

**FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA**

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE  
JURISDICIONAL**

Juliane Barbosa Mendes

Curitiba/PR

2015

**FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA**

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE  
JURISDICIONAL**

Juliene Barbosa Mendes

Monografia apresentada como requisito  
parcial de Conclusão de Curso para  
obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito, sob a orientação da Prof. Me.  
Márcia Fernandes Bezerra

Curitiba/PR

2015

# **A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O CONTROLE JURISDICIONAL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito

---

Márcia Bezerra Fernandes

Orientadora

---

Laiza Padilha

Examinadora

---

Marcelo Lasperg

Examinador

Curitiba/PR, 02 de dezembro de 2015

## DEDICATÓRIA

Primeiramente a Deus por ter me concedido força e determinação.

A minha mãe Rosa, meu porto seguro, mulher virtuosa que sempre esteve ao meu lado, que me ensinou a caminhar e me preparou para enfrentar o mundo com dignidade. Tudo que eu sou eu devo a ti minha mamãe, todas as minhas vitórias serão para ti.

Ao meu noivo Vinícius, pela paciência, amor, apoio e amizade. Presenciastes meus piores momentos, aqueles em que pensei em desistir, porém, nunca permitiu que eu desmoronasse, meu ponto de equilíbrio é você. A você meu amor.

A todos os meus familiares, que de uma forma ou de outra contribuíram para que eu concluísse esta etapa. Em especial a minha tia Ester que me acolheu em seu lar quando eu mais precisei. A minha tia Fabiana, pelo amor incondicional, por ser essa criatura divina, iluminada, que sempre acreditou em mim, e sempre me encorajou.

Aos amigos que conquistei ao longo destes anos. Rayana, que com sua doçura e força conquistou minha amizade desde os primeiros meses do curso, as minhas melhores lembranças serão em sua companhia, pois esteve ao meu lado em todos os momentos, desde sempre e para sempre. Juliana, uma amizade que surgiu repentinamente e veio para ficar, sempre disposta a ajudar, sua generosidade encanta todos ao seu redor, jamais te esquecerei. Elisangela, ternura e cuidado, assim eu te defino, sou muito grata por todo o apoio, principalmente em nossa preparação para o exame da OAB, conquistamos essa juntas. Marco, uma pessoa que me transmitiu muito conhecimento, minha admiração e respeito. Valdeleni, pessoa centrada, sensata que contribuiu muito para minha evolução. A vocês minha amizade e gratidão.

Minha amiga/irmã Gismara, pelos problemas superados, pelas moedas emprestadas, pela comida compartilhada, pelas contas divididas, pelos sorrisos arrancados, e pela irmandade construída, só nós sabemos. Um brinde a você.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha adorável e maravilhosa orientadora Márcia Bezerra, por ser essa pessoa iluminada. Pelo conhecimento passado, pela competência profissional, pelo amor à profissão, pelo alto astral. Sem sombra de dúvidas é um exemplo que quero seguir em minha caminhada. Sou grata pela paciência, carinho, incentivo e apoio psicológico (risos), sem ti, a realização deste trabalho não seria possível. Mulher, você é espetacular. A você minha admiração e eterna gratidão.

Ao professor Marcelo Lasperg, pelos ensinamentos e por todas as palavras verdadeiras, que me impulsionaram ao crescimento e a superação. Pois cada um dos desafios colocados por ti, fomentaram em mim uma sede pela vitória. A você meu respeito.

Agradeço a professora Laiza Padilha, pela atenção dispensada em participar da banca examinadora.

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os atos administrativos praticados mediante o exercício da competência discricionária da Administração Pública, e a possibilidade do controle jurisdicional sobre estes atos. Para tanto, analisa-se o ato administrativo de modo geral, expondo o seu conceito, os legitimados a sua prática, evidenciando ainda, os elementos que o integram. O enfoque da presente pesquisa se deu exclusivamente acerca daqueles atos praticados mediante a competência discricionária. Buscou-se igualmente, demonstrar a submissão da Administração Pública ao princípio da legalidade, bem como aos demais princípios do Direito e à Constituição. Neste sentido, o presente estudo se direciona à noção de discricionariedade, sua justificativa, as formas de sua manifestação, como também na contraposição da mesma com a vinculação, com os conceitos jurídicos indeterminados e com a interpretação normativa. Também se busca demonstrar o conceito e a relação do mérito administrativo com a discricionariedade, para ao fim verificar suas limitações. Seguindo esta linha de construção lógica, o presente estudo se completa mediante a explanação do controle jurisdicional da discricionariedade dos atos administrativo. Neste momento, demonstra-se a possibilidade do exercício de controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos executados por meio da competência discricionária, como também os limites deste controle e a possibilidade de o Judiciário realizar o controle do mérito do ato administrativo sem que haja desrespeito ao princípio da separação dos poderes. Ao fim, como meio de consolidar o entendimento construído durante o presente trabalho, expõe-se o entendimento dos Tribunais Superiores sobre o tema.

**Palavras-chave:** Ato administrativo. Discricionariedade. Mérito Administrativo. Controle Jurisdicional.

## ABSTRACT

The present dissertation aims to analyse the discretionary administrative action and the possibility of judicial review of the abovementioned action. In order to do so, it will be first examined the administrative action as a whole, focusing on its concept, the legitimate for practising it and its elements. After that, will be demonstrated the submission of the Public Administration to the legality principle, other legal principles and the Constitution itself, by means of addressing the notion of discretion, its justification and its manifestations forms. Then, will be provided a comparative analysis between discretion, mandatory legal requirements, undetermined legal concepts and normative interpretation. Finally, it will be analysed the judicial control of the discretionary administrative action, demonstrating the possibility and limits of such control as well as the possibility of the Judicial Power to make substantive review of the discretionary administrative action, without this be seen as a breach of the separation of powers principle. In the end, as a way to consolidate the ideas developed, it will be examined the Superior Courts jurisprudence regarding the subject of the present dissertation.

**Key words:** Administrative action – Discretion - Judicial Control – Substantive review of the administrative action.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 ATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>13</b>
<b>2.2 ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>16</b>
<b>2.2.1 SUJEITO COMPETENTE.....</b>	<b>17</b>
<b>2.2.2FINALIDADE.....</b>	<b>19</b>
<b>2.2.3 FORMA.....</b>	<b>21</b>
<b>2.2.4 MOTIVO.....</b>	<b>23</b>
<b>2.2.4.1 MOTIVO E MOTIVAÇÃO.....</b>	<b>25</b>
<b>2.2.5 OBJETO .....</b>	<b>26</b>
<b>3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>28</b>
<b>3.1 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO .....</b>	<b>28</b>
<b>3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DADISCRICIONARIEDADE ADMINISTATIVA..</b>	<b>30</b>
<b>3.3 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....</b>	<b>34</b>
<b>3.4 DISCRICIONARIEDADE E ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO .....</b>	<b>35</b>
<b>3.5 DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO ADMINISTRATIVO.....</b>	<b>38</b>
<b>3.6 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....</b>	<b>39</b>
<b>3.7 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE.....</b>	<b>45</b>
<b>4. CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .</b>	<b>50</b>
<b>4.1 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>50</b>
<b>4.2 A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS .....</b>	<b>54</b>
<b>4.3 OS LIMITES COLOCADOS AO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS.....</b>	<b>56</b>
<b>4.4 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>62</b>
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>71</b>
<b>6. REFERÊNCIAS .....</b>	<b>75</b>



# 1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública no desempenho de suas funções busca satisfazer o interesse público. Por sua vez, essa busca se perfectibiliza pela prática dos atos administrativos.

No desempenho da função pública é de se ressaltar que a Administração é submetida aos ditames legais, constitucionais, bem como aos princípios gerais do Direito e da Administração, sendo certo que, em razão desta subordinação, todos os atos oriundos da Administração Pública são dependentes da estrita observância legal para que possam existir e permanecerem válidos no mundo jurídico. Diante desta premissa, para o desenvolvimento do presente trabalho é traçada uma linha, cujo sentido percorre desde o ato administrativo até o controle jurisdicional exercido sob estes, mormente no tocante aos atos praticados mediante a investidura da competência discricionária.

Em linhas gerais, a escolha do tema deu-se em observância à grande proporção que os atos praticados por seus legitimados no âmbito da Administração Pública possuem. Especialmente em função do atual cenário nacional, envolvendo maus Administradores que se valem dos poderes e das posições que ocupam dentro do aparelho estatal para satisfazer interesses particulares, com atuações muitas das vezes arbitrárias, e, sobretudo desvirtuadas do interesse público. Todavia, o ápice da presente pesquisa, está na possibilidade de o Poder Judiciário exercer um controle sobre os atos administrativos, com o objetivo de desmistificar a imagem criada pelo homem médio em deduzir que a Administração Pública é absoluta e de que sua atuação é ilimitada. O que por verdade não é.

Assim sendo, a problemática da presente pesquisa se dá em torno da possibilidade do controle jurisdicional sobre os “atos administrativos discricionários”, bem como os limites colocados a esse.

Para tanto, inicialmente parte-se do estudo do ato administrativo. Logo no primeiro capítulo busca-se conceituar ato administrativo e os legitimados para sua prática, sendo que, muito embora demonstrada a possibilidade da prática de atos administrativos pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o foco da pesquisa é tão somente sobre os atos exarados pelo Executivo. Pois, correspondem a uma função típica do Poder Executivo.

Adiante, ainda no primeiro capítulo, explora-se os elementos que integram o ato administrativo, sendo exposta tanto a divergência doutrinária existente sobre o tema, com a apresentação das principais correntes defendidas pelos doutrinadores, assim como o entendimento majoritário. O estudo dos elementos se mostra essencial para a construção de um entendimento sólido sobre o tema proposto, pois são pressupostos de existência do ato administrativo sendo que, na falta de algum deles, sequer existe ato. Inexistindo ato administrativo, inexiste controle judicial, que é o ponto chave da presente pesquisa.

No segundo capítulo, o estudo discorrer-se-á sobre a discricionariedade. Tema este de considerável complexidade, repleto de discussões doutrinárias, porém um dos assuntos de mais peso no Direito Administrativo, bem como no estudo do controle Judicial dos atos administrativos. Para tanto, busca-se entender o conceito de discricionariedade, a forma pela qual ela se exterioriza e sua manifestação em cada um dos elementos do ato administrativo. Ademais, são expostos outros institutos importantes para compreensão do tema, quais sejam: a vinculação, arbitrariedade, mérito, interpretação normativa; buscando-se conceituar cada um, diferenciando-os da discricionariedade e apontando a sua relação com a mesma.

Ainda no segundo capítulo, analisa-se um dos temas mais importantes para a continuidade da presente pesquisa, dada a proporção da responsabilidade conferida ao Agente Público para agir em busca do interesse coletivo: o mérito administrativo. Este por sua vez, consiste na margem de liberdade conferida ao Administrador para a prática do ato administrativo, mediante a avaliação subjetiva do administrador acerca da oportunidade e da conveniência, ou seja, a busca pelo fim público.

Por fim, expõe-se os limites postos a discricionariedade, seja pela lei, pela Constituição ou pelos princípios de Direito. Como no primeiro capítulo, aqui se temo cuidado de esclarecer novamente a subordinação da Administração Pública à lei, mesmo quando da atuação discricionária, para o fim de eliminar (caso ainda existisse), qualquer sombra de dúvida acerca da subordinação da Administração à lei e o dever legal de cumpri-la.

Afinal, no último capítulo, busca-se entender primeiramente a possibilidade do exercício de controle jurisdicional dos atos administrativos praticados com discricionariedade. Neste momento, demonstra-se a previsão

Constitucional que consagra o Controle Judicial dos atos administrativos, ou seja, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, exposto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República, afastando qualquer nebulosidade sobre a possibilidade do exercício deste controle pelo Judiciário. Por conseguinte, explicita-se rapidamente a possibilidade de exercício de controle jurisdicional, sem ferir o princípio constitucional da separação dos poderes. Adiante são elucidados os limites do controle Judicial, e por fim, discute-se a possibilidade do controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

Neste ponto, retoma-se o tema mérito administrativo estudado anteriormente, exportando-o para o campo do controle jurisdicional e ao final realiza-se uma exposição doutrinária sobre o tema, como também do entendimento dos Tribunais Superiores, para o fim de fixar o entendimento dominante na atualidade.

## 2 ATOS ADMINISTRATIVOS

### 2.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Inicialmente insta salientar que há grande divergência na doutrina pátria quanto ao conceito de ato administrativo, isto se dá em razão da ausência de conceituação legal para o instituto, restando aos estudiosos apresentarem suas definições sobre o tema.

A doutrina adota diversos critérios para conceituar o ato administrativo. Maria Sylvia Zanela Di Pietro (2012, p. 199) destaca como mais relevantes os critérios objetivo e o subjetivo, sendo que o critério objetivo está relacionado ao tipo de atividade exercida por aquele que o pratica, e o critério subjetivo está relacionado ao órgão que o pratica.

Ainda, segundo a autora, sob a luz do critério objetivo, ato administrativo é todo aquele realizado no exercício da função administrativa, independentemente de ser executado por um órgão administrativo, legislativo ou judiciário. De outra banda pelo critério subjetivo, o ato administrativo seria apenas aquele emanado de órgãos administrativos, excluídos os atos oriundos dos órgãos legislativo e judiciário, mesmo quando possuírem natureza administrativa. Porém, o critério incluiu todos os atos da administração, mesmo aqueles que não possuem natureza administrativa.

O critério objetivo é mais aceito na doutrina, muito embora seja considerado insuficiente ou incompleto, requerendo uma complementação de seus elementos. Por seu turno, o critério subjetivo é veementemente criticado pela doutrina, pois exclui os atos praticados pelos Poderes Legislativo e Judiciário na função administrativa, o que restringe severamente o alcance do conceito. (MARINELA, 2015, p. 305)

Para Di Pietro (2014, p. 205) ato administrativo é:

A declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Marçal Justen Filho (2014, 384), ao abordar o tema, diz que ato administrativo é “uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzidas no exercício de função administrativa”. Diferentemente de Di Pietro que entende que o ato administrativo é uma declaração do Estado, o autor sustenta que o ato administrativo é uma manifestação de vontade.

O autor ainda pontua que para a existência do ato administrativo é imprescindível à manifestação de vontade da Administração Pública. Todavia há que se destacar que a manifestação de vontade que se trata no direito público, difere da manifestação de vontade do direito privado. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 387-388)

Em outras palavras pode-se dizer que a manifestação de vontade da Administração Pública se dará de forma a buscar a satisfação do interesse público, visando os interesses da coletividade e não a busca por interesse particular como ocorre no direito privado.

No tocante a manifestação de vontade da Administração para realização do ato administrativo, Marçal Justen Filho (2014, p. 384) destaca que nem sempre será possível a manifestação direta de vontade por parte da Administração para a prática de atos, vez que recorrentemente na atualidade há utilização de máquinas que são programadas para realizar comandos dados pela Administração, como no caso dos semáforos, e nem por isso deixa de ser um ato administrativo, mesmo não decorrendo de uma manifestação direta de vontade da Administração pública.

