

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

Pode-se vislumbrar, já a partir dessa descrição sumária, quão amplo é o espectro ou o objeto sobre o qual o controle jurisdicional deve incidir, na medida em que se olhe a legalidade a partir de todos os seus elementos, com a devida profundidade e que se dê, enfim, a importância cabível para elementos de legalidade externa e interna tais como o processo administrativo, a finalidade e o motivo, os quais estão, por sua vez, claramente relacionados entre si, como será demonstrado adiante.

### 3.3.2. Do ato ao processo e do processo ao ato

É no final do século XX, após a democratização e a Constituição de 1988, que a doutrina brasileira começa a estudar mais seriamente o processo de formação das decisões administrativas<sup>347</sup>. Não é sem assombro que se constata a tardia aproximação do direito administrativo brasileiro em relação ao tema da processualidade e sua importância, o qual, como se viu anteriormente<sup>348</sup>, é um instituto nascido no final do século XIX, na Espanha, e que ganha impulso no período pós-guerras com a edição do APA (*Administrative Procedure Act*) norte-americano.

O fato é que um esforço quase heroico de alguns professores brasileiros conduziu à edição da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo “*no âmbito da Administração Pública Federal*”. A Lei nº 9.784/1999, embora se note uma certa timidez em suas disposições –, a começar pelo fato de autolimitar sua aplicação à esfera da Administração federal –, representou um enorme avanço no direito administrativo brasileiro, pois fincou as bases de uma administração mais transparente, mais racional e menos autoritária<sup>349</sup>.

347. V. Capítulo 2, item 2.4: “*Redemocratização e reação*”.

348. V. Capítulo 1, item 1.4: “*O controle jurisdicional da discricionariedade é um tema global?*”.

349. Mesmo passadas aproximadamente 2 (duas) décadas de sua aprovação, nota-se que a Lei nº 9.784/1999 ainda é pouco aplicada e, até mesmo, mal compreendida. Avalio, como acima já fiz, que a Administração brasileira persistirá no caminho de sua democratização, tendo em conta a necessidade de romper com seus antigos costumes de matizes profundamente autoritários, o que ainda demandará grande esforço dos operadores do direito.

Efetivamente, a Lei nº 9.784/1999 criou as ferramentas básicas para a introdução no direito brasileiro do processo como uma regra geral comportamental da Administração. Melhor dizendo, estabeleceu normas suficientes para a caracterização do *processo* como elemento de estruturação ou formação da atividade administrativa, das decisões administrativas ou dos atos administrativos em geral.

Reitere-se que, sem embargo da autolimitação perpetrada, e restringindo seu âmbito de abrangência à Administração Federal, a grande maioria dos Estados e muitos Municípios editaram leis próprias, todas muitíssimo semelhantes à lei federal, em função do que é possível hoje enxergar a Lei nº 9.784/1999, na prática, como se fosse uma lei geral. Isso não bastasse, é fundamental lembrar que a Lei nº 9.784/1999 regulamenta os direitos fundamentais do art. 5º, LIV e LV, contraditório e devido processo legal, constatação que, se não lhe autoriza, por si só, a ser reconhecida como um conjunto de normas gerais e nacionais, seguramente possibilita que algumas de suas normas, especialmente as de caráter mais genérico, possam ser vistas como as melhores, senão como a versão mais bem acabada do dever de regulamentar os princípios inseridos no referido art. 5º da Constituição, e, desse modo, que sejam consideradas de vigência nacional sempre que inexistir lei local que preencha essa lacuna de regulamentação.

De qualquer modo, em que pese as polêmicas que podem vir a surgir sobre o seu âmbito de aplicação, a Lei nº 9.784/1999, retome-se, contém o ferramental básico para a disciplina do modo de formação das decisões administrativas, pois, a saber: (1) estabelece os princípios aplicáveis ao processo administrativo (em todas as suas espécies); (2) fixa de forma razoavelmente ampla a figura jurídica do “*interessado*” no processo administrativo como titular de direitos e obrigações; e (3) descreve de forma genérica, mas muito clara: (3.1) as normas de legitimação para iniciar, recorrer ou intervir no curso do processo; (3.2) as normas de instrução do processo; (3.3) as normas que regulam o dever de decidir; e (3.4) o dever de motivar a decisão administrativa.

Observe-se que o art. 2º, da Lei nº 9.784/1999, em seu *caput*, descreve uma série de princípios reitores da atuação administrativa, dentre os quais: a motivação, a proporcionalidade, o contraditório e a

segurança jurídica. Ainda como desdobramento dessas normas, o mesmo artigo erige nos incisos V, VI, VII, XII e XIII as regras de transparência; a adequação entre meios e fins; a indicação dos pressupostos de fato e de direito da decisão; e o impulso de ofício e irretroatividade de nova interpretação de norma administrativa. Ressalte-se que todas essas normas, ainda que dotadas de grande generalidade, orientam a produção de todas as decisões administrativas, sem exceção!

