

Marcos Augusto Perez

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Métodos para uma jurisdição ampla das
decisões administrativas

Tese de Livre-Docência

SÃO PAULO -SP

2018

claras muitas das normas objeto de análise neste estudo. A experiência demonstra que normas exigentes de um maior esforço exegético para sua aplicação concreta tendem a demorar mais para serem efetivadas do que as normas de conteúdo mais claro e objetivo. Assim, um esforço do legislador para tornar menos principiológica a regulação dos métodos voltados ao controle jurisdicional da discricionariedade seria extremamente apropriada.

Estabelecer de forma clara as fases do processo administrativo, em suas distintas modalidades; estabelecer os casos em que o uso de relatórios de impacto ou de custo-benefício são essenciais; estabelecer de modo indubitável os casos em que há imprescindibilidade de produção de prova técnica ou de realização de audiência, consulta ou outro método de participação coletiva; ou estabelecer, até mesmo, as regras para a validade da prova, inerentes ao princípio do contraditório, entre muitos outros pontos, são tarefas que desafiam os esforços do legislador e da regulamentação.

Em suma, é possível inferir a partir das normas atualmente existentes e, em especial, a partir dos princípios encontrados na Constituição e na legislação infraconstitucional, todas as regras necessárias à aplicação concreta dos testes de legalidade aqui propostos. Porém, a edição de normas mais claras, mais concretas e objetivas, que tentassem superar a extrema generalidade da legislação em vigor, talvez contribuisse para que fossem dissipadas as incertezas e a insegurança jurídica (já tantas vezes apontada neste estudo) que pairam atualmente sobre a teoria e a prática do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Conclusão

A sensação de chegar à conclusão de mais um longo projeto acadêmico provavelmente é parecida com o sentimento do maratonista profissional em relação à linha de chegada de uma corrida. Tem-se a satisfação da realização de um objetivo, o alívio em relação ao cansaço extremo – por ter deixado no caminho cada lufada de oxigênio, cada pensamento, cada gota de sangue –, um vazio momentâneo, algumas dúvidas sobre ter feito realmente o que havia de melhor para se fazer e, finalmente, o olhar voltado para a frente, para os próximos desafios, para as novas estradas a serem percorridas. A conclusão é o fim e, ao mesmo tempo, o recomeço.

O objetivo principal do presente trabalho foi o de rever um tema classicamente debatido pelo direito administrativo: o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Apesar de a preocupação teórica com o tema remontar às sistematizações iniciais do direito administrativo, em meados do século XIX, na França, o recorte metodológico adotado propunha um diálogo entre a teoria, que desde então vem sendo construída, com problemas concretos e atuais relacionados à gradativa maior intromissão da jurisdição nas escolhas discricionárias feitas pelas autoridades administrativas.

Os tempos em curso impõem uma atuação mais intensa do Judiciário. Como constata SOUSA SANTOS em seus estudos mais recentes:

“É nesse contexto que se deve analisar o fenômeno que ficou conhecido como expansão global do poder judiciário, o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito. (...) Ao abandonar o ‘low profile’ institucional, o judiciário assume-se como poder político, colocando-se em conflito com os outros poderes do Estado, em especial com o executivo”⁴⁷¹.

471. Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um Revolução Democrática da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 17-20.

Sendo assim, o fio condutor das reflexões aqui reunidas foi, do início ao fim, a tensão existente entre o poder de escolha das autoridades administrativas e o dever de legalidade objeto do controle jurisdicional. Tensão essa inerente à necessidade, como se repetiu em diversas passagens, de conciliação dos princípios constitucionais da vedação ao arbítrio, da separação de poderes e do amplo acesso à jurisdição.

i. As primeiras questões colocadas

Muitas questões foram feitas e respondidas ao longo do trabalho. As primeiras tiveram o objetivo de introduzir o leitor no tema da discricionariedade administrativa e de seu controle. Algumas tinham caráter mais conceitual, outras tentavam contextualizar a relevância de rediscutir-se, na atualidade, a discricionariedade. O que é e como a discricionariedade geralmente se manifesta? Do que deriva a discricionariedade? Como esta se assemelha e se diferencia da interpretação e dos conceitos jurídicos indeterminados? Por que as hipóteses de atuação discricionária da Administração têm se ampliado?

