

GUSTAVO BINENBOJM

UMA TEORIA DO
DIREITO
ADMINISTRATIVO

Direitos Fundamentais, Democracia
e Constitucionalização

2ª Edição

RENOVAR

CAPÍTULO V

DA DICOTOMIA ATO VINCULADO VERSUS ATO DISCRICIONÁRIO À TEORIA DOS GRAUS DE VINCULAÇÃO À JURIDICIDADE

"The primary object of external judicial scrutiny, whatever form it takes, is not in 'governing', but in formulating the conditions which are to be satisfied, as necessary rather than sufficient, if governmental decisions are to be acceptable." (Denis Galligan)⁴²⁵

V.1. A discricionariedade administrativa como espaço de livre decisão externo ao direito.

A palavra *discricionariedade* tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*). Naquela época, do chamado *Estado de polícia*, em que o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade era total.⁴²⁶ Com efeito, se a vontade do soberano era a lei suprema, não fazia sentido cogi-

⁴²⁵ Denis Galligan, *Discretionary Powers: a legal study of official discretion*, 1986, p. 262.

⁴²⁶ Paulo Magalhães da Costa Coelho, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2002, p. 40: "Haverá, portanto, plena identidade entre a vontade do príncipe absoluto e a ordem jurídica."

tar de qualquer limite externo a ela. Por atavismo histórico, ainda nos dias de hoje encontra-se o adjetivo “discricionário” empregado como sinônimo de *arbitrário ou caprichoso*,⁴²⁷ ou para significar uma decisão de cunho puramente subjetivo ou político, liberta de parâmetros jurídicos de controle.⁴²⁸

Somente a partir do século XIX, com o advento da noção de Estado de direito, é que a idéia da imposição de limites jurídicos às atividades dos órgãos estatais adquiriu consistência teórica e experimentou gradativa difusão. Governo, parlamento e Administração passam, então, a gozar de identidade e lugar próprios na organização estatal. Ali principia o longo e acidentado percurso da tentativa de *captura* do poder pela *juridicidade*.

Como registrado por Andreas Krell, o desafio do jovem Estado de direito foi justamente conciliar a tradicional liberdade decisória do Poder Executivo com a observância do princípio da legalidade. “Nesse processo, a discricionariedade administrativa começou a ser considerada um ‘corpo estranho’ dentro do Estado de direito, um resquício da arbitrariedade monárquica, que deveria, por qualquer meio, ser eliminada.”⁴²⁹

Com efeito, a idéia original de discricionariedade, intrinsecamente vinculada à arbitrariedade do poder político própria do absolutismo, era incompatível com a idéia nascente de Estado de direito. A história conta que na França, ainda no século XIX, começou a desenvolver-se o entendimento de que o poder discricionário consistia numa liberdade de apreciação ou escolha, mas em vista do atendimento do interesse público.⁴³⁰

Não obstante, de maneira até certo ponto contraditória à preconizada parametrização jurídica da discricionariedade administrativa, constata-se um incremento quantitativo (número de atos) e qualitativo (diversidade de atos) das atividades administrativas não vinculadas expressamente à lei, em decorrência da assunção crescente de papéis econômicos e sociais pelo Estado. De fato, a des-

427 Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Novo Dicionário Aurélio*, 1986, p. 483.

428 Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 1996, p. 119.

429 Andreas Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, 2004, p. 17/18.

430 Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, 1996, p. 121.

peito da necessidade de balizamento jurídico da discricionariedade, esta continuava a ser considerada imprescindível “para habilitar a Administração Pública a agir com mais eficiência na organização dos serviços públicos e no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas”.⁴³¹

A legalidade administrativa assume, assim, a feição de uma *vinculação negativa à lei*, erigindo-se a noção de discricionariedade administrativa como *o poder de agir da Administração nos espaços livres da regulamentação da lei*. Data também dessa época, como corolário da confusão entre *lei* e *direito*, a imagem da discricionariedade como um poder administrativo *externo* ao próprio ordenamento jurídico, e fundado na autonomia emergente da personalização da Administração Pública.

Levando-se em conta que (i) a normatização integral dos atos administrativos sempre foi a exceção, e não a regra; e que (ii) nos espaços de liberdade deixados pela lei a atuação da Administração era tida por insuscetível de qualquer controle jurisdicional, é possível concluir que a legalidade administrativa, entendida como sujeição da Administração à lei, operava somente em uma *franja estreitíssima* da sua atividade, uma vez que a porção mais substancial desta última restava completamente à margem da legalidade e da correspondente fiscalização jurisdicional.