Além disso, quando devidamente combinados, os artigos 3º, 5º e 9º, da Lei nº 9.784/1999 são bastante claros sobre a *universalidade* do processo, isto é, sobre a obrigatoriedade de instaurar-se processo previamente às decisões administrativas e de permitir a participação de todos aqueles que sejam em tese interessados no resultado da deliberação administrativa. O art. 3º crava o direito dos interessados de ter ciência (inciso II) e de participar do processo, formulando alegações (inciso III). O art. 5º, por seu turno, destaca que o processo será iniciado de ofício ou mediante provocação de um interessado, o que, dito de outro modo, importa reconhecer que, mesmo que a Administração não venha a comandar a abertura de processo previamente a uma determinada decisão, a provocação do interessado é o que bastaria para impor a esta o dever de instaurá-lo. Por fim, o art. 9º não deixa dúvidas sobre quem seriam os interessados que, no exercício do direito de participar da formação das decisões administrativas, poderiam obrigar a Administração a instaurar um processo quando esta não proceder a essa abertura “*de ofício*”:

*“Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:*

*I – pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;*

*II – aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;*

*III – as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;*

*IV — as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.”*

Em resumo, titulares de direitos ou interesses individuais, aqueles que têm direitos ou interesses que possam ser comprometidos pela decisão e organizações e associações voltadas à defesa de direitos e interesses coletivos ou difusos: todos têm o direito de requerer a abertura de um processo administrativo ou de intervir no seu curso de forma ampla em defesa de seus próprios interesses ou de seus representados. A utilização da expressão *interesse* amplia ainda mais o espectro subjetivo dessa norma, de modo a não limitar a participação no processo àquele que se julgue titular — ou que demonstre ser titular — de um direito subjetivo. A mera afetação pela decisão, de forma direta ou indireta, dos objetivos, das atividades, do patrimônio ou dos valores sociais tangentes à atuação daqueles interessados, indicados pelo art. 9º da Lei, é o suficiente para legitimá-los a atuar no processo administrativo.

Também muitíssimo importantes na dinâmica do *processo de construção da decisão administrativa*, são as normas gerais de instrução, constantes dos artigos 29 e seguintes da Lei nº 9.784/1999. Nesse ponto, vale destacar, desde logo, o *caput* do art. 29, que estabelece textualmente que a finalidade da instrução é “*averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão*”. A norma parece simples e até certo ponto óbvia, mas é aqui fundamentalmente que se ligam de forma indissociável o *processo administrativo* e os *motivos* enquanto elementos estruturadores da legalidade externa e interna da decisão administrativa.

O art. 29 estabelece, em outros dizeres, que é obrigação das autoridades administrativas coletar as evidências necessárias que forneçam lastro ou motivos de fato para a que a decisão administrativa seja editada. Ou seja, no ambiente jurídico formado pelo processo administrativo, os fundamentos de fato da decisão são tratados como prova, como evidências. Ademais, nesse ambiente, compete às autoridades administrativas responsáveis pela decisão dar o impulso oficial à correta instrução do processo, ou, caso se prefira, compete a essas autoridades realizar, de ofício, a completa coleta das provas enquanto ingredientes factuais imprescindíveis à legalidade da decisão a ser tomada.

A norma do *caput* do art. 29 é reforçada pela obrigação de fazer, instituída pelo § 1º, do mesmo artigo, segundo o qual: o “*órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo*”, cravando, sem deixar qualquer margem de dúvida, o dever das autoridades administrativas de corretamente instruir os autos do *processo administrativo*. Esse dever expressa um compromisso da Administração com a correta, completa e isenta instrução do processo enquanto instrumento de realização da legalidade. É o que no direito administrativo norte-americano seria chamado de compromisso com o “*correct fact-finding*” (com a instrução probatória correta):

*“Uma instrução probatória correta (correct fact-finding) pode ser tão mais importante que a aplicação correta da lei aos fatos apurados”*<sup>350</sup>

Ainda quanto à instrução do processo, saliente-se que, em que pese responsabilizar as autoridades administrativas pelo impulso do processo e pela sua correta instrução, a lei faculta aos interessados o direito de participar da instrução do processo, de solicitar a produção de provas e de arguir as alegações que acharem cabíveis. O próprio art. 29, *caput*, estabelece que a instrução realiza-se: “*de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias*”, disposição que é reforçada pelo art. 38, segundo o qual: “*O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo*”.

Além disso, vale frisar que, para a instrução das decisões de impacto geral, a lei disciplina a realização prévia de procedimentos participativos, tais como a *consulta pública* (art. 31) e a *audiência pública* (art. 32), entre outros meios de participação eventualmente convenientes (art. 33).

350. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 635. Em sentido semelhante: MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard e SHANE, Peter. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 740 e seguintes e CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 210 e seguintes.

Por fim, mas não menos importante, dentre as normas básicas para a conformação do ambiente processual voltado à gestação ou ao modo de produção das decisões administrativas, a Lei nº 9.784/1999 consagra o dever da Administração de emitir uma decisão em prazo razoável (art. 48) e de cumprir com o dever de motivação (art. 50), outro elemento estruturador da legalidade dos atos administrativos que, por sua relevância, será aprofundado no tópico seguinte.