Viu-se, em resposta a essas questões, que a discricionariedade, oposto da vinculação, decorre da menor precisão ou do menor detalhamento da legislação, que atribui às autoridades administrativas certa margem de escolha para a tomada de decisões. Destacou-se que, especialmente quando se focaliza o modo pelo qual o poder discricionário atribuído ao administrador público de execução se operacionaliza, há uma correlação entre as concepções teóricas de discricionariedade, a interpretação e os conceitos jurídicos indeterminados, pois, em todas essas hipóteses, há uma indução do ordenamento jurídico para que o administrador público faça escolhas e responda jurisdicionalmente por suas decisões.

No plano da contextualização da relevância atual do tema, constatou-se que há vários fatores relacionados ao desenvolvimento do Estado contemporâneo e de suas relações com a sociedade e com o mercado que favorecem a proliferação das hipóteses de discricionariedade administrativa: (1) o progressivo reconhecimento de direitos fundamentais; (2) a incessante atuação do Estado no chamado domínio econômico; (3) a postura mais ativa e reivindicadora da

sociedade perante o Estado; (4) os problemas de representatividade ou de legitimidade política enfrentados pelo Legislativo associados à complexidade dos interesses sociais e econômicos que o pressionam; (5) a sobrecarga da Administração, tanto no que se refere à capacidade econômica operacional de executar todas as funções a ela cometidas como pelo fardo de ter de realizar um sem número de escolhas discricionárias ao tempo e modo corretos, resolvendo disputas ou conflitos de interesse que, em muitos casos, a partir da racionalidade política inerente ao Estado de Direito em sua concepção iluminista, deveriam ter sido travados e decididos na arena do Legislativo; e (6) outros fatores, tais como crises econômicas, guerras, terrorismo, movimentos sociais, golpes de estado, progresso tecnológico ou a interdependência global.

ii. A importância do controle jurisdicional da discricionariedade e seus desafios

A partir dessas constatações iniciais, uma série de outras questões, agora relacionadas ao aprofundamento da colocação do tema e dos problemas que ele enseja, precisavam ser respondidas: por que controlar a discricionariedade é fundamental e por que esse controle tem se tornado cada vez mais importante? Quais são as dificuldades e os desafios postos na contemporaneidade para a realização do controle jurisdicional da discricionariedade? O controle da discricionariedade administrativa é um tema global? Como o direito estrangeiro tem respondido às dificuldades identificadas?

Respondeu-se, então, que a discricionariedade administrativa e, mais especificamente, o seu controle jurisdicional tornaram-se temas centrais e muito debatidos no direito administrativo contemporâneo. Isso ocorreu principalmente por que a ampliação do conceito de legalidade ampliou, na justa medida, o poder de controle jurisdicional da legalidade e, logo, da discricionariedade administrativa. Além disso, a disseminação da discricionariedade administrativa (enquanto técnica legislativa) e a sobrecarga da Administração, permeadas pelo *stress* do princípio da separação de poderes, atribuíram gradativa centralidade ao controle jurisdicional. Em suma, uma Administração mais ativa – ao

menos em tese -, em função dos deveres que lhe são constitucionalmente atribuídos, passou a exigir controles mais intensos. Quanto maiores forem os poderes discricionários atribuídos às autoridades administrativas, maiores deverão ser os controles, freios ou contrapesos a incidir sobre esses poderes.

Essa realidade traz pelo menos uma grande questão jurídica: como o direito administrativo deve se conformar para que se possibilite um amplo controle jurisdicional da discricionariedade e, ao mesmo tempo, se evite a arbitrariedade jurisdicional? No desdobramento dessa questão, ainda no plano da colocação do problema, vai-se contatar que há respostas que o direito administrativo deve fornecer buscando conciliar alguns princípios retirados da Constituição: (1) quais são os critérios de controle do exercício do poder discricionário pelas autoridades administrativas para que a noção de discricionariedade não se transforme em arbitrariedade? (2) Como prever o mais amplo acesso possível ao controle jurisdicional, de modo que a qualquer interessado seja facultado o direito de buscar a reversão de uma situação ilegal ou abusiva? (3) Como preservar, nesse contexto, o sistema democrático e a separação de poderes (na perspectiva da existência de um sistema normativo voltado à divisão de atribuições e à coordenação dos organismos estatais), os quais facultam às autoridades eleitas democraticamente o comando ou a liderança democrática das atividades público-administrativas em geral? O objetivo de harmonizar as respostas dadas a essas questões se irradiou, então, por todo o restante dos trabalhos desenvolvidos.

