

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



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Marcos Augusto Perez

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Métodos para uma jurisdição ampla das
decisões administrativas

Versão original

Tese para o concurso de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo como parte das exigências para o concurso de Livre-Docência do Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Administrativo, Edital ATC/FD/19/2018.

Linha de Pesquisa: Direito Administrativo e Sociedade.
Projeto de Pesquisa: Discricionariedade e Controle

SÃO PAULO

2018

CAPÍTULO 4

Métodos para o controle da discricionariedade

Sumário: 4.1. O como é mais importante! 4.2. Testes para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa; 4.2.1. Os testes mais comuns de competência, forma e objeto; 4.2.2. Os testes relacionados ao processo administrativo: existência do processo; instrução completa e adequada; instrução imparcial; 4.2.2.1. A efetiva instauração do processo; 4.2.2.2. A instrução correta do processo; 4.2.2.3. A instrução imparcial do processo; 4.2.3. Os testes relacionados ao motivo: o erro manifesto; a consideração da prova produzida; as considerações equivocadas; o *bilan*, a ponderação e a proporcionalidade; 4.2.4. Os testes para identificar o desvio de poder ou finalidade; 4.3. Uma nota sobre a improbidade administrativa; 4.4. Ex lege ou de lege ferenda?

4.1. O como é mais importante!

O direito brasileiro, como já bastante discutido até aqui, sempre se envolveu no debate do alcance do controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração. Porém, ao longo dos muitos anos em que essa matéria tem pautado o trabalho dos teóricos do direito e dos tribunais, deu-se uma atenção excessiva à ideia de impor-se limites diretos ao exercício da jurisdição. Estudou-se, com muito afinco, por exemplo, a *imunidade do mérito do ato discricionário*, a reserva de jurisdição sobre a *discricionariedade técnica*⁴⁰³, a insuscetibilidade de

403. Conforme anteriormente ressaltado, a chamada *discricionariedade técnica* não é sinônimo de insindicabilidade jurisdicional (V. Capítulo 3, nota 363), porém, no Brasil, ainda que não haja unanimidade entre os autores – Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. (*Curso...*). Op. Cit., p. 256-257; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso...*). Op. Cit., p. 445-446 e DI PIETRO, Maria Sylvania. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 119-124, – a junção da teoria da *imunidade jurisdicional do mérito* com a da

controle da *margem livre de apreciação*⁴⁰⁴, entre outros aspectos ligados ao maior ou menor grau de imunidade, reserva ou deferência da jurisdição em relação à discricionariedade. Ou seja, o móvel principal do direito brasileiro foi predominantemente responder: quais são os limites diretos existentes para o exercício da jurisdição da discricionariedade administrativa?

Por tudo o que se assentou ao longo deste trabalho, há que se reconhecer que essa estratégia não tem se revelado acertada. O tenebroso ambiente de insegurança jurídica, formado pela mistura da antiga *teoria da imunidade jurisdicional da discricionariedade*, ou dos resquícios desta, com o controle jurisdicional fundado eminentemente nos princípios gerais do direito administrativo já foi aqui detalhado. Na verdade, a doutrina tem criado portas que não levam senão a uma abertura excessiva para o exercício arbitrário da jurisdição.

O direito administrativo, repise-se uma vez mais, não poder admitir ou condescender com uma licença tão larga, concedida, no atual estágio de desenvolvimento do tema, para que o juiz deixe de julgar a *conveniência e oportunidade* do ato administrativo quando bem lhe aprouver ou para que, em posição diametralmente oposta, julgue as decisões discricionárias concretas unicamente com base nas convicções que possui (convicções muitas vezes subjetivas) a respeito dos princípios gerais de direito administrativo.

Seguindo essa linha de raciocínio, 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 aplicadas a esse controle.

discricionariedade técnica criou mais uma zona cinzenta sobre a jurisdição das decisões discricionárias, como revela com precisão GUERRA: “os tribunais superiores têm sido, em grande medida, deferentes no controle de temas de grande complexidade técnica, a exemplo da regulação de infraestrutura, do sistema financeiro, dos casos envolvendo regulação da saúde (...)”. Cf. GUERRA, Sérgio. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 99-102..

404. Cf. KRELL, Andreas. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 53-58; GUERRA, Sérgio. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 73-75 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso...*). Op. Cit., p. 262.

Com efeito, uma vez definido o objeto da jurisdição da discricionariedade como sendo o controle da legalidade – entendida em termos amplos de conformidade com o direito –, a explicitação de como realizar esse controle, por meio de quais técnicas, métodos ou testes, torna-se mais essencial à tarefa dos operadores do direito do que a definição de limites diretos ao exercício da jurisdição que tendem historicamente ao desaparecimento, como anteriormente verificado.

Diante disso, a proposta aqui apresentada, para que seja superado esse estágio confuso no tratamento do controle da discricionariedade seja na teoria do direito administrativo, seja no exercício concreto da jurisdição, parte de duas ideias básicas: (1) não há *imunidade jurisdicional da discricionariedade administrativa* e (2) os limites de atuação da jurisdição, obviamente necessários para evitar o arbítrio, o abuso ou o desvio no próprio exercício da jurisdição, devem se formar não em função da discussão sobre a criação de zonas de reserva, de imunidade ou deferência, mas por meio da identificação mais clara e precisa (2.1.) do objeto da jurisdição (o controle de legalidade, como visto no capítulo anterior) e (2.2) dos métodos, técnicas ou testes que devem ser utilizados pelo controlador.

Assim sendo, responder ao questionamento sobre como deve ser executado o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é tão ou mais importante do que as discussões anteriormente feitas, que tentaram esclarecer quem executa esse controle e qual é o seu objeto. Discutir, por fim, os métodos de controle é, sem dúvida alguma, muito mais útil do que debater, em tese e quase infinitamente, os supostos limites materiais ou diretos para o exercício do controle jurisdicional da discricionariedade.

4.2. Testes para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

Quando se fala em método de controle, preconiza-se a necessidade de seguirem-se determinados ritos sem os quais o objeto do controle corre maior risco de não vir a se realizar. Pode ser feita uma analogia bastante simples com a realização de um trabalho acadêmico.

Nesse caso, há técnicas ou métodos cuja aplicação é aconselhável, e os professores insistem nisso com os seus alunos. Nada impede, nesse exemplo, que os alunos não sigam o método indicado pelo professor e, ainda assim, logrem realizar um bom trabalho de conclusão de curso, uma boa dissertação ou tese, no entanto, as chances de que isso aconteça geralmente se reduzem drasticamente. O método, dessa forma, se assemelha a um procedimento, ou seja, é um caminho para se atingir um determinado escopo ou objetivo.

Em vários planos da vida se dá o mesmo: o médico, quando atende um paciente febril, tem protocolos a seguir, um método, um caminho a transcorrer, com o objetivo de diagnosticar com precisão a doença de seu paciente; e um engenheiro que projeta os sistemas mecânicos de uma fábrica segue métodos precisos para tanto. O juiz, igualmente, quando exerce a jurisdição da discricionariedade, com o objetivo de examinar a legalidade da decisão administrativa, deve seguir um método, com o objetivo de realizar corretamente a função de controle. Reiterando a analogia, o juiz pode até chegar a uma decisão justa sobre a legalidade do comportamento discricionário da Administração sem a utilização do método, mas é pouco provável que isso ocorra.

Observe-se que, ao se falar em legalidade ou conformidade da atuação administrativa com o direito, faz-se direta referência aos elementos tratados no capítulo anterior: *competência, forma, processo, objeto, motivo e finalidade*. Seria completamente falso dizer que a lei, a doutrina e, por fim, a jurisprudência já não atuam com uso de métodos que, aliás, fazem uso corriqueiro dos elementos estruturais do ato administrativo para exame da legalidade de uma decisão específica⁴⁰⁵.

Mas há que se dividir a abordagem, a partir desse ponto, em duas partes, pois, ao lado de métodos já utilizados, há muito no direito brasileiro para a aferição da legalidade dos atos discricionários. Devem

405. A partir desse ponto é inevitável que se repita, em alguma medida, o que até aqui se discutiu sobre os elementos estruturantes da legalidade das decisões administrativas discricionárias. Sem essa reiteração, tornar-se-ia impossível compreender como se dá a aplicação dos métodos a seguir propostos. Saliente-se, porém, que as proposições tecidas doravante tentam ir além do que é usualmente feito pelo direito administrativo brasileiro, de modo a analisar os referidos elementos com um grau de profundidade maior e dar-lhes uma sistematização relativamente distinta.

passar a ser considerados outros métodos, ainda pouco utilizados e que, no caso do exame da discricionariedade, efetivamente possibilitem superar a barreira clássica da *imunidade jurisdicional* no exame da conveniência e da oportunidade da Administração sem que se descambe para o arbítrio jurisdicional.

As técnicas classicamente empregadas no Brasil para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa (como também para os atos administrativos vinculados) são relacionadas à aferição: (1) da competência da autoridade ou do órgão que praticou o ato; (2) da observância da forma fixada pela legislação para a exteriorização do ato; (3) da legalidade do objeto; (4) da eventual existência de desvio de poder ou de finalidade; e (5) da existência ou da veracidade dos motivos de fato e de direito que fundamentam o ato. O processo administrativo, no método tradicional, é geralmente percebido como um elemento contido na forma do ato, no sentido de que a forma compreenderia também as formalidades ou os procedimentos que devem ser seguidos previamente à tomada de uma decisão específica.

Mas é necessário incorporar maior profundidade na análise desses elementos estruturais da decisão administrativa, como, ademais, já se assinalou e já se pratica há um bom tempo em outros ordenamentos; e, dessa leitura mais profunda, ou simplesmente atualizada, dos elementos que estruturam a legalidade das decisões administrativas, é preciso extrair novos métodos que possam vir a auxiliar sobremaneira no exercício do controle jurisdicional.

Esses métodos estão principalmente relacionados ao *processo administrativo*, ao *motivo* e à *finalidade*, mas correspondem a técnicas diferentes das que normalmente são utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência no Brasil. Tais técnicas visam, reitere-se, aprofundar a percepção dos operadores jurídicos quanto à abrangência, às possibilidades e aos limites do controle de legalidade da discricionariedade administrativa.

Lançando um olhar pragmático sobre esses métodos ou técnicas (doravante serão chamados de *testes*, *testes de legalidade*, tais quais os exames pedidos pelo médico para diagnóstico), a ideia a ser passada aqui é a de que o juiz deva submeter a decisão administrativa *sub judice* a *testes*, ao cabo dos quais se constatará sua legalidade ou ilegalidade.

4.2.1 Os testes mais comuns de *competência, forma e objeto*

Os testes mais comuns são justamente aqueles que já se encontram no radar do controle jurisdicional ou, melhor dizendo, são aqueles que derivam dos métodos de controle geralmente utilizados. Correspondem geralmente a técnicas de identificação de vícios mais simples ou que se referem a situações já comumente tratadas pela legislação e pela jurisprudência no Brasil.

O teste de *competência* é o primeiro. Nesse caso, os tópicos a serem considerados no teste estão praticamente todos catalogados nos artigos 11 a 17 da Lei nº 9.784/1999, que procurou consolidar normas que refletissem o estado de maturidade da jurisprudência e da doutrina nacional com relação ao tema:

- (1) *A autoridade ou o órgão que praticou o ato tinham atribuição legal para tanto?*
- (2) *Em que pese não ter atribuição legal, havia delegação da competência (em vigor ao tempo do ato) feita pela autoridade ou pelo órgão que a possuía?*
- (3) *Havia impedimento legal para a delegação?*
- (4) *A autoridade ou o órgão tinham status hierárquico e condições legais para avocar a atribuição de praticar o ato?*
- (5) *O ato, embora praticado pela autoridade ou pelo órgão errados, foi ratificado ou homologado pela autoridade ou pelo órgão com atribuição legal?*
- (6) *A autoridade, embora competente (ou servidor integrante do órgão competente), deveria ter renunciado a participar do processo ou praticar o ato em função de suspeição ou impedimento (cf. artigos 18 a 21, da Lei nº 9.784/1999)?*

O teste de competência já conta com grande respaldo da jurisprudência. Atos praticados por autoridades incompetentes são geralmente anulados pelo Judiciário⁴⁰⁶. É importante dizer que, em alguns casos, a jurisprudência tem considerado o vício de competência convalidável, isto é, que o ato deve ser declarado válido, embora praticado por autoridade ou órgão incompetente, sempre que vier a ser posteriormente ratificado pela autoridade ou pelo órgão competente. É o que diz, por exemplo, o seguinte acórdão relatado pelo Min. Humberto MARTINS:

“Não deve ser reconhecida a nulidade em processo licitatório na hipótese em que, a despeito de recurso administrativo ter sido julgado por autoridade incompetente, tenha havido a posterior homologação de todo o certame pela autoridade competente. Isso porque o julgamento de recurso por autoridade incompetente não é, por si só, bastante para acarretar a nulidade do ato e dos demais subsequentes, tendo em vista o saneamento da irregularidade por meio da homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente. Com efeito, o ato de homologação supõe prévia e detalhada análise de todo o procedimento, atestando a legalidade dos atos praticados, bem como a conveniência de ser mantida a licitação (...)”⁴⁰⁷.

O teste de forma tende a ser ainda mais simples. Como diz CHAPUS⁴⁰⁸, o vício de forma refere-se aos problemas relacionados à apresentação exterior da decisão administrativa – ao continente

406. Cf. MS nº 19930/DF, Min. Rel. Assusete MAGALHÃES, DJe 18/06/2015; AgRg no AREsp nº 222355/MG, Min. Rel. Napoleão Nunes MAIA FILHO, DJe 05/02/2013; REsp nº 1127103/PR, Min. Rel. Luiz FUX, DJe 03/12/2010; RMS nº 30382/BA, Min. Rel. Napoleão Nunes MAIA FILHO, DJe 11/10/2010; MS nº 13821/DF, Min. Rel. Arnaldo Esteves LIMA, DJe 09/04/2010; AgRg no MS nº 14012/DF, Min. Rel. Mauro Campbell MARQUES, DJe 06/11/2009, entre outros.

407. Cf. REsp nº 1.348.472/RS, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 28/5/2013. No mesmo sentido: REsp nº 1348472/RS, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 28/05/2013.

408. Cf. CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Op. Cit., t. 1, p. 1037.

(instrumentum) e não ao conteúdo (negotium) do ato. As perguntas básicas nesse caso são as seguintes:

- (1) *A lei impõe alguma forma específica de exteriorização da decisão?*
- (2) *Se impõe, essa forma foi observada?*
- (3) *Caso não observada, a decisão pode ser repetida ou retificada sem que se ofenda o direito subjetivo dos interessados?*
- (4) *Caso não observada, o meio utilizado conseguiu realizar as finalidades da norma formal a contento, sem prejuízo para os interessados?*

Um exemplo esclarecerá melhor o tema: imagine-se a divulgação de um edital de licitação regido pela Lei nº 8.666/1993 e que deva obedecer à seguinte norma:

“Art. 40 (...) § 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados”.

Trata-se claramente de uma série de exigências formais (assinatura, rubrica etc.) para a edição do ato convocatório da licitação e sua divulgação. Imagine-se então que esses requisitos não tenham sido observados e que cópias do edital sem data, assinatura ou rubrica tenham sido fornecidas aos interessados. Observe-se que, nesse caso, a norma formal existe e foi descumprida, mas o ato pode ser repetido – a autoridade ou a comissão que comanda a licitação pode enviar aos interessados que já retiraram o edital uma cópia datada, assinada e rubricada, substituindo a que estava formalmente defeituosa e sem que isso lhes cause qualquer prejuízo! O ato original é ilegal, mas pode ser convalidado por sua repetição ou retificação.