Como se vê, o processo administrativo ou o processo de construção da decisão administrativa repousam no direito brasileiro atual, especialmente depois do advento da Lei nº 9.784/1999, como um requisito necessário para a edição de atos ou decisões administrativas. Diante disso, tornou-se um elemento de legalidade externa do ato, como a *competência* do autor ou a *forma* de exteriorização da decisão. Outrora confundido com a forma – no sentido de que esta abrangeria as formalidades prévias necessárias para a edição de um ato administrativo – e por vezes mal acomodado no elemento identificado como motivo, o *processo*, é, em verdade, um elemento autônomo que tangencia a forma, o motivo e até mesmo a finalidade, é um elemento que os liga, porém não se confunde nem com um, nem com outro, pois tem densidade e significado jurídicos suficientes para ser tratado autonomamente em relação aos demais.

O processo não constitui mera formalidade ou meio de externalização, mas também não se expressa por meio da simples identificação dos motivos ou da finalidade para decidir. A dinâmica processual, em termos jurídicos, estabelece uma relação complexa entre os interessados na decisão (a sociedade, em sentido mais amplo) e a Administração, relação essa que se guia fundamentalmente pela participação e pelo contraditório, dois caminhos seguros para a construção de uma decisão legal, impessoal e racional. Como dizia MERKL<sup>351</sup>, o processo é um caminho previsto juridicamente para se chegar a um fim; o fim, no caso do *processo administrativo*, é a legalidade da decisão administrativa; o caminho é um procedimento com regras claras de participação e de contraditório que possibilitem a correta, completa e imparcial coleção dos motivos justificadores da decisão tomada.

351. Cf. MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. Granada: Comares, 2004, p. 272.

É importante reiterar, por fim, que há uma grande movimentação envolvendo muitos ordenamentos jurídicos ao redor do globo no sentido da valorização do processo como instrumento de construção das decisões administrativas<sup>352</sup>, fato que somente reforça tudo o que até se defendeu.

Dito isso, é fundamental não só identificar o processo de formação do ato como um dos elementos da legalidade externa e que, portanto, determina a validade ou invalidade de uma decisão administrativa: é importante desde já antecipar que seu papel deve se tornar um dos principais – ao lado dos motivos e da finalidade – na aferição do modo pelo qual o controle jurisdicional da discricionariedade vai se dar.

### 3.3.3. Motivos e motivação

Não há qualquer novidade em se elencar os motivos como fatores determinantes da legalidade ou da validade dos atos administrativos. A Lei nº 4.717/1965 (Lei de Ação Popular), como visto, em seu artigo 2º já estabelecia que a inexistência de motivo poderia anular o ato administrativo, detalhando, inclusive, em seu *parágrafo único, alínea d*, que “*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*”.

A doutrina nacional, ademais, tem sido praticamente unânime em abraçar os motivos como um dos elementos estruturantes (ou como requisitos de validade) do ato administrativo e, também em destacar a clássica *teoria dos motivos determinantes* como aplicável no controle jurisdicional da atuação administrativa. Referências, aliás, à teoria dos motivos determinantes na jurisprudência dos tribunais brasileiros também não faltam<sup>353</sup>.

352. É particularmente impressionante o conjunto de estudos reunidos recentemente por AUBY, congregando mais de 50 autores, de todas as partes do mundo, sobre o tema do processo administrativo. Cf. AUBY, Jean-Bernard. (*Introduction...*). Op. Cit..

353. Cf. EDcl no AgInt no REsp 1.564.805/MS, Rel. Ministro Francisco FALCÃO, DJe 17/8/2017; AgRg no AREsp 500.567/CE, Rel. Ministro Herman BENJAMIN, DJe 15/11/2014; REsp 1.487.139/PR, Rel. Min. Geraldo Og Nicéas Marques FERNAN-

Carece, porém, o direito brasileiro de um maior aprofundamento desse tema, que tem se tornado, mundo afora, um divisor de águas, na perspectiva de determinar-se até onde vai o poder de controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária.

Se, por um lado, já é absolutamente unânime, em especial na doutrina brasileira, que o motivo é o elemento que se consubstancia na existência de fundamentos de fato e de direito para a decisão administrativa, ou, em outro dizer, que o motivo é a causa em razão da qual o ato é praticado<sup>354</sup>, de outro lado, pela maneira com que essa definição é na maioria de vezes tratada e efetivada, parece bastar que os motivos sejam meramente enunciados para que o elemento esteja inteiramente presente e para que a decisão seja considerada legal ou válida.

Mas não deve ser tão perfunctório o tratamento jurídico conferido aos motivos! Em outros ordenamentos e em parte da doutrina brasileira vai se encontrar caminhos abertos para o aprofundamento e para a inteira compreensão desse tema, no mais das vezes concentrado em três teorias: a teoria do *erro de direito* a teoria do *erro de fato* e a teoria da *qualificação jurídica dos fatos*. Estas possuem a função de completar a já enunciada teoria dos *motivos determinantes*, de modo que não só a inexistência dos fatos ou do direito invocados, mas também os erros de fato, a qualificação jurídica dos fatos e os erros de direito são capazes de invalidar a decisão administrativa. Ou, melhor, erros de fato, erros na qualificação jurídica dos fatos e erros de direito, quando observados, retiram do ato administrativo um dos elementos estruturantes de sua legalidade interna: o *motivo*.