Assim, face ao princípio do Estado Democrático de Direito, o acesso à jurisdição é amplo e não deve ser reduzido pelo fato de os interessados questionarem decisões discricionárias da Administração. Porém, diante do princípio da vedação do arbítrio, também fruto do Estado Democrático de Direito, é inadmissível que o exercício do controle jurisdicional sobre a Administração simplesmente represente a transferência de um poder arbitrário das mãos do administrador público para as mãos do magistrado.

iii. O controle jurisdicional da discricionariedade como um tema global

Verificar como o direito de outros países tem respondido a essas questões era obviamente importante para os objetivos do trabalho proposto. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é um tema que, apesar de clássico, tem enfrentado constantes aprimoramentos no seu tratamento jurídico.

As constatações, a partir da análise de alguns ordenamentos estrangeiros, foram de que inexistia sistema que ignore a necessidade de controle jurisdicional da discricionariedade e que não se utilize dos princípios gerais do direito administrativo como uma grande âncora da legalidade, com o objetivo de ampliar o controle da discricionariedade administrativa. Mais que isso, demonstrou-se que tem sido buscada por distintos ordenamentos uma superação das questões colocadas a partir de dois movimentos ainda em construção (construção mais avançada em alguns países e menos avançada em outros). O primeiro está relacionado à tentativa de melhorar a qualidade dos atos discricionários por meio da instituição ou do aperfeiçoamento (nos casos em que ele já existe) do *processo administrativo*. O segundo está relacionado à criação de métodos ou técnicas para a aferição da legalidade (em sentido amplo) dos atos administrativos discricionários.

Dessa perspectiva, a valorização do *processo administrativo* possuiria três objetivos: (1) que a Administração passasse a desfrutar de maior respeito dos órgãos jurisdicionais na medida em que edite decisões com maior qualidade ou respaldo; (2) que, uma vez precedidas de maior racionalidade, transparência e contraditório, as decisões administrativas ensejem menor interesse em sua contestação judicial; e (3) que o Judiciário tenha, no modo de produção das decisões, um paradigma para a verificação da concreta aplicação do direito administrativo.

As maiores influências no desenvolver dos distintos ordenamentos, nesse ponto, são o direito norte-americano e a teoria francesa dos *motivos determinantes*, pois é a partir do *processo administrativo* que os fatos são apurados e que a conciliação entre as razões de decidir e a realidade concreta dos interesses enredados ao caso concreto se defrontam.

Não divorciada dessa primeira tendência, distintos ordenamentos consolidaram antigas técnicas de controle da legalidade da decisão administrativa discricionária, tais como as teorias do *desvio de poder* e dos *motivos determinantes*, e também se esforçaram para sistematizar e fornecer ao controle jurisdicional uma nova pauta ou, melhor dizendo, novos métodos de atuação. Erro manifesto, qualificação jurídica dos fatos, ponderação de interesses, *bilan*, análises de custo-benefício e de impacto, *hard look* e coerência decisória passam a fazer parte desse novo vocabulário do controle jurisdicional, um vocabulário que sistematiza a atuação jurisdicional a ponto de torná-la mais intensa e extensa e, ao mesmo tempo, menos arbitrária.

iv. A trajetória do direito brasileiro e a teoria da imunidade do mérito do ato administrativo discricionário

Tendo verificado a paisagem ao redor, passava a ser essencial lançar um olhar mais agudo sobre o direito administrativo brasileiro. Tornou-se necessário, desse modo, buscar-se uma nova sorte de respostas a questões mais específicas: como o direito brasileiro tentou superar historicamente o desafio de conciliar a tripartição dos poderes e o controle jurisdicional da discricionariedade? Quais são as linhas mestras da reflexão atual, no direito brasileiro, sobre a discricionariedade? A *teoria da imunidade jurisdicional do mérito* deve continuar a ser utilizada?

A afirmação feita nessa parte é a de que, no direito brasileiro, foi a teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário a que, mais efetiva e longevamente, buscou realizar a conciliação dos referidos valores constitucionais.

Explorando as origens dessa teoria, supostamente influenciada pelo direito italiano, constatou-se que ela passou a ser realmente aplicada entre nós no período republicano, a partir da vigência da Lei nº 221/1894, que reorganizou a Justiça Federal e teve seu grau máximo de aplicação e influência no período entre 1940 e 1990.