Refletindo-se sobre o mesmo exemplo, imagine-se que o edital tenha sido integralmente disponibilizado por meio aberto,

eletrônico, na internet, e não tenha sido retificado ou repetido para que a norma formal do § 1º do art. 40 fosse cumprida estritamente. Ora, a finalidade da norma é garantir que todos os interessados tenham acesso a uma versão idêntica e segura (réplica do original) do edital. Se houve publicação igual para todos, em página oficial da Administração, na internet, embora a forma não tenha sido cumprida em seu rigor, a finalidade da norma formal foi plenamente atingida, sem que se prejudicasse qualquer interessado. Ou seja, o ato é legal!

A Lei nº 9.784/1999, também nesse caso, compila as diretrizes essenciais do teste de forma, fazendo uma clara separação entre a forma essencial, aquela que garante direitos dos administrados, e a forma não essencial, cuja inobservância permite a repetição, retificação ou convalidação do ato. O art. 22, da Lei nº 9.784/1999, estabelece:

“Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”, e o parágrafo único do art. 2º o completa dizendo tratar-se de critérios a serem observados nos processos administrativos, ou seja, na formação das decisões administrativas: “VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; (...) XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”.

A jurisprudência, por fim, também caminha na mesma linha, separando as formalidades essenciais das não essenciais, também rotuladas de *formalismo excessivo*. Um exemplo é encontrado no voto da Min. Nancy ANDRIGHI, no MS nº 6169/RR:

“III – Embora possa se cogitar do excesso de formalismo, em processo administrativo, que prima pela informalidade, quanto à exigência de publicidade do julgamento por órgão Colegiado representante do poder revisional da Administração Pública, fato é que a intimação pelo

Diário Oficial, cientificando o recorrente da data próxima de julgamento de seu recurso administrativo, se faz necessária, para cumprir os anseios da Carta Magna, desde que haja circulação do periódico no local do julgamento, considerando-se, ainda, o fato de que o impetrante é pessoa jurídica com sede no Estado de Roraima”⁴⁰⁹.

No sentido de condenar o rigor formal excessivo, um exemplo é a decisão tomada no REsp nº 797.179/MT, relatado pela Min. Denise ARRUDA:

“Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º)”⁴¹⁰.

Vale ainda anotar que, a partir de uma tendência ainda mais simplificadora dos requisitos formais das decisões administrativas (com vistas voltadas à eficiência administrativa), o direito tem procurado estabelecer efeitos jurídicos para o silêncio administrativo, fixando efeitos ora negativos⁴¹¹, ora positivos⁴¹².

409. Cf. MS nº 6169/RR, Min. Rel. Nancy ANDRIGHI, DJ 01/08/2000. No mesmo sentido: EDcl no AgInt no REsp nº 1564805 MS, Min. Rel. Francisco FALCÃO, DJe 17/08/2017 e REsp nº 798283/ES, Min. Rel. Laurita VAZ, DJe 17/12/2010.

410. Cf. REsp nº 797179/MT, Min. Rel. Denise ARRUDA, DJ 07/11/2006. Em sentido semelhante: REsp nº 657906/CE, Min. Rel. José DELGADO, DJ 02/05/2005.

411. No direito brasileiro, mesmo em casos não expressos, há o entendimento tradicional de que, extrapolado o prazo legal ou de razoabilidade para a decisão administrativa, do silêncio extraem-se efeitos negativos, correspondentes, portanto, ao indeferimento da pretensão. Um julgado relatado por Herman BENJAMIN, no STJ, ratifica essa posição ressaltando que não existe licença ambiental tácita no ordenamento brasileiro. Cf. REsp nº 1245149/MS, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe. 13/06/2013.

412. Um exemplo disso é encontrado no Anexo 4, item 4.B.4.3, do Decreto nº 32.329/1992,

Por fim, há que se abordar o teste de legalidade do objeto ou, simplesmente, o *teste de objeto*. Como dito anteriormente, o *objeto* corresponde ao conteúdo do ato, ao modo pelo qual o ato se materializa (*negotium*). A incongruência desse conteúdo com a lei (mais uma vez em sentido amplo) invalida a decisão administrativa. O teste é formado pelas seguintes questões:

- (1) *O conteúdo do ato é compatível com a lei em vigor?*
- (2) *O conteúdo do ato é compatível com regulamentos administrativos em vigor?*
- (3) *O conteúdo do ato é compatível com precedentes jurisprudenciais vinculantes?*
- (4) *A lei eventualmente aplicada é constitucional?*
- (5) *O regulamento eventualmente aplicado é legal e constitucional?*
- (6) *O conteúdo do ato é compatível com os princípios gerais de direito administrativo?*

Em alguns quesitos propostos, a análise enfrenta certa complexidade, mas, de modo geral, a incompatibilidade legal do objeto ou conteúdo do ato é facilmente aferível. O objeto contraria a lei, por exemplo, quando se lança um tributo contra um contribuinte imune ou isento; declara-se utilidade pública para desapropriação fora das hipóteses do art. 5º do Decreto-lei nº 3.365/1941 ou se autoriza a construção de uma indústria em área de preservação ambiental permanente; quando se aplica uma lei revogada ou se aplica retroativamente uma lei que não tem esse tipo de efeito. Há um contraste evidente entre o objeto da decisão e a legislação. Hoje, ademais, é praticamente óbvio

do Município de São Paulo, que admite a possibilidade de o interessado iniciar a executar obras, sem a emissão do respectivo alvará pela Prefeitura, quando, uma vez apresentado o requerimento, ele não chegará a ser despachado (deferido ou indeferido) no prazo máximo de 30 dias.

dizer que a obrigação de cumprimento da lei também se estende ao cumprimento da Constituição, de súmulas vinculantes (nos termos do art. 103-A, da Constituição, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006), hierarquicamente superiores e de regulamentos, hierarquicamente subordinados à lei⁴¹³.

Mas a matéria ganha relativa complexidade no caso de aplicação de leis eventualmente inconstitucionais ou de regulamentos inconstitucionais ou ilegais. Falando-se, de qualquer sorte, em controle jurisdicional da atividade administrativa, estar-se-á diante de um tema razoavelmente comum que será decidido mediante provocação dos legítimos interessados. Melhor dizendo, a apreciação da constitucionalidade de leis e regulamentos é tema que não escapa ao cotidiano dos juízes e que está na essência do exercício do controle jurisdicional da administração. Sendo assim, o controle jurisdicional da legalidade do objeto da decisão administrativa passa pela verificação da constitucionalidade da lei ou do regulamento que conforma o seu conteúdo.

Duas nuances do tema são, entretanto, mais duras de enfrentar. A primeira refere-se à possibilidade de recusa pela autoridade ou pelo órgão administrativo de aplicação de leis ou regulamentos que considere inconstitucionais ou ilegais (este no caso dos regulamentos). O tema foi objeto de longa e recente tese em Coimbra, de Ana Raquel Gonçalves MONIZ, que ponderou pela possibilidade, em termos, de acolher-se excepcionalmente a tese de não aplicação de regulamentos (conclusão que é possível se estender em alguma medida às leis inconstitucionais⁴¹⁴) com os seguintes dizeres: *“Na verdade, impondo a força jurídica (autovinculativa) própria do regulamento (...) a excepcionalidade do exercício da competência de recusa de aplicação por parte dos órgãos administrativos, a respectiva admissibilidade passa por uma convocação dos princípios normativos, à luz dos quais se concluirá (ou*

413. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *(Istituzioni ...)*. Op. Cit., p. 470 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *(Curso...)*. Op. Cit., p. 30 e seguintes.

414. Cf. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 366-385.

não) pela necessidade (pelo dever) de afastamento da norma regulamentar inválida da solução do caso concreto”⁴¹⁵.

Observe-se, porém, que o prisma desse trabalho é o controle jurisdicional da Administração e, na medida em que o controlador tenha competência⁴¹⁶ para verificar a constitucionalidade das leis ou dos regulamentos aplicados ou não aplicados (sob alegação de inconstitucionalidade) à decisão em causa, esse controle recairá sobre o ato conforme praticado ou sobre a recusa de praticá-lo. Ou seja, no limite, somente questionar-se-á a matéria da inconstitucionalidade da lei ou do regulamento (ou da ilegalidade desse regulamento), o que configura outra vez um expediente jurisdicional comum, por mais ou menos complexo que seja realizá-lo no caso concreto.

A complexidade cresce mais um pouco nos casos em que se cogita que a decisão administrativa contraria um princípio e nenhuma outra norma jurídica. Sem que se dê uma volta excessivamente extensa pela teoria dos princípios jurídicos, pode-se afirmar, resumidamente, que os princípios são normas muito genéricas com alto grau de indeterminação⁴¹⁷ e que se projetam no ordenamento de modo mais abrangente, teleológico, mas com a potencialidade de entrar em confronto com outros princípios⁴¹⁸. A aplicação direta dos princípios – sem intermediação legal e sem adensamento normativo que lhe proporcione mais concretude – a um caso específico geralmente induz a inúmeras dúvidas quanto ao proveito da decisão: trate-se de uma decisão administrativa, trate-se de uma decisão jurisdicional.

415. Cf. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. (*A Recusa...*). Op. Cit., p. 850-851.

416. É importante anotar aqui a posição cada vez mais intensa, tanto na doutrina como na jurisprudência brasileiras, de que os tribunais de contas não têm essa competência, diante da não recepção da Súmula 347, do STF, pela Constituição de 1988. Cf. FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. *O Tribunal de Contas e o Controle de Constitucionalidade: uma Releitura da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal*. In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 197-213.

417. Cf. DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 130.

418. Cf. DUARTE, David. (*A Norma...*). Op. Cit., p. 132-133.

Como diz Virgílio Afonso da SILVA, servindo-se das lições de ALEXY: princípios são *mandamentos de otimização*, são normas que “*ordenam que algo seja feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes*”⁴¹⁹. Assim, a aplicação de um princípio a um caso concreto demanda, reiterar-se, a análise do direito subalterno, editado com o objetivo de concretizar a norma de otimização.

Ainda que existam normas concretas voltadas à suposta aplicação de princípios, essa operação continuará sendo complexa, pois sempre haverá a possibilidade de questionamento da norma concreta perante o princípio: será que a escolha feita pelo legislador foi a melhor dentre as que possuía para a concretização dos princípios? Daí SILVA⁴²⁰ constatar que muitos atacam a teoria dos princípios pelo viés de um pretenso desbalanceamento que esta provocaria na separação de poderes.

Volte-se, porém, para a análise do ato administrativo. Nesse caso, o fato de existir uma lei ou um regulamento que concretize, em alguma medida, os princípios em tese aplicáveis ao caso concreto já representaria um grande avanço na direção da simplificação ou um acréscimo de segurança para o administrador e para o administrado, pois a vinculação a uma lei concreta tenderia a tornar presumível a legalidade da decisão tomada, mesmo que essa presunção seja relativa e mesmo que a lei, na qual a decisão de fundamenta, possa vir a ter sua constitucionalidade questionada.

Mas o problema torna a se agigantar nas hipóteses em que não há qualquer norma legislativa expressa, salvo os princípios gerais, a embasar ou a comprometer a legalidade do ato e, ainda assim, questiona-se a adequação da decisão aos referidos princípios, como, por exemplo, o da moralidade e o da razoabilidade administrativas. A verdade é que, nesse caso especificamente, o aumento da complexidade parece diminuir a eficiência do teste de objeto, pois a determinação da legalidade ou não do conteúdo do ato depende de sua análise com base em outros elementos estruturais da decisão: o motivo e o processo.

419. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. (*Teoria de ...*). Op. Cit., p. 244.

420. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. (*Teoria de ...*). Op. Cit., p. 248.

É que não será possível a aplicação direta dos princípios a um caso concreto, presumindo que potencialmente entrem em conflito, sem que se utilize o expediente que vem sendo descrito pela doutrina jurídica como *ponderação*, que, sob o ângulo da estruturação das decisões administrativas, confunde-se com o *motivo* (os fundamentos fáticos e jurídicos do ato) e com o *processo* (enquanto veículo da fundamentação da decisão).

Sobre a ponderação, explica DUARTE:

*“(...) se perante uma situação específica, duas normas de princípio entram em conflito, a respectiva resolução é realizada através de uma ponderação entre os princípios presentes, ao abrigo da qual se justificará a prevalência em concreto de um sobre o outro. Assim, se, perante um princípio determinado algo é permitido e, perante outro, proibido, daí resulta que um deles prevalece, sem que daí decorra a invalidade do princípio preterido, que é apenas afastado no caso que suscita a ponderação”*⁴²¹.

Sem querer fugir do tema (que, aliás, retornará ao presente estudo a seguir), parece fundamental a essa altura fazer uma separação entre: o caso em que (1) a Administração aplica uma dada lei ou regulamento que pode vir a ter sua validade (constitucionalidade ou ilegalidade) questionada com base em princípios gerais de direito administrativo; e o caso (2) em que a Administração toma uma decisão que é objeto de questionamento com base diretamente nos princípios gerais de direito administrativo, uma vez que inexista lei ou regulamento voltados a concretizar as normas principiológicas.

421. Cf. DUARTE, David. *(A Norma...)*. Op. Cit., p. 134. Na mesma linha, talvez um pouco mais claro, ALEXY diz: “*As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação de princípios*”. Cf. ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 85.

Reflita-se sobre um exemplo para que o tema fique mais claro. Imagine-se o uso de um veículo oficial e do respectivo motorista, pelo prefeito de um dado município, para seus afazeres pessoais: para visitar seu médico pessoal ou para frequentar a academia de ginástica, por exemplo. Imagine-se então duas situações distintas: (1) na primeira, há um decreto ou uma lei municipal regulamentando o uso do veículo oficial e dos serviços do respectivo motorista, permitindo que o prefeito desfrute dos mesmos para as finalidades pessoais antes apontadas; (2) na segunda, não há norma legal ou regulamentar no Município que discipline o uso do veículo oficial ou dos trabalhos do respectivo motorista.

No primeiro caso, a aplicação do teste de legalidade do objeto passa pela questão de saber se a lei ou o decreto são constitucionais à luz, suponha-se, dos princípios da moralidade, da economicidade, da razoabilidade ou da impessoalidade. Observe-se que o ato passa no teste em um primeiro momento, pois tem respaldo legal ou regulamentar, mas pode ser reprovado jurisdicionalmente caso reconhecida a inconstitucionalidade da lei ou do decreto em que se fundamentou. Volta-se, portanto, ao enfrentamento de uma situação em que a jurisdição do objeto do ato administrativo se executa de modo corriqueiro a partir da análise da inconstitucionalidade de leis ou regulamentos, ainda que essa análise não seja desprovida de complexidades jurídicas relacionadas ao exame do caso concreto.

Já no segundo caso, observe-se que a aplicação do teste de objeto não basta para a aferição da legalidade do ato, pois, sem que possua uma lei ou um regulamento que lhe deem explícito respaldo, a aderência aos princípios da moralidade, economicidade, razoabilidade e impessoalidade da utilização do automóvel oficial para finalidades de ordem pessoal do prefeito, dependerá de juízos de *ponderação*⁴²² que deverão necessariamente: (1) constar do processo administrativo; e (2) constar dos

422. Vale observar que a ponderação aqui referida entre princípios, derivada da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais de ALEXY, não tem estrita relação com a ideia (ainda que análoga) de ponderação comparativa de interesses secundários com o interesse público primário, defendida com frequência pelos autores italianos (e.g. GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni ...*). Op. Cit., p. 267 e CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 2015, p. 364), como pressuposto jurídico para o exercício da discricionariedade administrativa.

motivos jurídicos ou da qualificação jurídica dos fatos contida na decisão tomada. Nesse caso, o teste de objeto perde utilidade, fragiliza-se, pois a análise da legalidade do ato administrativo passa a depender de outros testes relacionados ao processo administrativo e ao motivo.