Marinela (2015, p. 305) por sua vez aborda de uma forma bastante clara o tema:

Na tentativa de melhor definir esses atos, é possível a fixação de alguns pontos fundamentais, tais como: *vontade*, que deve necessariamente emanar de um agente público no exercício de sua função administrativa, o que o distingue do particular; seu *conteúdo*, que deve propiciar efeitos jurídicos sempre com um fim público; e, por fim, o *regime*, que deve ser de direito público. (grifo do autor)

No que diz respeito à prática de atos administrativos, salienta-se que em regra se dará pelo Poder Executivo. Todavia o Poder Legislativo e o Judiciário, quando no exercício função atípica administrativa, podem realizar os chamados atos administrativos, como estabelecido pelo critério objetivo. Assim, também são legitimados a prática desses atos, a administração indireta e aqueles que exercerem

atividade administrativa delegada, ou seja, aqueles que desempenham função administrativa. (MEIRELLES, 2012, p.157)

De acordo com Carvalho Filho (2014, 101), ato administrativo é:

A exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob o regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com fim de atender ao interesse público.

Ainda no tocante a conceituação de ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p.389) leciona:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Diante da análise dos conceitos dados pela doutrina sobre o ato administrativo, não se pode deixar de observar que o ato possui uma característica muito marcante, que é sua subordinação às leis. Isto é, ao ato administrativo cumpre papel complementar de amoldar a lei ao caso concreto. Sendo assim, todo ato contra o disposto legal deve ser retirado do plano de existência.

Em suma, pode-se destacar do conceito de ato administrativo as seguintes características: declaração/manifestação de vontade por parte do Estado ou de quem lhe faça às vezes, utilização de prerrogativas públicas, sob a égide do Direito Público para sua realização, visa complementar a lei e/ou Constituição, sendo, portanto, plenamente vinculado ao ordenamento jurídico, sujeição ao controle jurisdicional de legitimidade. (MELLO, 2012, p. 389-390)

Por fim, feitas as devidas considerações acerca da conceituação de ato administrativo, passa-se a tratar dos elementos que integram os atos administrativos.

## 2.2 ELEMENTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Para aprimorar o estudo do ato administrativo, serão abordados os elementos que constituem o ato, destacando posteriormente quais desses elementos são vinculados e quais são discricionários, para adiante verificar-se a possibilidade e a extensão do controle exercido pelo Poder Judiciário nos atos administrativos, máxime os atos definidos como discricionários.

Tal estudo se revela de suma importância, tendo em vista que os elementos dos atos administrativos são pressupostos de existência do ato administrativo, sendo que na falta de algum deles não existirá o ato. (MEIRELLES, 2011, p. 159)

Contudo, antes de ingressar-se no assunto propriamente dito serão realizadas algumas considerações. No tocante ao tema abordado, mister salientar que não há consenso na doutrina quanto à terminologia “elementos dos atos administrativos” assim como há divergência quanto ao rol desses elementos.

Grande parte da doutrina utiliza-se da expressão elemento, como o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 211), Moreira Neto (2015, 223), Carvalho Filho (2014, p. 106) e Fernanda Marinela (2015, p. 309), porém, é relevante demonstrar os entendimentos antagônicos sobre o tema. Uma parcela da doutrina, como Hely Lopes Meirelles (2012, p.159), utiliza a expressão “requisitos do ato administrativo”. Doutra banda, Marçal Justen Filho (2014, p.399) aderiu à expressão “aspectos do ato administrativo” e, na contramão, ainda temos o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p.394-395), que discorda das divisões apresentadas e realiza uma divisão do ato administrativo em dois grupos: elementos do ato (conteúdo e forma) e pressupostos do ato. Os pressupostos do ato, por sua vez dividem-se em pressupostos de existência (objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa) e pressupostos de validade (sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização).

Dentre as nomenclaturas retro apresentadas, será utilizada a expressão “elementos do ato administrativo” para desenvolver o estudo da estrutura do ato administrativo.

No tocante aos elementos que compõem o ato administrativo, como acima mencionado a doutrina destoa. Autores como Hely Lopes Meirelles (2011, p. 159), Carvalho Filho (2014, p. 106), Moreira Neto (2014, p.224) utilizam a seguinte estruturação: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Di Pietro (2014, p.211-212) não se afastando do entendimento acima, faz ressalva no seguinte sentido:

Apenas com relação à competência é preferível fazer referência ao sujeito, já que a competência é apenas um dos atributos que ele deve ter para validade do ato; além de competente, deve ser capaz, nos termos do Código Civil. Portanto, pode-se dizer que os elementos do ato administrativo são o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. A só indicação desses elementos já revela as peculiaridades com que o tema é tratado no direito administrativo, quando comparado com o direito privado; neste, consideram-se elementos do ato jurídico apenas o sujeito, o objeto e a forma.

O entendimento de Di Pietro é seguido por Marinela (2015, p.310) e por Justen Filho (2014, p.400), este por sua vez aduz que muito embora existam divergências entre os autores sobre o tema, essa dissonância soa de como sendo superficial, pois na realidade todos estão a concordar, se tratando apenas de discussões meramente terminológicas.

Para fins deste estudo será utilizada a classificação dada pela Lei nº 4.717/65, artigo 2º, que diferencia os elementos competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Quanto ao elemento competência, opta-se pelo termo “Sujeito Competente”.

### **2.2.1 Sujeito Competente**

Sujeito é aquele que pratica o ato e necessariamente deve possuir competência conferida pela lei para praticá-lo. (DI PIETRO, 2014, p. 212)



O elemento sujeito competente é interpretado como uma condição de validade do ato administrativo, pois nenhum ato será considerado válido se o agente que o praticou não dispor de poderes para tanto, ou mesmo quando portador de tal competência agiu com excesso aos limites impostos a prática do ato, assim preceitua Hely Lopes Meirelles (2011, p.159).

Ainda, no que diz respeito a validade do ato administrativo no que trata de competência administrativa, destaca-se que é imprescindível que o agente que pratique o ato seja capaz, como bem adverte Justen Filho (2014, p.402).

Carvalho Filho (2014, p.106-107) ao abordar o tema ensina que a competência é definida por lei, que irá conferir legitimidade ao agente para no exercício de sua função desempenhar suas atividades. O mesmo autor ainda define tal competência como *administrativa*, sendo que quanto a essa definição não há grandes discussões na doutrina. (grifo nosso)

Justen Filho (2014, p. 402), ao explanar sobre a competência administrativa, diz:

A competência administrativa é irrenunciável, porque criada por lei e atribuída ao cargo ou a função, não ao indivíduo. Então, o sujeito pode renunciar ao cargo que ocupa, mas não pode manter o cargo e eliminar a competência correspondente.

Ainda sob a ótica do autor, a competência para a prática do ato administrativo não é conferida a particular, ou a indivíduo ocupante de função pública, mas sim ao cargo ou a função por ele ocupada.

O entendimento do autor vai ao encontro do art. 11 da Lei 9.784/99 que dispõe que “A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

Observa-se que a abordagem de Justen Filho sobre a competência vai além das demais realizadas pela doutrina, porém, nada muito dissonante dos demais posicionamentos.

Marinela (2015, p. 310) ao elencar os agentes administrativos, aqueles que por meio de lei são legítimos para a prática de atos administrativos, acrescenta ao rol os servidores estatais que atuem na esfera da Administração Direta em

qualquer um dos poderes, assim como os que exercem atividades na Administração Indireta.

Ainda, integrando o rol dos possíveis legitimados a prática de atos administrativos, temos os particulares em colaboração, que são pessoas que desempenham função pública, bem como os agentes delegados, agentes que atuam em cooperação com a Administração, entre outros.

Moreira Neto (2014, p. 224) condensa este elemento de uma forma bastante didática:

O instituto da competência, por sua relevância, sob a múltipla informação dos princípios da legalidade, da legitimidade, da finalidade, da descentralização, da especialidade, da responsabilidade e hierárquico, é a pedra angular da teoria geral do ato administrativo e, também, o seu primeiro e inafastável elemento vinculado, daí a formulação do princípio da reserva legal da competência, assim enunciado: nenhum ato sem competência e nenhuma competência sem legislação anterior que a institua.

No que tange às regras aplicáveis à competência, Di Pietro (2014, p. 213) destaca que esta sempre decorrerá de lei, sendo vedado que o órgão estabeleça autonomamente suas atribuições, diz ainda que a competência é inderrogável mesmo pela Administração, ou seja, não pode ser abolida, revogada ou alterada, pois segue o interesse público e por fim menciona que a competência pode ser delegada ou avocada. É cediço que a competência é definida pela lei, todavia quando não houver previsão legal, a autora afirma que a competência será do Chefe do Poder Executivo.

Marinela (2015, p. 311) complementa o entendimento supra, afirmando que a competência tem como característica a obrigatoriedade de seu exercício, sendo que, exercitá-la não é opção de seu titular, mas sim um poder-dever do administrador, além do mais, é irrenunciável haja vista a indisponibilidade do interesse público, assim como improrrogável e imprescritível.

## **2.2.2 Finalidade**

Entende-se por finalidade, o bem jurídico pretendido com a prática do ato administrativo, que indispensavelmente tenha previsão legal para cada finalidade perseguida por aquele. (MELLO, 2012, p.409)

Pode-se dizer que a finalidade do ato será sempre baseada no interesse público, sendo que, se praticado objetivando a satisfação de interesse particular, alheio ao interesse da coletividade, será nulo, caracterizando o desvio de finalidade. Nas palavras de Carvalho Filho (2014, p. 120) é possível elucidar que “a finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao *interesse público*”. (grifos do autor)

Como bem elucida Marinela (2015, p. 323) a finalidade do ato administrativo é o bem jurídico pretendido com a realização do ato, o fim a que se destina o ato, ainda sintetiza que: “esse elemento representa o fim mediato do ato administrativo que deve ser sempre o interesse público, o bem comum”.

A luz desse entendimento, podemos deduzir que se a finalidade do ato administrativo visa atingir o interesse da coletividade, o bem comum. Ao visualizar-se uma situação hipotética, de um ato realizado pela Administração de forma contrária ao interesse público, resta claro que este estará viciado e propenso à nulidade.

Não se pode olvidar que além da finalidade geral do ato administrativo (interesse público), ele deve perseguir um fim específico, como bem ensina Marinela (2015, p. 323):

Todavia, o ato administrativo, além da finalidade geral que é o interesse coletivo, deve também observar a finalidade específica, prevista pela lei, tendo em vista que, para cada propósito, que a Administração pretender alcançar, existe um ato específico. [...]

Nesse sentido, Di Pietro (2014, p. 219) assevera que a finalidade é dotada de dois sentidos diferentes: a finalidade em sentido amplo que visa atingir fim condizente com o interesse público, e em sentido restrito entende-se que o resultado produzido com a prática de cada ato deve estar de acordo com o disposto na lei, deve estar definido explícita ou implicitamente pela lei.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2012, p.160):

A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a

indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste particular, nada resta para a escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa.

Por fim, é de suma importância ressaltar que a finalidade não se confunde com o objeto do ato administrativo, ainda que ambos os elementos digam respeito do resultado do ato. Isto, porque, a finalidade produz um efeito jurídico mediato, que sempre será a finalidade pública, e ocasionará um resultado invariável. O objeto por sua vez, produz um efeito jurídico imediato, que contrariamente à finalidade produzirá um resultado variável, isto é, enquanto a finalidade do ato sempre será a finalidade pública, o objeto do ato é variável, e poderá consistir na modificação, extinção ou aquisição de um direito, a depender do bem jurídico perseguido. (CUNHA JR., 2015, p. 111)

### **2.2.3 Forma**

A forma do ato administrativo é a maneira pela qual o ato se torna visível no mundo dos fatos, é a manifestação do ato, a maneira pela qual o ato se torna exterior. Por meio da forma, o ato sai do plano das ideias, e passa a integrar o plano da existência. (MELLO, 2012, p. 398)

Existem na doutrina atual duas concepções acerca da forma do ato administrativo, uma restrita e uma ampla.

A concepção restrita entende que a forma do ato é o modo de exteriorização do ato, ou seja, o meio pelo qual o ato se manifesta no mundo jurídico, diz respeito à própria formação do ato, pois sem forma não existe ato. Quando se trata da forma do ato administrativo, é preciso notar que, se existe uma forma, esta deve ser válida, ou seja, deve seguir o disposto em lei, assim ensina Carvalho Filho (2014, p. 111-112):

Deste modo não basta simplesmente a exteriorização da vontade pelo agente administrativo; urge que o faça nos termos em que a lei a estabeleceu, pena de ficar o ato inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação.

Por sua vez, a concepção ampla considera que a forma não se limita a exteriorização do ato, mas que compreende todo o procedimento de composição da vontade da administração, recaindo até mesmo sobre os requisitos de publicidade dos atos. (DI PIETRO, 2014, p. 216)

Partindo do pressuposto que “a forma é o meio pelo qual se exterioriza a vontade” (CARVALHO FILHO, 2014, p.111), surge a necessidade de se analisar o silêncio da Administração Pública, de forma a verificar se este é ou não uma maneira de manifestação de vontade.

No tocante ao silêncio da administração como forma de manifestação de vontade, o tema se mostra bastante controvertido na doutrina. Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 418) entende que quando a Administração não se pronuncia em determinada situação em que deveria se pronunciar, não há prática de ato administrativo, nas palavras do autor:

Na verdade, o silêncio não é ato jurídico. Por isto, evidentemente, não pode ser ato administrativo. Este é uma declaração jurídica. Quem se absteve de declarar, pois, silenciou, não declarou nada e por isto não praticou ato administrativo algum.

O autor ainda afirma que mesmo nos casos em que a lei atribua algum efeito ao silêncio (conceder ou negar), tal efeito decorrerá de uma omissão, portanto, indevido denominar o silêncio como um ato ainda que tácito. Assim também entende Carvalho Filho (2012, p. 418).

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 218) defende que o silêncio é uma forma de manifestação de vontade quando houver previsão legal para tal situação (quando a lei fixar determinado prazo, e não havendo manifestação no prazo estipulado pela lei, o silêncio reputará em concordância ou discordância).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a forma em dadas circunstâncias pode não ser obrigatória. Isso acontecerá nos casos em que não houver determinação legal que estabeleça uma forma específica para cada ato, todavia, tal fato não deve se confundir com a indispensabilidade da forma para existência do ato. (MELLO, 2012, p. 398)

Embora haja dissenso na doutrina acerca do tema, pela corrente majoritária entende-se que o silêncio da administração não constitui ato

administrativo, e logicamente não produz nenhum efeito. Sendo que, nos casos em que houver previsão legal acerca das consequências deste, tal previsão legislativa não terá o condão de caracterizá-lo em ato administrativo, mas tão somente determinar efeitos a serem produzidos. Ressalta-se ainda que tais efeitos originam-se do disposto na lei e não do silêncio propriamente dito. (CARVALHO, 2015, p. 252)

Nas palavras de Di Pietro (2014, p.218):

Só o exame de cada caso concreto que permite concluir se a forma é ou não essencial; terá essa qualidade necessariamente quando for estabelecida como **garantia** de respeito aos direitos individuais. (grifo do autor)

Por fim, destaca-se que no Direito Administrativo a forma é muito mais relevante que no direito privado, incorrendo aqui o princípio da solenidade dos atos, que estabelece que os atos devem ser praticados de forma escrita(não obstante, existem exceções como os atos praticados por meio de sinais, gestos).O elemento forma busca resguardar o interesse da coletividade, proporcionando maior seguridade, haja vista que atos que seguem a forma estabelecida em lei, oportunizam a publicidade, estabilidade e por consequência um controle de legalidade mais eficiente. (MOREIRA NETO, 2014, p.225)

#### **2.2.4 Motivo**

O motivo do ato administrativo pode ser conceituado como a razão que enseja a prática de um ato pela Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 401) em sua obra diz que “o motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a pratica do ato”. Ainda, afirma que por anteceder o próprio ato, e por ser externo a ele, não pode ser considerado parte do ato. Ou seja, para o autor, o motivo não é um elemento do ato administrativo, mas sim um pressuposto de validade do ato.