Constatou-se, com efeito, que: (1) no período monárquico, o sistema da jurisdição administrativa brasileira, ainda que pouco evoluído, não refutava a possibilidade de revisão dos atos discricionários, pois

o direito administrativo trabalhava com os conceitos – de inspiração francesa – de jurisdição contenciosa e graciosa; e (2) no período entre as décadas de 1890 e 1940, o tema da discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional foi pouco e superficialmente tratado pela doutrina e, apesar da edição da Lei nº 221/1894, não havia uma hegemonia clara da teoria da imunidade do mérito, pois, independentemente de enxergar limites ao exercício da discricionariedade, havia autores que defendiam a imunidade jurisdicional e outros que admitiam que o Judiciário, em determinadas circunstâncias, corrigisse decisões discricionárias da Administração.

Mas, a partir dos anos de 1940, a doutrina brasileira, ao descortinar o tema do controle jurisdicional dos atos administrativos (em que pese as reflexões já bastante avançadas do direito europeu continental), aparentemente temia as amplas consequências da eventual concretização desse controle e, diante disso, passou a tentar conter a aplicação integral de alguns elementos de validade ou legalidade das decisões administrativas, socorrendo-se para tal expediente na teoria da imunidade jurisdicional do mérito.

A hegemonia da teoria da imunidade só começou a ser abalada com o processo de redemocratização do país, que deságua na Constituição de 1988 e no período em curso, posterior à década de 1990. Nesse período, não só vai se constatar uma relativamente ampla e variada contribuição doutrinária como também uma série de leis que vão tentar ampliar, com uma vasta discussão jurisprudencial, o controle externo sobre a Administração.

Constrói-se agora um regime em que se ampliam as possibilidades de controle jurisdicional da discricionariedade, mas há ainda pouca confluência entre os autores sobre o modo como esse controle deve se dar. Tem-se uma maior valorização dos elementos de legalidade interna na produção de atos administrativos, a saber: finalidade e motivo. Há quase unanimidade na consagração dos princípios gerais de direito administrativo como instrumento de controle da discricionariedade. Tem-se, ainda, uma valorização do modo de produção das decisões administrativas por meio do processo administrativo. A jurisprudência, por seu turno, respondendo a todo esse movimento teórico, passou com muita frequência a utilizar as teorias nascentes sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Porém, a teoria da imunidade jurisdicional do mérito dos atos administrativos discricionários continua a ser aplicada em alguma medida pela doutrina e pela jurisprudência. Muitos teóricos, depois de tanto tempo de sua aplicação, temem abandonar a teoria da imunidade, e muitos julgados insistem em casuisticamente manejá-la, dando, muitas vezes, a impressão de sua perfeita vigência e aplicação.

v. **As contradições do presente e a necessidade de superar a teoria da imunidade do mérito**

Pensar, no entanto, no controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração a partir das normas inerentes ao Estado Democrático de Direito, da busca por tornar efetivos os direitos fundamentais e da ampliação conceitual da legalidade não se coaduna com a *teoria da imunidade do mérito*. A contradição entre as normas constitucionais que ampliam as atribuições da jurisdição e a velha *teoria da imunidade* cria uma gigantesca insegurança jurídica, pois acaba por conferir ao juiz a faculdade de escolher se e quando controlar a legalidade das decisões discricionárias, tornando largamente arbitrário o exercício da jurisdição. Insista-se: a conjugação do controle da legalidade, concebido em termos amplos, com a *imunidade do mérito* possibilita desafortunada e inadmissivelmente que o juiz decida segundo suas conveniências pessoais ou políticas controlar ou abster-se de controlar a discricionariedade administrativa.

Frise-se, assim, a tese central do estudo ora realizado: admitir que o mérito dos atos discricionários esteja imune ao controle do Judiciário seria, nos dias de hoje, aumentar perigosamente a liberdade de atuação da Administração, colocando em sério risco os direitos e interesses individuais, coletivos e difusos dos administrados, uma vez que boa parte das atividades da Administração Pública, seguramente as mais importantes e que afetam um maior número de interessados, deixaria de ser judicialmente revisada.