Observe-se, por fim, que cabe a aplicação do teste de objeto também ao silêncio administrativo, pois, ao gerar efeitos negativos ou positivos, conforme o caso⁴²³, depreende-se que mesmo o silêncio possui um conteúdo, veicula indiretamente uma decisão⁴²⁴ jurisdicionalmente apreciável pelo viés da legalidade do objeto.

4.2.2. Os testes relacionados ao processo administrativo:

existência do processo; instrução completa e adequada instrução imparcial

Como já se disse em outras passagens deste trabalho, contemporaneamente a figura do processo administrativo tende a tornar-se o *centro de gravidade* se não do direito administrativo, ao menos do sistema de controle jurisdicional da discricionariedade. Nessa dimensão, aliás, a ideia de processo administrativo como instrumento de formação de uma decisão administrativa, concilia-se com a noção de ato administrativo, não a exclui⁴²⁵. Em verdade, os dois conceitos jurídicos interagem para a formação de um cenário mais amplo sob o qual atua o controle jurisdicional da discricionariedade.

Como diz AUBY na introdução do impressionante e recente estudo que conduziu sobre o processo administrativo, reunindo aproximadamente cinquenta pesquisadores de diferentes países, inclusive do Brasil:

423. Cf. HACHEN, Daniel Wunder. *Controle Judicial do Silêncio Administrativo e a Atribuição de Efeitos Positivos como Alternativa à Judicialização*. In: *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas* (Org. MARRARA, Thiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo). São Paulo: Almedina, 2016, p. 209-247.

424. Contra essa posição, inadmitindo o *mero silêncio* como ato administrativo: MAURER, Hartmut. (*Derecho...*). Op. Cit., p. 271.

425. Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 433.

“Hoje é claro que o direito do processo (procédure) administrativo não pode ser isolado dos valores fundamentais de nossos sistemas jurídicos, que englobam a preocupação do Estado de direito, da proteção dos direitos fundamentais e da democracia administrativa. Nós sabemos atualmente que o processo administrativo não é somente uma questão de conveniência, de simplificação das formalidades burocráticas. É um lugar essencial de diálogo do Poder Público com os cidadãos, muito sensível como tal”⁴²⁶.

De fato, há hoje um movimento intenso na legislação de diferentes países no sentido de construir, se não códigos de processo administrativo, ao menos um conjunto de princípios e regras que transformam profundamente os velhos costumes autoritários da Administração Pública. Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, França, Reino Unido, Holanda, Suíça, Suécia, Grécia, Estados Unidos e Brasil são exemplos de países que instituíram ou reformaram mais recentemente sua legislação de processo administrativo.

Note-se, além disso, que a preocupação com o processo é resultado de um diálogo entre os sistemas jurídicos de matriz anglo-saxã, mais propriamente do direito norte-americano, com outros de matriz europeia-continental⁴²⁷. Na atualidade, a intensa circulação internacional de capitais e pessoas gera a necessidade de uma confluência cada vez maior, se não de certa padronização, dos naturalmente fragmentados ordenamentos jurídicos nacionais. A nova onda do processo administrativo é fruto tanto dessa necessidade quanto da ambição de que empresas e cidadãos, qualquer que seja a região do mundo em que estiverem atuando, recebam o resultado do desempenho das funções da Administração Pública com maior eficiência e, principalmente, com maior previsibilidade.

426. Cf. AUBY, Jean-Bernard. *Introduction Générale*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 4.

427. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Consultations Ouvertes et Participation du Public*. In: *Les Procédures Administratives* (Org. Association Française pour la Recherche en Droit Administratif - AFDA). Paris: Dalloz, 2015, p. 191.

Como resultado dessa nova onda de leis e códigos de processo administrativo, passa a ser uma constante a consagração de regras e princípios que obrigam a Administração a se portar com imparcialidade; a informar e se informar no curso do processo; e a ouvir os interessados e lhes dar acesso aos documentos, aos motivos e à decisão, além de possibilitar que interajam processualmente para fazer valer seus pontos de vista⁴²⁸.

Desse modo, e talvez esteja aqui a pedra angular da contribuição oferecida pelo presente trabalho, pode-se dizer que, no direito atual, o controle jurisdicional da discricionariedade está absolutamente ligado à noção de processo administrativo: à efetiva utilização do processo enquanto veículo decisório; à correta e completa instrução do processo; à imparcialidade da decisão; e à previsibilidade e segurança jurídicas. Dito de outra maneira, o modo pelo qual se estrutura a decisão administrativa ou o processo de tomada de decisão é que deve oferecer ao controlador da discricionariedade a medida das fronteiras que separam o controle de sua legalidade e o excesso ou abuso de jurisdição.

Nesse contexto, a missão do controle jurisdicional passa a ser principalmente a de medir se há desvios ou vícios no processo administrativo, os quais passam a ser considerados suficientes, por si só, para conduzir à anulação uma decisão administrativa. O aprofundamento dos estudos nessa matéria, como visto no capítulo anterior, leva necessariamente a entender a processualidade como um requisito ou elemento autônomo, distinto da forma, na aferição da legalidade das decisões administrativas⁴²⁹.

Daí a importância dos *testes de processo*. Na verdade, os testes a seguir defendidos ligam-se à necessidade de explicitar os caminhos que o controlador jurisdicional pode e deve seguir sem a necessidade de substituir o administrador público em sua função.

428. Cf. FROMONT, Michel. (*Introdução. In: Droit Comparé...*). Op. Cit., p. 13.

429. Não é muito diferente desta a conclusão de GONOD - Cf. GONOD, Pascale. *Les Procédures Administratives Rapport de Synthèse. In: Les Procédures Administratives* (Org. Association Française pour la Recherche en Droit Administratif - AFDA). Paris: Dalloz, 2015, p. 302 - segundo o qual “o juiz deu autonomia ao vício de processo separando-o do vício de forma”.

O foco principal do controlador da discricionariedade, insista-se, passa a ser o processo, ou seja, transforma-se na compreensão de como e por que a Administração tomou a decisão jurisdicionalmente questionada, para que, da observação dessa gênese, seja extraída uma conclusão sobre a sua legalidade.

4.2.2.1. A efetiva instauração do processo

Consideradas essas premissas, o primeiro teste a ser realizado consiste na verificação da efetiva instauração do processo, previamente à decisão administrativa. A verificação da legalidade, nesse caso, depende da resposta das seguintes questões:

- (1) *A decisão tomada pela autoridade ou pelo órgão competente foi precedida de processo?*
- (2) *Caso instaurado o processo a autoridade deu a devida publicidade a ele?*
- (3) *Caso instaurado o processo a autoridade ou o órgão competente vinculou-se à instrução do processo ao tomar a decisão?*
- (4) *O objetivo da decisão era a abertura de processo sancionatório ou a aplicação de penalidade administrativa?*
- (5) *Caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados pela autoridade ou pelo órgão competente para proporcionar aos interessados o direito de conhecer e contraditar a decisão antes que ela fosse tomada?*
- (6) *Caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados para demonstrar os fundamentos acertados da decisão?*
- (7) *Caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados para demonstrar o atendimento do interesse público ou da finalidade ínsita à decisão tomada?*

Observe-se primeiramente que não há muita dúvida sobre a obrigatoriedade, no direito brasileiro, de instauração de processo administrativo previamente às decisões administrativas em geral. Ou seja, o processo deve ser instaurado previamente às decisões administrativas que produzam efeitos individuais, como também anteriormente às decisões que afetem interesses coletivos ou difusos. Deve ser instaurado previamente às decisões vinculadas e antecedentemente às discricionárias. Haverá exceções, como em casos de urgência, mas a obrigatoriedade da via processual, em regra, é geral.

Muito embora esta não seja uma realidade de fato vivenciada por uma grande parte da Administração Pública brasileira, pois nesta ainda se toma muitas decisões sem processo prévio, não há dúvida de que a Lei nº 9.784/1999 e as leis estaduais e municipais de processo administrativo editadas nos últimos anos estabeleceram normas suficientes para que o processo administrativo passasse a ser uma regra geral de comportamento.

Observe-se que não é somente a Lei nº 9.784/1999 – já sumariamente analisada no capítulo anterior – que autoriza essa afirmação. A Constituição fixa normas principiológicas que dão razão de sobra para que delas se deduza a obrigatoriedade do processo administrativo. Já de início, tanto o preâmbulo da Constituição como o art. 1º definem o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. Ora, o que é o Estado Democrático de Direito se não aquele em que se realiza o comando da Administração por meio da vontade impessoal das leis, e não da vontade pessoal dos governantes, e que permite que os governados, cidadãos ou administrados participem das decisões administrativas?⁴³⁰

Se dos imperativos da impessoalidade e da participação (inerentes ao Estado Democrático de Direito) já não se extrai simplesmente a obrigação de submeter-se ao processo enquanto instrumento decisório, o que dizer então quando esses imperativos se combinam com os direitos fundamentais arrolados no *art. 5º, inciso XXXIII*: direito de receber da Administração informações de interesse particular, coletivo ou geral; e *inciso XXXIV, letra “a”*: direito de petição aos poderes

430. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. (*A Administração ...*). Op. Cit., p. 35-38.

públicos em defesa de direitos e contra a ilegalidade? Já se tem até aqui várias normas que se combinam: impessoalidade, legalidade, publicidade (transparência) e participação –, notadamente por meio do amplo direito de petição. Pergunta-se, assim, uma vez mais: o que é o processo senão o instrumento jurídico que possibilita a realização concreta desses princípios?

Mas a Constituição não parou nisso. Consagrou no mesmo *art. 5º, inciso LIV*, o princípio do devido processo legal como garantidor do exercício da liberdade; ampliou o espectro de aplicação do princípio da ampla defesa e do contraditório, de modo a abranger explicitamente os processos administrativos – *inciso LV* –, e consagrou o princípio – *inciso LXXVIII* – da duração razoável do processo, também de modo a abrigar expressamente os processos administrativos. O *art. 37*, por fim, ao fixar os princípios gerais constitucionais regentes da Administração, reitera, quase como um mantra: legalidade; impessoalidade, publicidade e eficiência.

O que se vê é que a Constituição aproxima de modo claro o processo judicial do processo administrativo, cercando-os das mesmas garantias, das mesmas sujeições e dos mesmos direitos. Faz com que ambos, processo judicial e administrativo, desloquem-se do plano das relações jurídicas entre o Estado e o indivíduo, da esfera dos chamados direitos subjetivos, para cuidar de relações mais amplas, mais complexas, passando a lidar com interesses coletivos e difusos. Observe-se, portanto, que há um conjunto de normas constitucionais principiológicas que se atrelam e se completam, associam-se, enfim, para formar um sistema jurídico voltado à garantir que o Estado, do ponto de vista do exercício de seus poderes, atue de modo impessoal, transparente, legal, eficiente e com respeito ao direito de participação, de petição, de defesa e de contraditório dos governados. Da força desse conjunto normativo emerge o processo administrativo, uma consequência tão óbvia quanto necessária, como regra de agir, como instrumento cogente de atuação da Administração.

Logo, raciocine-se de modo simples: se dos princípios constitucionais já referidos emergem os mandamentos da impessoalidade, publicidade, ampla defesa, contraditório, amplo direito de petição, participação, legalidade e eficiência, e se o processo administrativo é

o veículo regulado infraconstitucionalmente e capaz de realizar esses vetores normativos, então a Administração tem a obrigação de decidir mediante instauração e realização prévia de um processo.

Fixado esse ponto e tendo a Administração decidido por meio do processo, um dos testes de legalidade fica superado, restando saber somente se o processo em causa não se desvirtuou dos seus objetivos. Daí as questões seguintes, destinadas a apurar se o processo atendeu ao mandamento da publicidade (transparência) e da vinculação, imprescindíveis para que os objetivos do processo sejam realizados.

Por outro lado, se a Administração não decidiu mediante prévio processo, em muito casos a decorrência não é outra senão a de simplesmente se anular a decisão, reconhecendo-se sua ilegalidade. É justamente para a determinação desses casos que serve o quarto quesito: qual é o conteúdo da decisão administrativa? A abertura de processo sancionatório? A aplicação de penalidade administrativa? Nesses casos, a Constituição, repise-se, estabelece (art. 5º, LIV e LV) os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, estatuidos literalmente que: *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* e *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. Nesses casos, a ilegalidade é irrecuperável e a nulidade da decisão administrativa é absoluta.

Nos demais casos, na maioria daqueles em que se encontram enredados à decisão administrativa interesses coletivos ou difusos, a falta do processo gera necessidade da resposta de novos quesitos. Nesses casos, ao deixar de realizar o devido processo de formação dos atos administrativos, a Administração acaba trazendo para si o ônus de provar, perante a jurisdição, que a decisão possui lastro na legalidade. Se o processo é o veículo comum da legalidade e da racionalidade decisória, ante à falta do processo presumem-se a arbitrariedade, o descuido e a falta de base racional para a decisão administrativa.

O descumprimento da obrigação de instaurar processo poderia autonomamente, pura e simplesmente, levar à nulidade da decisão. Mas há ainda que se ponderar (especialmente no caso brasileiro, em que os costumes da Administração ainda não indicam a obediência

cotidiana e constante da regra processual) se a falta do processo, enquanto instrumento formal, impediu efetivamente que os direitos e obrigações inerentes à processualidade fossem observados⁴³¹.

Daí o teste proposto se dividir em dois caminhos claros: houve ou não processo? Se houve, o processo foi suficientemente transparente para que possa ser efetivamente compreendido como um processo administrativo? A autoridade ou o órgão vincularam-se ao conteúdo do processo? Ou seja, o processo serviu ao seu objetivo jurídico ou foi uma forma vazia e sem conteúdo, um arremedo, uma fraude, um mero invólucro do arbítrio administrativo?

Reitere-se que a não instauração do processo traz à autoridade o ônus de comprovar perante os órgãos de controle jurisdicional que não fez do exercício da função administrativa, notadamente da discricionariedade administrativa que lhe foi legalmente atribuída, um ato de puro arbítrio. A falta de realização do processo fragiliza a presunção de legitimidade da decisão administrativa e cria para a autoridade ou para os órgãos competentes, uma vez questionados, a obrigação de comprovar a legalidade do ato, evidenciando que foram permeáveis à participação dos interessados, reconhecendo-lhes, em alguma medida, o direito de previamente conhecer e contraditar a decisão; que houve motivação suficiente para respaldar a decisão; e que a decisão atende, sim, o interesse público, não se encontrando voltada aos impulsos de ordem pessoal ou aos meros caprichos das autoridades públicas.

Nesse caso, o ato administrativo ainda pode ter salvação e não deve ser declarado ilegal sem que antes as ponderações dos três últimos quesitos sejam realizadas – muito embora seja difícil imaginar que autoridades dadas ao improviso e que não conseguem ao menos instaurar um simples processo administrativo consigam dar ao juiz as respostas devidas quanto à oitiva dos interessados, à motivação e à finalidade.