Fernanda Marinela (2015, p.316) ao discorrer sobre o motivo do ato administrativo o refere como sendo uma situação fática e de direito que resulta a vontade do agente em praticar o ato administrativo, realizando uma divisão deste elemento em pressuposto de fato e pressuposto de direito. O pressuposto fático seria a reunião de situações de fato que conduzem o agente a pratica do ato, já o pressuposto de direito é a norma jurídica que legitima a prática do ato.

No mesmo sentido preceitua Carvalho Filho (2010, p. 123-124):

Tendo em conta o tipo de situação por força da qual o ato é praticado, classifica-se o motivo em motivo de direito e motivo de fato. Motivo de direito é a situação de fato eleita pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa. Motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico sem descrição na norma legal.

Ainda, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 401), nos casos de inexistência de previsão legal para o motivo de um ato, há necessidade de um real motivo para a prática do ato, sobe pena de invalidade deste. Ou seja, se o administrador praticar um ato sob o fundamento de um determinado motivo, este estará vinculado ao ato, sendo o motivo inexistente o ato também será, pois se trata de um pressuposto de validade do ato administrativo. E esta vinculação é tratada como a teoria dos motivos determinantes.

A teoria dos motivos determinantes preceitua que a validade do ato está vinculada aos motivos que ensejaram a sua prática, de sorte que sendo o motivo falso ou inexistente, nulo o ato será. Ou seja, quando o administrador se utiliza de um determinado motivo para praticar o ato, este somente será válido se verdadeiro for o motivo. (DI PIETRO, 2014, p. 220)

Quanto à ilegalidade do motivo, Fernanda Marinela (2015, p. 316-317) doutrina que:

O motivo será ilegal e o ato administrativo será invalido quando o fato alegado não for verdadeiro, isto é, o motivo não existir, quando não existir compatibilidade entre o motivo declarado no ato e a previsão lega; quando inexistir congruência entre o motivo e o resultado do ato, e por fim, quando o motivo depender de um critério subjetivo de valoração do administrador e este extrapolar os limites legais, vale dizer, não razoável e proporcional.

Por fim, forçoso ressaltar que o elemento do ato administrativo, denominado motivo, não pode ser confundido com a motivação do ato. Em razão

disto, e para um entendimento completo da matéria, passa-se a elucidar a distinção entre os referidos institutos.

#### **2.2.4.1 Motivo e motivação**

A doutrina majoritária faz uma distinção entre os institutos motivo e motivação, entendendo-se, portanto, que são autônomos e não podem ser confundidos.

Motivo como bem estudado acima é “a situação de fato por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração”. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 113)

E o que vem a ser a motivação?

Primeiramente, o motivo não se deve confundir motivo, com a motivação. “Denomina-se motivação a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato”. (MEIRELLES, 2012, p. 162)

Entende-se como motivação o meio de exteriorizar os motivos determinantes do ato administrativo, como bem disciplina Mello, é a formalização a exposição dos motivos.

Quanto à obrigatoriedade da motivação, como requisito de validade, não há entendimento pacífico na doutrina. Todavia a doutrina majoritária e a jurisprudência entende que é obrigatória a motivação na maioria dos atos exarados pela administração (MARINELA, 2015, p. 320).

Doutra banda, a corrente minoritária, defendida por Carvalho Filho (2014, p. 124), entende que não existe a obrigatoriedade da motivação pela lei, mas sim do motivo, pois sem este o ato é nulo, porém, é aconselhável a motivação.

Sendo que, em havendo a motivação, o autor defende que é mais relevante sua incidência nos atos discricionários, vez que sobre estes pairam a subjetividade em razão da margem de liberdade conferida, sendo assim a motivação traria maior transparência e facilitaria o controle de legalidade do ato.

O art. 50 da Lei 9.784/99 dispõe que 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.

O parágrafo primeiro do mesmo dispositivo exige que a motivação seja “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”. No tocante à motivação, Marinela (2015, p. 320) destaca que nos casos de obrigatoriedade da motivação, a sua não incidência acarreta em ilegalidade do ato, e nos casos de faculdade da motivação, sua ausência não afeta a validade do ato.

### **2.2.5 Objeto**

Entende-se como sendo objeto do ato administrativo aquilo que o ato ordena. É possível conceituá-lo como sendo a decisão tomada pela administração com a prática do ato. (CARVALHO, 2015, p.261)

O conceito de objeto é trazido por Alexandrino (2011, p. 453) de uma maneira bastante simples e didática:

O objeto é o próprio conteúdo material do ato. O objeto do ato administrativo identifica-se com o seu conteúdo, por meio do qual a administração manifesta sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes. Pode-se dizer que o objeto do ato administrativo é a própria alteração no mundo jurídico que o ato provoca, é o efeito jurídico imediato que o ato produz.

Este elemento consiste no resultado prático do ato administrativo, é o ato em si. (MARINELA, 2015, p.322)

Ao revés do entendimento doutrinário dominante, que entende que o objeto é o conteúdo do ato (MEIRELLES, 2012, p.162), Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p.398), faz diferenciação quanto ao objeto e o conteúdo do ato administrativo. De acordo com o autor o **conteúdo é um dos elementos do ato administrativo**, e seria aquilo que ato dispõe, ou o ato em si. Por outro lado, o autor entende que **objeto é um pressuposto de existência** do ato administrativo, e não um elemento do ato, sendo conceituado pelo autor como sendo “aquilo sobre o que o ato dispõe”, ou seja, para o autor enquanto o conteúdo é a disposição da administração sobre algo, o objeto por sua vez seria esse algo pelo qual a administração dispôs. (MELLO, 2012, p.399) (grifo nosso)

A doutrina utiliza exemplos práticos para melhor elucidar este elemento (aqui utilizando a definição clássica de objeto e conteúdo como sinônimos). Fernanda Marinela (2015, p. 322) em sua obra traz os seguintes exemplos: em uma nomeação, o objeto é “admitir o indivíduo no serviço público”; na concessão de uma licença para construir um edifício, a própria licença é o objeto.

A autora ainda divide o objeto em natural e acidental (2015, p. 322):

Objeto natural é o efeito jurídico que o ato produz, sem necessidade de expressa menção, é uma consequência natural do ato; objeto acidental: é o efeito jurídico que o ato produz, em decorrência de cláusulas acessórias apostas ao ato pelo sujeito que o pratica como, por exemplo, o termo, a condição ou um encargo.

Superadas as questões afetas ao ato administrativo, mormente no que pertine aos elementos do ato administrativo, será tratada, no próximo capítulo, a discricionariedade no âmbito da Administração Pública e sua relação com os elementos do ato administrativo.

## 3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

### 3.1 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

A atividade exercida pela Administração Pública se manifesta de duas maneiras. A uma, a lei poderá estabelecer a conduta do administrador para determinada situação de fato, sem que haja liberdade de agir do administrador; a duas pode se manifestar de modo que seja atribuída à Administração certa margem de liberdade para decidir no caso concreto, mediante a análise da conveniência e da oportunidade. No primeiro caso haverá atividade vinculada da Administração e, no segundo caso, a atividade discricionária. (CUNHA, 2000, p. 294)

Ao contrastar a discricionariedade e a vinculação, Odete Medauar (2010, p.115) explana o tema da seguinte forma “Na contraposição poder vinculado-poder discricionário, o primeiro corresponderia às matérias de reserva legal absoluta e o segundo, as matérias de reserva legal relativa”.

A diferença entre discricionariedade e vinculação, reside no grau de liberdade de ação que o administrador possui. Isto, pois, para o exercício de um ato vinculado a Administração Pública está restrita à lei, ao que ela dispõe acerca da prática do ato. Doutra banda, para a execução de um ato discricionário, o administrador é livre, no contexto em que lei assim dispuser. (MEIRELLES, 2012, p.125).

Em termos simplificados, a diferença entre a vinculação e a discricionariedade reside no grau de liberdade que é conferido ao administrador para a prática dos atos administrativos e, quanto a tal diferenciação, denota-se que não há discordância na doutrina. (CUNHA, 2013, p. 295)

Ao distinguir vinculação e discricionariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> (2012, p.09) dispõe sobre o tema nos seguintes termos:

Haveria atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o *único* e possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita, pela lei, em termos que não ensejam dúvida alguma quanto ao seu *objetivo* reconhecimento.

Opostamente haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma intelecção, cujo acerto seja irredutível À objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa.

Em outras palavras, o ato administrativo será vinculado quando a lei traçar apenas um caminho a seguir diante de determinada situação. E será discricionário quando o administrador, por meio da oportunidade e conveniência, escolher uma solução, dentre as possíveis e válidas no ordenamento jurídico. (DI PIETRO, 2014, p. 221)

Há que se advertir que, por mais que os atos vinculados devam seguir estritamente o comando legal e que os atos discricionários sejam praticados com certa margem de liberdade do administrador, tanto a vinculação quanto a discricionariedade não são absolutas, tendo em vista que todos os atos devem ser praticados em observância à finalidade da norma. (MARINELA, 2015, p. 307-308)

Entende-se que, enquanto na vinculação não há liberdade de escolha do agente administrativo, pelo contrário, este deve seguir fielmente os parâmetros traçados pela lei, na discricionariedade o agente administrativo pode realizar a valoração de mérito, e optar pela solução que melhor atenda o interesse público. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 125)

Para melhor elucidação da matéria, mister a retomada de um dos pontos tratados no capítulo anterior, acerca dos elementos do ato administrativo. Denota-se que a incidência de uma ou de outra dependerá do tipo de ato, sendo que para os atos vinculados, todos os seus elementos serão vinculados, haja vista não haver liberdade do administrador para a prática do ato. E nos casos dos atos discricionários, haverá tanto elementos discricionários como elementos vinculados. (MARINELA, 2015, p. 326-327)

Justen Filho (2014, p.252) em sua obra, classifica a discricionariedade em duas espécies, discricionariedade normativa (abstrata) e discricionariedade decisória (concreta). Para o autor, a discricionariedade normativa é aquela em que o administrador utilizará a discricionariedade, por meio de um ato administrativo, para complementar as normas que tratam das condutas humana, de modo que, futuras condutas serão classificadas como lícitas ou ilícitas por regras de um ato administrativo e não só pela lei, um exemplo de discricionariedade normativa são os

regulamentos. Já a discricionariedade decisória é aquela em que o administrador decide por uma solução dentre as possíveis soluções. Contudo, para o desenvolvimento do presente, prosseguir-se-á o estudo acerca da discricionariedade decisória, por se tratar da espécie mais recorrente na abordagem doutrinária, e por ser a manifestação clássica da discricionariedade.

### 3.2 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Não raro, quando se fala sobre a discricionariedade, há certa confusão entre os institutos da discricionariedade e do arbítrio, sendo que, quando ocorre tal confusão, erroneamente equiparam-se ambos. Todavia, tal pensamento é extremamente equivocado, pois o significado de discricionariedade em nada se assemelha ao da arbitrariedade, já que a Administração tem o seu agir pautado no princípio da legalidade, e em razão disto não é possível igualar o poder discricionário ao poder arbitrário. O poder discricionário é caracterizado pela possibilidade de escolha solução entre uma série de soluções possíveis, dentro dos limites legais. (MEDAUAR, 2010, p. 113)

A arbitrariedade, por sua vez, caracteriza-se pelo agir em desconformidade com a lei, ou contra a lei. (MOREIRA NETO, 2014, p. 172)

No tocante a diferenciação entre discricionariedade e arbítrio, Hely Lopes Meirelles (2012, p. 124-125), assevera:

Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

Pode-se dizer que a discricionariedade é entendida no Direito Administrativo como a liberdade para emitir juízos de conveniência e oportunidade, quando lançar mão de um ato administrativo, deve, contudo, ser praticada em

observância com o interesse público, e jamais de modo arbitrário. (FREITAS, 2009, p. 369)

A discricionariedade é atribuída ao administrador para que este aja de modo a garantir a melhor solução e não qualquer solução. Sendo certo que, ao se valer do poder discricionário, este deverá utilizar-se da razoabilidade, bem como dos princípios norteadores do Direito, para delimitar as escolhas possíveis, de modo a restar uma única escolha viável no caso concreto. (ZANCANER, 2008, p.63)

Vale dizer que a discricionariedade administrativa tem em seu centro a autorização conferida por lei para que o administrador aja dentro dos seus limites, como entender oportuno. (ALEXANDRINO, 2011, p. 216)

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> (2012, p. 48) traz o seguinte conceito para a discricionariedade:

Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Marçal Justen Filho (2014, p. 244) define a discricionariedade da seguinte forma:

Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Como bem elucida Carvalho Filho (2014, p.131) os atos discricionários não representam liberdade absoluta do administrador. Pelo contrário, na prática de um ato discricionário o administrador age de modo a garantir o fim legal, ou seja, aquilo que a lei objetiva, seja de forma expressa ou não, respeitando, sobretudo o princípio da legalidade estampado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

No que pertine a terminologia ou natureza jurídica utilizada para a discricionariedade, desde logo se adverte que não há entendimento pacífico sobre o tema. Uma parcela dos autores entende ser um poder, outros entendem como

sendo um ato, e ainda há quem entenda ser uma atividade. Alexandrino (2011, p. 216) entende que a discricionariedade é um poder atribuído pela lei à administração.

Para Odete Medauar (2010, p. 113), “poder discricionário é uma faculdade, atividade discricionária é o exercício das funções com utilização do poder discricionário, enquanto o ato administrativo discricionário é o resultado do exercício”.

De acordo com Weida Zancaner (2008, p.61) “a discricionariedade habita no mandamento da norma quando esta faculta ao administrador um comportamento, isto é, não o compele a agir, ou, ainda, quando não define qual o comportamento que deve ser seguido”.

Ao revés, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> (2012, p. 17) considera que a discricionariedade antes de ser um poder, é um dever da administração. Na visão do autor, o poder surgiria como mero instrumento para o cumprimento do dever. Segundo o autor, a atividade administrativa por ter como objetivo a finalidade pública, o interesse público e também por ter o dever de agir em conformidade com o previsto em lei, estaria prestando uma função, qual seja a função pública. Ou seja, o dever da Administração em agir no interesse da administração, revela-se como sendo um dever.