Desse modo, defendeu-se que é imperativo afastar de maneira definitiva a aplicação da teoria da imunidade jurisdicional do mérito, para que se passe a realizar o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa diante das normas da Constituição.

vi. **Métodos ou técnicas de análise da legalidade das decisões discricionárias**

Mas a constatação de que o simples afastamento da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito* não possibilitaria a plena observância dos princípios da segurança jurídica e da vedação ao arbítrio tornou fundamental a busca de novas repostas e a defesa da aplicação de novos métodos de análise da legalidade das decisões administrativas.

São novos métodos em termos, pois, como se pode constatar por uma leitura atenta dos capítulos anteriores, muitas das técnicas estudadas e propostas correspondem a uma sistematização e um aprofundamento das já aplicadas – ainda que não integralmente ou de modo fragmentado – no direito administrativo estrangeiro e brasileiro. Algumas são aplicadas há tempos, como é o caso do *détournement de pouvoir*, e são merecedoras de uma releitura ou de um detalhamento especificamente voltados à sua utilização pelo direito brasileiro contemporâneo.

A longa investigação realizada sobre o desenvolvimento do direito administrativo no Brasil demonstrou que lhe falta sistematicidade e profundidade para analisar do modo que deveria a legalidade da discricionariedade administrativa. Daí a necessidade de responder, especialmente diante do abandono da teoria da imunidade do mérito, às seguintes indagações: quem executa o controle jurisdicional da discricionariedade no Brasil? Qual deve ser o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade no Brasil? Como sistematizar o controle da discricionariedade? Com que técnicas é possível controlar jurisdicionalmente as decisões administrativas discricionárias a partir de uma noção ampla de legalidade? Como aplicar o método de controle proposto?

Seguindo essa linha de raciocínio, respondeu-se que, no Brasil, a função jurisdicional plena só é exercida pelo Poder Judiciário, ao qual se pode recorrer de todas as decisões, inclusive daquelas tomadas pelos demais órgãos de controle ou que exercem função jurisdicional análoga, parcial e especializada (e.g. tribunais de contas, conselhos de contribuintes, CADE, entre outros). Com relação a esses órgãos, que executam funções análogas à jurisdição ou funções de controle,

assentou-se que eles (1) devem se submeter, sem qualquer restrição, ao controle jurisdicional do Poder Judiciário – eles controlam, mas, ao mesmo tempo, são controlados; e, além disso, (2) devem aplicar as mesmas técnicas jurídicas que a própria Administração (na autotutela) e o Judiciário utilizam para o controle da legalidade da atividade administrativa discricionária.

A resposta dada para a segunda questão não é propriamente nova. Os elementos ou requisitos de estruturação do ato administrativo ou, de forma mais precisa, a legalidade e a validade das decisões administrativas constituem o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade. Como já observado, fala-se em ato administrativo, nesse caso, em acepção larguíssima, para abranger toda atividade discricionária da Administração: atos unilaterais e contratos; atos individuais e normativos ou regulamentares; atos declaratórios ou constitutivos; atos de direito privado; atos materiais, entre outros.

A legalidade, frise-se, é determinada pela verificação dos elementos ligados à legalidade externa e à legalidade interna dos atos administrativos. Os elementos de legalidade externa são aqueles relacionados com o meio de exteriorização ou com o modo de produção do ato administrativo, exigindo-se a conformidade desses elementos com o direito. Seriam eles a competência, a forma e o processo administrativo. Os elementos de legalidade interna são aqueles que revelam na profundidade o condicionamento do exercício do poder estatal à observância de valores associados à impessoalidade e ao interesse público, às condições de fundo da legalidade. São esses elementos o conteúdo ou o objeto, a finalidade e o motivo do ato administrativo.

vii. Falta de sistematização e de profundidade no tratamento das técnicas de controle

Exceto o processo administrativo (que defendo como um elemento de legalidade autônomo a partir do advento da Lei nº 9.784/1999, das demais leis de processo administrativo e da recente modificação do Decreto-lei nº 4.657/1942 pela Lei nº 13.655/2018), todos os demais elementos listados nesse trabalho são reconhecidos expressamente pela

legislação, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. O direito brasileiro, repita-se, possui o ferramental básico para a realização de um amplo controle da discricionariedade administrativa. O que lhe falta é profundidade e sistematicidade.

Essa falta de profundidade vai ser notada, com maior agudez, no exame de três dos elementos de legalidade referidos: a finalidade, o processo administrativo e o motivo.