À semelhança de Krell, García de Enterría enxerga aí um *eco histórico* do princípio monárquico, que derivava da condição de Chefe do Poder Executivo ostentada pelo monarca uma original liberdade para organizar e conformar o funcionamento da Administração Pública, independentemente de qualquer disposição legal.⁴³² A doutrina da *negative Bindung* — a vinculação negativa à lei — encontrou, assim, na tradição monárquica, terreno fértil para germinar e propagar-se pela Europa continental, prevalecendo como concepção dominante até o primeiro pós-guerra.

Somente com o positivismo normativista kelseniano essa noção começa a dissolver-se, ganhando força a justificação da discricionariedade como uma consequência inelutável da *subdeterminação*

431 Andreas Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, 2004, p. 18.

432 Eduardo García de Enterría & Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 1999, p. 438.

das diversas etapas de produção normativa. Assim, na medida em que a Administração Pública está inserida em uma dessas etapas da *produção jurídica*, sua atuação não se pode justificar senão como uma *concretização paulatina e gradual* de normas jurídicas precedentes. E isto ocorre tanto quando a Administração edita regulamentos (função normativa), com fundamento na lei ou diretamente na Constituição, como quando desce aos últimos graus de concretude, praticando atos administrativos singulares ou atos de mera execução material (função administrativa propriamente dita).

Afirma-se, a partir daí, a doutrina da *positive Bindung* — vinculação positiva à lei — consubstanciada no artigo 18 da Constituição austríaca de 1920, segundo o qual a Administração Pública não poderia atuar senão *auf Grund der Gesetze*, isto é, tendo a lei por fundamento. Porém a discricionariedade administrativa sobrevive como espaço de *subdeterminação normativa*, dentro do qual competiria à Administração exercer a sua liberdade decisória. Percebe-se aqui a nítida influência da obra de Kelsen acerca da interpretação da norma como mera *moldura* balizadora das decisões do órgão competente.

Diante da rapidez e imprevisibilidade com que as mudanças ocorrem no Mundo atual, e da conseqüente impossibilidade de o legislador prever e regular, por meio do complexo e lento processo legislativo, todas as situações que demandariam uma resposta do Poder Público, ganha a Administração Pública um papel de notória proeminência, no contexto do que se expôs no Capítulo IV, a respeito da crise da lei formal. O Estado de direito curva-se ao pragmatismo, conformando a ele o seu projeto teórico.

Como disse Locke, ainda no século XVII, “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover, e que devem ser deixadas à discricção daquele que tenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público.”⁴³³ Nessa toada, apesar de sua aparente incongruência intrínseca com o arcabouço teórico do Estado de direito, generalizou-se uma certa visão de que o poder discricionário detido pela Administração Pública seria: (i) *necessário*, para adequar a disciplina de certas matérias aos casos concretos; (ii) *justificável*, em face da

433 John Locke, *Dois Tratados sobre o Governo* (1698), 1998, p. 529.

impossibilidade de o legislador elaborar normas abarcando todos os múltiplos e complexos aspectos da vida social e econômica em que o Estado é chamado a intervir; e (iii) *inevitável*, diante da própria dinâmica tecnológica, cambiante e imprevisível do mundo moderno, que exige uma atuação rápida e especializada dos gestores públicos.

Generaliza-se, assim, a percepção da discricionariedade como categoria fundamental do direito administrativo que congrega um *plexo de competências decisórias externas ao direito*, seja no que respeita à escolha entre praticar ou não o ato, seja naquilo que toca aos efeitos ou conseqüências de sua prática.⁴³⁴ Em tal contexto, a atuação discricionária da Administração Pública afirma-se como um espaço decisório totalmente infenso ao controle da jurisdição.

Todavia, como já antecipado, é possível identificar, desde o século XIX, um longo percurso no sentido do cravejamento de *parâmetros jurídicos* à atividade administrativa discricionária. Esse balizamento foi, de início, restrito à lei, preservando-se intocável ao controle jurisdicional o *núcleo* ou *mérito* do ato administrativo. Assim, sucederam-se como etapas do itinerário de *juridicização* da discricionariedade administrativa:

(I) a teoria dos elementos do ato (competência, forma, finalidade, motivo e objeto), com a possibilidade de sindicção dos elementos vinculados dos atos ditos discricionários (competência, forma e finalidade);

(II) o desenvolvimento de teorias de controle a partir de parâmetros implícitos na lei (como o desvio de poder, o excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes);

(III) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados;

(IV) o desenvolvimento da teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais.