Segundo o autor:

A ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam, para quaisquer agentes estatais, como obrigatórias. A busca destas finalidades tem o caráter de dever (antes do que “poder”), caracterizando uma função, em sentido jurídico (MELLO<sup>2</sup>, 2012, p. 13) (grifo do autor)

Deste modo, o chamado “poder discricionário” tem como objetivo o cumprimento do interesse público, se prestando ao dever de alcançar o fim público, daí porque da denominação “dever discricionário” que destoa do restante da doutrina. De mais a mais, de acordo com o entendimento do autor:

Como não há outro meio para se atingir essa finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer

agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico (MELLO, 2012, p. 13-14)

Ainda com relação à terminologia empregada, Meirelles (2012, p.176) em sua obra faz uma crítica a expressão “ato discricionário”, pois entende que a discricionariedade não é a própria manifestação do ato, mas, é um poder que a Administração tem para praticar o ato, conforme as prerrogativas de oportunidade e conveniência. Porém, o autor utiliza-se da expressão, em razão da tradição, visto a consagração desta, na jurisprudência e na doutrina.

No mesmo sentido Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 18) critica a utilização do termo ato discricionário, pois, entende que se trata de um ato praticado no exercício da competência discricionária, e não que o ato propriamente dito seja discricionário. Para o autor haverá competência discricionária, e o ato será o produto do exercício desta competência, portanto, embora a discricionariedade se revele por meio do ato administrativo, a discricionário não corresponde uma característica do ato.

Justen Filho (2014, p. 244-245) afirma que a discricionariedade não é um poder, o autor vai além ao sustentar que nem mesmo existe um poder discricionário. Para ele a discricionariedade é um modo de disciplina normativa, isto é, uma forma da lei dispor acerca do exercício da função administrativa.

Considerando a discricionariedade como um poder, Weida Zancaner (2008, p.57) afirma em sua obra, que haverá discricionariedade quando a lei definir condições fundamentais para o exercício do poder, e conferir a Administração, possibilidade de utilizar-se de um poder decisório mediante a realização de um juízo de valor, desde que, o exerça nos termos da lei. Todavia, a possibilidade do administrador de agir por meio de uma apreciação subjetiva, não se trata de uma circunstância extralegal, mas decorre do princípio da legalidade.

Ou seja, a discricionariedade é definida em lei, decorre da lei, não se tratando de uma liberalidade do administrador, e deve ser exercida nos termos desta, sob pena do ato incorrer em invalidade.



### 3.3 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

É apropriado mencionar a justificativa da discricionariedade do âmbito da Administração Pública. Entende-se que a discricionariedade se funda na impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis, bem como porque em algumas situações, somente diante do caso concreto, será possível o administrador escolher a melhor forma de resolver determinada situação, observada a conveniência e oportunidade. Entretanto, mesmo frente à impossibilidade de previsão legal para toda qualquer situação, o legislador submete a Administração a uma rígida observância legal, quanto à competência, a finalidade e a forma do ato, não sendo possível o administrador agir a seu bel-prazer. (MEIRELLES, 2012, p. 125)

No tocante à justificativa da discricionariedade, se extrai a preciosa lição de Justen Filho (2014, p. 246):

A discricionariedade não é um defeito da lei. Não é nem desejável nem possível que todas as leis contenham todas as soluções a serem adotadas por ocasião de sua aplicação.

Ainda de acordo com o autor, agora no que se refere à discricionariedade quanto aos fins, observa-se que o agente público no desempenho de uma função pública, age de modo a perseguir os interesses públicos. No entanto, na maioria dos casos é possível constatar uma multiplicidade de interesses públicos em um único contexto, uma única situação de fato. Sendo certo que, nestes casos, em que houver interesses públicos distintos, porém legítimos, caberá ao administrador escolher o interesse público que melhor se amolde ao caso concreto.

Destarte, a atividade discricionária quanto aos fins facilita o controle dos atos, bem como obsta a invocação de interesse público genérico, sem ponderações a situação de fato, situações estas que ensejam decisões inadequadas e insuscetíveis de controle. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 250-251)

Em outras palavras, a doutrina entende que a discricionariedade se justifica pelo fato de existirem situações singulares, que exigem do administrador uma atuação com margem de liberdade, quando da aplicação da lei, como também,

que a discricionariedade advém da impossibilidade do legislador prever a ocorrência de todas as situações possíveis e imagináveis, no mundo dos fatos. (ZANCANER, 2008, p.58)

### 3.4 DISCRICIONARIEDADE E ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Conforme visto no capítulo anterior, a doutrina admite que o ato administrativo seja composto por cinco elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Assim, na análise da discricionariedade, importa verificar quais destes elementos seriam vinculados e quais seriam discricionários.

Para Marinela (2015, p. 326-327), a competência seria um elemento vinculado, máxime diante da necessidade de determinação legal para sua fixação. No mesmo sentido ensina Di Pietro (2014, p. 223): “com relação ao sujeito, o ato sempre é vinculado; só pode praticá-lo aquele a quem a lei conferiu competência”.

Quanto à vinculação deste elemento, não há maiores discussões na doutrina, prevalecendo o entendimento da vinculação da competência. Neste sentido, ensina Matheus Carvalho (2015, p.245) que o elemento sujeito competente/competência, será sempre vinculado, até mesmo quando se tratar de atos discricionários, não existindo margem de liberdade do administrador, pois, a lei sempre definirá a legitimidade do agente para prática do ato administrativo.

Com relação à finalidade, Hely Lopes Meirelles (2012, p.160) segue a corrente clássica que entende que este elemento é vinculado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p.223) entende que quanto à finalidade existe vinculação, todavia, enfatiza que para determinar se o ato é vinculado ou discricionário, deve-se considerar a finalidade do ato em seus dois sentidos (amplo e restrito). Sendo certo que no sentido amplo haverá discricionariedade, isto em razão das noções vagas dadas pela lei (interesse público, bem comum) e quando não houver objetividade na lei quanto ao caso concreto, caberá à administração utilizar-se da discricionariedade. No entanto, no

que pertine ao sentido restrito, haverá sempre vinculação, sendo certo que cada ato tem uma finalidade específica atribuída pela lei.

No que se refere à vinculação do elemento finalidade, Matheus Carvalho (2015, p.251) segue a linha de entendimento de Di Pietro, qual seja, a fragmentação do elemento, para a defini-lo como vinculado ou discricionário, veja-se:

[...] Ressalte-se que a finalidade é sempre elemento vinculado do ato no e tange à finalidade específica, para a doutrina moderna, podendo ser discricionário se analisarmos a finalidade genérica que é o interesse público (conceito jurídico indeterminado). Com efeito, quando se trata da finalidade genérica que se configura pela satisfação do interesse da sociedade, pode-se dizer que a definição se baseia em um conceito jurídico indeterminado, dependendo de valoração do agente estatal, em cada caso concreto, ensejando uma liberdade de escolha, dentro dos limites da lei, para a definição da atuação mais oportuna e conveniente.

Ao revés, Justen Filho (2014, p.407) entende que a finalidade do ato administrativo não é um elemento vinculado, mas sim discricionário. O autor vai além e diz que a maior margem de liberdade conferida ao administrador no exercício de suas atribuições, está na finalidade do ato administrativo. Isto porque, de acordo com o jurista, existem diversas finalidades a serem perseguidas com a prática dos atos administrativos, cabendo ao agente no caso concreto decidir qual se amolda ao fim específico pretendido. O autor afirma também que a autonomia da administração está encoberta pela busca pelo bem comum. Para o autor, a vinculação no elemento finalidade apenas está atrelada ao fato de que a administração deve atender os interesses da coletividade e não aos interesses particulares.

Afinal, verifica-se que há grande divergência na doutrina quanto ao reconhecimento da finalidade como elemento discricionário ou vinculado. Todavia, imperioso ressaltar que em relação à finalidade do ato, a impressão que fica é que essa definição de vinculação ou discricionariedade não será absoluta, sendo certo que a investigação do caso concreto permitirá a realização de uma análise com mais propriedade, haja vista a necessidade de conjugar a finalidade definida em lei (nos casos em que houver a previsão) com o interesse público.

No que tange à forma, Hely Lopes Meirelles (2011, p. 160) afirma tratar-se de elemento vinculado. Di Pietro (2014, p. 224), apesar de não destoar do entendimento de Meirelles, o complementa ao afirmar que a forma geralmente será

vinculada, pois haverá previsão da lei em relação ao modo pelo qual os atos se materializam. Não obstante, nos casos em que houver previsão legal de mais de uma forma para um determinado ato, haverá discricionariedade.

Nesses trilhos disciplina Matheus Carvalho (2015, p. 255):

[...] De modo geral, a forma é elemento sempre vinculado, mesmo nos atos administrativos discricionários, salvo se a lei estabelecer mais de uma forma possível para o ato ou se for silente quanto à forma a ser obedecida para a prática de determinado ato administrativo, quando a forma será discricionária.

No que concerne ao motivo do ato administrativo, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 401), destaca que este elemento pode ter ou não previsão em lei, salienta ainda que se existir a previsão em lei o agente só poderá praticar o ato se o motivo, ou a situação no caso concreto possuir amparo legal. Sendo que, para os casos de inexistência de previsão legal, o agente contará com a discricionariedade para decidir o motivo que dará vida ao ato.

Carvalho Filho (2014, p. 114), analisa o motivo quanto aos seus resultados, ou seja, para o autor, a depender do motivo, o ato será discricionário ou vinculado. Será este vinculado quando a situação de fato possuir expressa previsão legal, pois, em razão ao princípio da legalidade não caberá ao agente outra opção senão agir nos termos da lei. Por outro lado será discricionário quando não existir previsão legal que trace a situação fática, visto que o agente utilizará da conveniência e oportunidade para escolher o que melhor se aplica ao caso. Neste caso, portanto, há a investidura da discricionariedade para a prática do ato.

Porém, para a doutrina clássica, haverá discricionariedade da Administração ao valorar o motivo do ato administrativo. (NOHARA, 2015, p. 218)

O objeto do ato, em regra, constitui elemento discricionário, como nos casos em que a lei determinar diversos objetos possíveis para o atingimento de um determinado fim. Porém, será vinculado, nos casos em que a lei dispor de apenas um objeto como sendo possível para lograr o fim almejado pela administração. (DI PIETRO, 2014, p. 224)

Para Moreira Neto (2014, p.227), o objeto do ato administrativo poderá ser vinculado ou discricionário. O primeiro caso ocorrerá quando o legislador impuser um resultado determinado; já o segundo caso, restará caracterizado quando o legislador de forma explícita, ou até mesmo implícita, submeter à escolha do

agente um resultado determinável. Ou seja, a definição do objeto como vinculado ou discricionário, dependerá do disposto em lei, devendo ser analisado caso a caso, e, sobretudo, sob a ótica do interesse coletivo.

Desta forma, conclui-se com base na visão clássica, que nos elementos motivo e objeto haverá discricionariedade, e conseqüentemente a realização de juízo de oportunidade e conveniência pelo administrador (mérito administrativo, a ser adiante abordado). Nada obstante, não se deve ignorar a divergência doutrinária sobre a identificação dos elementos do ato administrativo, como sendo vinculados ou discricionários, mormente quanto aos elementos, finalidade e a forma, pois, o entendimento destoará a depender da corrente adotada.

### 3.5 DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO ADMINISTRATIVO

O mérito administrativo nada mais é que a escolha que o administrador realiza quando pratica um ato investido da competência discricionária, guiado pelo interesse público e limitado ao disposto em lei. É a busca pela melhor solução a uma determinada situação. O juízo de valor exercido com fundamento na oportunidade e conveniência, que são considerados o centro da discricionariedade. (CARVALHO, 2015, p. 118)

Entende-se como sendo conveniência, a utilidade do ato e a ponderação para concluir se esse se adequa aos interesses públicos, se convém à administração. E oportunidade, diz respeito ao momento ideal para a prática do ato, para a satisfação dos interesses públicos. (GASPARINI, 2012, p. 149)

Segundo Di Pietro (2014, p.226) “[...] O mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos discricionários”.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> (2012, p. 38) define o mérito da seguinte maneira:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade

legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.

Em razão da linha tênue que separa a discricionariedade e o mérito administrativo é imperioso destacar a diferenciação entre os referidos institutos. Para tanto, Lucas Rocha Furtado (2013, p.529-530) alude no seguinte sentido:

A discricionariedade corresponde à liberdade conferida pela lei ao administrador para a adoção da melhor solução para o caso concreto em razão do mérito administrativo. Este corresponde ao juízo de conveniência e oportunidade para a definição da solução mais adequada, tendo como parâmetro o princípio da razoabilidade. O mérito integra, portanto, a discricionariedade [...].

O mérito administrativo, classicamente está presente nos elementos motivo e objeto, haja vista que nestes reside a avaliação da oportunidade e conveniência. Contudo, é relevante notabilizar que o mérito não é sinônimo de motivo e objeto, embora esteja presente neles. (MARINELA, 2015, p. 326)

Considera-se, portanto, que o mérito administrativo é o juízo realizado pelo administrador ao ponderar a conveniência e a oportunidade. Entretanto, por mais que o mérito seja considerado o centro da discricionariedade, não se pode olvidar que a discricionariedade não se limita apenas ao âmbito das escolhas realizadas pela administração, mediante os critérios de oportunidade e conveniência, tal pensamento seria errado por ser incompleto, uma vez que a noção de discricionariedade também abrange os conceitos jurídicos indeterminados, assunto esse que será trabalhado a seguir. (MELLO<sup>2</sup>, 2012, p. 27-28)

### 3.6 DISCRICIONARIEDADE E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Como se pode perceber até o momento, a discricionariedade é considerada um tema de peso no estudo do Direito Administrativo e, além disso, é um assunto repleto de dificuldades, tendo em vista as divergências entre os grandes nomes da doutrina sobre a matéria. Outro aspecto acerca da discricionariedade que se mostra divergente é o tratamento que se tem dado aos conceitos jurídicos

indeterminados, ou seja, em considerá-los ou não uma maneira de manifestação da discricionariedade. (GROTTI, 2012, p.1103-1104)

Inicialmente, é importante colacionar a definição de conceitos jurídicos indeterminados (CARVALHO FILHO, 2014, p. 56):

Conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou aplicador possam atribuir certos significado, mutável em função da valoração que se processa diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo “ordem pública”, “bons costumes”, “segurança nacional” e outras do gênero.

Conforme destacado acima, há controvérsias quanto à matéria em comento, existindo na atualidade duas correntes, quais sejam: a primeira corrente, seguida por aqueles que entendem que os conceitos jurídicos indeterminados não conferem discricionariedade à Administração, e a segunda corrente seguida por aqueles que entendem que estes conceitos conferem discricionariedade a Administração. Adverte-se desde já que a segunda corrente, é mais aceita no Direito Brasileiro. (DI PIETRO, 2014, p.224-225)

A maior parte da doutrina defende que a incidência da discricionariedade no âmbito da Administração Pública, não se limita apenas aos casos em que a lei concede ao administrador uma escolha dentre as possibilidades por ela previstas, ou quando confere liberdade ao agente para decidir acerca da conduta aplicável no caso concreto. Doutrinadores de peso, como Weida Zancaner (2008, p.57), Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> (2012, p.17), Maria Sylvia Di Pietro (2012, p.224-225) defendem que haverá discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados.