431. SCHWARTZ, ainda que se volte à interpretação da legislação norte-americana, chega a conclusões semelhantes. Saliencia que o sistema de revisão judicial das decisões da Administração tem como principal escopo a revisão do processo administrativo e que, entretanto, em casos nos quais o processo simplesmente não existiu, as ferramentas para a análise da legalidade da decisão administrativa são praticamente as mesmas. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 649.

Pode-se fazer, no caso, uma discreta aproximação das conclusões aqui defendidas com a teoria norte-americana, anteriormente mencionada, chamada *hard-look doctrine*, para a qual:

“A função do tribunal é assegurar que a Administração (agency) tenha tido razoável consideração para com todos os fatos e questões relevantes. Isso exige insistência para que a Administração articule com razoável clareza os motivos da decisão e identifique o significado dos fatos cruciais, um caminho que tende a garantir que as políticas administrativas efetivem regras gerais (general standards), aplicadas sem discriminações desprovidas de razoabilidade”⁴³².

Há, por fim, que se destacar que a instauração de um processo administrativo defende a Administração e as autoridades responsáveis pela decisão. É obviamente muito mais difícil para a Administração defender-se em juízo caso não tenha todos os elementos de racionalidade decisórios de um processo administrativo como respaldo.

4.2.2.2. A instrução correta do processo

Instaurar e realizar o processo previamente à decisão administrativa é, como se vê, uma obrigação basilar que estrutura o modo de agir da Administração contemporânea. A utilização do meio processual, por seu turno, obriga a Administração a aplicar-se com extremo rigor na instrução do processo.

A instrução processual, verifique-se, é o que proporcionará elementos fáticos, muitas vezes técnicos, que possibilitarão a devida motivação da decisão. Seja previamente à decisão sobre a aplicação de uma sanção administrativa, antes de uma desapropriação ou para a

432. Cf. CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 128. Para uma visão da aplicação dessa teoria no direito brasileiro conferir: ISSA, Rafael Hamze. (*O Controle...*). Op. Cit., p. 179 e seguintes.

edição de um regulamento sobre o funcionamento do sistema financeiro: em todos esses e em muitos outros exemplos é o conjunto dos fatos reunidos no processo, por meio de evidências ou provas, que dará suporte à aplicação efetiva do direito no caso concreto.

Por certo, decisões mais simples contarão com uma fase instrutória mais curta, enquanto decisões mais complexas contarão com uma fase de instrução mais longa e intrincada, porém, o fato mais relevante nesse ponto é que sempre se exigirá um compromisso da autoridade administrativa com a correta e, frise-se, completa instrução do processo, porque, sem o devido esclarecimento dos fatos, não há como se aferir a legalidade de eventual juízo discricionário realizado ao cabo do processo pela Administração.

Recorde-se que o processo administrativo, em geral, vincula-se ao chamado *princípio da verdade material ou real*, o que implica dizer que as autoridades que impulsionam o processo não podem se contentar com as evidências reunidas nos autos quando elas não corresponderem à realidade ou, como diz MEDAUAR: “*tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos*”⁴³³. A regência do princípio da verdade material, de fato, reforça os vínculos obrigacionais das autoridades do processo com a sua correta, isenta e completa instrução.

Logo, as questões objetivas compreendidas no teste de legalidade do processo pelo critério da *instrução completa* são as seguintes:

(1) *A autoridade administrativa efetivamente se aplicou no exercício do dever de não deixar dúvidas sobre os fundamentos fáticos ou técnicos da decisão?*

433. Cf. MEDAUAR, Odete. (*A Processualidade ...*). Op. Cit., p. 121. Ainda sobre o princípio da *verdade real* e sua aplicação aos processos administrativos confira: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. (*Teoria Geral...*). Op. Cit., p. 83-85; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. *O Princípio da Verdade Material no Processo Administrativo*. In: *Atuais Rumos do Processo Administrativo* (Org. MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 193-213; FORTINI, Cristiana et. al.. (*Processo ...*). Op. Cit., p. 135-136 e NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. (*Processo ...*). Op. Cit., p. 207-208.

- (2) *Os dados fáticos ou técnicos, constantes da instrução do processo, possibilitam que a decisão seja reexaminada jurisdicionalmente?*
- (3) *As provas produzidas foram adequadas em termos de compatibilidade material (técnica ou econômico-financeira) com o objeto da decisão administrativa?*
- (4) *As provas produzidas foram adequadas em termos de relevância e repercussão (impactos, externalidades) da decisão administrativa?*
- (5) *Os interessados participaram da produção das provas? Puderam juntar provas e contraditar as provas produzidas pela Administração e pelos demais interessados?*

Há uma questão de fundo em todo esse teste: a prova adequada ou a instrução adequada é aquela que possibilita que a questão decidida pela Administração seja jurisdicionalmente revisada sem maiores embaraços, sem dúvidas, sem que a produção de provas tenha que ser refeita em juízo.

Parece simples, mas o fato é que essa dedicação à instrução do processo nem sempre ocorre. Imagine-se o exemplo dos cidadãos de uma determinada cidade que, porventura, não se conformem com a escolha realizada pelo prefeito municipal relativamente à localização de novas escolas de educação infantil. Diriam os cidadãos que o prefeito escolheu desapropriar áreas mais caras do que outras disponíveis e, também, excessivamente distantes do local de maior demanda por educação infantil na cidade.

Ora, em um processo administrativo como esse, no curso de sua instrução, as autoridades municipais responsáveis deveriam identificar primeiramente, por meio dos levantamentos apropriados, qual é a demanda por escolas de educação infantil na cidade em questão. É fundamental diagnosticar quantas escolas são necessárias para o atendimento da população. Mas isso não bastaria. As autoridades deveriam se dedicar também a provar a geolocalização dessa demanda, pois de nada

adiantaria oferecer uma escola na região sul de uma determinada cidade para o atendimento de uma demanda que se localiza na região norte da mesma cidade – salvo comprovação, por exemplo, que o deslocamento diário dos pais para o trabalho confirme que gastariam menos tempo se deixassem seus filhos em escolas na zona sul, ainda que morem na zona norte. Quanto aos dispêndios financeiros, supostamente excessivos, a Administração deveria fazer constar prova, no processo, de que a escolha fora objeto de uma comparação entre diferentes imóveis, entre diferentes opções, e que as escolhas levaram em conta uma equação razoável de custo-benefício.

Se, no exemplo mencionado, os interessados questionam a Administração jurisdicionalmente e se constata que Administração não fez nenhum desses levantamentos no curso do processo, ou que fez alguns e não fez outros, o juiz não tem outra escolha senão a de impedir que as ações administrativas se consumem e ordenar que a Administração cumpra com sua obrigação de instruir corretamente o processo e tomar a decisão que decorra razoavelmente dos fatos colhidos.

Observe-se que é até possível que, após a devida instrução, comprove-se que a decisão era correta e corresponderia às melhores escolhas, mas como poderiam os cidadãos e o juiz saberem disso se a autoridade administrativa não tomou, ao tempo certo, os cuidados necessários para a correta instrução do processo? Presume-se – e não há como ser de outra forma – que a Administração tenha em seus quadros especialistas, ou que possa vir a contratar consultores externos, em número e com capacidade suficientes para instruir o processo administrativo com todos os dados necessários para que se compreenda e se afira a legalidade, a economicidade e a razoabilidade de sua decisão. Se não o fez, torna insuperáveis os indícios de uma decisão arbitrária, devendo ser obrigada a tanto, em sede de controle jurisdicional.

Observe-se que o governante, eleito pelo processo democrático, não é necessariamente um especialista na matéria sobre a qual deve decidir. Um administrador pode ter formação superior em medicina ou nem possuir qualquer tipo de formação superior e ser obrigado a decidir sobre, por exemplo, a escolha de modais de transporte coletivo. O juiz também não tem em regra essa formação técnica. Ambos, no entanto, o administrador público e o juiz, têm a capacidade de compreender o

fundamento das escolhas que são feitas, no cotidiano da Administração, quando essas estiverem bem instruídas.

Eis o que é fundamental no teste da correta instrução: os juízes, os cidadãos e mesmo os próprios governantes conseguem compreender os fundamentos ou os motivos de fato pelos quais foi tomada a decisão administrativa? Conseguem perceber a consistência ou a verossimilhança desses fundamentos fáticos e a relação de coerência destes com a decisão? Se isso é possível, a instrução foi correta. Se isso não é possível, é porque a instrução carece de elementos fático-probatórios, carece de evidências e, portanto, carece de legalidade, o que viciará a decisão administrativa final.

Há quem configure a obrigação de correta instrução do processo como um dever discricionário particular das autoridades que impulsionam o processo (*discricionariade instrutória*) em certos aspectos da fase de instrução, as quais poderiam incorrer em desvios (*ilegalidades instrutórias*) e, desse modo, contaminar a decisão tomada ao cabo do processo⁴³⁴.

Existem casos mais complexos, ademais, em que as repercussões futuras das decisões devem ser previamente estudadas com mais profundidade. O planejamento ou o estudo prévio de viabilidade de medidas administrativas que possuam largo e duradouro impacto econômico ou social não evita terminantemente que os objetivos dessas medidas sejam eventualmente frustrados, mas tendem a diminuir esse risco. Daí por exemplo os planos urbanos, as políticas monetárias, as políticas de incentivo e fomento a determinados setores econômicos, sempre de intenso impacto, terem de ser estudadas previamente na fase de instrução do processo administrativo, com vistas a mitigar seus impactos (ou externalidades) negativos e majorar o seu custo-benefício.

A não realização desse tipo de estudo sempre que as intervenções realizadas pela Administração possam gerar, em tese, efeitos de relevante impacto social ou econômico compromete a legalidade da instrução, pois a torna insuficiente para a tomada da decisão mais adequada no caso concreto.

434. Cf. DUARTE, David. (*A Norma...*). Op. Cit., p. 575 e seguintes.

Por fim, o teste se completa ao se perquirir se a Administração possibilitou aos interessados participarem da instrução. Nada ainda se inventou, no curso da civilização, que substitua as virtudes do contraditório como caminho para a boa decisão, para que o direito seja ao cabo do processo observado, para que não prevaleçam a irracionalidade ou o arbítrio. O contraditório, formado por meio da participação dos interessados e de garantias relacionadas ao direito de se manifestar no processo e de acompanhar a instrução processual, é de suma importância para que o processo logre os seus objetivos jurídicos intrínsecos tanto no caso do processo judicial como no caso dos processos administrativos. Haja o envolvimento do direito de defesa contra uma determinada acusação ou de um direito subjetivo, haja o envolvimento de interesses coletivos ou difusos, a possibilidade da participação e do contraditório são fundamentais para que se possa considerar observado o direito e, portanto, superado esse teste de legalidade⁴³⁵.

4.2.2.3. A instrução imparcial do processo

Mas é preciso reconhecer que, além de instaurar o processo e comprometer-se a realizar uma instrução completa dele, a Administração deve ainda zelar pela imparcialidade na instrução do processo.

O processo, de fato, serviria pouco aos seus objetivos se pudessem as autoridades administrativas torná-lo somente um repositório distorcido de uma vontade política ou pessoal previamente estabelecida. Agir processualmente, dessa forma, exige das autoridades administrativas e da burocracia estatal certo desprendimento, exige confiança nos métodos decisórios que a rotina processual impõe, exige honestidade de propósitos. Nesse ambiente, não se diz: abra-se o processo para punir determinado servidor ou uma dada empresa. Diz-se: abra-se o processo

435. Há um número muito grande de artigos da Lei nº 9.784/1999 que refletem a imperatividade de produzir-se em contraditório a prova do processo administrativo. Cite-se, exemplificativamente, as seguintes normas: art. 2º; art. 27, parágrafo único; art. 29, § 2º; os artigos 31, 35, 36, 38, 41 e 44 (estes especificamente sobre a instrução do processo) e o art. 68. Sobre a importância da instrução e do contraditório nos processos administrativos (notadamente no processo normativo, no direito brasileiro) confira-se PALMA, Juliana Bonacorsi. (*Atividade ...*). Op. Cit., p. 387 e seguintes.

para apurar o ocorrido e para que se decida o que for correto. Não se abre um processo para permitir a comercialização de um medicamento, abre-se para que se examine, com imparcialidade, se o medicamento é apto ou não a ser comercializado.

Percebe-se, por meio desses exemplos (e muitos outros ainda poderiam ser dados) –, que o processo exige do administrador público certa sinceridade, uma boa-fé na sua utilização, para que nem as autoridades manipulem o processo segundo seus caprichos pessoais nem se deixem manietar por interesses secundários de determinados grupos sociais ou empresariais, deixando diante de sua *captura* o ato de tomar a decisão correta.

Parte da doutrina identifica esse padrão de comportamento esperado da Administração com o chamado *princípio da imparcialidade*:

*“A norma de imparcialidade administrativa, na sua qualidade de norma convergente geral da função, é, como todas as anteriores, um sentido de dever ser constitucionalmente imposto para todo o exercício da função administrativa, cuja expressão normativa na regulação do procedimento modelo, como também se viu nos casos anteriores, não vai muito mais longe do que o enunciado da norma em torno do seu conceito (...)”*⁴³⁶.

Nessa linha de pensamento, o padrão de comportamento que o direito administrativo visa a impor à Administração é o de uma condutora isenta de processos que, ao final de seu trâmite, decide racionalmente, escolhe entre as melhores opções concretas, desvinculada dos interesses, idiosincrasias ou paixões pessoais das autoridades, e também decide atenta aos interesses públicos, tanto ao interesse primário como aos interesses secundários que se expressam (e tornam-se evidências procedimentais) por meio da participação, em contraditório, no curso dos distintos processos administrativos.

436. Cf. DUARTE, David. (*A Norma ...*). Op. Cit., p. 648. Sobre o princípio da imparcialidade, conferir também: FREITAS, Juarez. (*O controle ...*). Op. Cit., p. 70 e seguintes;

Diante dessas reflexões, o teste de *imparcialidade da instrução* passaria pelas seguintes questões:

- (1) *Houve impulso oficial à instrução processual?*
- (2) *A autoridade se cercou de cuidados para divulgar o processo e facultou a todos os potencialmente interessados*
- (3) *o direito participar do processo e da produção da prova?*
- (4) *Possibilitou-se o contraditório em torno da prova?*
- (5) *Foram utilizados meios abrangentes de consulta e participação em casos envolvendo interesses coletivos ou difusos?*
- (6) *Os meios de consulta e participação foram efetivos ou foram falseados ou falhos?*
- (7) *A autoridade se cercou de cuidados necessários para fazer contar do processo as diferentes visões técnicas ou científicas a respeito do tema tratado, quando for o caso?*
- (8) *A autoridade se baseou em prova trazida somente por um grupo de interesses?*
- (9) *A prova possibilita a ponderação dos interesses envolvidos?*

Como se vê, o objetivo das questões realizadas nesse teste é que a instrução do processo não se dê somente *pro forma*, de forma tendenciosa, como um procedimento meramente desconstrutivo de atos previamente decididos pelas autoridades ou visando ao atendimento de um determinado grupo de interesses em detrimento dos demais.

A prova formada com parcialidade não conduz a uma decisão legal. A parcialidade contamina o processo e, como decorrência, invalida a decisão administrativa. Como diz BADARÓ: “*Não é exagero afirmar que o reconhecimento do direito à prova é ‘um dos mais*

significativos elementos da transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático”⁴³⁷. Ora, se amplo direito à produção de prova é, no sistema processual civil, um pressuposto para a correta formação das decisões judiciais, pode se dizer que, no processo administrativo, *mutatis mutandis*, somente o reconhecimento do amplo dever de impulsionar a produção de provas combinado com a obrigação de imparcialidade são capazes de produzir decisões juridicamente sustentáveis.