Em conseqüência, como assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a discricionariedade deixa de ser compreendida como um cam-

434 Como leciona Almiro do Couto Silva, *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*, Revista de Direito Administrativo nº 179/180, p. 51/92, jan./jun. 1990, p. 55, os autores alemães costumam afirmar que o poder discricionário manifesta-se tanto no plano da conseqüência jurídica ou dos efeitos jurídicos, como no da decisão referente à adoção ou não de uma medida determinada, dentre as alternativas possíveis.

po externo ao direito — verdadeiro atavismo monárquico — passando a ser vista como um *poder jurídico*.⁴³⁵ É dizer: um espaço decisório peculiar à Administração, não de escolhas puramente subjetivas, mas definida pela prioridade das autoridades administrativas na *fundamentação e legitimação* dos atos e políticas públicas adotados, dentro de parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição, pelas leis ou por atos normativos editados pelas próprias entidades da Administração.

A seguir, expõe-se de que modo as etapas da evolução da discricionariedade sucederam-se no tempo, culminando com sua concepção atual nas democracias constitucionais.

V.2. A teoria dos elementos do ato administrativo: o controle dos elementos vinculados do ato discricionário.

Por muitos anos a fio, vingou a idéia de que existiria uma dicotomia frontal e aberta entre *atos vinculados* e *atos discricionários*. Afirmava-se haver vinculação quando o relato normativo predeterminava, de modo completo e exaustivo, o único comportamento possível a ser adotado pela Administração perante determinados casos concretos. De outro lado, haveria discricionariedade quando, em decorrência do modo pelo qual o direito regular a atuação administrativa, resultaria para o administrador uma margem de apreciação quanto à maneira de proceder nos casos concretos.⁴³⁶

Com efeito, a vinculação da Administração à letra da lei pode ser rigorosa, sob a forma de *regras*: isto é, verificada uma dada hipótese, somente o comportamento previsto pela norma pode ser adotado; ou pode ser flexibilizada: diante da já referida impossibilidade (ou, ao menos, da inutilidade), de o legislador trazer no relato normativo a previsão e regulação de todas as hipóteses que acabam verificando-se na prática e suas respectivas conseqüências, a norma confere às autoridades administrativas, expressa ou implicitamente, certos espaços de apreciação e escolha.

435 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 1991.

436 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2001, p. 9.

Como ensina Hartmut Maurer, “no jogo de conjunto entre a promulgação de leis gerais abstratas pelo parlamento e a execução dessas leis no caso particular pelas autoridades administrativas, situa-se uma parte essencial da divisão de poderes e, com isso, do Estado liberal”.⁴³⁷ Nesses termos, sem embargo, é que se encontra legitimada a outorga de *discricionariedade* aos agentes públicos concretizadores das leis.

Há tempos que não mais se discute a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, repousando a discussão nos limites (intensidade) e parâmetros (critérios) que devem presidir esse controle. De fato, sendo a margem de discricionariedade um poder jurídico, passou-se a entender que o controle jurisdicional é sempre possível, ainda quanto a atos ditos discricionários, sendo a questão antes de intensidade e critérios da sindicância.

Em um primeiro momento, diante da concepção dicotômica entre atos vinculados e atos discricionários, pregava-se que o Poder Judiciário deveria ater-se ao exame da legalidade, circunscrevendo-se à verificação das *formalidades extrínsecas* dos atos discricionários, sendo-lhe vedado o ingresso no exame do mérito administrativo, ou seja, do núcleo da discricionariedade, geralmente concebido pelo binômio oportunidade-conveniência, assim sintetizado nas palavras de Seabra Fagundes:⁴³⁸

“O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta.

(...) O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, ‘fará obra de administrador, violando, destarte, o princípio da separação e independência dos poderes.’”

O ato administrativo é subdividido em elementos ou pressupostos, que revelariam como que a sua *anatomia*: a *competência*

437 Hartmut Maurer, *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, 2001, p. 45.

438 Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (atualizado por Gustavo Binenbojm), 2005, p. 180.

