ganha evidência um modelo de Estado Democrático de Direito – assunto do qual mais detalhadamente se cuidou neste ensaio –, no qual se torna indispensável uma atuação mais vertical por parte do Poder tipicamente controlador: o Judiciário. Conforme anotou Roberto Santos Pessoa,

*“Tal ‘crescimento’ dos poderes públicos, exigiu, como contrapartida, um reforço dos instrumentos jurídicos de controle da atividade administrativa, e do próprio Poder Judiciário, cuja Função e atividade passou a ser vista cada vez mais como essencial à democracia e às exigências do Estado de Direito.”*<sup>125</sup>

A importância que merece o Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, no controle de qualquer ato lesivo ou atentador a direito, vem bem consubstanciado na Carta Cidadã de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXV, anteriormente mencionado. E, traduzindo bem a tarefa controladora do Judiciário, numa noção moderna de Estado de Direito, diga-se com Giacomuzzi que *“Em última análise, o certo é que são os juízes, no sistema constitucional moderno, dentre eles o brasileiro, que têm o poder de dizer o que é a dignidade da pessoa humana, a moralidade e a legalidade administrativas, a igualdade perante a lei e o direito, as liberdades de expressão ou de manifestação do pensamento, para citarmos apenas alguns – ainda que talvez os mais importantes – dos princípios (ou garantias) constitucionais e direitos fundamentais.”*<sup>126</sup>

Portanto, ante a ampliação dos poderes estatais, e a concessão de novas prerrogativas às autoridades públicas, nada mais adequado e justo do que a tentativa de instrumentalizar estes poderes, conferindo-lhes uma concepção finalística, voltada para o atendimento das necessidades públicas<sup>127</sup>. Para assegurar tal propósito, necessária se faz uma disciplina rígida de controle, o que somente se torna possível com a atuação elástica e efetiva do poder controlador, que é o Judiciário. Só assim, com tal controle efetivo dos atos administrativos, viabilizado e realizado se mostra o princípio democratizante.

Quanto à legalidade, em nosso regime, esta se apresenta com um sentido bem mais material, voltada para a consecução da justiça social efetiva, calcada não apenas no texto da lei, mas na Constituição Federal, com todos os seus princípios explícitos – mormente os constantes do art. 37 – e implícitos, servindo esta Carta como parâmetro para a elaboração e execução de qualquer outra lei de caráter hierarquicamente inferior<sup>128</sup>. Demonstração inequívoca desta concepção material de legalidade pode ser aferida do

<sup>125</sup> PESSOA, Roberto Santos. Op. cit. p. 5.

<sup>126</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. Op. cit. p. 18-9.

<sup>127</sup> PESSOA, Roberto Santos. Op. cit. p. 2.

<sup>128</sup> Observe-se, contudo, que a legalidade formal ainda tem área de aplicação quando para restringir direitos individuais, com relevo para o poder de polícia.

prelecionado no §1 do art. 5º da CF, ao referir que os direitos e garantias fundamentais, previstos nas disposições deste artigo, aplicação imediata, independentemente da preexistência de lei específica a respeito.

Com efeito, força é convir que da ampliação da noção de legalidade decorre que a discricionariedade ganha nos referidos princípios novo instrumento de controle, somente sendo permitido ao administrador agir, mesmo respaldado pela discricção, quando a lei – lato sensu – assim o autorizar. Caso contrário, seu ato será passível de invalidade. Sobre a força axiológica exercida pelos princípios, insta registrar, com Celso Antônio Bandeira de Mello, que *“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 mestra.”*<sup>129</sup>

Dentre os princípios nesta pesquisa trabalhados, além do da *legalidade*, adredemente referido, importância se conferiu, exemplificativamente, ao do *interesse público*, que deve estar sempre sobreposto ao interesse dos particulares, no afã de concretização do bem comum; o da *finalidade*, no sentido de que o ato administrativo deve estar coeso com o fim legal proposto, pautado, em última instância, na satisfação do interesse coletivo, sob pena de incorrer-se em desvio de finalidade; o da *moralidade*, significando que o administrador deve agir segundo os critérios éticos da instituição em que atua, sendo aferível a moralidade ou não de sua conduta conforme os efeitos produzidos pelo seu ato; o da *razoabilidade* e da *proporcionalidade*, relacionados com a necessidade e coerência do ato praticado, devendo ele guardar adequação entre o meio implementado e o fim a que se propõe, não podendo ser excessivo nem insuficiente; o da *impessoalidade* e o da *igualdade*, dando conta de que deve, a autoridade, atuar sem particularismos, não devendo nunca favorecer a si ou a terceiros, a menos que isto coincida com o fim legal, bem como se refere a que a Administração Pública deve dispensar tratamento igualitário aos

<sup>129</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 574.

administrados que se encontrem em situações idênticas; o da *eficiência*, que serve de base à discricionariedade, visto que determina que o agente administrativo somente lance mão da alternativa ótima, daquela que melhor satisfaça a finalidade legal, agindo, nesse intento, com sensatez e adequação; e o da *motivação*, efetiva garantia democrática dos administrados, ou seja, é dever da Administração Pública externar o fundamento de fato e de direito que impulsionou sua decisão, só assim se tornará possível aos cidadãos acessar o Judiciário para discutir acerca da legalidade, razoabilidade, eficiência, etc. de tal conduta.