A imparcialidade não tem a ver obviamente com o *imobilismo no processo*⁴³⁸, mas com uma postura ativa e de *espírito aberto*, compromissada com a realização das escolhas mais corretas, com razoável grau de certeza e distanciada dos subjetivismos e imediatismos⁴³⁹.

Observe-se que a resposta ao primeiro quesito, sobre o impulso oficial à instrução processual, é importante na medida em que revela se a autoridade realmente se comprometeu com a instrução probatória ou caso tenha deixado de se conduzir única e exclusivamente por interesses particulares. Um processo, imagine-se, que decide um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo iniciado eventualmente com um laudo econômico e um parecer jurídico juntados pelo particular-contratado não pode se fiar única e exclusivamente nessa *prova técnica*, ou nessas considerações de ordem técnica, para ser decidido. O impulso oficial importa no dever da autoridade administrativa de conduzir o processo imparcialmente e, diante disso, buscar a pluralidade possível de posicionamentos, ou seja, importa no dever de impulsionar o contraditório. Se não é correto que a Administração decida isoladamente, sem facultar a participação dos particulares interessados na formação da

437. Cf. BADARÓ, Gustavo. *Direito à Prova e os Limites Lógicos de sua Admissão: os Conceitos de Pertinência e Relevância*. In: *Garantismo Processual* (Org. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Elie Pierre). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 221.

438. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Escopos Políticos do Processo*. In: *Participação e Processo* (Org. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 118.

439. Cf. MEJIAS, Lucas Britto. *Relação entre Busca pela Verdade, Deveres Instrutórios do Juiz e Regras de Atribuição de Ônus Probatório*. In: *Garantismo Processual* (Org. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Elie Pierre). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 454-455.

decisão administrativa, também não é correto que a instrução processual seja conduzida, única e exclusivamente, pelos interesses dos particulares. Imparcialidade exige pluralismo e equilíbrio das posições e dos interesses defendidos no curso da instrução processual.

Para a garantia desse pluralismo e do equilíbrio das posições e dos interesses, a autoridade administrativa deve se comprometer com a ampla divulgação do processo e, mais do que isso, deve permitir que participem da instrução do processo todos os potencialmente interessados, todos que sejam direta ou indiretamente afetados por eventual decisão administrativa. Sem transparência no curso da instrução, não há contraditório e, sem contraditório, a possibilidade de uma decisão imparcial e, portanto, legal, é praticamente eliminada.

Ademais, quão mais extenso for, em tese, o impacto da decisão administrativa, mais intensamente deve ser cumprido esse dever de transparência e de impulso à participação e ao contraditório. Disso surge, conforme o caso (geralmente em casos envolvendo interesses coletivos ou difusos), o dever de utilização de meios abrangentes de consulta e participação, como a consulta e a audiência públicas. Conforme dito anteriormente, tais institutos de participação popular funcionam como *“instrumentos legalmente previstos que possibilitam aos administrados, diretamente ou através de representantes escolhidos especificamente para esse fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios”*⁴⁴⁰.

Mas a Administração deve ainda buscar uma participação efetiva, verdadeira, quando opta por realizar consultas e audiências públicas. Na prática, há um bom número de exemplos de utilização falseada ou, pelo menos, excessivamente restrita, dos meios de participação: a falta da devida divulgação das consultas e audiências; a

440. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. (*A Administração Pública...*). Op. Cit., p. 96. No mesmo sentido: CHEVALLIER, Jacques. (*Consultations ...*). Op. Cit., p. 192 e seguintes.

divulgação dos documentos da consulta ou que serão objeto de debate na audiência com prazo insuficiente para possibilitar a devida reação dos interessados; a falta de exibição ou de debate em audiência das minutas dos atos a que a mesma se refere (por exemplo, uma audiência sobre um edital de licitação em que não se divulga a respectiva minuta do edital de licitação); e a falta de resposta, em algum momento do processo, às questões ou contribuições feitas pelos interessados ou a falta de consideração destas nas razões de decidir. Nesses casos a autoridade se engajou aparentemente na instrução imparcial, mas, na verdade, mais uma vez desviou o processo de seus objetivos, produzindo uma decisão ilegal.

Em muitos casos, a Administração tende a enfrentar questões sobre as quais há notória polêmica na sociedade, no mercado ou nos meios técnicos e científicos. Nesses casos, o mandamento da imparcialidade implica na necessidade de a autoridade se mover com cuidados extras, de modo a fazer constar do processo as diferentes visões técnicas ou científicas, as diferentes visões dos grupos sociais interessados e as diferentes visões do mercado a respeito do tema tratado. Observe-se que, em algumas situações, a realização de audiência ou consulta públicas não basta, e será necessário ouvir especificamente um seguimento ou outro do meio científico, social ou de mercado, justamente para evitar que o processo seja instruído de modo tendencioso. Casos como o de cultivo de transgênicos, instalação de usinas termoelétricas, segurança na emissão de radiofrequências, técnicas para a destinação final de resíduos sólidos, limites para a emissão de carbono, meios para o estímulo ao não consumo de cigarros ou a permissão de comercialização de anfetaminas são exemplos, entre muitos outros, em que esse tipo de polêmica, nos próprios meios científicos, pode ocorrer.

A instrução processual, desse modo, deve possibilitar às autoridades, levando-se em conta as circunstâncias concretas de cada caso, a realização com o maior alcance possível da ponderação imparcial dos interesses conflitados – ou potencialmente conflituosos – relacionados com a futura decisão administrativa. Esse *impulso oficial* em favor do contraditório deve demonstrar, ademais, ao cabo do processo, que as autoridades competentes não se basearam em fatos, evidências ou diagnósticos trazidos somente por um grupo de interesses,

por um determinado segmento de mercado ou, simplesmente, que reflitam uma visão parcial do problema enfrentado pela decisão administrativa⁴⁴¹.

A ponderação de interesses, referida na oitava questão do teste proposto, por seu turno, além de ser um expediente que demonstra a relação de interdependência entre o processo administrativo e os motivos enquanto elementos estruturantes da decisão administrativa, tem sido geralmente executada ou complementada por meio de estudos ou relatórios comparativos incluídos na instrução do processo, materiais esses que realizam a ponderação de impactos, de custos-benefícios e de viabilidade ou de conveniência e oportunidade, enfim, da respectiva decisão administrativa.

No contexto do que se expôs até aqui, *relatórios de impacto*, de *custo-benefício* (*value for money*) ou *estudos de viabilidade* são prova técnica que, a depender da extensão das repercussões ou dos efeitos do ato administrativo em deliberação, devem ser realizados com observância do contraditório e, sublinhe-se, podem constituir ferramenta essencial para a imparcialidade da decisão⁴⁴². VALENTE disserta sobre o tema, alegando que

“(...) a partir do momento em que o agente regulador é obrigado a confrontar os custos com os benefícios ou efetividades das alternativas possíveis, verifica-se maior transparência em seu processo de decisão. Com isso, é possível que o principal, e os demais atores, tomem conhecimento dos reais motivos que levaram à escolha da decisão final. (...) caso o agente queira afastar a escolha menos eficiente do ponto de vista econômico, será indispensável a apresentação da motivação convincente, sob pena de sua decisão ser questionada em momento posterior”⁴⁴³.

441. V. Capítulo 3, itens 3.3.1 e 3.3.2: “Legalidade e elementos do ato administrativo” e “Do ato ao processo e do processo ao ato”; além das notas. 350, 357- 362.

442. V. Capítulo 3, nota 295. No mesmo sentido: POSNER, Eric; ADLER, Matthew (Org.). *Coast-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

443. Cf. VALENTE, Patricia Pessôa. (*Análise...*). Op. Cit., p.149-150.

Há que se reiterar, por fim, que o proposto *teste de imparcialidade do processo* exige da Administração uma postura ativa que impulse o contraditório no curso da instrução processual, de modo que se façam emergir os conflitos de interesses que repousam, por vezes, recônditos na sociedade e no mercado. A falta dessa atuação afirmativa das autoridades responsáveis pelo processo pode levar a uma instrução processual deficiente, parcial ou tendenciosa, configurando-se o chamado desvio ou vício de processo administrativo, o qual contaminará a legalidade da decisão administrativa editada ao cabo do processo.

4.2.3. Os testes relacionados ao *motivo*: o erro manifesto; a consideração da prova produzida; as considerações equivocadas; o *bilan*, a ponderação e a proporcionalidade

Como já dito, *motivo* e *processo administrativo* se associam, na atualidade, como elementos essenciais da legalidade na estruturação da decisão administrativa. Ademais, com a disseminação da discricionariedade administrativa, o exame dos motivos, por meio dos quais as autoridades justificam a conveniência e oportunidade de suas ações, passou a centralizar, sob o prisma do controle jurisdicional, boa parte da atenção do direito administrativo.

Se essas já são razões de sobra para arrolar o *teste de motivos* entre os outros que são aqui estudados, não é demais acrescentar que a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras há muito utilizam os motivos como crivo para o exercício do controle jurisdicional. A Lei nº 4.717/1965, por exemplo, estabelece que são nulos os atos administrativos imotivados, considerando para tanto que (art. 2º, parágrafo único, ‘d’): “*a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido*”.

Apesar de uma parte da doutrina ter insistido, após a edição da Lei nº 4.717/1965, na tese absurda de que os atos discricionários não demandariam que as autoridades procedessem à explicitação

desses motivos (motivação), a Lei nº 9.784/1999 aprofundou a abordagem legal do tema, afastando dúvidas quanto à necessidade de motivação nos atos especificados pelo seu art. 50, a saber: “*Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo*”.

Observe-se que a lei foi ampla o suficiente na descrição dos atos que devem ser motivados, não deixando dúvidas de que a motivação, no direito brasileiro, é a regra, e a dispensa de motivação, a exceção. Além disso, dentre os atos enumerados pelos incisos do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, encontram-se muitos reconhecidamente discricionários, o que também elimina dúvidas quanto à necessidade de motivação da atuação discricionária da Administração⁴⁴⁴.

Repise-se, aliás, que a Lei nº 9.784/1999 estabeleceu uma regra muito importante para o aprofundamento da análise jurídica relativa aos motivos da decisão administrativa, fixando no § 1º do art. 50 que: “*A motivação deve ser **explícita, clara e congruente**, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste*

444. Vale diferenciar motivo e motivação, muito embora não seja este o móvel principal dos estudos aqui desenvolvidos. Para DI PIETRO: “*Não se confundem motivo e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. (...) A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de ‘consideranda’ (...) a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade (...) Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade.*” – Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. (Direito ...). Op. Cit., p. 253.

caso, serão parte integrante do ato” (grifos do autor). O que diz a lei, em outras palavras, é que deve ser cuidadosa, sob pena de invalidade, a revelação pelas autoridades administrativas dos motivos de suas decisões discricionárias; que não basta que as referidas autoridades encarem a motivação como um requisito meramente formal para a edição do ato administrativo; e que, pelo contrário, o conteúdo dessa motivação é importante e será considerado na aferição da legalidade da conduta⁴⁴⁵.

Nesse ponto, o direito administrativo brasileiro tem buscado acompanhar os desenvolvimentos havidos mundo afora sobre o tema da motivação, ainda que nem a nossa doutrina nem a nossa jurisprudência tenham atingido, até agora, o mesmo grau de maturidade que já se atingiu em outros países⁴⁴⁶.

O teste de motivo deve passar, na esteira do que se expôs no capítulo anterior, pela verificação de três modalidades de erro: o erro de direito, o erro na qualificação jurídica dos fatos e o erro de fato. O teste pode ser resumido na aplicação do seguinte questionário:

- (1) *A decisão foi motivada, ou seja, houve exposição dos motivos de fato e de direito para a fundamentação da decisão administrativa em causa?*
- (2) *Houve indicação de uma norma jurídica como fundamento da decisão?*
- (3) *A norma jurídica indicada como fundamento existe?*
- (4) *A norma jurídica indicada como fundamento é aplicável ao caso?*
- (5) *Os fatos alegados existem?*
- (6) *Houve correta qualificação jurídica dos fatos?*

445. A respeito da motivação e dos motivos como fatores determinantes de legalidade e validade dos atos administrativos, ver doutrina e jurisprudência do item 3.3.3.

446. V. Capítulo 1, item 1.4 e seus subitens.

A falta de motivação é um indício muito forte da inexistência de motivos. Dizendo de outro modo, é quase certo que a falta de declaração expressa dos fundamentos fáticos e jurídicos de uma determinada decisão indiquem a necessidade de sua invalidação ou do reconhecimento de sua ilegalidade diante da carência de motivos.

Excepcionalmente, no entanto, a invalidação não deve se dar porque o conteúdo do ato praticado é muito simples, tornando-se muito fácil verificar os seus fundamentos, ainda que não expressamente declarados, e o administrado ou o julgador consiga encontrar ou deduzir os fundamentos do ato a partir do processo administrativo. Nesses casos, em que pese o defeito de motivação, caberá a convalidação do ato⁴⁴⁷.

Superada a verificação da existência da motivação, o teste de motivos passa a mirar os fundamentos propriamente ditos da motivação, pois não basta que estes se encontrem declarados, é necessário penetrar-se mais a fundo em seu exame de legalidade.

É necessário, assim, conferir a eventual ocorrência de *erro de direito*: perquirir a existência, a eficácia (vigência), a validade (constitucionalidade, legalidade) e a aderência ao caso (interpretação) da norma jurídica que serviu de respaldo para a decisão. A aplicação de norma revogada; a aplicação retroativa de normas que não possuam esse efeito; a fundamentação a partir de normas que nada têm a ver com o caso decidido; a decisão baseada em norma inconstitucional ou em regulamento ilegal; a interpretação equivocada da norma jurídica de modo a extrair-se dela consequências incompatíveis com os seus objetivos ou com o ordenamento jurídico: em todos esses casos, há *erro de direito*⁴⁴⁸.

Superada a verificação do *erro de direito*, passa-se a verificação do *erro de fato* e da *qualificação jurídica dos fatos*.

447. V. Capítulo 3, notas 357 e 360.

448. Cf. REsp nº 1.691.451/ES, Min. Rel. Regina Helena COSTA, DJe. 18.10.2017; AgRg no AREsp nº 522.247/AL, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe 25/09/2014; AgInt no AREsp nº 418.220/DF, Min. Rel. Assusete MAGALHÃES, DJe. 08.03.2017; e REsp nº 960476/SC, Min. Rel. Teori Albino ZAVASCKI, DJe 13/05/2009.

Saber se os fatos que são utilizados como fundamento da decisão administrativa efetivamente existem passa por verificar a formação do processo administrativo e, notadamente, como se indicou, verificar também a correção e isenção de sua fase instrutória. Em suma, os fatos devem estar claramente configurados no processo. Os fatos, por vezes, são facilmente constatáveis: a certidão de tempo de serviço comprova se o funcionário que requereu a aposentadoria tem ou não o tempo de trabalho necessário para que o direito ao descanso remunerado lhe seja deferido. Mas, em muitas outras ocasiões, especialmente em casos de exercício da discricionariedade e em casos de maior repercussão socioeconômica, os fatos não são comprovados de maneira simples e demandam que o processo seja instruído com provas técnicas, pareceres jurídicos, estudos comparativos, relatórios financeiros etc.: a implantação de uma nova linha de metrô depende de estudos sobre a existência *de fato* de uma quantidade potencial de passageiros (demanda) que justifique a decisão; a decisão sobre o traçado de uma nova ferrovia depende de estudos dos impactos positivos e negativos de um determinado traçado da linha férrea em comparação com outros, verificando as diferenças de custo em comparação com os benefícios gerados; a decisão sobre a localização de uma usina de geração de energia depende de estudos ambientais, e assim por diante.