(atribuição legal do órgão administrativo habilitado); a *finalidade* (resultado a ser alcançado com a prática do ato); a *forma* (revestimento exterior do ato); ao *motivo* (pressupostos fáticos ou jurídicos que determinam ou autorizam a realização do ato, podendo vir expressos na lei — vinculado — ou não — discricionário) e ao *objeto* (efeito jurídico imediato, que também pode estar previamente fixado pela lei ou não).⁴³⁹ A partir daí, passou-se a propugnar que a competência, a finalidade e a forma seriam elementos sempre vinculados e, portanto, suscetíveis de controle jurisdicional, ao passo que o motivo e o objeto, quando não fixados previamente pela lei, seriam elementos cuja apreciação pelo Poder Judiciário encontrava-se limitada.⁴⁴⁰

Trocando em miúdos, diante de um ato discricionário, isto é, em se verificando que a lei houvesse conferido ao administrador a possibilidade de optar entre praticar ou não um ato e/ou escolher os seus efeitos jurídicos, deveria o magistrado ater-se a aspectos meramente formais na atividade de controle. As razões pelas quais esta ou aquela medida houvessem sido adotadas refugiria ao exame próprio do Poder Judiciário, por fazerem parte da discricionariedade outorgada à autoridade administrativa, consubstanciando-se, tais razões, no próprio *mérito* do ato. Considerava-se este o limite naturalmente imposto pelo princípio da separação dos poderes do Estado ao controle judicial dos atos da Administração.

A primeira evolução do controle meramente formal dos atos ditos discricionários surgiu sob a influência da *teoria do desvio de poder* (*détournement de pouvoir*), ou *desvio de finalidade*, resultante da formulação profícua do Conselho de Estado francês⁴⁴¹ ao lon-

439 Andreas Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, 2004, p. 24.

440 V. Andreas Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, 2004, p. 23, onde se afirma que a Lei da Ação Popular (Lei n.º 4.717/65) contribuiu para os *descaminhos* da doutrina brasileira nesse campo, ao ter estabelecido a subdivisão dos atos administrativos em diversos elementos: "Art. 2º — São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade".

441 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2001, p. 56 — nota de rodapé: "A história nos dá conta que foi, em fevereiro

do século XIX, e que ganharia fama e reconhecimento internacionais, inclusive no Brasil.

Então, a doutrina passa a sustentar que a discricionariedade deveria ser concebida não mais como um poder (embora jurídico), mas como um *dever de atender à finalidade estampada na lei*.⁴⁴² Justificava-se a sua outorga para que o administrador pudesse eleger a medida mais apta a satisfazer “rigorosamente o intuito legal”.⁴⁴³

Germana de Oliveira Moraes narra que, em Portugal, sob a influência das lições de Marcelo Caetano e André Gonçalves Pereira, partilhava-se da mesma idéia, propugnando-se que a Administração somente seria limitada pela competência e pelo fim.⁴⁴⁴ Segundo a teoria do desvio de poder, o controle jurisdicional deveria ocorrer da seguinte forma:⁴⁴⁵

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

Conforme refere Seabra Fagundes,⁴⁴⁶ o exame da finalidade “quase chega ao mérito”; contudo, a sutileza repousaria no fato de que o “juízo examina se o ato se conteve dentro do poder do

de 1864, no *arrêt Lesbats*, que o Conselho de Estado da França, pela primeira vez, admitiu o “desvio de poder”, verificado “quando uma autoridade administrativa cumpre um ato de sua competência mas em vista de fim diverso daquele para o qual o ato poderia legalmente ser cumprido”.

⁴⁴² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2001, p. 15.

⁴⁴³ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2001, p. 33.

⁴⁴⁴ Germana de Oliveira Moraes, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2004, p. 38.

⁴⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2001, p. 36.

⁴⁴⁶ Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (atualizado por Gustavo Binenbojm), 2005, p. 190 — nota de rodapé “128”.

administrador, isto é, se foi praticado segundo os fins, em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fez do poder foi o *melhor*". Celso Antônio Bandeira de Mello, a seu turno, enfatiza que "o controle jurisdicional do desvio de poder é um controle de estrita legalidade",⁴⁴⁷ não sendo hábil, portanto, a agredir a discricionariedade conferida ao agente.

A primeira vez que o tema do controle judicial da discricionariedade (ou o seu estreitamento pelo Poder Judiciário) foi enfrentado no Brasil deu-se no julgamento da Apelação Cível n.º 1.422, sob a relatoria do grande Seabra Fagundes, ainda na qualidade de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. Com efeito, foi apenas com a publicação de *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, em 1941, que o tema do controle da discricionariedade administrativa começou a ser difundido no país, onde, até então, era considerado um tabu, completamente insuscetível de qualquer controle jurisdicional.⁴⁴⁸

Com base na teoria do desvio de poder, no que se considera ser o *leading case* brasileiro sobre o tema,⁴⁴⁹ Seabra impediu que, a pretexto de encontrar-se em exercício de um poder discricionário, a Administração Pública protegesse uma empresa de transporte em prejuízo da concorrente e dos usuários do serviço autorizado. Demonstrou-se que a medida adotada não seria hábil a atender a finalidade legal, que procurava assegurar a igualdade entre os licitantes.