Outro reclame deste modelo de Estado, fruto do próprio conceito e das características da democracia estabelecida a partir da Magna Carta, é uma participação popular efetiva, ganhando novos contornos a idéia de soberania popular. E, dentre estas formas de participação dos cidadãos na atuação e controle da atividade pública, ressalte-se, porquanto interessante ao objeto desta pesquisa, o acesso amplo ao Judiciário, proclamada, essencialmente, no já mencionado inciso XXXV do art. 5º da CF/88.

No entanto, a interferência jurisdicional em qualquer ato da Administração Pública, infelizmente, longe está de dominar nosso cenário jurídico, entendendo grande parte da doutrina e jurisprudência pátria que o controle pelo Judiciário deve se ater à apreciação da legalidade do ato, sem adentrar no seu merecimento, sob pena de violar-se o princípio da separação de poderes. Uma das alternativas, admitindo-se esta não interferência no merecimento do ato, seria aferir-se, modo preciso, a margem de liberdade remanescente da norma jurídica no caso em concreto, quando subsistiria a discricionariedade, sendo, então, possível à autoridade administrativa obrar segundo a conveniência e oportunidade que entender, sem sofrer retaliações. Esta alternativa, entretanto, não é tarefa fácil, agregando-se um cunho bastante subjetivista, cabendo indagar: quando, exatamente, terá remanescido, no caso concreto, a discricção prevista na norma?

A par disso, parece mais adequado ao sistema político-jurídico vigente – amparado na Constituição – conferir, exclusivamente, ao Judiciário a tarefa de dizer o direito, exercendo sua atividade controladora própria, na medida em que é característico do Estado Democrático a busca incessante da justiça social, garantindo-se uma participação popular plena e efetiva. Disso resulta ser lógico e coerente com os princípios democráticos se permita

um controle judicial amplo, sempre que os administrados tiverem seus direitos sob ameaça de lesão ou, efetivamente, atacados. Em outros termos, partindo-se de uma visão sistêmica do nosso ordenamento jurídico, já é tempo de os operadores do direito reverem o paradigma liberal-individualista acerca do exame do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Vale dizer, aspectos de mérito ou legalidade do ato não mais podem servir de condicionantes ao enfrentamento (ou não) da alegada violação a direito. O julgador – em especial –, antes de deitar-se sobre as questões que lhe são apresentadas, deve apenas fazer a indagação a respeito da possível ocorrência ou não de lesão ou ameaça de lesão à direito, lançando mão, na realização do controle, dos princípios que informam a Administração Pública. Essa mudança de critério na efetivação do controle jurisdicional do ato discricionário é o que aqui se sugere, havendo, com isso, uma substancial *apreciação* do ato produzido.

Por derradeiro, também há de se reconhecer, lastimavelmente, que o Estado Democrático de Direito, na forma como estabelecido na Constituição Federal, ainda não desencalhou do plano teórico, não sendo absorvido, como deveria sê-lo, pela doutrina e jurisprudência dominantes, que ainda estão muito presas a dogmatismos, mergulhadas no que Luís Alberto Warat<sup>130</sup> chamou, acertadamente, de “sentido comum teórico dos juristas”. Esquecem-se, pois, que o princípio democrático já está incorporado pelo sistema jurídico-político brasileiro desde 1988. Quando este tabu for quebrado, talvez os abusos e arbitrariedades da Administração Pública, provenientes do intocável “poder discricionário”, sejam, efetivamente, fulminados por quem de direito: o Poder Judiciário.<sup>131</sup>

<sup>130</sup> Apud OHLWEILER, Leonel Pires. Op. cit. p. 111.

<sup>131</sup> Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (*in Discricionariedade...* Op. cit. p. 58), ao tratar dos atos maculados pelo vício da má-fé na Administração Pública, se o Poder Judiciário, em face dele, mostrar-se excessivamente cauto, tímido ou, indesejavelmente, precavido em demasia contra os riscos de invasão do mérito do ato administrativo, os administrados ficarão a descoberto, sujeitos, portanto, a graves violações de direito que se evadam à correção jurisdicional.