Note-se, desde logo, que a Lei nº 4.717/1965 e a Lei nº 9.784/1999 construíram as molduras jurídicas básicas para a compreensão e aplicação dessas teorias, estabelecendo, ao lado do amplo dever de motivar (art. 50, incisos I a VIII, da Lei nº 9.784/1999), que “*a motivação deve ser explícita, clara e congruente (...)*” (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999).

---

DES, DJe 03/05/2018; EDcl no AgRg no REsp 1.510.984/PR, Rel. Min. Herman BENJAMIN, DJe 15/02/2018; MS 18.671/DF, Rel. Min. Ari PARGENDLER, DJe 29/05/2013; REsp 1.444.840/DF, Rel. Min. Benedito GONÇALVES, DJe 23/04/2015 e AgInt no RMS 52794/PE, Rel. Min. Regina Helena COSTA, DJe 19/05/2017.

354. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1039.

A motivação é um elemento formal que corresponde à exteriorização ou à declaração expressa dos motivos que determinaram a decisão. O que a lei diz, no §1º, do art. 50, é que a enunciação dos motivos deve ser explícita, clara e congruente, predicados estes imprescindíveis à legalidade da decisão administrativa, uma vez que determinantes da existência dos fundamentos de fato e de direito para decidir ou, simplesmente, de motivo.

Porém, não é qualquer motivação (ainda que bem escrita, em bom vernáculo e com aparente congruência lógica ou jurídica) que atenderá ao prescrito pelo § 1º, do art. 50, da Lei nº 9.784/1999. A motivação *explícita, clara e congruente* é fundamentalmente aquela que não padece dos vícios correspondentes ao *erro de direito*, ao *erro na qualificação jurídica dos fatos* ou ao *erro de fato*, como a seguir restarão descritos.

Como *erros de direito* entendem-se aqueles relativos à fundamentação jurídica da decisão, notadamente decisões que se baseiam (1) em *norma jurídica inexistente* ou decisões motivadas com o uso de (2) *norma jurídica inaplicável* ao caso concreto.

O ato de despesa fundado em lei orçamentária a que, na verdade, não o autoriza exemplifica a primeira hipótese. Nesse caso a norma que em tese autorizaria o empenho da despesa não é encontrada na lei referida nos fundamentos do ato.

Trata-se, como se vê, de um erro grotesco e evidente, mas tem igual relevância para a aferição da legalidade da decisão administrativa em que a indicação de uma norma jurídica que, em que pese existir, não se aplica ao caso concreto. Há inúmeros exemplos que ilustrariam esta segunda hipótese. Um deles é a aplicação de penalidade, baseada na lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), contra empresas que se envolveram em casos tratados pelas hipóteses normativas da referida lei, mas ocorridos antes de sua vigência. Nesse caso, a norma jurídica existe e, em tese, coaduna-se com a ocorrência material concreta ensejadora da pena. Mesmo assim, a norma jurídica é inaplicável, em função de não vigorar na época em que os fatos efetivamente aconteceram. É outro erro de direito, não tão grosseiro como no primeiro exemplo analisado, todavia tão evidente quanto.

O erro de direito também ocorrerá quando aplicada como fundamento da decisão uma norma inconstitucional ou no caso de uma decisão embasada em norma regulamentar que seja questionada por sua ilegalidade. Também nesses casos o fundamento normativo da decisão existe, mas não serve para fundar a decisão porque, é inaplicável em função de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Outra hipótese, ainda mais complexa, mas também configurada como erro de direito, é o *erro de interpretação*. Nesses casos a autoridade administrativa retira da norma jurídica um comando diverso daquele que deveria retirar caso fizesse a exegese normativa correta. A interpretação deve ser atenta às finalidades da norma jurídica e à sua coerência com todo o sistema jurídico vigente (com a Constituição, com as leis e os regulamentos, com os princípios gerais de direito administrativo, com os precedentes jurisdicionais e com os precedentes administrativos). Quando isso não acontece, a Administração vicia o ato praticado com erro de direito. A inabilitação ou a desclassificação de empresas em uma licitação, diante de uma interpretação excessivamente formalista das normas da lei ou do edital que regem o certame é um exemplo frequente desse tipo de vício ou erro de direito<sup>355</sup>.

Já como erros relacionados à *qualificação jurídica dos fatos* entendem-se todos aqueles nos quais, muito embora a autoridade administrativa indique como fundamento jurídico uma regra existente, válida e em vigor, esta não consegue ligar os fatos, nos quais a decisão também se fundamentaria, à referida hipótese normativa. Não consegue enquadrá-los juridicamente de forma clara e coerente. Segundo CHAPUS: “*para que a decisão seja legal é necessário que seu autor não se atrapalhe na qualificação jurídica dos fatos que foram tomados em consideração*”<sup>356</sup>.