Como se pode deduzir, a falta de indicação, na motivação, dos elementos fáticos que sejam necessários (seja por exigência legal, seja diante da natureza das questões analisadas) para o embasamento da decisão leva à ilegalidade desta. Mais do que isso, os elementos fáticos considerados como razão de decidir devem constar do processo, devem estar amparados na instrução do processo, e a autoridade administrativa, analogamente às autoridades judiciais, não pode decidir *fora dos autos* do processo.

Tão essencial é a completa instrução processual, nesse ponto, que o direito norte-americano forjou a teoria da *evidência substancial* para demonstrar a importância de que o processo administrativo contenha as provas necessárias ao suporte da decisão administrativa, tornando-a um dos eixos para o *judicial review*⁴⁴⁹.

449. Cf. DUDLEY, Susan e BRITO, Jerry. (*Regulation ...*). Op. Cit., p. 49 de 115. No

Por fim, mesmo que haja indicação do direito e dos fatos, a decisão administrativa deve concatená-los de forma coerente. Como expressa a norma do §1º, do art. 50, da Lei nº 9.784/1999, a decisão deve ser motivada de maneira “*explícita, clara e congruente*”. Essa congruência, coerência ou concatenação entre os fatos e o direito embasadores do ato administrativo pode vir a ganhar, na doutrina, várias denominações⁴⁵⁰, que invariavelmente corresponderão à correta *qualificação jurídica dos fatos*.

Observe-se que a *qualificação jurídica dos fatos* talvez seja, dentre os elementos estruturadores da legalidade dos motivos da decisão administrativa, o requisito mais importante, o mais ligado ao controle propriamente dito da discricionariedade administrativa – sendo o que mais se aproxima do juízo de conveniência e oportunidade da autoridade pública – e o de mais complexa aplicação.

São várias, realmente – e às vezes muito incisivas –, as etapas que devem ser percorridas para a determinação da correta *qualificação jurídica dos fatos*, as quais também podem ser resumidas por quesitos específicos:

- (1) *Os fundamentos da decisão são aferíveis e compreensíveis?*
- (2) *Há coerência nos fundamentos fáticos e jurídicos apontados na decisão?*
- (3) *A decisão tem consistência do ponto de vista da argumentação lógico-jurídica?*
- (4) *Há coerência com precedentes administrativos?*
- (5) *Há razoabilidade e proporcionalidade na articulação entre fundamentos de fato e de direito?*

mesmo sentido: CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 740 e seguintes e SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 647 e seguintes.

450. V. Capítulo 2, notas 204, 205 e 206.

A primeira questão tem relação com a necessária transparência da decisão e sua controlabilidade. Ora, se a autoridade não consegue expor de forma clara os motivos pelos quais uma determinada decisão foi tomada, torna-se difícil examinar a propriedade desses motivos e, portanto, a legalidade da decisão. Claro, não se desconhece que há decisões muito simples, repetitivas, cuja motivação pode ser objeto, inclusive, de reprodução mecânica, como estabelece o § 2º, do art. 50, da Lei nº 9.784/1999: “*Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados*”. Mas isso não elimina a necessidade de clareza nos fundamentos, especialmente na articulação entre fatos e direito, pois desta dependem os administrados para exercer eventualmente o seu direito de reação contra a referida decisão.

É ilegal a decisão que não permite a compreensão dos administrados ou do juiz – muitas vezes nem a autoridade pública que a editou consegue compreendê-la ou explicá-la. A plena compreensão do ato, por seu turno, está afetada à possibilidade de aferição da ligação entre os argumentos de fato e de direito utilizados. Volte-se a um exemplo já dado, da implantação de uma nova linha de metrô: imagine-se que há demanda a justificar a implantação de uma nova linha de transportes coletivos, mas a demanda aferida por estudos não exige que o modal utilizado seja um metrô (com capacidade de transporte de altíssima demanda); poderia ser utilizado um VLT (veículo leve sobre trilhos), com menor capacidade de atendimento, mas custos proporcionalmente muito menores. Imagine-se, então, que, mesmo assim, a autoridade administrativa decida pela implantação do metrô. Pois bem: a decisão de implantar uma linha de transporte coletivo é correta, mas a escolha do modal, tal como feita, não pode ser aferida a partir dos elementos fáticos reunidos no processo.

Vale dizer que, no exemplo citado, ainda que a decisão, do ponto de vista formal, aparente estar motivada, ou seja, conte com aparente respaldo fático e conte com norma jurídica a fundamentá-la, o exame da articulação entre as normas que regem o caso (as quais podem ser princípios, como a economicidade) e os fatos demonstra a carência de um fundamento mais claro para a escolha realizada, pois há incompatibilidade entre os fatos aferíveis a partir do processo administrativo e a decisão tomada.

Ora, se o juiz examina, com esse rigor, a decisão tomada, não substitui um *juízo político* do Administrador, simplesmente exige clareza, aferibilidade a partir das evidências dos autos do processo e coerência da decisão; somente exige a correta *qualificação jurídica dos fatos*. Nesse ponto, o primeiro dos quesitos explicitados confunde-se com o segundo, pois a clareza depende, em grande medida, da coerência dos fundamentos fáticos e jurídicos contidos na decisão, o que, vale dizer, importa: (1) *na consideração de alegações relevantes trazidas pelos interessados e (2) na consideração do conjunto probatório reunido nos autos*.

De fato, a coerência relacionada à correta qualificação jurídica dos fatos não tem relação única e exclusiva com a lógica argumentativa da decisão, tem relação, outrossim, com a aderência do ato administrativo ao conjunto de argumentos e provas que se construiu, por meio do contraditório, ao longo do processo administrativo. Assim, não basta à Administração argumentar que seu funcionário cometeu uma falta grave e, logo, deve ser punido severamente se dos autos do processo, de sua instrução, decorre que o funcionário não cometeu a referida falta. No caso, a argumentação, ainda que lógica, não é aferível a partir da prova dos autos, não é, ademais, coerente com o conjunto probatório reunido nos autos que deveria ser claramente referido na decisão, de modo a estereotipar a incorreta qualificação jurídica dos fatos. Devido processo e motivação se somam, nesse caso, como em muitos outros, para a determinação da correta qualificação jurídica dos fatos.

Da mesma forma com que se exige coerência na qualificação jurídica dos fatos em um caso que envolve o interesse de um único funcionário, exige-se também nos casos mais impactantes, que resvalam o interesse de toda a sociedade ou do mercado. Assim, ao decidir sobre prioridades de uma política educacional, de saúde pública ou de saneamento básico, como também ao decidir sobre a regulação no setor financeiro ou do setor de telecomunicações, a Administração deve buscar demonstrar de modo claro a coerência de sua decisão, na correlação entre as hipóteses jurídicas de conduta (incluindo as normas-princípio) e os fatos (ainda que se trate da expectativa fundada dos fatos, como no caso de análises de impactos, ou da comparação entre soluções distintas cogitadas, como no caso dos estudos de custo-benefício).

A proibição ou a alta taxação tributária, por exemplo, do consumo e da comercialização de algumas substâncias químicas, como álcool, nicotina, canabidiol, entre outras, ainda que baseada nos benefícios à saúde que a proibição ou a restrição ao consumo eventualmente gerem, pode induzir ao tráfico e ao consumo clandestino dessas substâncias, aumentando os índices de criminalidade organizada. Em um caso como esse, deve ser cogitado, portanto, se é sustentável a articulação jurídica entre o direito (ou os objetivos das normas jurídicas aplicáveis à situação concreta) e os fatos, conforme explicitado na decisão administrativa, ou se haveria a Administração de: (1) cogitar outras opções de escolha que não foram cogitadas; (2) optar por uma solução que, embora cogitada no processo, não foi levada em consideração na decisão; e (3) optar por uma solução que, embora cogitada no processo e considerada na decisão, teve a sua análise feita de modo equivocado, optando-se por uma escolha com maiores impactos negativos sobre a sociedade ou sobre o mercado.

Em alguns casos, insista-se, ocorre que a Administração, na prática, desconsidera evidências colhidas no curso do processo. Entende o administrador público, ao arrazoar a decisão, que tais provas ou alegações trazidas pelos interessados simplesmente *não lhe interessam*. Nesses casos, o juiz pode entender que não havia motivo para a desconsideração das evidências ou dos argumentos e apontar uma deficiência, portanto, na qualificação jurídica dos fatos, como também que tenha havido uma motivação *fundada em motivos irrelevantes*⁴⁵¹. A articulação coerente dos argumentos que amparam a decisão administrativa, reitera-se, obriga a autoridade a considerar a prova produzida e o conjunto das alegações contidas nos autos do processo administrativo, sob pena de inobservância de um requisito formal cuja finalidade é salvaguardar a correta qualificação jurídica dos fatos pela decisão administrativa. Trata-se do caminho que garante o atingimento do fim.

Assim, por exemplo, a escolha entre distintos modos de gestão ou de prestação de um serviço público deve considerar estudos econômico-financeiros e estudos de demanda; a punição de um servidor público não pode deixar de considerar provas e eventuais atenuantes de sua conduta e as consequências concretas que advirão da punição,

451. Cf. CORSO, Guido. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 201.

como, por exemplo, a preterição do servidor em favor de outros nas listas de promoção (inclusive para afastar eventual alegação sobre desvio de poder); a proibição de uma manifestação pública, sob o argumento de ameaça à ordem pública, deve basear-se em prova dessas ameaças e não desconsiderar as evidências em contrário; a interdição de um estabelecimento e a imposição de vacinação obrigatória ou de abate de animais devem considerar os prós e os contras reunidos no processo administrativo.

É esse o raciocínio que, de certo modo, encontra-se em decisão recente do STJ, em que a falta de relatório de impacto ambiental para a realização de um dado projeto foi considerada suficiente para declarar a nulidade do decreto de utilidade pública de um imóvel para fins de desapropriação:

“A desapropriação por utilidade pública para fins de construção ou ampliação de distrito industrial deve ser precedida de prévia aprovação do respectivo projeto, nos termos do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei 3.365/41, o qual deve delimitar a infraestrutura urbanística necessária, contemplando a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), indispensáveis à criação da unidade industrial. Dessarte, não havendo prévio projeto, nulos são os atos subsequentes ao decreto expropriatório, como no caso vertente. (...) suscita a nulidade processual do decreto expropriatório, porquanto o processo expropriatório não observou a exigência do normativo citado, de prévia e expressa aprovação pelo Poder Público competente do respectivo projeto de implantação, para criação ou ampliação de distritos industriais”⁴⁵².

Esses cuidados não eliminam obviamente a necessidade de maiores precauções das autoridades administrativas relacionadas à

452. Cf. REsp nº 1.366.346/MS, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe. 07/10/2016.

consistência da decisão do ponto de vista da argumentação lógico-jurídica. A observância do direito é o objetivo primacial do controle jurisdicional da Administração, o que implica em cuidados triviais com a argumentação jurídica contida na decisão. Falhas evidentes de aplicação da lógica jurídica, na justificação da aderência entre os fatos considerados para decidir e o direito cuja aplicação se cogita no caso concreto, podem levar à incorreta qualificação jurídica dos fatos. São exemplos claros desse vício: ignorar questões constitucionais básicas, como a consideração dos fatos à luz dos direitos fundamentais; interpretar um dispositivo normativo qualquer a partir unicamente de sua literalidade; ou utilizar argumentos e analogias claramente inapropriados.

A correta qualificação jurídica dos fatos exige, ainda, um esforço de coerência da Administração com os precedentes que ela própria criou. O inciso XIII, do parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999, ao vedar a “*aplicação retroativa de nova interpretação*”, é consequência dessa norma, associada ao princípio da segurança jurídica e que exige o que no direito norte-americano tem sido chamado de *consistency*⁴⁵³. Se determinada conduta, suponha-se, de infração de normas sanitárias enseja habitualmente a punição com multa das empresas que a praticam, a mesma conduta não pode ensejar no caso de uma determinada empresa a pena de fechamento do estabelecimento. Uma conduta, ainda exemplificando, que examinada habitualmente pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é tolerada do ponto de vista concorrencial, não pode ser entendida, em um caso específico, como lesiva da ordem econômica.

A incoerência com relação a precedentes administrativos afeta a qualificação jurídica dos fatos e, portanto, contamina a motivação das decisões administrativas. Isso não quer dizer que a Administração não possa alterar um entendimento anteriormente consolidado ou uma dada interpretação jurídica! Pode, obviamente. O que lhe é defeso, como expresso na Lei nº 9.784/1999, é alterar seu entendimento pontual e

453. Cf. AMAN JR., Alfred e MAYTON, William. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 308-337 e DUDLEY, Susan e BRITO, Jerry. (*Regulation ...*). Op. Cit., p. 112 de 115. Trata-se praticamente do mesmo fenômeno que o direito italiano vai chamar de “disparidade de tratamento”, também como um comportamento das autoridades que levaria à contaminação do processo administrativo e da respectiva decisão discricionária. Cf. CLARICH, Marcello. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 215.

excepcionalmente, ou alterá-lo dando-lhe efeitos retroativos, a ponto de prejudicar terceiro que agiu tendo em conta a interpretação administrativa anteriormente divulgada.

Por fim, mas não menos importante, a qualificação jurídica dos fatos deve ser razoável e proporcional. Razoabilidade e proporcionalidade são duas ferramentas importantes para o controle da discricionariedade administrativa⁴⁵⁴.

A aplicação do princípio da razoabilidade importa em rejeição de considerações ou de motivação evidente ou manifestamente equivocadas. Por vezes, o erro cometido pela autoridade administrativa é grosseiro ou não se extrai qualquer racionalidade dos fundamentos que tentam qualificar juridicamente os fatos em um dado concreto.

Há precedentes jurisdicionais que demonstram que os Tribunais brasileiros já tentam aplicar esse critério. Observe-se um exemplo:

“É desarrazoada e desproporcional a suspensão das atividades da empresa que, no momento da fiscalização, apresenta comprovante do pedido de renovação da Licença de Operação, ainda que fora do prazo de 120 dias estabelecido no § 4º do art. 18 da Resolução n. 237/1997 do CONAMA, porém antes do vencimento da licença anterior”⁴⁵⁵.

Já o princípio da proporcionalidade, de certo modo uma das facetas da razoabilidade⁴⁵⁶, é voltado a calibrar a relação dos fatos com

454. Cf. MEDAUAR, Odete. *(O Direito Administrativo em Evolução)*. Op. Cit., p. 31-319; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *(Curso...)*. Op. Cit., p. 108-110 e 262-263; BINENBOJM, Gustavo. *(Uma Teoria...)*. Op. Cit., p. 219-225; PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*. Marseille: Economica, 1990; e SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. In: Revista dos Tribunais, v. 798, 2002, p. 23-50..

455. Cf. AgRg no AREsp nº 749.434/RO, Min. Rel. Regina Helena COSTA, DJe. 16/05/2016. Em sentido próximo conferir ainda: MS nº 11.382/DF, Min. Rel. Rogério Schietti CRUZ, DJe. 30/05/2017; REsp nº 1.670.556/MA, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe. 30/06/2017; REsp nº 935.120/RJ, Rel. Min. Luiz FUX, DJe. 27/10/2010.