Fernanda Marinela (2014, p.308) entende que na ocorrência de conceitos jurídicos indeterminados haverá discricionariedade, pois são conceitos imprecisos, e em razão disso, são dotados de subjetividade.

Adepta da corrente dominante, Zancaner (2008, p.60-61) entende que a discricionariedade ocorrerá de duas formas: quando a lei atribuir ao administrador liberdade para eleição do pressuposto fático capaz de legitimar o seu agir ou quando os pressupostos de fato trazidos pela lei forem descritos por esta por meio de conceitos indeterminados. Frise-se, que nas duas situações, a escolha dos

pressupostos de fato, será limitada e deve ser realizada mediante a observância da finalidade pública.

No entanto, é uma tarefa difícil precisar todas as situações em que os conceitos jurídicos indeterminados importarão em discricionariedade, sendo certo que somente no caso concreto, e mediante a análise da lei, pode se definir a incidência da discricionariedade (DI PIETRO, 2014, p. 225)

Considerar que há discricionariedade na atuação da Administração quando da inteligência dos conceitos indeterminados, não permite dizer indubitavelmente que sempre haverá discricionariedade, tal conclusão dependerá da análise da casuística. Isso porque, constatada a discricionariedade na norma em abstrato, não significa que haverá discricionariedade no caso concreto, como elucida Dinorá Grotti (2012, p.1142), “sua previsão “estática” do Direito não lhe garante presença na “dinâmica” do Direito”.

De outra sorte, Justen Filho (2014, p.257-258), defensor da primeira corrente, entende que os conceitos jurídicos indeterminados não são uma forma de manifestação da discricionariedade, mas apenas uma margem de autonomia maior. Para o autor, diferentemente dos casos dos conceitos jurídicos indeterminados, na discricionariedade a própria lei atribui competência ao administrador para realizar escolhas, por meio de uma avaliação subjetiva.

É arriscado afirmar que não haverá discricionariedade na atuação da Administração Pública nos casos de incidência de conceitos imprecisos na lei. Isso porque não se pode negar que em determinados casos, mesmo após limitar o âmbito de um conceito indeterminado, esse ainda permanecerá cercado de incertezas, cabendo ao administrador escolher dentre condutas viáveis (considerando que todas as possíveis escolhas são válidas e eficazes, mesmo que conflitantes entre si), aquela que melhor se amolde ao caso. Em uma situação como esta, é inegável a presença da discricionariedade na atuação do administrador. (GROTTI, 2012, p.1140)

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> (2012, p. 28) ensina:

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de inteligência dos conceitos imprecisos [...] seria excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas *com o caso concreto*, ganham, *em todo e qualquer caso*, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. *Algumas vezes isto ocorrerá. Outras*



*não*. Em inúmeras situações, mais de uma interpretação seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, *objetivamente reputável como incorreto*.(grifo do autor)

Seguindo o posicionamento dominante da doutrina, entende-se, portanto, que nos casos em que a lei não dispuser expressamente acerca do agir do administrador e se valer de conceitos jurídicos indeterminados para conferir margem de liberdade a esse, também haverá discricionariedade.

Até mesmo nas situações em que a lei definir a situação real, e o fizer por meio dos conceitos indeterminados, poderá existir discricionariedade. Para isso, a lei deverá conferir à Administração alternativa de comportamentos variados. (JANNOTTI, 2012, p. 1207)

Contudo, a discussão que envolve a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, não para por aqui. Existe ainda um entendimento, que defende que nos conceitos jurídicos indeterminados, não haverá discricionariedade, mas sim interpretação da norma. Sendo assim, é de suma importância trazer a baila noções de interpretação da legislação, bem como a diferença dessa com a discricionariedade. Adverte-se que não possui força a corrente que considera que haverá interpretação da norma na presença de conceitos indeterminados.

A interpretação da norma é um instituto totalmente diferente da discricionariedade, vez que, na interpretação, a lei determina uma posição e não possibilita escolha diversa, mas tão somente viabiliza a interpretação do que a norma dispôs. Por outro lado, na discricionariedade, a lei atribui ao administrador a possibilidade de escolher a melhor conduta. Restando claro, portanto, que existindo conceitos jurídicos indeterminados no comando legal, não tratará de interpretação, mas sim de discricionariedade. (CARVALHO, 2015, p. 242)

Neste sentido, no contraponto interpretação da lei e a discricionariedade, é primordial reforçar que a interpretação legislativa não pode ser confundida com discricionariedade. Enquanto a discricionariedade trata de uma atribuição legal, que legitima o administrador a exercer o dever-poder de melhor solução no caso concreto, a interpretação legal, nada mais é que o ato de revelar a vontade da lei, por meio da hermenêutica. Alertando para o fato de que na interpretação não há espaço para a ponderação do administrador, contrariamente ocorre na discricionariedade. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 254)

Vale dizer, que a discricionariedade não se limita a mera interpretação da norma e com essa não se confunde. Na verdade, o processo de interpretação da norma precede a atividade discricionária. De acordo com Justen Filho (2014, p. 254), não é regra a presença da discricionariedade quando da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Para ele, não haverá discricionariedade quando existentes elementos objetivos, extraíveis da experiência, que viabilizem o afunilamento das possíveis soluções que o administrador poderá optar em um caso concreto, de modo a restar uma única solução. Havendo, portanto, mera interpretação da norma jurídica. Por outro lado, haveria discricionariedade, nos casos em que houver apenas uma solução cabível ao caso quando da interpretação da norma.

Há que se destacar, que a justificativa da interpretação é distinta da discricionariedade. No caso da interpretação legal, há necessidade de reconstruir a vontade legal, como nos casos de redação legal ultrapassada ou insatisfatória, em que o administrador utiliza-se da interpretação legal para externar a “vontade da lei”, viabilizando sua aplicação. Por fim, para afastar qualquer confusão entre os institutos, nota-se que na interpretação legislativa a Administração Pública está literalmente vinculada à vontade da lei, não sendo possível que esta inove na ordem jurídica sob a justificativa de erros legislativos. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 255-256)

Portanto, é incorreto considerar que a presença de conceitos jurídicos indeterminados ensejaria mera interpretação da lei, pois, como acima exposto, a depender do caso concreto, a presença de tais conceitos pode ocasionar a atuação discricionária da Administração Pública.

Realizados os devidos esclarecimentos acerca da interpretação da lei, retoma-se o estudo sobre os conceitos jurídicos indeterminados e a possibilidade desses serem ou não uma forma de manifestação da discricionariedade.

Quanto às formas de manifestação da discricionariedade, ou quanto às causas determinantes da discricionariedade, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> (2012, p.19-21), ensina que essa poderá decorrer: da hipótese da norma, ou seja, quando a lei definir de forma imprecisa uma situação de fato, (o motivo do ato administrativo), ou quando for omissa ao descrevê-lo; também decorrerá do comando da norma, isto é, quando a lei viabilizar ao administrador opções diferentes de conduta e, por fim, pode decorrer da finalidade da norma. A justificativa do autor para incluir a finalidade como sendo uma forma de manifestação da discricionariedade é que muitas vezes o fim público se exterioriza na norma por meio

dos conceitos indeterminados, ou seja, conceitos que ensejam entendimentos variados. Porém, o autor adverte que, muito embora a discricionariedade decorra da hipótese, mandamento ou finalidade da norma, ela não se expressará por meio destas hipóteses. Para o autor, a discricionariedade se expressará apenas em um elemento do ato administrativo, qual seja o conteúdo (objeto), isto é, somente na prática do ato, com exceção nos casos em que a lei possibilitar que a Administração não pratique o ato. Nas palavras do autor:

Por força da imprecisão do pressuposto, por força da liberdade no comando ou por força da imprecisão da finalidade – não importa – a discricionariedade vai se expressar exatamente naquele ato que foi praticado. Vai se traduzir, portanto, em última instância o conteúdo do ato (habitualmente chamado de objeto). (MELLO<sup>2</sup>, 2012, p. 21)

Considerando a incidência da discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados, é oportuno esclarecer que a discricionariedade será afastada, nos casos em que a lei trouxer conceitos de experiência ou conceitos técnicos. Isto porque, nos conceitos de experiência, a lei objetiva o emprego do sentido usual da expressão ou da palavra. Como nos termos: força maior, bons antecedentes. Nessas situações, requer a solução para o caso concreto, de acordo com critérios retirados da experiência comum. No tocante aos conceitos técnicos, a lei determina um parecer técnico para a resolução do caso, e não cabe a Administração outra atitude, senão a solução jurídica amparada pela lei. (DI PIETRO, 2014, p.225)

Se tratando de conceitos de experiência, não haverá discricionariedade, mas sim interpretação da norma, haja vista a presença de elementos objetivos, extraíveis da experiência. De outra banda, quando houver conceitos de valor, haverá discricionariedade, vez que necessária avaliação subjetiva. (CUNHA, 2013, p. 301)

Carvalho Filho (2014, p.55-56), entende que a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados, não podem ser tratados como uma unidade. Para o autor, inversamente da discricionariedade, que o legislador indica opções de conduta possíveis, viabilizando o juízo de valor do administrador, para a escolha da melhor solução, nos conceitos jurídicos indeterminados, há uma imprecisão de significado. O autor justifica a confusão entre os dois institutos, em razão de ambos não serem atividades vinculadas, vez que tanto em um quanto no outro, a lei não

apresenta padrões a serem objetivamente seguidos. Destaca ainda, que a discricionariedade tem maior amplitude no que tange o poder de escolha da Administração, e que tanto a discricionariedade quanto os casos de incidência de conceitos jurídicos indeterminados, estão suscetíveis a um controle, por meio da aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de coibir o excesso de poder.

Segundo Grotti, os posicionamentos extremos sobre o tema se revelam inapropriados. Isso vale tanto para aqueles que defendem que os conceitos indeterminados sempre ensejarão em discricionariedade, quanto para aqueles que pregam a não incidência da discricionariedade, pois se revelam como sendo posicionamentos deveras simplificados frente a um tema de tamanha complexidade. Assim, para a autora, caberá a análise caso a caso para constatar a presença ou não de discricionariedade na atuação da Administração. (GROTTI, 2012, p. 1139)

### 3.7 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

A partir da análise até então realizada é possível antever que a discricionariedade administrativa não é absoluta, mas sim limitada. Partindo dessa premissa, passa-se a entender os limites impostos à atuação discricionária da administração.

Preliminarmente, denota-se que a atividade administrativa, independentemente de ser discricionária ou vinculada, está sujeita aos ditames da lei em respeito ao princípio da legalidade, pois, como apregoa o referido princípio, a administração somente pode agir quando a lei assim a permitir.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (2012, p. 177), sintetiza a relação da administração pública com a legalidade “A atividade discricionária não dispensa a lei, nem se exerce sem ela, senão com observância e sujeição a ela”.

Assim, entre o particular e a lei há uma simples relação de não contradição; de outra sorte, entre a Administração e a lei há uma relação de subsunção. Ou seja, não cabe à Administração fazer tudo que não é proibido em lei, mas sim, fazer apenas aquilo que a lei prescreve, isto é, agir *secundum legem*. Não

haverá discricionariedade na ausência de lei que assim disponha, pois não se admite que a Administração atue sem que haja autorização prévia da lei. Vale dizer, que havendo atuação sem permissão legal, tal atuação constituirá em arbítrio, o que é inadmissível. (MELLO<sup>2</sup>, 2012, p. 13)

Nesse sentido, Di Pietro (2014, p.222) ensina: “A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta”. Igualmente atesta Onaldo Franco Jannotti (2012, p. 1192) “[...] só é possível a discricionariedade decorrente da lei, sendo inadmissível dela cogitar-se como um poder juridicamente ilimitado”.

Assim, extrapolados os limites impostos pela lei, não haverá mais discricionariedade, mas tão somente arbitrariedade. Outro limite ao exercício da discricionariedade, é a finalidade, já que não atendida à finalidade pública, o ato estará eivado pelo vício da ilegalidade.

Repise-se que a discricionariedade nunca será absoluta, mas sim, relativa e parcial. Dado que, com relação aos elementos do ato administrativo entendidos pela corrente majoritária como sendo vinculados, (conforme estudado no capítulo anterior: competência, forma e finalidade), o administrador estará vinculado ao disposto em lei. Não obstante, mesmo quando da prática de um ato discricionário, o administrador deverá respeitar o disposto em lei no que pertine a competência, forma e a finalidade. Vez que, o ato discricionário praticado por sujeito incompetente, ou não respeitar a forma estabelecida em lei, ou ainda ser praticado com finalidade dissonante ao interesse público, esse ato incorrerá em ilegalidade, sendo, portanto, um ato arbitrário. (MEIRELLES, p. 2012, p.125)

Como ensina Medauar (2010, p. 115), a discricionariedade é uma condição de liberdade atribuída ao administrador. Entretanto, trata-se de uma liberdade limitada, como também onerosa. Elucida a autora que a discricionariedade é uma liberdade vínculo e deve ser exercida nos termos da lei, em observância aos princípios que asseguram o interesse público e vedam a abusividade.

Por vezes, o motivo também será um limitador da discricionariedade conferida à Administração, como bem explicita o conteúdo da teoria dos motivos determinantes, antes abordada. Isso, porque quando da prática de um ato, sua validade dependerá da veracidade dos motivos que o ensejou. (CUNHA, 2013, p.303)

De mais a mais, a discricionariedade também será limitada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (CUNHA, 2013, p.303)

Carneiro Cunha (2013, p. 306), expõe tal limitação da seguinte maneira:

Em qualquer caso, a atividade administrativa deverá ser guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, haja vista serem inadmissíveis condutas bizarras, tomadas em desconsideração às circunstâncias factuais e às vicissitudes concretas que a hipótese encerra.

O princípio da razoabilidade, objetiva impedir o arbítrio e promover a adequação entre os meios e os fins, buscando também evitar desproporcionalidades pelo administrador. Pois, mesmo nos casos em que administração pratique um ato investido de competência discricionária, essa não poderá agir de modo a contrariar o comportamento razoável que se espera em determinada situação. (MOREIRA NETO, 2014, p. 173-176)

Nas palavras de Julieta Mendes Lopes Vareschini (2014, p.120-121):

O princípio da razoabilidade tem por escopo impedir a prática de atos incoerentes e discrepantes do razoável por parte da administração quando do exercício de sua competência discricionária. Assim, o administrador público deverá se pautar em critérios razoáveis do ponto de vista racional, sendo defesa a adoção de conduta que afronte o sendo comum de normalidade.

No tocante ao princípio da proporcionalidade, além do significado englobado ao princípio da razoabilidade, esse ainda busca um nivelamento entre os sacrifícios e os benefícios decorrentes da atividade administrativa.

Em outras palavras (VARESCHINI, 2014, p. 12):

A proporcionalidade, por sua vez, tem o intuito de evitar que a conduta administrativa seja excessiva, devendo a Administração praticar o ato na proporção suficiente à consecução da finalidade, adotando os meios mais benéficos. É a relação, portanto, entre o fim a ser alcançado e o meio adotado.