355. É interessante anotar que, segundo CHAPUS, a jurisprudência francesa admite a convalidação do erro de direito, nas hipóteses em que a mera substituição da base jurídica enunciada como razão de decidir regularize a decisão, convalidação, ademais, que pode ser realizada pelo próprio juiz, ao examinar a causa. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1041.

356. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1043.

As autoridades administrativas tendem, por vezes, a se confundir, especialmente quando a legislação utiliza expressões muito abertas ou normas muito genéricas (tais como os princípios ou conceitos jurídicos indeterminados) para lhes facultar, condicionar ou proibir uma conduta. Expressões como *grave comprometimento da ordem pública*; *salubridade pública*; *excepcional valor artístico*; *falta grave*; *liberdade de cátedra*, entre muitas outras utilizadas pela legislação, sempre ensejam dúvida sobre o perfeito casamento entre os fatos concretos e a hipótese legal abstrata<sup>357</sup>. A imprecisão do comando normativo, por seu turno, se de um lado exige da Administração um esforço maior para a correta demonstração da presença dos motivos ou para a devida qualificação jurídica dos fatos, de outro abre a porta para a interferência jurisdicional. Em razão disso, há nesses casos alguns cuidados essenciais exigíveis das autoridades administrativas.

Primeiramente, há que se ter cuidados especiais na instrução do processo administrativo, notadamente no que se refere aos aspectos técnicos da motivação: o suposto *valor artístico* ou o *comprometimento da ordem pública* devem restar firmemente evidenciados a partir da coleta de dados factuais e de sua análise técnica (tem-se aqui não só a exigência de clareza da motivação, como também o dever da autoridade administrativa para com a correta, completa e isenta instrução do processo). Não basta, frise-se, que a qualificação jurídica dos fatos seja declarada na decisão, é necessário que esteja demonstrada pela instrução do processo.

357. Ainda há pouca referência na doutrina brasileira à *teoria da qualificação jurídica dos fatos*, em que pese, como visto, haver larga aplicação da *teoria dos motivos determinantes*. No direito francês, a bem da verdade, uma não sobrevive sem a outra: a determinação dos motivos ou de sua correta abordagem pela decisão administrativa passa pela perfeita qualificação jurídica dos motivos de fato. O *leading case* da qualificação jurídica dos fatos, no Conselho de Estado, é o caso GOMEL, de 1917. Nesse caso, entendeu-se que o ato do prefeito de Seine, que desaprovava o projeto de construção nas cercanias da praça *Beauvau* por entender que o projeto atentava contra a *perspectiva monumental* da referida praça, carecia da correta qualificação jurídica dos fatos, pois a praça *Beauvau* de então não poderia ser vista, em seu conjunto, como formando uma *perspectiva monumental*. Ou seja, a qualificação jurídica da praça como *monumental* foi rejeitada pela Corte. Cf. LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; BRACONNIER, Stéphane e DEFFIGIER, Clotilde. *Droit Administratif, Les Grandes Décisions de la Jurisprudence*. Paris: PUF, 2014, 16ª Ed., p. 716.

Em segundo lugar, é necessário que a Administração, ao fundamentar sua decisão, seja coerente com relação aos seus próprios precedentes e aos precedentes jurisdicionais tirados de casos semelhantes. A conduta de um servidor público, por exemplo, tida em um caso como *falta leve*, não pode ser vista, em outro caso similar, como uma *falta grave* e vice- e versa. Não se pode decretar o tombamento de um bem, por suas características arquitetônicas específicas ou seu *excepcional valor artístico*, e deixar de agir da mesma maneira em casos equiparáveis. Não se pode insistir em proibir a realização de manifestações públicas, por supostamente comprometerem de forma grave a *ordem pública*, quando, em casos semelhantes, o Judiciário já formou precedentes vinculantes ou, pelo menos, reiterados, declarando que referido tipo de manifestação não compromete a *ordem pública*.

Por fim, a decisão administrativa deve ter apreço à coerência argumentativa, à consistência lógica e jurídica interna dos argumentos que respaldam, em tese, a decisão tomada. Ainda que abertas à interpretação, as expressões genéricas utilizadas pelo legislador, tais como as exemplificadas, ou as normas simplesmente enunciadas como princípios (e.g. moralidade, razoabilidade) não correspondem a um valeduto, a um cheque em branco para que as autoridades administrativas façam o que bem lhes apeteça. É preciso que haja nesses casos uma ponderação racional<sup>358</sup>, concretizada por meio da declaração dos motivos e da argumentação jurídica, para se determinar se a norma prevalente, no caso concreto, é realmente a que foi aplicada pela autoridade administrativa, ou, melhor, para deixar claro, ao cabo da decisão, que os fatos tomados em seus efeitos concretos realmente ensejam a aplicação da respectiva norma jurídica.

A recém-aprovada Lei nº 13.655/2018 consolida, de certa forma, essa regra de conduta ao estabelecer: “*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da*

358. Cf. JANSEN, Nils. *Los Fundamentos Normativos de la Ponderación Racional en el Derecho*. In: *la Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales* (Org. SIECKMANN, Jan). Madri: Marcial Pons, 2011, p. 51 e seguintes.