Quanto à finalidade, há ainda entre nós certa resistência em assumir a teoria do desvio de poder em sua integralidade. Se, por um lado, são frequentes as causas e decisões judiciais que – até por meio de ações de improbidade administrativa – configuram o desvio de poder a partir de indícios de que a autoridade administrativa tenha utilizado sua competência para o favorecimento de seus próprios interesses pessoais ou de terceiros que mantenham com ela algum vínculo de interesse ou relação jurídica pessoal, por outro, ainda é extremamente incomum que tanto a doutrina como a jurisprudência examinem com maior profundidade questões como a existência de pluralidade de interesses ou a coincidência aleatória entre o interesse público e os interesses pessoais do governante que excepcionem a aplicação da teoria do desvio de poder.

Há também pouquíssima reflexão sobre o desvio de poder operado para o atendimento de outros interesses públicos ou de interesses da Administração, e quase nenhum apreço por informar às autoridades administrativas sobre os cuidados que devem tomar, quando tomam uma decisão discricionária, para evitar o desvio de poder.

Falta profundidade também na abordagem dos vícios de motivo. Ainda que muito se fale a respeito da teoria dos motivos determinantes, o conteúdo dessa teoria não tem sido examinado da forma mais cuidadosa por nossa doutrina ou amiúde e conscientemente aplicado pela jurisprudência. A determinação da legalidade por meio dos motivos do ato deveria passar pela verificação de três modalidades de erro: o erro de direito, o erro na qualificação jurídica dos fatos e o erro de fato. Assim, a motivação que atenderá ao prescrito pelo § 1º, do art. 50, da Lei nº 9.784/1999 – a motivação explícita, clara e congruente – é fundamentalmente aquela que não padece dos vícios correspondentes ao erro de direito, ao erro na qualificação jurídica dos fatos ou ao erro de fato.

viii. Controle jurisdicional focado no processo administrativo

É justamente nesse ponto em que o processo administrativo ganha importância como elemento de estruturação da legalidade do ato discricionário. O dever de motivar as decisões e o motivo, enquanto fundamento de fato e de direito das ações administrativas, deve ser o resultado de uma atuação processual da Administração. A importância de associar-se motivo e processo administrativo como elementos da legalidade da atuação administrativa está justamente em, com isso, abrir-se um largo caminho para a atuação do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. O processo administrativo dá materialidade aos motivos da decisão, tornando-os evidências processuais, elementos de prova sobre os quais deve repousar a motivação. Os motivos e a motivação dependem da correta instrução do processo, da abertura do processo aos diferentes interessados e do contraditório. Sem esses elementos, a decisão será presumivelmente menos motivada do que poderia vir a ser.

Todo esse quadro de exigências processuais ainda vai demandar das autoridades administrativas competentes um compromisso de isenção na produção e na análise das evidências factuais ou provas colhidas, ainda que técnicas, e das contribuições e manifestações reunidas como consequência da abertura à participação e do contraditório. Provas, participação e contraditório serão mais extensos e complexos quanto maior forem, em tese, os efeitos, a repercussão ou o eventual impacto social e econômico das decisões a serem tomadas.

Manter o foco no processo administrativo, conclua-se: (1) sistematiza e potencializa a atuação do controle jurisdicional ao conferir balizas jurídicas mais precisas para o exercício da discricionariedade administrativa; e (2) torna possível divisar técnicas ou métodos jurídicos que possibilitem aos controladores o exame da discricionariedade sem que derivem para o excesso ou a arbitrariedade no exercício da jurisdição.

Desse modo, chega-se às derradeiras questões e à segunda parte da tese defendida: superada a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*, há que se admitir que a imposição de limites diretos para o

exercício da jurisdição da discricionariedade administrativa tornou-se menos importante do que a fixação de limites indiretos por meio da criação de métodos e técnicas que devem ser aplicados tanto pela Administração – como pré-requisitos para a edição de atos discricionários – como pelos órgãos de controle da Administração, para a aferição de sua legalidade.

ix. Testes de legalidade

Valendo-me de um viés pragmático, adotei a expressão *testes de legalidade* com a ambição de mostrar que esses métodos ou técnicas, centrados, como visto, nos elementos de legalidade externa e interna dos atos administrativos, podem ser aplicados com relativa facilidade tanto pelas autoridades que produzem decisões discricionárias como pelos juízes que as controlam. Daí falar nos testes mais simples e corriqueiros de (1) competência, (2) forma e (3) conteúdo (ou objeto) e nos que exigem maior dedicação das autoridades administrativas e de seus controladores, cuja aplicação ainda não se dá integralmente ou usualmente: (4) instauração efetiva do processo; (5) instrução completa e isenta do processo; (6) existência material e correção dos motivos e qualificação jurídica dos fatos; e, finalmente, (7) desvio de poder.