O que se pretende dizer é que estes princípios funcionam como limitadores da discricionariedade, pois também por meio deles a atuação da Administração Pública é moldada aos objetivos da lei. Sem uma atuação em observância aos princípios, muito provavelmente haveria uma atuação administrativa

mecânica, que agiria de maneira uniforme para toda e qualquer situação, e não é isso que se espera da Administração Pública. (MOREIRA NETO, 2014, p. 173-176)

Neste sentido, pode-se afirmar que em razão da subordinação da Administração Pública às leis e ao Direito, a discricionariedade também sofrerá limitações com relação aos princípios do Direito, vez que também vinculada a eles. (FREITAS, 2009, p.374)

Destarte, considerando a discricionariedade como o meio para obter a melhor solução dentre as existentes, deve-se atentar para a possibilidade de no caso concreto existir apenas uma solução conveniente e apropriada. Nesses casos, mesmo quando a Administração estiver agindo legitimamente com discricionariedade, não caberá à Administração a escolha de uma solução senão aquela. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 245)

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> (2012, p. 35):

A discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente.

Para Odete Medauar<sup>2</sup> (2012, p. 1185), são limitadores da discricionariedade: o interesse público que se busca com pratica do ato, estabelecido de forma direta ao atribuir competência, ou indiretamente pela regulamentação do órgão público; a extensão da competência; os princípios gerais do Direito (por exemplo, o princípio da igualdade); à boa administração, as orientações políticas estabelecidas por autoridades competentes, tanto para sociedade em geral, quanto para a Administração; a atuação da Administração não pode ser irracional, isto é, não pode haver contradição entre o motivo e a consequência, correspondência entre a decisão à função; e limites estatuídos pela autoridade administrativa. A autora, ainda soma ao rol, os limites relativos aos elementos do ato administrativo: regras de competência, forma, restrições quando ao conteúdo do ato (objeto), existência de motivos, finalidade de interesse público.

Portanto, é imprescindível que a atuação administrativa revista-se de juridicidade e esteja em conformidade com a lei, com a Constituição de 1988 e com o conjunto de regras e princípios que compõem o regime jurídico da Administração Pública. Sendo certo, que a discricionariedade está vinculada este conjunto de regras e princípios e conseqüentemente limitada pela Constituição Federal e pelos

direitos fundamentais. Havendo, desta forma, a imposição de um controle aos atos exercidos com discricionariedade, não sendo possível a alegação de conveniência e oportunidade para negá-lo. (VARESCHINI, 2014, p. 114)



## 4. CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

### 4.1 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Ao longo dos anos a Administração Pública se fortaleceu e com a evolução da atividade estatal, voltada para satisfação dos interesses de uma sociedade, instaurou-se a necessidade de adaptar essa realidade ao controle de tais atividades. A ideia de que toda atividade emanada do Estado submete-se a níveis de controle está diretamente ligada ao próprio Estado de Direito e tal pensamento nos remete ao princípio da separação dos poderes previsto no artigo 2º da Constituição Federal de 1988. O artigo dispõe que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário serão independentes e harmônicos entre si. Dito isto, é possível afirmar que a nenhum dos poderes serão entregue atribuições que não sejam de alguma forma controladas por outro poder. (FURTADO, 2013, p. 857)

O controle da Administração pode ser conceituado como sendo um meio de fiscalização da atividade estatal exercida pela própria Administração, pelo Legislativo, pelo Judiciário como também pela sociedade, ou seja, é a revisão da atuação administrativa. (CARVALHO, 2015, p. 376)

Maria Sylvia di Pietro (2014, p. 809) traz o seguinte conceito:

Pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exerçam os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

A partir disto, extrai-se que a finalidade do controle é garantir que a atuação administrativa esteja de acordo com os princípios a ela impostos. (DI PIETRO, 2014, p. 809)

Em outras palavras pode-se afirmar que o controle visa conferir legitimidade a atividade administrativa, adequando-a as necessidades da

coletividade de modo a garantir maior eficiência ao agir do Estado. (CARVALHO, 2015, p. 376)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 953-956) alude que a Administração Pública está sujeita ao controle interno exercido pelos próprios órgãos da Administração e externo realizados por órgãos alheios à Administração, este por sua vez divide-se da seguinte maneira: controle parlamentar direto, controle realizado pelo Tribunal de Contas e o controle jurisdicional.

Justen Filho (2014, p. 1211-124) define o controle externo como sendo um dever-poder, conferido pela Constituição Federal e instituído por Lei a determinados Poderes, tendo como finalidade a identificação e a prevenção de defeitos, bem como promover o aperfeiçoamento da atuação administrativa através de medidas específicas e necessárias para esse fim. O autor ainda ressalta que o controle externo não tem o condão de suprimir a separação dos poderes, muito menos diminuir a autonomia de cada um deles de exercer sua competência típica. Pelo contrário, qualquer um dos Poderes, não pode tomar para si a competência de outro, já que tal comportamento é vedado pela Constituição Federal.

Ao tratar do tema, Seabra Fagundes (2005, p. 124-130) ressalta que para que existisse efetiva submissão da Administração Pública ao ordenamento jurídico, houve a necessidade de criar um sistema tripartido de controlar as atividades estatais por meio do **controle administrativo, legislativo e jurisdicional**. Entende-se como controle administrativo aquele exercido pela própria Administração, denominado autocontrole e realizado de ofício. O legislativo ou parlamentar, por sua vez, é aquele exercido pelo Poder Legislativo, destinado à fiscalização da atuação administrativa sob a ótica da legalidade, conveniência e interesse coletivo. E por fim, o controle jurisdicional realizado pelo Poder Judiciário, que visa assegurar o pleno exercício de direito dos indivíduos.

Realizadas as considerações iniciais sobre o tema, prosseguir-se-á o presente estudo, exclusivamente com relação ao controle externo exercido pelo Poder Judiciário.

Pois bem. A possibilidade de o Poder Judiciário exercer controle sobre os atos administrativos encontra amparo legal na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, no princípio constitucional da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário. O referido princípio preceitua o seguinte: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Este princípio consagra o

controle jurisdicional da Administração, quando assegura ao Judiciário o encargo de proteção contra ameaça de lesão de direitos. (MEDAUAR, 2010, p.407)

No que concerne ao princípio da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário, Carvalho Filho (2014, p. 1032.) aduz:

O preceito é claro: nenhuma decisão de qualquer outro Poder que ofenda o direito, ou ameace ofendê-lo, pode ser excluída do reexame, com foros de definitividade, por órgãos jurisdicionais. A administração Pública em nenhum momento exerce função jurisdicional, de forma que seus atos sempre poderão ser reapreciados no Judiciário.

No mesmo sentido alude Lucas Rocha Furtado (2013, p. 858):

A preocupação do constituinte com a necessidade de que toda atividade administrativa esteja sujeita a controle judicial foi tamanha que admitiu o controle prévio dos atos da Administração, haja vista não apenas a lesão, mas a própria ameaça a direito estar sujeita à tutela judicial.

O controle jurisdicional, realizado sobre a atuação da Administração Pública, é em regra repressivo e trata-se do mais importante instrumento de controle da Administração. Observa-se, que é um controle realizado por magistrados, sempre por meio de provocação dos interessados, perfectibilizando-se por meio das ações judiciais, nas quais são conferidas às partes todas as garantias, como o contraditório, ampla defesa, entre outros, igualmente como as demais ações judiciais, também finalizará por uma sentença. (MEDAUAR, 2012, p.406)

Vale dizer que quando realizado pela própria Administração no exercício da autotutela (controle interno), poderá ser espontâneo ou provocado, de mérito ou legalidade. Por outro lado, quando realizado pelo Poder Judiciário (controle externo), será sempre provocado e consistirá no controle de legalidade. (GASPARINI, 2012, p. 169-170)

Sobre o tema, Matheus Carvalho (2015, p. 135) dispõe da seguinte maneira:

O ato administrativo deve ser praticado respeitando a disciplina normativa pertinente e o direito. Caso contrário, terá desobedecido à legalidade ampla e, conseqüentemente, esse ato deverá ser invalidado, por não corresponder ao disposto no sistema normativo brasileiro, quer pela própria Administração Pública editora do ato, no uso da autotutela, quer seja mediante o controle jurisdicional.

Ademais, insta salientar, que o controle jurisdicional dos atos administrativos, é exercido privativamente pelo Poder Judiciário, tendo em vista que o Brasil adota o sistema de jurisdição única, entendimento esse também fomentado pelo princípio da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário. (MEIRELLES, 2012, p. 775)

Di Pietro (2014, 827):

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada.

Carvalho Filho (2014, p. 1027), define o controle jurisdicional como sendo “[...] O poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário”. Entretanto, embora na maioria das situações haja um controle exercido sobre os atos administrativos, entende-se que a inércia da Administração em situações que houver o dever de agir, desrespeita a razoabilidade e a proporcionalidade, possibilitando também o controle jurisdicional. (MARINELA, 2015, p. 329)

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos Administrativos é de extrema relevância, tendo em vista que fica em uma posição paralela entre os interesses das pessoas públicas e das pessoas privadas, sendo assegurado desta forma, um julgamento motivado exclusivamente pela lei e pela Constituição. Sendo assim, quando houver um ato exarado pela administração que destoe do apregoado pela lei ou pela Constituição, o Poder Judiciário irá reconstituir a situação de legalidade, de modo a garantir que desde o mais modesto dos cidadãos não seja lesado pelo poderoso Estado (CARVALHO, 2014, p. 1028). Como bem destaca Juarez Freitas (2009, p. 362), o controle dos administrativos está diretamente ligado ao direito fundamental à boa administração pública.

## 4.2 A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Não pairam quaisquer dúvidas sobre o fato de que todos os atos da Administração que atentarem contra o Direito, contra a legalidade, estarão sujeitos ao controle judicial, inclusive para fins de retirá-los do ordenamento jurídico. (GASPARINI, 2012, p. 170). Todavia, com relação ao controle judicial dos atos praticados no exercício do poder discricionário, nem sempre houve um entendimento pacífico favorável. Antigamente, o entendimento que prevalecia acerca do controle judicial da discricionariedade era o de que não seria possível sua apreciação pelo Judiciário. Conforme este entendimento, o poder discricionário era inviolável e não poderia o Judiciário interferir no âmbito da discricionariedade administrativa, sob pena de desrespeito ao princípio da repartição dos poderes. (CUNHA, 2013, p.304)

Hoje não se permite um poder discricionário desmedido, sem limites. Pelo contrário, a atuação discricionária da Administração pressupõe a observância estrita à legalidade, sendo suscetível de correção pelo Poder Judiciário (CUNHA, 2013, p.305)

Neste sentido, denota-se que o ato administrativo praticado com discricionariedade da Administração Pública poderá receber um controle de modo que seja possível constatar a melhor adequação do ato com o direito à boa administração pública. (FREITAS, 2009, p. 373)

Nestes trilhos ensina Di Pietro (2014, p. 827):

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração à lei se seus atos são pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

Tendo em vista que a discricionariedade é limitada, como estudado anteriormente, o Poder Judiciário analisará se estes limites foram ultrapassados. No exercício do controle jurisdicional, observar-se-á se o ato praticado pela Administração obedeceu ao estabelecido em lei, bem como, se atendeu o interesse público, os princípios e à Constituição. Ademais, examinará pressupostos de

competência, forma, motivos e finalidade do ato praticado. (MEDAUAR, 2012, p. 1186)

Carvalho Filho (2014, p. 127) ressalta que se a Administração Pública a pretexto do exercício do poder discricionário praticar ilegalidades, acobertando-as com a legalidade de um ato discricionário, caberá o controle judicial no tocante a causa, motivo e a finalidade do ato.

Imperioso ressaltar que não há necessidade do esgotamento na via administrativa para o ingresso em juízo com a finalidade do controle da Administração (MEDAUAR, 2010, p.407). Uma vez ultrapassados os limites impostos ao poder discricionário, incumbirá ao Judiciário exercer o controle da atuação da Administração com intuito de realizar correções, a fim de amoldar esta atuação aos limites legais. No mesmo sentido, pode-se dizer que quando o ato praticado pela Administração na roupagem da discricionariedade não atingir os fins públicos, da mesma forma caberá intervenção do Judiciário para anular o ato. Sendo que nesses casos, haverá um controle em razão do desvio de finalidade ou desvio de poder. (CUNHA, 2013, p.305)

Observa-se que nesses casos haverá o exercício de controle por meio da teoria do desvio do poder. A referida tem como objetivo apurar a ocorrência de desvio de finalidade quando da prática dos atos administrativos. Para essa teoria, quando o administrador utiliza da discricionariedade para atingir um fim diferente do fim público, acontece o desvio de poder ou de finalidade. Confirmado o desvio de poder, o Judiciário (quando provocado) pode decretar a nulidade do ato. (DI PIETRO, 2014, p.226-227)

Além da teoria do desvio do poder, a teoria dos motivos determinantes (estudada no primeiro capítulo), também possibilita o exercício do controle dos atos discricionários quando os motivos indicados para a prática do ato se revelarem inverídicos. (DI PIETRO, 2012, p.226-227)

No mesmo sentido alude Leonardo José Carneiro da Cunha (2013, p. 305), ao afirmar que haverá igualmente o controle da discricionariedade Administrativa, justificadamente na teoria dos motivos determinantes. Que ocorrerá quando os motivos que ensejaram o ato não forem verdadeiros.

Seguindo esta evolução quanto à matéria discricionariedade e os limites a ela impostos, como também quanto à noção de discricionariedade, denota-se que há uma grande tendência de ampliação da abrangência do controle

jurisdicional com relação aos atos praticados com discricionariedade. Nesse sentido, e levando consideração à aplicação dos princípios, em especial o princípio da razoabilidade, é possível concluir que a ampliação do controle exercido pelo Poder Judiciário, não significa invasão ao campo de discricionariedade administrativa, mas sim, uma forma de colocar a discricionariedade em seus limites, admitindo-se que o Judiciário amplie o controle, sem que invada o campo da discricionariedade e que impeça o uso da discricionariedade para o cometimento de arbitrariedades. (DI PIETRO, 2014, p.230-231)

Vale dizer, que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade também são utilizados como formas de controle, pois impedem o excesso de poder por parte do administrador. Desta maneira, havendo atos administrativos praticados de forma desproporcional, com o pretexto de interpretação da lei, tal ato estará passível ao controle jurisdicional. (CARVALHO, 2015, p. 242)

Sendo assim, conclui-se que a doutrina é pacífica quanto à possibilidade de controle jurisdicional dos atos praticados com discricionariedade. Entretanto, adverte-se que o controle dos atos administrativos discricionários não será mínimo nem máximo, mas, proporcional (FREITAS, 2009, p 367). Desta maneira, mister a análise quanto à extensão desse controle, os limites e a possibilidade do controle do mérito administrativo que corresponde ao núcleo da discricionariedade.