A importância do aresto e da obra de Seabra Fagundes para a evolução do direito público brasileiro foi proclamada pelo Ministro Carlos Mário da Silva Velloso na 7ª edição do *Controle* (edição póstuma), nos seguintes termos:

"O acórdão de Seabra foi pioneiro, no Brasil, na apreciação dos atos discricionários pelo Poder Judiciário. Até então, a discricio-

447 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2001, p. 57.

448 Victor Nunes Leal, *Revista de Direito Administrativo* n.º 14, out./dez. de 1948, p. 53.

449 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2001, p. 56.

*nariedade era encarada como tabu e com fetichismo pelos tribunais, que se recusavam a enfrentá-la. O acórdão inovou na jurisprudência brasileira, tanto que Victor Nunes Leal deixou expresso que ele rompeu 'a praxe reiterada dos nossos tribunais que sempre declararam os atos discricionários insuscetíveis de apreciação jurisdicional, sem aprofundar a questão da possível arbitrariedade do poder discricionário.'*⁴⁵⁰

Esse aresto pioneiro serviu para sinalizar, no Brasil, que o controle jurisdicional da atuação administrativa fulcrado em aspectos meramente formais da legalidade dos atos discricionários (competência e forma) era insuficiente para coibir os abusos perpetrados pela burocracia. Era preciso ir além.

Confira-se, a propósito, o lúcido comentário de Andreas Krell.⁴⁵¹

"A referida subdivisão do ato administrativo em seus elementos, na verdade, tem contribuído pouco para uma mais acurada análise da abrangência do controle da discricionariedade, sendo ela talvez até responsável pela generalizada e indevida simplificação (ato vinculado x ato discricionário) do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo."

Com efeito, apesar de o cotejo entre a discricionariedade administrativa e a finalidade da lei ter possibilitado a ampliação do exame jurisdicional dos atos administrativos, verificou-se que não era suficiente para coibir abusos, que continuavam a manifestar-se diante da mencionada barreira ao controle jurisdicional exercida pela noção de *mérito* do ato.

De fato, a orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa, aca-

450 Carlos Mário da Silva Velloso, Prefácio à 7ª edição de *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, de Miguel Seabra Fagundes, 2005, p. VII/VIII.

451 Andreas Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, 2004, p. 26.

ba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria não apenas possível, como necessária e desejável.⁴⁵² Como exemplo, Sérgio Ferraz lembra as situações em que o administrador invoca um motivo ou uma razão meritória inexistente ou falsa.⁴⁵³

Assim, à parte o controle finalístico, fundado na teoria do desvio de poder, desenvolveu-se a chamada *teoria dos motivos determinantes*, segundo a qual a Administração deve responder pelos motivos que elege como pressuposto para a prática do ato administrativo. Diz-se haver uma vinculação administrativa tanto à *realidade* como à *juridicidade* das razões de fato apresentadas pelo administrador na motivação do ato. Deste modo, ainda quando se esteja diante de ato cujo motivo não seja previsto em lei (motivo legal discricionário), a validade do ato estará condicionada à *existência* dos fatos apontados pela Administração como pressuposto fático-jurídico para sua prática, bem como à *juridicidade* de tal escolha.

A invocação dessa teoria é crescente na jurisprudência pátria, sendo a seguinte ementa ilustrativa dessa tendência:

*"Os motivos que determinaram a vontade do agente público, consubstanciados nos fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato, eis que a ele se vinculam visceralmente. É o que reza a prestigiada teoria dos motivos determinantes."*⁴⁵⁴

Por fim, cabe fazer alusão, ao lado da *teoria do desvio de poder* e da *teoria dos motivos determinantes*, à *teoria do excesso de poder* (desbordamento dos lindes de competência fixados na lei) e à *exigência de motivação* (exposição dos fatos e descrição de como tais fatos ensejam ou justificam a consequência jurídica produzida)⁴⁵⁵

⁴⁵² Andreas Krell, *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo*, 2004, p. 25.