456. V.Capítulo 4, nota 453.

o direito alegado impedindo desproporção ou excessos evidentes. Essa calibragem é notadamente importante em medidas de polícia administrativa, mas também em atuações de maior repercussão ou impacto em que há de se perquirir: (1) a Administração decidiu mediante ponderação dos interesses envolvidos, ou decidiu de modo a criar uma desproporção ou um desequilíbrio injustificado entre tais interesses? Além disso, deve se verificar (2) se a Administração ponderou, em tese, os custos-benefícios das medidas decididas, comparando-os com os de outras opções ou escolhas possíveis ⁴⁵⁷.

Como se vê, a análise da correta *qualificação jurídica dos fatos* é um instrumento dos mais relevantes no controle da discricionariedade administrativa, pois serve para aprofundar a análise de adequação dos motivos alegados pela autoridade às circunstâncias concretas do caso analisado. De certo modo, essa faceta do controle jurisdicional já se revelava pela alínea “d” do art. 2º da Lei nº 4.717/1965, que, ao tratar do motivo, como elemento de validade do ato, dizia ser carecedora desse requisito a decisão administrativa “*juridicamente inadequada ao resultado obtido*”. O § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, que atualmente estabelece o dever das autoridades de motivarem suas decisões de maneira “*explícita, clara e congruente*”, completa a antiga Lei nº 4.717/1965. As duas leis, é necessário reconhecer, dizem indiretamente que a mera indicação dos fatos ou do direito nos quais se funda a decisão não basta. A Administração deve buscar ligar fatos e direito por meio de sua correta qualificação jurídica, a qual deve ser *clara, adequada e congruente* com toda a profundidade do sentido jurídico que esses mandamentos podem vir a possuir ante as complexidades que ensejam as situações concretas sob análise da Administração e de seus controladores.

Os testes até aqui defendidos servem justamente para isso: tentam objetivar a análise do exercício da discricionariedade

457. V. Capítulo 1, item 1.4.2, inclusive notas 72 e seguintes. Observe-se que, no direito francês, a combinação dos critérios do *bilan*, do erro manifesto e da qualificação jurídica dos fatos tem levado o Conselho de Estado a examinar o cabimento de desapropriações; a localização de empreendimentos de infraestrutura, como um aeroporto, o trajeto de uma estrada ou ferrovia; o método construtivo para garagens subterrâneas; e o risco de instalação de fábricas ou usinas de energia.

administrativa, apesar das dificuldades ou complexidades geralmente inerentes a esse exame.

4.2.4. Os testes para identificar o desvio de poder ou finalidade

A teoria do *desvio de finalidade* é uma das mais tradicionais do direito administrativo, remontando ao caso *Pariset*, julgado em 1875 pelo Conselho de Estado Francês⁴⁵⁸. A ideia fundamental da teoria do desvio é a de que as autoridades públicas não podem servir de suas atribuições legais, de suas competências, para a satisfação de seus interesses pessoais.

Nascida no direito francês, a teoria do desvio de finalidade encontrou eco em muitos outros países, tal como demonstrado no Capítulo 1, itens 1.5.3, 1.5.4, 1.5.5 e 1.5.6.

No Brasil, há muito, a legislação, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a figura do desvio de finalidade⁴⁵⁹.

Há também certa clareza quanto às dificuldades de se comprovar o desvio de finalidade, a ponto de se admitir que o desvio seja provado por meio de indícios que convençam o magistrado da existência de interesses pessoais do administrador que sobrepujaram, no caso concreto, o interesse público.

Como ressaltado por DALLARI:

*“O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito (...)”*⁴⁶⁰.

458. Cf. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 645; LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; BRACONNIER, Stéphane e DEFFIGIER, Clotilde. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 699 e CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1048.

459. Cf. V. notas 246, 247 e 265; Capítulo 2.

460. DALLARI, Adilson de Abreu. *Desvio de Poder na Anulação de Ato Administrativo*.

Ante o atual conhecimento sobre o desvio de finalidade, desenvolvido a partir da doutrina e da casuística dos tribunais, o *teste do desvio de finalidade* pode se concentrar nas seguintes questões:

- (1) *Há indícios de que a autoridade administrativa usou sua competência para o favorecimento de seus interesses pessoais?*
- (2) *Há indícios do favorecimento ou desfavorecimento de terceiros que mantenham algum vínculo de interesse ou relação jurídica pessoal com a autoridade administrativa?*
- (3) *Há pluralidade de interesses ou a coincidência aleatória entre o interesse público e os interesses pessoais do governante que justificariam a medida, aparentemente praticada em desvio de finalidade?*
- (4) *O interesse público que se buscou verdadeiramente atender está diretamente relacionado com a decisão administrativa?*
- (5) *As autoridades tomaram os cuidados necessários para evitar o desvio de finalidade?*

As duas primeiras questões referem-se aos casos mais comuns de *desvio de finalidade*, em que a decisão administrativa *disfarçadamente se anuncia em prol de* um interesse público, mas, na verdade, visa à satisfação de forma direta ou indireta de interesses pessoais do administrador. Claro que o interesse pessoal pode, em um determinado caso, se consubstanciar em um interesse político parquial, meramente partidário, ou ainda no interesse de ajudar afetos ou de prejudicar desafetos. Lembre-se que a teoria do desvio de finalidade visa a concretizar o princípio da impessoalidade, a implantar o governo de leis e não de homens e, portanto, visa a zelar pelas práticas de *boa administração*⁴⁶¹.

In Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 7, 2006: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=128> consultado em 13/05/2018.

461. A norma da boa administração vem sendo mais e mais referida pelo direito admi-

Assim se conformam os exemplos mais frequentes de desvio de finalidade: a desapropriação utilizada para suposta utilidade pública, mas, na verdade, voltada a prejudicar um desafeto político ou pessoal; a remoção de um servidor de seu posto de trabalho para um local de difícil acesso, sob alegação de suposta necessidade do serviço, mas, na verdade, é para puni-lo com o objetivo de realizar vingança pessoal.

Mas há casos mais sutis que, por vezes, são catalogados como situações de *captura* das autoridades públicas por interesses privados que se confundem com os seus interesses pessoais. Decerto que o peso econômico de muitas atividades realizadas pela Administração, tais como a regulação de setores econômicos, de serviços públicos, do meio ambiente, a efetivação de programas de fomento (de crédito, fiscais e outros) ou a simples realização de grandes contratações constituem um estímulo para que os particulares se organizem com o intuito de influenciar as autoridades públicas em prol de seus interesses. A falta de canais formais e transparentes de interlocução entre o Estado e os particulares estimula a captura; por outro lado, a falta de ponderação clara dos interesses envolvidos e a eventual circulação de executivos entre o setor estatal e o privado (*revolving door*) são indícios de desvio de poder⁴⁶².

CHAPUS⁴⁶³ cita um caso razoavelmente recente, analisado pelo Conselho de Estado francês, em que o prefeito de uma dada

nistrativo, fruto da direta influência da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000. Desde então, alguns autores brasileiros passaram a ela se referir como um princípio que concentra deveres múltiplos, como o de impessoalidade ou imparcialidade, transparência, participação, eficiência, moralidade, entre outros (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *(Curso...)*. Op. Cit., p. 117; MEDAUAR, Odete. *(O Direito Administrativo em Evolução...)*. Op. Cit., p. 156 e FREITAS, Juarez. *(O Controle ...)*. Op. Cit., p. 70-77.

462. Sobre a teoria da captura confira-se: PIERCE, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 18-20. Com mais ênfase, conferir SUNSTEIN, para quem a vulnerabilidade das agências independentes aos grupos de pressão é um dos paradoxos da regulação: “a Comissão de Comércio Interestadual (ICC) criou e deu força a cartéis na indústria dos transportes; a Comissão Federal de Comércio (FTC) algumas vezes comportou-se de modo anticompetitivo (...) e o FCC foi dominado pela indústria de comunicações”. Cf. SUNSTEIN, Cass. *Free Markets and Social Justice*. Nova York: Oxford University Press, 1997, p. 285.

463. V. nota 345, Capítulo 3.

cidade assume a construção de uma usina de reúso de água com o objetivo aparente de preservação ambiental, mas, na verdade, com o intuito de favorecer uma indústria instalada no município que necessitava aumentar sua capacidade de produção de água de reúso. O maior indício do desvio se deu algum tempo depois da implantação da estação de tratamento, no momento em que o alcaide assumiu um cargo de direção justamente na indústria beneficiada pelos investimentos públicos.

No Brasil, muitos escândalos políticos revelaram ser até certo ponto comum o desvio de finalidade em contratações públicas, na concessão de empréstimos por instituições de fomento ou mesmo na concessão de favores fiscais com objetivos enviesados de estimular a doação de contribuições para campanhas eleitorais⁴⁶⁴.

Em todos esses exemplos, pode vir a existir um conjunto de indícios que indique o mal-uso das atribuições legais conferidas às autoridades administrativas e o atendimento de interesses de ordem pessoal ou de favorecimento ou desfavorecimento de terceiros que mantenham algum vínculo de interesse ou relação jurídica pessoal com as respectivas autoridades. Nesses casos, o ato é obviamente ilegal diante do desvio de finalidade.

Mas há que se admitir que haverá situações em que a aparente ocorrência do desvio de finalidade se desmente quanto analisado o caso mais a fundo, pois há (como dito na terceira questão descrita) uma pluralidade de interesses atingidos pela decisão administrativa, ou há, ainda, a coincidência ocasional entre o interesse público, interesses privados e também os interesses pessoais do governante.

Há que se deixar claro que não há uma contraposição permanente entre o interesse público e os interesses de particulares. A licença para a construção de um *shopping center*, por exemplo, pode interessar a um determinado grupo de empresas privadas, mas pode também se tornar uma fonte de receita pública, um polo gerador de empregos para trabalhadores e uma grande comodidade para os cidadãos que habitam uma dada região da cidade. No caso, há convergência de

464. Cf. ADI nº 4650/DF, Min. Rel. Luiz FUX, DJe. 24/02/2016.

múltiplos interesses, e o interesse público aponta no mesmo sentido que interesses particulares de vários e distintos grupos sociais. Em suma, muito embora o empreendimento possa vir a gerar lucro para os seus investidores, os principais interessados em sua realização –, vários outros grupos sociais e, inclusive, o Poder Público – ganharão com a iniciativa. Não há no exemplo, portanto, desvio de finalidade.

É possível ainda ir um pouco mais a fundo na exploração de casos semelhantes em que há convergência de interesses públicos e particulares que eliminam a incidência da teoria do desvio de finalidade. As PPPs (parcerias público privadas) e as chamadas operações urbanas consorciadas são exemplos em que, devido à própria natureza dos instrumentos jurídicos utilizados para a realização dos objetivos públicos, há alinhamento entre interesses de particulares e públicos, sem que exista, ao menos em tese, desvio de finalidade.

Imagine-se, por fim, uma região urbana degradada que passará por um processo de recuperação mediante a aplicação de grandes investimentos públicos. É possível que um parente próximo (um primo ou um tio) do prefeito dessa cidade fictícia tenha uma ou mais propriedades na área degradada, que será objeto de recuperação, e que ele, dessa forma, seja beneficiado pela implementação da referida política pública. A convergência de interesses públicos e particulares (de um familiar da autoridade pública), nesse caso, aparentaria a ocorrência de um desvio de finalidade, mas essa convergência pode ser aleatória, fortuita, inevitável e, mais do que isso, pode ser que, no *bilan* ou ponderação dos interesses públicos e privados tangentes à empreitada decidida pela Administração, os benefícios em favor do parente do prefeito fossem insignificantes. Mais uma vez não se configuraria o desvio de finalidade, pois o móvel central da decisão administrativa não se apartaria do interesse público, ainda que houvesse, em tese, interesses pessoais do governante na consumação da recuperação da área urbana degradada. Ademais, é evidente que a realização e o sucesso de políticas públicas geram dividendos político-eleitorais aos governantes e, nem por isso, é legítimo pensar que o móvel central da realização de determinadas políticas sejam esses dividendos (de grande interesse pessoal de qualquer governante) e que sempre, nesses casos, haja desvio de finalidade.

Portanto, a convergência de interesses públicos e particulares é quase uma constante no dia a dia da Administração e deve-se tomar grande cuidado, sob o prisma do controle jurisdicional, para que não se deduza que o desvio esteja em toda e qualquer parte. Há que se atentar para a pluralidade de interesse envolvidos e se, a partir do *bilan* ou ponderação de interesses realizados pela Administração, a medida analisada não se justifica. *Contrario sensu*, o controle jurisdicional deve analisar se efetivamente o móvel central da decisão tomada foi o interesse pessoal do governante, apesar dos demais interesses públicos ou particulares enredados à decisão.

A quarta questão guarda relação com a experiência concreta em torno da aplicação da teoria do desvio de finalidade em face de condutas até certo ponto – e desafortunadamente – usuais da Administração. Dessa experiência emerge que, em muitos casos, as autoridades públicas tentam atingir os interesses imediatos da Administração por meio de atalhos, de mecanismos que, muito embora possam demonstrar-se mais eficientes e rápidos, olvidam a observância dos direitos fundamentais do administrado. O interesse público (secundário) que se buscou verdadeiramente atender, nesses casos, não está diretamente relacionado com a decisão administrativa, cujo objetivo real se dissimula.

Medidas de polícia administrativa com finalidade meramente arrecadatória; criação de entraves regulatórios ou materiais impertinentes, com mera intenção de causar prejuízo ou de obter enriquecimento ilícito; usar da omissão ou do silêncio administrativo com esses mesmos objetivos; fixar regras ou planos urbanísticos que pura e simplesmente favoreçam a especulação imobiliária; utilizar de leis que preservem a tranquilidade, a salubridade e a ordem pública para fechar estabelecimentos ou impedir manifestações tendo como finalidade verdadeira executar perseguição política, religiosa, racial ou de gênero: todos esses são exemplos, entre muitos outros, do que aqui se diz. Nesses casos, o chamado interesse público secundário (arrecadatório, por exemplo) prepondera indevidamente, na decisão, sobre o interesse primário, em função de uma ponderação incorreta entre eles. Há, portanto, desvio de finalidade, ainda que as autoridades públicas laborem em benefício, em tese, da própria Administração, benefício material esse que não condiz com os objetivos maiores do direito e, principalmente, com a preservação dos direitos e garantias dos particulares sujeitos ao abuso efetivamente praticado.

A derradeira questão do teste aqui proposto volta-se finalmente a analisar se as autoridades tomaram os cuidados necessários para evitar o desvio de finalidade. Neste ponto, como se pode inferir, finalidade relaciona-se com dois outros elementos estruturantes do ato administrativo: o processo e o motivo. A correlação lógica e jurídica entre os interesses envolvidos na decisão e a finalidade dela dependem da transparência na exposição desses interesses ao longo do processo (por vezes fruto da participação e do contraditório) e, enfim, da ponderação desses interesses ou de seu *bilan* tanto por meio da utilização correta dos mandamentos processuais como por meio da correta identificação e exposição dos motivos que conduziram à decisão tomada.

Como já se disse no capítulo anterior, atentas à quase constante pluralidade de interesses tangentes às decisões administrativas, notadamente nos casos de impacto econômico mais amplo e repercussões sociais gerais, as autoridades devem cuidar para que, no bojo do processo administrativo e da motivação do ato: (1) não se envolvam em decisões nas quais seus interesses pessoais as tornem impedidas ou suspeitas; (2) reste claro qual é a finalidade principal (ou as finalidades principais) da decisão administrativa; (3) estipulem quais são os resultados ou impactos esperados como fruto da medida decidida; (4) definam quais são os interesses particulares envolvidos, como se manifestaram ao longo do processo e como foram considerados pela decisão; e (5) procedam com transparência, em especial nas interações e relações porventura mantidas entre a Administração e os particulares interessados.