#### 4.3 OS LIMITES COLOCADOS AO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

No que se refere ao alcance do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, observa-se a existência de dois posicionamentos, um que se mostra favorável ao controle jurisdicional restrito e outro que se firma na defesa do controle de forma ampla. No tocante ao controle restrito, prega-se a impossibilidade da intervenção do Judiciário nas atividades típicas do Executivo, limitando o controle somente à legalidade. De acordo com esse posicionamento, somente é possível o

controle da matéria relacionada à competência, forma e licitude do objeto. (MEDAUAR, 2010, p. 409)

Observa-se que na atualidade a justificativa da limitação do controle jurisdicional em razão do princípio da separação dos poderes perdeu a força que detinha, mais precisamente desde a Constituição de 1988. Isso porque, a Constituição Federal de 1988, atenta para a força que o Poder Executivo adquiriu ao longo dos anos, ampliou e tornou mais fácil o controle jurisdicional. (FIGUEIREDO, 2006, p. 371)

Por outro lado, o posicionamento que defende o controle amplo sustenta que, em razão do princípio da separação dos poderes, ao Judiciário é reservada a jurisdição e, assim sendo, a ele cabe o controle da Administração.

Não se trata aqui de afirmar a possibilidade de controle irrestrito do mérito do ato administrativo, conforme se verá adiante. O que parece ter sido ampliado, com base nas teorias do desvio de poder, dos motivos determinantes, e dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, entre outros, é a ideia de legalidade submetida ao controle do Poder Judiciário.

Fernanda Marinela (2015, p. 327-328), por exemplo, entende que é possível o Judiciário realizar o controle de qualquer ato, desde que seja um controle de legalidade. Todavia, a autora sustenta que este controle de legalidade será feito de forma ampla, em observância as leis, a Constituição Federal e aos princípios do Direito. O que não se permite é a análise dos pressupostos de oportunidade e conveniência, sendo incabível ao Judiciário visitar o mérito do ato administrativo.

A autora esboça o seguinte exemplo para melhor expor o tema: imagine-se um determinado município que passa por dificuldades financeiras e que necessita de uma escola e de um hospital para atender as necessidades da população, mas que dispõe de orçamento para apenas uma obra. Se nesse caso, ao realizar um juízo subjetivo sopesando a oportunidade e a conveniência, o administrador optar pela construção do hospital, entende-se que não caberia ao Judiciário realizar um controle de mérito, vez que a decisão foi tomada pelo agente dentro dos ditames legais, bem como atendeu os princípios Constitucionais. Contrária seria a amplitude da atuação do Judiciário se o administrador optasse pela construção de uma praça. Nesse caso seria possível o controle jurisdicional, em razão do respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cabendo inclusive à invalidação deste ato.



A justificativa da doutrina para adotar tal entendimento, é o fato de o administrador ser o aplicador da lei, e em razão disso a ele recai um poder de escolha. Nesse sentido, observa-se que a discricionariedade é conferida ao administrador, para que realize uma avaliação subjetiva da oportunidade e da conveniência para a prática de um ato administrativo. E por isso, não seria razoável ao Judiciário invadir este campo opinativo da administração, substituir a decisão administrativa e julgar o mérito do ato, pois, para Matheus Carvalho (2014, p. 120), tal controle excederia o campo de atuação do Judiciário.

Por seu turno, Maria Sylvia di Pietro (2014, p.828) disciplina que o controle exercido pelo Judiciário com relação aos atos praticados no exercício da competência discricionária se revela possível, todavia, há que se respeitar a zona de liberdade conferida pela lei ao administrador, para o exercício da competência discricionária. Para a autora, não é possível que o Poder Judiciário invada o espaço reservado pela lei à Administração, cabendo tão somente a exame de legalidade, isto é, apreciação dos aspectos do ato administrativo, para verificar se os limites da discricionariedade foram respeitados, ou se o ato ultrapassou estes limites e adentrou o campo da legalidade. Mas esta legalidade, segundo a autora (2014, p. 828) abrange aspectos como a moralidade e a legalidade:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da **legalidade** e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da **moralidade** (arts. 5º, inciso LXXIII, e 37). (grifo do autor)

Justen Filho (2014, p. 1203) segue uma tendência moderna da doutrina, defendendo que é possível tanto o controle jurisdicional de legalidade dos atos administrativos, quanto o controle de mérito. Entretanto, o autor afirma que o controle de legalidade será mais amplo, pois, já existem parâmetros normativos que fixam os pressupostos do ato sujeito ao controle. Por outro lado, o controle de mérito será mais restrito, pois a norma legal concede ao administrador uma margem de liberdade para a prática do ato. No entanto, o mesmo reafirma a possibilidade do controle do mérito do ato administrativo, e dispõe que para tanto, o Judiciário observará se o administrador ao praticar o ato no exercício do poder discricionário, tomou todos os cuidados, se atuou de forma a atingir a finalidade pública. O controle do mérito do ato administrativo é exemplificado pelo estudioso da seguinte

forma: Imaginemos uma situação hipotética, em que um Administrador dotado de competência discricionária para escolher as cores da frota de veículos de transporte coletivo, decide pelas cores de seu time de futebol. Tal decisão estará contaminada pelo vício de desvio de finalidade, e, portanto passível de controle pelo Poder Judiciário, ainda que o ato tenha decorrido do exercício do poder discricionário.

Ainda, de acordo com o autor, quanto à possibilidade do controle do mérito do ato administrativo (2014, p.1214):

Em última análise, aplica-se o princípio da proporcionalidade. O ato é reconhecido como defeituoso por se demonstrar que a decisão era inadequada ou desnecessária a produção do fim visado. Mas não cabe promover a desconstituição do ato sob o argumento de que o controlador teria adotado outra solução se estivesse investido de competência para tanto. Nem cabe reprovação sob o argumento de que existiam outras alternativas a escolha do titular da competência, todas elas relativas equivalentes entre si.

Para Juarez Freitas (2009, p. 370), o mérito do ato administrativo, entendido como o juízo de conveniência e oportunidade, em regra não será passível de controle judicial, mas o demérito entendido como o excesso arbitrário ou a omissão antijurídica, sempre será submetido ao controle judicial.

Meirelles (2012, p. 777-778), reforça que nem mesmos os atos administrativos exercidos mediante a competência discricionária fogem do controle jurisdicional. O autor adverte que o controle exercido pelo Judiciário não pode ultrapassar o exame de legalidade e legitimidade. A legalidade consiste na avaliação da conformidade do ato com a lei, mas a legitimidade é mais ampla, pois permite que o juiz verifique se o ato foi praticado em observância à finalidade pública, à razoabilidade, ao interesse público, entre outros. Conseqüentemente, ao identificar vícios de legalidade ou legitimidade, caberá ao Judiciário anular o ato administrativo viciado.

Matheus Carvalho (2015, p. 139), ensina que, no cenário atual do Direito brasileiro, os princípios receberam um grande destaque, sendo o exame desses, indispensáveis à atuação administrativa. Da mesma forma, e também em razão disso, o próprio controle judicial dos “atos discricionários”, inegavelmente se ampliou. Isto porque, a própria ideia acerca da discricionariedade se ampliou, tanto é que nos remete a aceitação dos conceitos indeterminados como uma modalidade da atuação discricionária da Administração, bem como o respeito às teorias, dos

motivos determinantes e do desvio de poder, e conseqüentemente o exercício de um controle judicial mais férreo surgiu. Nesse sentido, o autor entende por uma possibilidade do exame de mérito pelo juiz, ainda que de forma limitada. Para o autor, não caberá ao Judiciário modificar o mérito, mas sim, apreciá-lo, de modo a verificar sua compatibilidade com o direito e com os fins do ato. Em outras palavras, entende-se como sendo possível, um controle amplo de legalidade sobre o mérito do ato, não se admitindo a invasão ao mérito, mas, a apreciação dos limites da discricionariedade.

Para explicitar o entendimento acima, colaciona-se o seguinte exemplo: Havendo conceitos jurídicos indeterminados, o administrador decidirá de acordo com os interesses públicos, porém dentro do limite da incerteza trazida pelo conceito. Contudo, se o administrador ultrapassar o limite a ele imposto, quando do exercício do poder discricionário, o ato estará sujeito a anulação. (CARVALHO, 2015, p.242)

Em suma, entende-se que o Poder discricionário é atribuído à Administração Pública e não cabe ao Judiciário alterar a atitude realizada por esta sob os critérios de oportunidade e conveniência (CUNHA, 2013, p.304). Em outras palavras, o controle judicial exercido sobre os atos administrativos será sempre de legalidade, mesmo que seja de forma ampla. Ou seja, o Poder Judiciário, revisará os atos da administração, sempre que esses apresentarem ilegalidades, dissonância com a ordem legal e/ou Constitucional, cabendo ao Judiciário declarar a invalidação, impedindo que continuem a produzir efeitos. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1032)

Outra questão a ser abordada com relação aos limites do controle judicial diz respeito à fonte da discricionariedade. Conforme se viu em tópico anterior, a doutrina moderna entende que a discricionariedade administrativa envolve o mérito (oportunidade e conveniência) e os conceitos jurídicos indeterminados. Há, portanto, uma discricionariedade em sentido amplo conjugada com a interpretação dos princípios do Direito. Portanto, a própria discricionariedade na atualidade é visualizada por outras lentes. Tal esclarecimento é extremamente relevante para que se possa entender o controle judicial dos atos administrativos. (CARVALHO, 2015, p. 136)

No tocante ao controle jurisdicional quando da existência de conceitos indeterminados, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>2</sup> (2012, p.31) afirma que não se pode definir a discricionariedade como uma margem de liberdade que impeça o

controle externo ou interno de legalidade do ato, para o fim de verificar se a interpretação das palavras realizada pelo administrador, não excedeu o campo significativo possível.

E assim sendo, surge uma indagação. Até que ponto este controle pode chegar, quais os limites do controle externo realizado pelo Poder Judiciário?

Na busca dos limites para o controle da discricionariedade presente nos conceitos indeterminados, CUNHA (2013, p.306) sustenta que nos casos em que o administrador se depara com conceitos indeterminados de experiência ou empíricos, deverá se valer tão somente da interpretação legal para correta prática do ato, não se podendo se utilizar do juízo subjetivo. Nesses casos, indiscutivelmente haverá um controle jurisdicional amplo. Todavia, na incidência de conceitos de valor, que dependam de um juízo subjetivo do administrador, o controle judicial se limitará ao controle dos elementos vinculados do ato (competência, finalidade, forma). Porquanto se assim não o fosse, o Judiciário estaria substituindo a Administração no que lhe cabe, haja vista que a discricionariedade consiste na possibilidade de liberdade de escolha do administrador, pela providência que julgar mais adequada, conforme os critérios de oportunidade e conveniência, portanto, não seria razoável o Judiciário intervir nessa esfera fazendo às vezes da Administração.

Nesse sentido também o posicionamento de Odete Medauar (2010. p.411-412) que ressalta as seguintes consequências derivadas do controle judicial do ato administrativo: a suspensão de atos ou atividades, a anulação de atos, a imposição de fazer, a imposição de não fazer, a imposição de pagar e a imposição de indenizar ou ressarcir.

Já com relação ao controle jurisdicional do mérito administrativo, conforme se viu, a doutrina se mostra quase pacificada no sentido de que não é possível o Judiciário realizar o controle do mérito administrativo. Todavia, gradativamente se amplia a ideia da legalidade submetida ao controle judicial.

Sendo assim, imperioso ressaltar que a má atuação da Administração Pública não transmite ao órgão controlador o poder de edição dos atos administrativos. O que acontecerá com o ato submetido ao controle jurisdicional será uma desconstituição negativa deste ato, por exemplo, ordenar a extinção de um ato. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1213). Ademais, demonstrado o entendimento doutrinário sobre o tema, passa-se a exposição do entendimento dos Tribunais Superiores.

#### 4.4 O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Percorrido todo o caminho dos atos administrativos, da discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional com base na doutrina, busca-se por fim, realizar uma breve análise do posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o controle jurisdicional da discricionariedade dos atos administrativos, sobretudo o entendimento sobre o controle do mérito administrativo.

Para tanto, colaciona-se ao presente trabalho alguns julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a fim de verificar se o entendimento dos Tribunais Superiores está em consonância com o até então esboçado pela doutrina pátria.

Do Superior Tribunal de Justiça colhe-se a seguinte decisão:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROFESSOR UNIVERSITÁRIO. LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSE PARTICULAR. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. 1. Embora, em regra, não seja cabível ao Poder Judiciário examinar o mérito do ato administrativo discricionário - classificação na qual se enquadra o ato que aprecia pedido de licença de servidor para tratar de interesse particular -, não se pode excluir do magistrado a faculdade de análise dos motivos e da finalidade do ato, sempre que verificado abuso por parte do administrador. 2. Diante de manifesta ilegalidade, não há falar em invasão do Poder Judiciário na esfera Administrativa, pois é de sua alçada o controle de qualquer ato abusivo, não se podendo admitir a permanência de comportamentos administrativos ilegais sob o pretexto de estarem acobertados pela discricionariedade administrativa. 3. No caso dos autos, os motivos elencados pela Administração na recusa de licença ao professor universitário para tratar de interesse pessoal eram inidôneos, pois se apoiaram em elementos inverossímeis, sendo ausente, ademais, eventual prejuízo ao interesse público. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no REsp: 1087443 SC 2008/0197735-4, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 04/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/06/2013)

No julgado supra, observa-se que há uma típica manifestação de ato praticado mediante a competência discricionária. A situação exposta diz respeito ao pedido de licença de um servidor público, para tratar de interesses particulares, que foi submetido à apreciação da Administração Pública para o fim de conceder ou não

a licença. No caso em comento, o servidor obteve a negativa da Administração e em razão disso acionou o Poder Judiciário.

No caso em tela o Superior Tribunal de Justiça, mais precisamente a Quinta Turma, entendeu que, muito embora em regra não caiba ao Poder Judiciário o exame de mérito do ato administrativo discricionário, cabe ao magistrado o exame dos motivos e da finalidade do ato. Sendo que no referido caso o Superior Tribunal de Justiça entendeu que os motivos esboçados pela Administração para negar a licença ao servidor eram inidôneos e, em razão disto, reconheceu a ilegalidade do ato, bem como entendeu pela inexistência de prejuízo ao interesse público. Entendeu-se também que o controle jurisdicional exercido no caso em comento não configurou invasão na esfera Administrativa, pois cabe ao Judiciário exercer o controle de atos abusivos.

Denota-se que como forma de controle foram utilizadas a teoria dos motivos determinantes e a teoria do desvio de poder. Vez que constatado que os motivos que ensejaram o ato administrativo discricionário eram inidôneos e a inexistência de prejuízo ao interesse público em conceder a licença ao servidor, clara a legalidade do controle jurisdicional.