⁴⁵³ Sérgio Ferraz, *Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo*, 1995, p. 299.

⁴⁵⁴ Superior Tribunal de Justiça, ROMS nº 13.617/MG, Rel. Min(a). Laurita Vaz, DJ 22.04.2002.

⁴⁵⁵ Ressalte-se que a Lei nº 9.784, de 29.01.1999, que regula o processo admi-

como técnicas de controle judicial dos elementos vinculados dos atos discricionários.

Especificamente em relação à exigência de motivação expressa e clara, veja-se a seguinte ementa do Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE AUTORIZAÇÃO PARA FUNCIONAMENTO DE CURSO SUPERIOR. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO NULIDADE.

1. *A margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei n.º 9.784/99). Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato. (...)*

3. *Segurança parcialmente concedida, para declarar a nulidade do ato administrativo*.⁴⁵⁶

Anote-se que, a despeito do avanço representado pela controlabilidade judicial dos elementos vinculados do ato administrativo, tanto em *aspectos formais* (ligados à competência e à forma, incluindo nesta última a motivação) como em *aspectos materiais* (ligados à finalidade e ao motivo), fato é que tal evolução se revelou insuficiente para dar conta da significativa gama de arbitrariedades perpetradas sob o manto do mérito administrativo. A teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios (constitucionais ou legais) representa a mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública.

nistrativo federal, determina a observância do princípio da motivação pela Administração (arts. 2º e 50). Estabelece, com efeito, o § 1º do art. 50 que “a motivação deve ser explícita, clara e congruente”.

⁴⁵⁶ Superior Tribunal de Justiça, MS n.º 9.944/DF, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 13.06.2005.

V.3. A emergência da teoria dos princípios: o estreitamento (parcial ou total) do âmbito de discricionariedade por incidência dos princípios da Administração Pública.

Nos últimos anos, vem-se observando no Brasil o delineamento da doutrina que admite uma esfera de *discricionariedade justificável*,⁴⁵⁷ diante do reconhecimento da eficácia normativa dos princípios jurídicos, aos quais a atuação discricionária da Administração Pública estaria diretamente vinculada.

Superada a concepção positivista de que “a lei contém todo o direito”,⁴⁵⁸ verificam-se, na atualidade, esforços concentrados em superar esse modelo de Estado de direito formal, em benefício de um Estado de direito material. Nestes termos, passa-se a fundamentar a atividade administrativa na vinculação à ordem jurídica como um todo (*princípio da juridicidade*), o que se reforça com o constitucionalismo, que acabou por consagrar os princípios gerais ou setoriais do direito na Lei Maior.

A emergência da noção de *juridicidade administrativa*, com a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e atos discricionários, mas, isto sim, em *diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*.⁴⁵⁹ A discricionariedade não é, destarte, nem uma liberdade decisória externa ao direito, nem um campo imune ao controle jurisdicional. Ao maior ou menor grau de vinculação do administrador à juridicidade corresponderá, via de regra, maior ou menor grau de controlabilidade judicial dos seus atos.⁴⁶⁰

457 A expressão é de Germana de Oliveira Moraes, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2004, p. 34.

458 V. Clèmerson Merlin Clève, *Atividade Legislativa do Poder Executivo*, 2000, p. 48/49.

459 Neste sentido, v. Georges Vedel, *Droit Administratif*, p. 318/319: “La Administration ne se trouve jamais dans une situation de pur pouvoir discrétionnaire ou de pure compétence liée. Il n’y a jamais pure compétence liée (...) Mais surtout, il n’y a jamais pur pouvoir discrétionnaire.”

460 Assiste razão, portanto, a Celso Antônio Bandeira de Mello quando afirma que a dicção ato discricionário só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer “ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção”. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2001, p. 18.

Como muito bem mencionado por Germana de Oliveira Moraes, não há mais cabimento para a noção segundo a qual “onde existe poder discricionário, não há controle judicial.” Segundo a autora, essa “concepção negativa de discricionariedade” somente se enquadra no perfil do “direito por regras”, cujo contexto reduz-se à conformidade dos atos administrativos com as regras de direito (legalidade), não mais se sustentando diante do “direito por princípios”.⁴⁶¹

Assiste-se, pois, a uma mudança dos parâmetros de controle da atividade administrativa: o princípio da legalidade cede espaço à incidência direta dos princípios, ou seja, à idéia mais ampla de juridicidade.