*decisão*”<sup>359</sup>. Dizendo de forma mais simples: não basta alegar a aplicação de um conceito jurídico indeterminado ou de um princípio geral, é necessário ir além e justificar a escolha realizada à luz de outros princípios, de outros conceitos e das consequências concretas visadas pela decisão<sup>360</sup>.

Por fim, o *erro de fato*, derradeiro instrumento de análise teórica para a determinação da correta enunciação dos motivos em um ato administrativo específico, ocorre quando se constata a inexatidão material dos fatos tomados como razão de decidir pela Administração. Dito de outro modo, os fatos tomados pela Administração como fundamento para decidir devem ser reais<sup>361</sup>.

*Processo administrativo e motivo* voltam aqui a interagir para determinar o verdadeiro alcance jurídico da teoria do *erro de fato*. Isso porque, a realidade dos fatos, no contexto jurídico criado pela adoção do processo como caminho preparatório da decisão administrativa, corresponde ao que a autoridade administrativa deve concluir ou deduzir a partir da análise do conjunto probatório reunido no processo administrativo. O fato real, nesse sentido e como já se disse anteriormente, é o fato que corresponde à prova ou evidência processual.

Como decorrência dessa constatação, chega-se facilmente à conclusão de que, se o processo não contém provas suficientes para a configuração do fato tomado pela Administração como base para decidir, a decisão é ilegal ou inválida. A ilegalidade decorre da ausência de *motivo*, caracterizado pela existência de *erro de fato*.

359. Cf. Art. 20, do Decreto-Lei nº 4.667/1942, alterado pela Lei nº 13.655/2018.

360. Também com relação ao vício na qualificação jurídica dos motivos de fato a jurisprudência francesa admite convalidar a decisão, inclusive pelo próprio juiz da causa, quando se tratar de um erro material que possibilite uma operação de simples substituição de motivos. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1045.

361. O *leading case* da teoria dos erros de fato no direito francês é o caso CAMINO, de 1916, na análise realizada pelo Conselho de Estado. Naquela oportunidade a Corte ponderou que todo ato administrativo unilateral repousa sobre motivos de fato e que a legalidade do ato depende da existência material dos motivos alegados que, por sua vez, correspondam à hipótese normativa autorizadora da atuação administrativa. Cf. LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; BRACONNIER, Stéphane e DEFFIGIER, Clotilde. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 705.

A teoria do erro de fato se aplica claramente aos processos disciplinares ou sancionatórios em geral. Se um servidor público em função de chefia for acusado de assediar moral ou sexualmente um subordinado, seria necessário que a produção de evidências desse comportamento, realizada com a participação do acusado, em contraditório, resulte clara e inuvidosa ao final do processo, para que eventual punição lhe seja aplicada. O mesmo ocorreria com a empresa acusada de inobservância de regulamentos fitossanitários impostos à sua atividade. Sem uma prova clara, que conduza à conclusão do efetivo cometimento do ilícito pelos agentes da empresa acusada, sua punição padeceria de erro de fato<sup>362</sup>.

Mas essas não são as únicas aplicações da teoria do erro de fato, ainda que talvez pudessem ser consideradas as mais frequentes. Também em decisões de impacto social mais amplo, como ocorre nos processos que resultam na produção de *atos normativos*, a teoria do erro de fato deve ser aplicada. Observe-se que, da regulação econômica, da regulação de serviços públicos, da regulação do exercício das liberdades individuais em geral (na perspectiva de proteção do indivíduo contra si mesmo), dentre outras medidas normativas ordenadoras ou de polícia administrativa, sempre decorrerão efeitos mais ou menos extensos tanto no funcionamento da economia como nos comportamentos e interações sociais de grupos ou indivíduos, ou ainda, no tocante aos estímulos para a realização de determinadas atividades que são subentendidas como de interesse público.

362. Muito embora não costume citar expressamente a *teoria dos erros de fato*, é comum que a jurisprudência brasileira aborde a inexistência dos motivos de fato como causa para a anulação de atos administrativos. Exemplo disso encontra-se no acórdão dado pelo STJ, no MS nº 18.671/DF, Rel. Min. Ari PARGENDLER, DJe 29/05/2013, já anteriormente referido e segundo o qual: “*Comprovando-se a falsidade dos motivos que ensejaram a declaração da condição de anistiado político será o ato respectivo tornado nulo pelo Ministro de Estado da Justiça, em procedimento em que se assegurará a plenitude do direito de defesa, ficando ao favorecido o encargo de ressarcir a Fazenda Nacional pelas verbas que houver recebido indevidamente, sem prejuízo de outras sanções de caráter administrativo e penal*”. Na mesma linha, o acórdão dado no AgRg no AREsp nº 500.567/CE, Rel. Ministro Herman BENJAMIN, DJe 15/11/2014.