Observe-se que a postura correta do administrador, do ponto de vista jurídico, nesses casos, não passa por camuflar ou esconder os interesses particulares que tenham sido porventura contemplados ou refulados pela decisão administrativa. A explicitação desses interesses, ou seja, a transparência, é a grande arma da Administração na defesa de sua decisão perante a jurisdição. A ponderação ou o *bilan* razoável, proporcional desses interesses, quando correlacionados com as finalidades das medidas cogitadas, é o que garantirá que a jurisdição cultive maior respeito pelo juízo de conveniência e oportunidade feitos pela Administração. Por outro lado, quando essas medidas de cautela não forem tomadas pelas autoridades públicas, abrir-se-á a porta para a discussão jurisdicional do desvio de finalidade.

Obviamente os cuidados indicados expressamente no Capítulo VII, da Lei nº 9.784/1999, devem ser observados no intento de evitar que o desvio de finalidade seja alegado com grande facilidade por aqueles que tenham interesses contrariados pela decisão administrativa. Diz a lei: “*Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I – tenha interesse direto ou indireto na matéria; II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro (...)* Art. 20. *Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau*”. Nesses casos, a autoridade deve explicitar no processo o seu impedimento ou suspeição, para evitar a presunção do desvio de finalidade e as respectivas responsabilidades pessoais.

Mas, mesmo que o impedimento ou a suspeição não ocorram, outros interesses cruzados e relevantes para a decisão devem ser identificados, explicitados e ponderados pelo administrador, pois sua ocultação pode se transformar em um indício da presença de desvio de finalidade, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Como se vê, o teste para identificar o desvio de poder ou de finalidade é uma ferramenta poderosa – e em alguma medida já bastante utilizada – para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, mas também é – como, de resto, são todos os demais testes abordados neste capítulo – um instrumento para o autocontrole da Administração, um mecanismo de cautela e conseqüentemente de fortalecimento das decisões administrativas perante a inevitável atuação dos órgãos de controle jurisdicional.

4.3. Uma nota sobre a improbidade administrativa

A análise desenvolvida no presente capítulo não se completaria sem que se atinasse para a relação que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa tem atualmente no direito brasileiro

com o conceito jurídico de *improbidade*. Ainda que pesquisar a improbidade administrativa no direito brasileiro seja, por si só, um tópico extenso o suficiente, para que o presente trabalho se desviasse por completo de seu objeto sem que, provavelmente, viesse a lograr qualquer conclusão, seria uma grave omissão não mencionar a improbidade e deixar de perscrutar a intensa correlação que o seu tratamento jurídico estabelece no direito brasileiro com o tema central do presente estudo.

O que é improbidade? A Constituição faz algumas referências em seu texto à responsabilidade das autoridades públicas por improbidade administrativa. A principal dessas referências encontra-se no § 4º, do art. 37, que estabelece: “*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”⁴⁶⁵. Muito embora a Constituição se refira à figura da improbidade, não há preocupação em conceituá-la, senão como um mecanismo voltado a buscar a responsabilização das autoridades administrativas. Além disso, o texto constitucional reserva o rótulo da improbidade para condutas gravíssimas do administrador, uma vez que as sanções em tese preconizadas pelo citado § 4º são bastante pesadas: suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade de bens; e ressarcimento ao erário.

Porém, a Lei nº 8.429/1992, que regulamentou a referida norma constitucional, ampliou de modo excessivo o conceito jurídico de improbidade, de modo a confundir a improbidade com toda e qualquer ilegalidade cometida no exercício da função administrativa. É sabido que a Lei nº 8.429/1992 estabelece quatro tipos de improbidade administrativa: (1) aquela derivada de atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); (2) aquela derivada de atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); (3) aquela derivada de atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A); e (4) aquela derivada de atos que simplesmente atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

465. Além disso, em seu texto atual, a Constituição refere-se à improbidade no art. 15, V (como causa da perda ou suspensão dos direitos políticos) e no art. 97, §10, III; art. 101, § 3º e art. 104, II, todos do ADCT.

Os excessos do texto legislativo frente à diretriz constitucional são evidentes. Como dizem MARQUES NETO e PALMA: “*Longe de ser um projeto preconcebido e de impactos mensurados a reconfiguração da dinâmica do controle da Administração Pública após a Constituição de 1988 se deu um tanto ao sabor do acaso. (...) Trata-se de um processo aleatório, voluntarioso e desmensurado*”⁴⁶⁶. O resultado disso é que atualmente quase todo o controle jurisdicional da Administração no Brasil é feito com base nos mecanismos judiciais e mediante a aplicação das sanções da Lei nº 8.429/1992, o que não deixa de ser uma deformidade do sistema brasileiro, pois a correção da atuação da Administração em prol da legalidade perde espaço para a punição dos agentes que a praticaram.

É importante que se entenda que, enquanto na maior parte dos países o sistema de controle jurisdicional da Administração encontra-se focado na correção dos atos ilegais praticados pelas autoridades públicas, no Brasil esse eixo se deslocou diante da ampliação legal do conceito de improbidade e da disseminação das ações de responsabilização por improbidade, como fruto da atuação do Ministério Público, para as consequências da ilegalidade e para o plano da responsabilização das autoridades e de particulares que tenham eventualmente se beneficiado das práticas ímprobas daquelas. Nesse sistema, contraditoriamente, a ilegalidade (na perspectiva de sua identificação e da punição de seus autores) é mais importante do que a legalidade. É raro que o julgador determine o que o administrador deva fazer para conformar sua atuação ao direito, mas é extremamente comum que a ilegalidade se consuma plenamente, que os seus efeitos venham a prejudicar toda a sociedade e que, somente muitos anos depois, venha a se punir o administrador que a conduziu.

O *punitivismo* inerente ao sistema de controle instituído pela Lei nº 8.429/1992, em que pese agradar aparentemente à opinião pública, não colabora com a melhoria da ação estatal simplesmente porque a correção da atuação da Administração não é sua razão principal de existir. Nesse contexto, sob o impulso muitas vezes incontido e irracional

466. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. (*Os Sete...*). Op. Cit., p. 23.

das massas e da mídia política e investigativa, a jurisdição faz um uso cada vez mais intenso dos princípios gerais do direito administrativo (a lei em seu art. 11 menciona os “*princípios da administração pública*” e cita expressamente os “*deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*”). Ao contrário, no entanto, do uso comumente feito desses princípios em outros ordenamentos, aqui eles não são utilizados como instrumento de conformação jurídica das condutas da Administração em defesa do administrado, mas como fundamento jurídico para a punição de supostos infratores da probidade, fato que majora desmedidamente a discricionariedade sancionatória de magistrados a ponto de inserir o exercício da jurisdição nas perigosas fronteiras da perseguição política, da singela emissão de opiniões políticas subjetivas do julgador ou do mais puro arbítrio.

Esse estado de coisas tem provocado a atenção dos tribunais superiores brasileiros que, em certa medida, têm procurado corrigir os excessos praticados pelas jurisdições locais. Muitos julgados do STJ, por exemplo, entendem que o dolo do agente é fundamental para a configuração da improbidade, desembaraçando, de modo correto, os conceitos de ilegalidade e improbidade; outros concentram-se, ainda, na aplicação do *princípio da proporcionalidade* para rever sanções fixadas judicialmente de modo arbitrário ou com evidente excesso.

Vale citar como exemplo o acórdão proferido sob relatoria do Min. Teori ZAVASCKI, para o qual:

*“a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente; [é] indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10”*⁴⁶⁷.

467. Cf. AIA nº 30/AM, Min. Rel. Teori Albino ZAVASCKI, DJe 28/09/2011. Vão no mesmo sentido os seguintes julgados: AgRg no AREsp nº 409732/DF, Min. Rel. Og FERNANDES, DJe 16/12/2013; AgRg no REsp nº 1295240/PI, Min. Rel. Benedito

Sobre a desproporcionalidade na aplicação da Lei nº 8.429/1992 pelos tribunais locais, registre-se o seguinte acórdão relatado pelo Min. Castro MEIRA:

“O art. 12, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/92, fundado no princípio da proporcionalidade, determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na ‘extensão do dano causado’ bem como no ‘proveito patrimonial obtido pelo agente’. No caso dos autos, o dano causado aos cofres municipais é de pequena monta, já que se trata de ação civil pública por ato de improbidade decorrente da acumulação indevida de cargo e emprego públicos. E, também, o acórdão recorrido reconheceu não haver ‘indícios de que o agente tenha obtido proveito patrimonial’”⁴⁶⁸.

Como já se constatou em outras passagens deste trabalho, o ambiente de insegurança jurídica formado pelo aumento desmesurado do arbítrio judicial na apreciação das decisões administrativas não convém a ninguém, nem às autoridades administrativas, nem ao administrado que, como fruto dessa conjuntura, tende a sofrer, cada vez mais, as consequências de uma Administração temerosa e paralisada. No tabuleiro desse jogo, o conceito de improbidade é uma peça-chave, que desempenha conjuntamente um papel altamente nocivo, se considerados os moldes excessivamente amplos com que esse conceito foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992.

GONÇALVES, DJe 10/09/2013; AgRg no REsp nº 1382436/RN, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 30/08/2013; REsp nº 1261994/PE, Min. Rel. Benedito GONÇALVES, DJe 13/4/12; AgRg no REsp nº 1287027/GO, Min. Rel. Arnaldo Esteves LIMA, DJe 21/09/2012; AgRg no REsp nº 488007/RN, Rel. Min. Mauro Campbell MARQUES, DJe 14/05/2014.

468. Cf. REsp nº 794155/SP, Min. Rel. Castro MEIRA, DJ 04/09/2006. No mesmo sentido, sobre a necessidade de dosagem proporcional das penas fixadas pela Lei nº 8.429/1992, Cf. REsp nº 291747/SP, Min. Rel. Humberto Gomes de BARROS, DJ 18/03/2002; REsp nº 213994/MG, Min. Rel. Garcia VIEIRA, DJ 27/09/1999; REsp nº 300184/SP, Min. Rel. FRANCIULLI NETO, DJ 03/11/2003 e REsp nº 664856/PR, Min. Rel. Luiz FUX, DJ 02/05/2006.

Em que pese o trabalho corajoso da jurisprudência dos tribunais superiores, não há registro de qualquer esforço mais significativo do Legislativo ou do Executivo no intuito de corrigir os excessos da Lei nº 8.429/1992. O Legislativo, ao avesso do que se poderia esperar, tem tornado a lei mais severa e ampliado as suas hipóteses de incidência, de modo a tonar ainda mais intensos os efetivos distorcidos do seu texto original. Um exemplo disso encontra-se na Lei nº 12.120/2009, que alterou a Lei nº 8.429/1992 para possibilitar a aplicação cumulativa de sanções, sem qualquer referência à vasta jurisprudência formada sobre a proporcionalidade na aplicação das penas contra a improbidade. A Lei nº 11.107/2005, a Lei nº 13.019/2014 e a Lei Complementar nº 157/2016, por seu turno, ampliaram as hipóteses de incidência da improbidade⁴⁶⁹. Ou seja, a agenda política brasileira encampada nos últimos anos pelo Legislativo tem tornado o conceito jurídico de improbidade cada vez mais largo, agravando os excessos do texto original da Lei 8.429/1992 e, como consequência disso, tem dotado o Judiciário de um poder cada vez mais ancho de intervenção no cotidiano da Administração por meio da punição ou da ameaça de punição das autoridades administrativas.

Apesar de todo esse quadro, é necessário que se esclareça que não há coincidência ou correspondência absoluta entre os conceitos de ilegalidade da decisão e de improbidade do agente. Muito embora a ilegalidade esteja na raiz do conceito de improbidade, nem todo o comportamento ilegal é um comportamento ímprobo. A ilegalidade compreende, como já se pode notar até aqui, um gênero amplo de condutas que desarranjam as estruturas básicas de formação de uma decisão administrativa (competência, forma, processo, objeto, motivo e finalidade), dentre as quais a improbidade é uma espécie, a espécie dolosa, em que a autoridade administrativa deturpa propositalmente a decisão administrativa.

Uma nota especial deve ser feita para o enfático voto do Min. MAIA no AgRg no REsp nº 1306817/AC, exatamente no sentido do que aqui se pondera. Para ele:

469. Registre-se, ainda, outras tentativas de modificação do texto legal, no sentido de ampliar suas hipóteses de incidência: o PLS nº 71/2017, de autoria da senadora Kátia Abreu; o PLS nº 451/2016, de autoria do senador Renan Calheiros e, por fim, o PLS nº 108/2016, de autoria do senador Randolfe Rodrigues, este com o intuito de acelerar o julgamento dos processos civis de responsabilização por improbidade administrativa.

“É bem provável, sem dúvida, que a confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade provenha do caput do art. 11 dessa Lei, porquanto ali está apontada como ímproba a conduta (qualquer conduta) ofendente dos princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o famoso princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), como se sabe há muito tempo (...) Portanto, a ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, não são - situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave”⁴⁷⁰.

A conclusão que vale tirar dessa breve análise é que o conceito legal de improbidade:

- (1) primeiramente, não condiz com o conceito de ilegalidade, sendo mais restrito que este, uma vez que reservado aos casos de condutas dolosas dos agentes públicos;*
- (2) dificulta em alguma medida o controle da legalidade, uma vez que é voltado antes de tudo para a responsabilização e punição dos agentes, e não para a correção da ilegalidade;*
- (3) encontra-se regulamentado de maneira equivocada e excessiva pela Lei 8.429/1992, que o desviou dos objetivos constitucionais em prestígio de uma agenda política que deseja demonstrar à massa do eleitorado e à opinião pública que há um irrestrito combate à corrupção;*

470. Cf. AgRg no REsp nº 1306817/AC, Min. Rel. Napoleão Nunes MAIA FILHO, Dje 19/05/2014.

(4) tem obtido do Judiciário certa contenção e racionalidade, especialmente em função do papel correcional desempenhado pelos tribunais superiores, de modo a diferenciar improbidade e ilegalidade, a exigir presença do dolo do agente como pressuposto para a configuração da improbidade e a reclamar proporcionalidade na fixação jurisdicional das penas.

O que se defende, enfim, neste tópico, é que, muito embora obviamente se relacionem, o controle jurisdicional da legalidade tem meios de consecução e objetivos muito mais amplos que os da apuração da improbidade administrativa.

4.4. *Ex lege ou de lege ferenda?*

O longo debate até aqui conduzido deixa uma pergunta no ar: os testes para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, tal como defendidos, são aplicáveis no ambiente jurídico brasileiro? Dito de outro modo, a legislação brasileira estabelece como norma jurídica a realização dos referidos testes ou é necessário que se espere a edição de leis futuras para que estes possam vir a ser aplicados?

Ora, nada do que se disse neste capítulo conflita-se com a legislação brasileira, exceção feita à crítica tecida à Lei nº 8.429/1992 e à desmedida ampliação do conceito de improbidade estabelecida pelo referido diploma. Como se procurou demonstrar, seja como resultado do disposto na Constituição, na Lei nº 4.717/1965, na Lei nº 9.784/1999 e nas demais leis de processo administrativo editadas, seja como resultado do sempre importante trabalho da doutrina e, especialmente, da jurisprudência, há claro fundamento jurídico para que os testes de verificação da legalidade da discricionariedade administrativa sejam jurisdicionalmente realizados.

No entanto, mesmo que nada legalmente impeça o julgador de aplicar os métodos ou testes aqui estudados e explicitados, muito bem-vinda seria a alteração da legislação brasileira que viesse a tornar mais

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 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.