Observe-se, em remate, que nenhum dos testes sugeridos demanda alteração legislativa para sua utilização, nem os mais comuns nem os que ainda não são sistematicamente aplicados ou não são aplicados com a extensão necessária pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. É possível utilizar os *testes de legalidade* a partir do ordenamento jurídico vigente.

É óbvio, de qualquer modo, que a edição de normas jurídicas mais claras, concretas e objetivas poderiam eventualmente reduzir incertezas e aumentar a segurança jurídica para o cotidiano uso dos *testes de legalidade* no exercício do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

x. O que fazer?

Diante de tudo isso, resta estabelecer como o juiz, os colegiados dos tribunais, as controladorias, os tribunais de contas e demais órgãos de controle devem proceder quando defrontados por uma escolha discricionária realizada pela Administração?

Primeiramente, observe-se que o Judiciário e os demais órgãos de controle devem decidir. Não podem se furtar a decidir por meio da aplicação da superada *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*.

Em segundo lugar, devem estar atentos para o fato de que a aplicação pura e simples de princípios gerais do direito administrativo, explícitos ou implícitos, não resolve a obrigação de exercer a jurisdição senão parcialmente. Há muitos outros critérios para a determinação da legalidade da discricionariedade administrativa que devem ser levados em conta e que, sem prejuízo da importância dos princípios, devem ser aplicados aos casos concretos.

Observe-se que a conformidade com os princípios é apenas um dentre os quesitos dos muitos testes sistematizados no capítulo 4.

O art. 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), na redação que lhe conferiu a recente Lei nº 13.655/2018, não deixa dúvidas quanto a isso, ao estabelecer que:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Em seguida, o julgador deve aplicar os *testes de legalidade*, em função do que poderá decidir as contendas que lhe forem submetidas mediante manutenção ou anulação das decisões administrativas⁴⁷².

472. Lembre-se que o controle jurisdicional pleno, fruto da atuação do Judiciário, só atua mediante provocação e vincula-se ao pedido e à causa de pedir trazidas pelas partes.

Do ponto de vista do processo judicial, muitas questões poderiam ser cogitadas, especialmente quanto aos efeitos da decisão judicial. Esses efeitos, ainda que muito relevantes e de grande repercussão prática, comportariam uma série imensa de reflexões que fugiriam completamente dos objetivos deste estudo⁴⁷³.

Observe-se que uma das lições principais que daqui se retira é que os mesmos critérios que devem servir para que a Administração amolde suas escolhas discricionárias à legalidade também deveriam servir ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Pondere-se, finalmente, que, apesar das amplas vias que se abrem para o exercício do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a partir de uma visão mais larga da legalidade e mais profunda dos elementos que a estruturam, a aplicação das conclusões deste estudo são fundamentalmente refratárias ao arbítrio e à omissão jurisdicionais.

Assim, se uma decisão administrativa é questionada em função da competência da autoridade que a editou, não cogitará o magistrado da aplicação do *teste de desvio de poder ou finalidade*.

473. Só para que se tenha ideia dessas questões, vale mencionar a possibilidade de alternativamente o juiz anular a decisão por constatar, por exemplo, a não instauração de processo administrativo, possibilitando que a Administração voltasse a decidir após tentar suprir os vícios do ato original; ou de o juiz revisar ou corrigir o ato administrativo nos casos, por exemplo, em que a Administração incorrer em *erro manifesto* e que se possa inferir com segurança jurídica qual a decisão mais correta a ser tomada (é o caso, por exemplo, da punição de um servidor contra a prova colhida nos autos do processo administrativo disciplinar); da polêmica possibilidade de o juiz convalidar a decisão administrativa; ou da atuação do magistrado em casos de omissão administrativa, seja para obrigar a Administração a decidir, seja para decidir em seu lugar nos casos excepcionais de urgência e de resistência desleal da Administração.