Regular a competição no setor de serviços públicos pode ter impacto positivo no valor das tarifas, mas pode levar as empresas do setor à ruína econômica e à descontinuidade na prestação de serviços públicos essenciais. Uma dada regulação do câmbio pode diminuir a inflação ou estimular o consumo, mas pode também levar os setores exportadores à bancarrota e o restante da economia produtiva ao sucateamento. Desestimular o consumo de cigarros pode resultar positivamente tanto para a conservação da saúde das pessoas como para o orçamento público da saúde, mas pode reduzir a atividade econômica e a arrecadação tributária. Permitir a comercialização de um determinado medicamento pode ajudar no tratamento da obesidade, mas pode aumentar os casos de transtornos psicológicos. Observe-se que as escolhas da Administração, em se tratando de atos normativos, raramente são simples e dificilmente, em todos os casos hipotéticos enunciados, prescindirão de vastos estudos técnicos.

É assim que, em vez de esconder-se no argumento da *discricionariedade técnica*<sup>363</sup>, erigindo-se uma nova muralha de proteção das autoridades públicas, o direito administrativo tem buscado respostas para a verificação da legalidade dessas medidas normativas e de largos efeitos coletivos ou difusos. Nesse ponto, as respostas mais

363. A ideia antes defendida de uma *discricionariedade técnica* imune à jurisdição também se encontra superada. O direito administrativo italiano, talvez o que mais tenha trabalhado com essa noção, distingue atualmente a *discricionariedade administrativa* da *discricionariedade técnica* (melhor chamada de *valutazione*, avaliação, pelo Código de processo administrativo atual). A primeira obrigaria a autoridade administrativa a ponderar e comparar os interesses envolvidos na decisão (interesse público primário e interesses públicos secundários). A segunda obrigaria a autoridade administrativa a avaliar a escolha a ser realizada a partir de parâmetros científicos ou que *exijam competência técnica específica*. No entanto, no ambiente do processo administrativo, a *discricionariedade técnica* acaba por se concretizar mediante o cumprimento de deveres relacionados à correta instrução processual, por meio da realização de laudos, pareceres ou perícias capazes de esclarecer qual é a escolha correta a ser feita em uma dada situação concreta. Cf. CLARICH, Marcello. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 124-126 e 212 (sobre o vício de *istruttoria*). Ver também sobre o tema GIANNINI, para quem “o vício de *juízo técnico*, que interfere no procedimento, tanto na fase de instrução como na fase de decisão, não possui uma configuração própria, mas se converte ou em violação de lei ou em excesso de poder ou também as vezes em inoportunidade”. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. (*Istituzioni ...*). Op. Cit., p. 479.

frequentes se dão a partir da conjugação, uma vez mais, das técnicas inerentes ao processo administrativo com a teoria do erro de fato. As evidências de ordem técnica relacionadas ao cabimento (conveniência e oportunidade), ao impacto (proporcionalidade), ao custo-benefício (economicidade) ou ao sucesso (finalidade) das medidas cogitadas constituem motivos da decisão administrativa ou, melhor dizendo, fundamentos fáticos que devem ser comprovados por meio de estudos técnicos e pareceres, tais como: estudos de impacto, estudos de viabilidade e estudos de custo-benefício ou “*value for money*”, os quais, não se olvide, devem ser ainda combinados com a participação dos interessados no processo e com a possibilidade de contraditar as provas técnicas e de trazer para a autoridade administrativa novos elementos de convencimento, visando à tomada da decisão, visando à escolha correta.

Além disso, é importante gizar que o dever das autoridades administrativas relacionado à impulsão de ofício da instrução processual – há quase unanimidade entre os doutrinadores nacionais em apontar que o processo administrativo se rege pelo princípio da verdade material<sup>364</sup> – não faculta à Administração a produção de uma prova tendenciosa, unicamente voltada à legitimação formal de uma decisão administrativa previamente tomada, ainda que não exarada expressamente. Para o direito administrativo e, conseqüentemente para a legalidade das decisões administrativas, o compromisso das autoridades administrativas para com o correto, completo e isento *fact finding* deve ser maior do que o impulso de atuar segundo a vontade pessoal do governante. Assim, a prova técnica deve abranger todas as visões sobre um dado tema. Se houver, por exemplo, correntes científicas que defendem o uso de anfetaminas no combate à obesidade e, ao mesmo tempo, correntes que não concordam com esse uso diante dos efeitos colaterais que a substância provoca, a ANVISA (Agência

364. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. (*Curso...*). Op. Cit., p. 372; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso...*). Op. Cit., p. 516; FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho e CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, 2ª Ed., p. 135-136 e NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 207.

Nacional de Vigilância Sanitária) não poderia deixar de considerar as duas posições técnicas na instrução da decisão normativa que eventualmente permitiria, proibiria ou restringiria a comercialização de medicamentos que contenham a referida substância. A edição de normas para que proibam, restrinjam ou condicionem a comercialização ou a publicidade de cigarros – outro exemplo – deve ser precedida de estudos de impacto e de custo-benefício das medidas, e a visão, os argumentos e os estudos eventualmente fornecidos pela indústria do tabaco, nesses casos, são tão importantes como os das organizações antitabagistas, dos formuladores de políticas públicas e de psicólogos, médicos e cientistas que estudam o câncer.