Na Europa, é crescente a opção por sistemas de controle da Administração Pública alinhados com este novo parâmetro de controle fulcrado nos princípios, sendo exemplos: o *erro manifesto de apreciação* e o *bilan coût-avantages*, no Conselho de Estado francês; o *excesso de poder* e da *discricionariedade técnica*, na Itália; o princípio geral da *razoabilidade*, na Grã-Bretanha; e o da *proporcionalidade*, na Alemanha, com suas projeções e desdobramentos na Espanha e Portugal, todos, na visão de Germana de Moraes, em maior ou menor grau, variações dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.⁴⁶²

Com efeito, os princípios constitucionais gerais, como o da igualdade, o do Estado de direito, o da proporcionalidade, e, ainda, os princípios setoriais da Administração Pública, consagrados na cabeça do art. 37 da Constituição Federal de 1988, cada vez mais são instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária, o que, inevitavelmente, proporciona ao juiz uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito da decisão.

O mérito — núcleo do ato —, antes intocável, passa a sofrer a incidência direta dos princípios constitucionais. Deste modo, ao invés de uma dicotomia em moldes tradicionais (ato vinculado *v.* ato discricionário), já superada, passa-se a uma classificação em graus de vinculação à juridicidade, em uma *escala decrescente* de densidade normativa vinculativa:

461 Germana de Oliveira Moraes, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2004, p. 41.

462 Germana de Oliveira Moraes, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2004, p. 81/82.

- a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares);
- b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares);
- c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares).

É interessante registrar que a aplicação da teoria do *desvio de poder* para o controle da finalidade dos atos administrativos discricionários não importa controle do mérito propriamente dito, mas como que um *estreitamento* do seu âmbito. Ou seja: não se trata de controlar o núcleo da apreciação ou da escolha, mas de diminuir o espaço em que o administrador faz escolhas de acordo com a própria conveniência e oportunidade.⁴⁶³ O mesmo pode ser afirmado com relação às outras formas, ditas, de controle do mérito do ato administrativo, como o controle da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Neste sentido, por exemplo, não se controla o mérito do ato administrativo em descompasso com a proporcionalidade, mas apenas se reconhece que o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não é mérito. Em outras palavras, não há conveniência e oportunidade possível fora dos limites estabelecidos pela proporcionalidade.

Assim, o resultado do *estreitamento* do mérito administrativo poderá ser (i) a redução das possíveis opções à escolha do administrador, dentro do quadro da juridicidade; (ii) a *redução da discricionariedade a zero*, quando restar apenas uma escolha conforme à juridicidade, como adiante se verá no item V.5.

Quanto à incorporação, pelos tribunais pátrios, desse novo parâmetro de controle jurisdicional (controle por princípios) da atuação discricionária da Administração Pública, confirmam-se os seguintes e significativos julgados:

"ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL — MILITAR — SARGENTOS DO QUADRO COMPLEMENTAR DA AERONÁUTICA — INGRESSO E PROMOÇÃO NO QUADRO REGULAR DO CORPO DE PESSOAL GRADUADO — ESTÁGIO PROBATÓRIO NÃO CONVOCADO — CONDIÇÃO SINE

463 Miguel Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 7ª ed. (atualizado por Gustavo Binbenbojm), 2005, p. 138.

QUA NON — APLICAÇÃO DO ART. 49 DO DECRETO Nº 68.951/71 — RECURSO ESPECIAL — LIMITAÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE — MORALIDADE PÚBLICA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

I — A discricionariedade atribuída ao Administrador deve ser usada com parcimônia e de acordo com os princípios da moralidade pública, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de desvirtuamento.

II — As razões para a não convocação de estágio probatório, que é condição indispensável ao acesso dos terceiros sargentos do quadro complementar da Aeronáutica ao quadro regular, devem ser aptas a demonstrar o interesse público.

III — Decisões desse quilate não podem ser imotivadas. Mesmo o ato decorrente do exercício do poder discricionário do administrador deve ser fundamentado, sob pena de invalidade.

IV — A diferença entre atos oriundos do poder vinculado e do poder discricionário está na possibilidade de escolha, inobstante, ambos tenham de ser fundamentados. O que é discricionário é o poder do administrador. O ato administrativo é sempre vinculado, sob pena de invalidade.