Ora, a decisão administrativa que, tendo a abrangência e a repercussão social e econômica dos vários exemplos citados, não se comprometa de modo sério e isento com a instrução do processo administrativo, padecerá inevitavelmente de erro de fato. É justamente por isso que a Lei nº 9.784/1999, em dois artigos distintos (art. 38, *caput* e §1º e art. 50, §1º), expressou o dever da Administração de admitir a participação do interessados na fase instrutória do processo administrativo – mesmo em se tratando de matéria de ordem técnica – e, mais do que isso, de fundamentar sua decisão levando em consideração todo o conjunto probatório formado no curso do processo:

*“Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.*

*§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão. (...)*

*Art. 50. (...)*

*§ 1º 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 caso, serão parte integrante do ato.”*

Não se deve ter dúvida, portanto, nem da obrigação de correta, completa e isenta instrução do processo administrativo nem da necessidade do cumprimento desse dever pelas autoridades administrativas, para que a motivação de suas decisões se dê de modo explícito, claro e coerente e, enfim, para que não se contamine definitivamente o motivo do ato administrativo com o vício do *erro de fato*.

Ainda que a Lei nº 9.784/1999 e as demais leis que regulam os processos administrativos no Brasil ensejem algumas dificuldades de interpretação, seja no tocante à obrigatoriedade do processo, seja em relação ao dever de motivar, não há dúvida de que o motivo, enquanto fundamento de fato e de direito das ações administrativas, deve ser o resultado de uma atuação processual da Administração, atuação esta que demanda compromisso e isenção na produção e na análise das evidências factuais ou provas colhidas, ainda que técnicas, as quais serão mais extensas e complexas quanto maior forem, em tese, os efeitos, a repercussão, ou o eventual impacto social e econômico das decisões a serem tomadas.

A importância, na contemporaneidade, de associar-se *motivo e processo administrativo* como elementos da legalidade da atuação administrativa está justamente em, com isso, abrir-se um largo caminho para a atuação do controle jurisdicional da Administração, especialmente no tocante à discricionariedade. Abandonam-se, desse modo, todos os resquícios da antiga *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário*<sup>365</sup>.

Pondere-se, em remate desse tópico, que, apesar de amplitude da compreensão aqui veiculada a respeito do objeto do controle

365. Muito já se falou sobre isso ao longo de todo o estudo, mas vale aqui anotar mais duas posições valiosas sobre a ampla jurisdição da discricionariedade. Uma delas é de CHAPUS, para quem os casos CAMINO e GOMEL (note-se que são casos julgados em 1916 e 1917): “colocaram fim a um excesso de reserva (de jurisdição) que surpreendentemente persistia há muitos anos”. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1047. Outra é de GIANNINI: “de fato, a experiência mostra que a inoportunidade pode produzir consequências desastrosas, e é suficiente considerar o caso de planejamento urbano inoportuno ou do planejamento de um setor econômico para antever um dano irreversível verdadeiro. Daí a tendência, que pode ser registrada em todos os ordenamentos mais avançados, em direção a um incremento do controle da oportunidade”. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. (*Istituzioni ...*). Op. Cit., p. 478.

jurisdicional sobre a atividade discricionária da Administração e das anchas vias que se abrem para o seu exercício, a partir de uma visão mais aprofundada da legalidade, a aplicação dos pressupostos descritos tende a levar o Judiciário e os demais órgãos de controle a conformar sua atuação em limites os quais, se não podem ser considerados mais restritos, podem ser reconhecidos como mais aderentes à racionalidade jurídica, evitando, assim: (1) o desvio das decisões, pura e simplesmente, para o terreno da política ou, pior, da retórica política; (2) o desvio das decisões para o campo das convicções pessoais ou para o interesse particular dos juízes e demais controladores<sup>366</sup>; e, este sem dúvida, o pior dos sintomas: (3) a omissão jurisdicional.

A análise do objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa travada no presente tópico, porém, não restaria completa se dois aspectos excepcionais não fossem enfrentados. Primeiramente, o fato de o controle de legalidade não ser atualmente a única modalidade de controle da discricionariedade administrativa e a decorrente necessidade de saber como pelo menos um desses controles, o controle de resultados, deve ser jurisdicionalmente praticado –, se é que deve ser jurisdicionalmente praticado. Em segundo lugar, há que se analisar a figura dos *atos políticos ou de governo*, tradicionalmente excluídos do controle jurisdicional, ponderando se a Constituição vigente os aboliu ou não e, caso ainda existam, como fazer para identificá-los e controlá-los.

### **3.3.4. Controles de eficiência e resultados e controle jurisdicional**

É necessário reconhecer que nem todo o controle feito sobre a Administração tipifica-se como controle de legalidade ou de validade dos atos administrativos, ainda que se compreenda da maneira mais ampla possível todas essas expressões jurídicas: ato administrativo, controle, legalidade e validade jurídica dos atos.

366. Praticamente todos os dispositivos incluídos recentemente na Lei de Introdução a Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018 voltam-se ao atendimento dessa finalidade.