V — Recurso conhecido e provido”.⁴⁶⁴

“Esse bem fundamentado parecer deve ser acolhido. Com efeito, a autorização para funcionamento de cursos de ensino superior situa-se, inegavelmente, no domínio do poder discricionário da Administração Pública, sendo defeso ao Judiciário examinar o seu mérito, máxime quando alicerçado no interesse público. Tal autorização, ademais, é regida pela conveniência e pela oportunidade da Administração Pública, cabendo somente a ela decidir o momento oportuno para sua outorga. Entretanto, isso não significa que o ato administrativo assim praticado esteja inteiramente insuscetível de controle jurisdicional. Os atos administrativos requerem a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência (CF, art. 37, *caput*), além daqueles previstos no art. 2º, *caput*, da Lei 9.784/99, dentre os quais destacam-se os da finalidade, motivação, razoabilidade, segurança jurídica e interesse público, que devem ser levados em consideração

⁴⁶⁴ STJ, REsp nº 79.761/DF, Rel. Min. Anselmo Santiago, J. 29/04/1997.

GUSTAVO
Adjunto
Faculdade
do Estado
cargo de
primeiro
do profe
e Mestre
UERJ
Yale

Gradua
da UF
ingresso
quadro
Estado
aprova
concur
1995
destaq
família
notabil
requisi
causas

Atualm
escrito
Carvall
dirige
admini
magist
Direito
gradua
bem
gradua
- FG
institui
Presid
Direit

Dentre
destas
Admin
Rono
Admin
demor

no momento da providência administrativa. E o controle judicial dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame da observância a tais princípios, sem que isso possa significar ingerência indevida do Judiciário. É o que está assentado nas lições da doutrina clássica, reproduzida também pela mais moderna.⁴⁶⁵

Como se vê, essa *princípioalização* do direito brasileiro acabou por aumentar a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade. Em outras palavras, essa nova concepção de discricionariedade *vinculada* à ordem jurídica como um todo, trouxe a percepção de que não há diferença de natureza entre o “ato administrativo vinculado” e o “ato administrativo discricionário”, sendo a diferença o *grau de vinculação*.

Se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados diretamente aos princípios. Nesses termos, diante do ora exposto, pode-se conceituar discricionariedade tal como o fez Germana Moraes:

*“a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que possa proceder à concretização do interesse público indicado no caso concreto, para, à luz dos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios extrajurídicos de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito”.*⁴⁶⁶

A extensão e os critérios que devem presidir esse controle jurisdicional fulcrado em princípios ainda se encontram em elaboração no Brasil, e serão objeto de análise e de uma tentativa de siste-

465 Trecho do voto do Ministro Teorio Albino Zavascki no já referido MS nº 9.944/DF.

466 Germana de Oliveira Moraes, *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 2004, p. 199/200.

matização no item V.5. Antes, porém, cumpre discorrer sobre os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*, que conformam uma espécie de *zona de vinculação intermediária* entre a vinculação por regras e a vinculação direta por princípios.

V.4. Conceitos jurídicos indeterminados, espaços de apreciação administrativa e princípios constitucionais.

Há muito não se concebe o estudo da discricionariedade, entendida como o poder de escolha do "se" e do "como" da ação administrativa,⁴⁶⁷ de forma dissociada da análise dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*.

Isso porque a discussão sobre tais conceitos destina-se precisamente a perquirir *se* eles estabelecem:

- (i) uma área de escolhas puramente discricionárias, a serem feitas pelo administrador em virtude de sua especialização funcional;
- ou
- (ii) uma vinculação a uma única solução, alcançável por interpretação, e por isso plenamente sindicável perante o Poder Judiciário;
- ou
- (iii) uma margem de livre apreciação por parte da autoridade administrativa, sujeita, porém, a balizamentos jurídicos controláveis pelo Judiciário.

Como noticia a doutrina, essa discussão é mundial e remonta à controvérsia travada, ao final do século XIX, entre os austríacos Bernatizik e Tezner. Bernatizik entendia que conceitos vagos ou abertos deveriam ser preenchidos pelos órgãos que detinham a *expertise* necessária, sem admitir, por isso, a revisão da decisão administrativa pelos tribunais, Tezner, contrariamente, propugnava pela dissociação entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade, defendendo um controle objetivo de todos os conceitos, inclusive os vagos.⁴⁶⁸

⁴⁶⁷ Almiro do Couto e Silva, *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*, Revista de Direito Administrativo nº 179/80: 51/92, jan./jun. 1990, p. 55.

⁴⁶⁸ Diz-se que Tezner foi quem primeiro estabeleceu o discri-me entre poder discricionário e conceitos jurídicos indeterminados. A distinção foi por ele reali-