Adiante, outro julgado, agora da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUTONOMIA DAS INSTÂNCIAS. DESNECESSIDADE DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. PROPORCIONALIDADE DA PENALIDADE DE DEMISSÃO. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A esfera administrativa só se subordina à penal na hipótese de sentença criminal absolutória que reconheça a não-ocorrência do fato ou negue a sua autoria, o que não é o caso dos autos. Precedentes. 2. Sobre o exame da razoabilidade e da proporcionalidade da pena aplicada em sede de processo administrativo disciplinar, este Superior Tribunal de Justiça, especialmente por sua Primeira Seção, possui o posicionamento de que a análise, em concreto, do malferimento desses princípios enseja indevido controle judicial sobre o mérito administrativo, eis que cabe ao Poder Judiciário apenas apreciar a regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Precedentes. 3. Ainda que se adote, em contraponto, a tese de que "não há confundir a análise do mérito administrativo, que é de exclusividade da Administração por exigir juízo de valor acerca da conveniência e oportunidade do ato, com o exame de eventual ofensa ao princípio da proporcionalidade, que acarreta na ilegalidade e nulidade do ato e, portanto, é passível de ser examinada pelo Poder Judiciário" (REsp 876.514/MS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 08/11/2010), observo que não há motivos para infirmar as conclusões adotadas pela autoridade apontada como coatora no

mandado de segurança. 4. A falta disciplinar imputada ao servidor, na hipótese, é de ter cometido os crimes de prevaricação e inserção de dados falsos em sistema de informações, ao deixar de promover o regular andamento de processo de Execução Fiscal, no qual figurava como executado. 5. Não houve violação, na espécie, aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, uma vez que a sanção é medida exigível e necessária, diante da gravidade das condutas perpetradas pelo servidor, tampouco a medida é excessiva ou se traduz em resultado indesejado pelo sistema jurídico. 6. Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg no RMS: 36958 RO 2012/0011355-4, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 18/02/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2014)

Trata-se aqui de um ato administrativo que resultou na demissão de um servidor público após regular processo administrativo disciplinar.

Irresignado com a medida tomada pela Administração Pública, o servidor ingressa com Mandado de Segurança a fim de reverter a pena de demissão a ele imputada. Para tanto, alega que o ato administrativo que ensejou a sua demissão foi injusto e excessivo, tendo em vista a inexistência de condenação penal no mesmo sentido para o caso em questão.

Ao analisar esta controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça frisou que não há justificativa para subordinação da esfera administrativa à esfera penal no presente caso. No tocante as alegações de excesso e injustiça da Administração, o Tribunal entendeu pela não violação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A Segunda Turma entendeu que a análise em concreto da pena aplicada ao servidor em processo administrativo disciplinar, no tocante a razoabilidade e proporcionalidade sob a perspectiva de verificação de violação atais princípios, ensejaria um controle Judicial indevido, vez que o entendimento da Turma se fixou no sentido de que ao Poder Judiciário cabe apenas à análise sob a ótica do contraditório e da ampla defesa. Todavia, a Turma considera que, ainda que adotada a tese que defende que o exame de mérito administrativo e o exame de proporcionalidade e razoabilidade dos atos administrativos não se confundem, no caso em análise não haveria desrespeito a estes princípios, tendo em vista a gravidade da conduta praticada pelo servidor.

Outro julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IPI. ALÍQUOTA ZERO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA COMPOSIÇÃO QUÍMICA DA MATÉRIA-PRIMA

UTILIZADA NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS. REQUERIMENTO DE PROVA PERICIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DEFERIMENTO OU INDEFERIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 18 DO DECRETO N. 70.235/72. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO. 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 131, 458 e 535, inc. II, do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte. 2. Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade. Lições doutrinárias. 3. Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, caput). 4. Dessa forma, por mais que o art. 18 do Decreto n. 70.235/72 diga que, em processo administrativo fiscal, a autoridade competente pode indeferir os pedidos de perícia formulados pelo interessado sempre que considerá-los prescindíveis para o deslinde da questão, se o Judiciário, apreciando pretensão ventilada pelo contribuinte, observa que "[a] matéria objeto do auto de infração envolve conhecimentos técnicos específicos que implicam no necessário auxílio de produção de prova pericial, pois se discute a composição química da matéria-prima e dos produtos industrializados pela impetrante, para fins de comprovação de que estariam sujeito à alíquota zero" (fl. 214), então, por meio do controle de legalidade, o pedido de produção de prova deve ser deferido. 5. Note-se que a subsunção de determinado insumo ou matéria-prima ao regime de alíquota zero, isenção ou não-tributação não é uma questão de conveniência e oportunidade da Administração, vale dizer, se o produto está enquadrado na hipótese fática descrita na lei, então devem incidir as consequências nela previstas. 6. Se o único modo de se demonstrar o cumprimento do substrato fático da norma é através da realização de perícia (conforme conclusão da origem), fica fácil concluir que eventual oposição da Administração acaba violando o direito subjetivo constitucional do administrado-contribuinte ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV). 7. Na verdade, mais do que malferir o citado dispositivo constitucional, a Administração fere a própria regra vertida pelo art. 18 do Decreto n. 70.235/72 (que supostamente embasaria sua pretensão recursal), pois ficou constatado que não há caso de prescindibilidade da prova pericial - ao contrário, ela é decisiva. Como dito anteriormente, tem-se aqui clássica situação em que, a pretexto de um juízo de conveniência e oportunidade, o Poder Público acaba indo de encontro à legalidade. 8. Recurso especial não-provido. (STJ - REsp: 778648 PE 2005/0146395-7, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 06/11/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2008)

O caso acima exposto refere-se ao recurso interposto pela Administração Pública da decisão Judicial que determinou produção de prova pericial em processo administrativo, outrora negada pelo ente Público. A administração fundamenta seu recurso sob a alegação de existir violação à discricionariedade Administrativa, haja vista que a negativa quanto à produção de



prova pericial no processo administrativo, se pautou nos critérios de oportunidade e conveniência, não cabendo, portanto, ao Judiciário intervir.

Pois bem. O Superior Tribunal de Justiça ao apreciar a referida demanda esboçou entendimento no sentido de ser possível o Judiciário analisar o mérito administrativo (que corresponde à conveniência e oportunidade), sempre que esta extrapolar os limites de razoabilidade. Isto porque, para a Turma julgadora, um ato administrativo discricionário que extrapolar a razoabilidade violará a própria legalidade, e como é sabido, a atividade Administrativa deve ser pautada pela legalidade, daí a possibilidade de controle.

Neste sentido, entendeu-se que em processo administrativo cabe à Administração negar a produção de prova pericial quando considera-las desnecessárias para a resolução da questão em debate, todavia no caso em apreço, o Superior Tribunal de Justiça entendeu diferentemente da Administração pela necessidade de produção de prova pericial, e utilizando-se do controle de legalidade a deferiu, contrariando o decidido administrativamente.

Nota-se neste caso a realização de controle jurisdicional sob o enfoque da legalidade sobre ato administrativo discricionário, conforme defendido pela doutrina, como outrora estudado.

Passa-se à análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NA APELAÇÃO CÍVEL. PROMOÇÃO POR ATO DE BRAVURA, DECRETO Nº 666/64. INDEFERIMENTO POR ADMINISTRATIVA. ATO EXCEPCIONAL DE BRAVURA NÃO CARACTERIZADO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE DE LEGALIDADE DE ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA ISONOMIA PRESERVADO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Como cediço, é defeso ao Poder Judiciário adentrar no mérito dos atos administrativos, salvo quando restar comprovada alguma violação aos princípios da legalidade ou da isonomia, de modo que, ausente a comprovação de qualquer vício que macule o ato administrativo impugnado, torna-se inviável qualquer manifestação do Poder Judiciário acerca do mérito da decisão administrativa que, embora tenha reconhecido a grandeza da ação praticada pelo militar, negou a promoção pretendida por entender que o ato por ele praticado não configura ato excepcional de bravura a assegurara a promoção pleiteada com arrimo no Dec. 666/64. 2. Em que pese a contribuição do militar para a detenção do criminoso, verifica-se que sua atuação não reúne todos os elementos necessários à configuração do ato de bravura, de modo que sua iniciativa não ultrapassou as atribuições simplificadas da carreira militar, impossibilitando, assim, à Administração Pública reconhecer o pleito promocional decorrente do fato narrado na inicial. 3. Agravo que se nega provimento.” (eDOC 4, p.3) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação ao artigo 5º, II, XXXV e LV, do texto constitucional. Alega-se que o

acórdão recorrido violou os princípios da legalidade e da isonomia, na medida em que teria tratado situações idênticas de modo distinto. Decido. A irresignação não merece prosperar. Inicialmente, verifico, na petição de recurso extraordinário, a ausência de preliminar formal e fundamentada de repercussão geral, pressuposto de admissibilidade do recurso (art. 543-A, § 2º, do CPC). O STF, no julgamento do AI-QO 664.567, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 6.9.2007, decidiu que o requisito formal da repercussão geral será exigido quando a intimação do acórdão recorrido for posterior a 3.5.2007, data da publicação da Emenda Regimental nº 21 do STF, o que ocorre no presente caso. Ademais, não se verifica, in casu, violação ao princípio da isonomia, uma vez que a concessão da promoção por ato de bravura está submetida à avaliação discricionária da Administração Pública quanto aos atos individuais de cada servidor. Nesses termos, o acórdão recorrido abordou, ao não adentrar o mérito administrativo, o princípio da separação dos Poderes e os demais dispositivos tidos por violados. Ainda que assim não fosse, para se concluir pela ocorrência da alegada ofensa aos princípios da isonomia e da legalidade ou se o ato praticado pelo recorrido foi realmente idêntico ou equivalente aos realizados pelos outros militares que teriam sido promovidos, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos. Tal providência é vedada em sede de recurso extraordinário a teor da Súmula 279 do STF, que assim dispõe, verbis: “Para simples reexame da prova não cabe recurso extraordinário”. Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar-lhe provimento (arts. 21, § 1º do RISTF e 544, § 4º, II, “a”, do CPC). Publique-se. Brasília, 5 de julho de 2013. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente (STF – ARE: 732536 ES, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 05/07/2013, Data de Publicação: DJe-150 DIVULG 02/08/2013 PUBLIC 05/08/2013)

O presente caso refere-se a um ato administrativo discricionário, que consistiu no indeferimento ao pedido de promoção formulado por um servidor público. O pedido de promoção se deu em razão do ato praticado por esse, um policial militar, quando realizou a detenção de um indivíduo. Todavia, a negativa da Administração ocorreu em razão desta entender que o ato praticado pelo servidor, embora fosse grandioso, não configurava um ato excepcional de bravura.

O servidor inconformado com a decisão administrativa aciona o Poder Judiciário, a fim de obter sua reforma, sob a alegação de ofensa ao princípio da isonomia e ao princípio da legalidade. O Supremo, por sua vez, entendeu inexistir ofensa aos princípios acima mencionados, tendo em vista que a concessão de promoção por ato de bravura deve ser submetida a uma avaliação discricionária da Administração Pública e neste caso não houve qualquer exercício arbitrário do poder conferido à Administração Pública.

Da análise do presente julgado, observa-se que o Supremo Tribunal Federal entendeu como sendo proibido ao Poder Judiciário invadir o mérito administrativo, exceto quando for comprovada ofensa aos princípios da legalidade

ou da isonomia. Tal posicionamento se deu em razão da inexistência de ofensa a tais princípios.

Nesta sequência, passa-se a análise de outro julgado do Supremo Tribunal Federal:

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Concurso público. Ato administrativo ilegal. Controle judicial. Possibilidade. Candidata aprovada dentro do número de vagas previstas no edital. Direito à nomeação. Análise de cláusulas de edital. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. Não viola o princípio da separação dos poderes o controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos. 2. O Plenário da Corte, ao apreciar o mérito do RE nº 598.099/MS-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito subjetivo à nomeação. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, a análise das cláusulas de edital de concurso público e o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência das Súmulas nºs 454 e 279. 4. Agravo regimental não provido. (STF - RE: 733110 RS, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 17/09/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-226 DIVULG 14-11-2013 PUBLIC 18-11-2013)

O caso supra se refere a um ato administrativo reconhecido como sendo ilegal, e em razão disto submetido ao controle jurisdicional. A demanda se justificou pelo fato de um candidato classificado em primeiro lugar em determinado concurso público, não nomeado no período de validade do concurso. Em razão disto o referido acionou o Judiciário, obtendo do Tribunal de origem posicionamento no sentido de que, candidato aprovado dentro do número das vagas tem direito subjetivo à nomeação. Em sua defesa em sede recursal, a Administração alegou que a decisão do Tribunal violou o princípio da separação dos poderes, ao reconhecer o direito à nomeação do candidato.

Todavia o Supremo Tribunal Federal manteve a decisão recorrida, fundamentando sua decisão no entendimento pacífico da primeira Turma, de que o controle Judicial de legalidade sobre os atos administrativos não configura violação do princípio da separação dos poderes.

Dá análise do presente julgado, denota-se entendimento favorável do Supremo Tribunal Federal quanto ao controle de legalidade sobre os atos administrativos e, ainda, que este controle não fere o princípio da separação dos poderes quando se tratar de controle de legalidade.

Outro julgado do Supremo Tribunal Federal:

Recurso extraordinário com repercussão geral. 2. Concurso público. Correção de prova. Não compete ao Poder Judiciário, no controle de legalidade, substituir banca examinadora para avaliar respostas dadas pelos candidatos e notas a elas atribuídas. Precedentes. 3. Excepcionalmente, é permitido ao Judiciário juízo de compatibilidade do conteúdo das questões do concurso com o previsto no edital do certame. Precedentes. 4. Recurso extraordinário provido (RE 632853, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 23/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 26-06-2015 PUBLIC 29-06-2015)

O exposto acima tratou de um caso de repercussão geral que diz respeito à possibilidade do Poder Judiciário intervir e realizar controle jurisdicional sobre os atos administrativos praticados com o fim de avaliar questões de concursos públicos. Isto porque, a decisão recorrida anulou questões de uma determinada prova, por considerar que as mesmas apresentavam mais de uma resposta correta e por considera que o examinador utilizou doutrinas diferentes daquelas sugeridas no edital do então concurso Público. Em razão disto a Fazenda Estadual interpôs recurso alegando em síntese a violação ao princípio da separação dos poderes e a impossibilidade do Poder Judiciário adentrar ao mérito dos atos administrativos, que no presente caso se tratava dos critérios de avaliação e correção de questões de uma prova de concurso público.

Pois bem. O Supremo Tribunal Federal acatou os argumentos esposados pela Fazenda e entendeu que no presente caso houve invasão ao mérito administrativo e violação ao princípio da separação dos poderes, por considerar que o Judiciário renovou nas correções das referidas questões. O Supremo reconheceu que a decisão recorrida substituiu o ato praticado pela banca examinadora, e ainda que a substituição da correção realizada administrativamente extrapolou o controle de constitucionalidade e de legalidade, sendo tal prática contrária à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O Tribunal Superior adverte ainda que o controle jurisdicional realizado mediante aplicabilidade dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser exercidos com cautela pelo Judiciário, tendo em vista que a decisão recorrida se pautou equivocadamente em tais princípios para substituir a correção realizada pela banca examinadora.

Uma das justificativas para tal posicionamento da Suprema Corte se dá em razão de não ser da alçada do Judiciário a interpretação de livros técnicos e especializados, mas sim função da banca examinadora, cabendo ao Poder

Judiciário nos casos de controle de concurso público o papel de fiscalização quanto ao cumprimento do edital. Decidiu-se, deste modo, pela impossibilidade de o Poder Judiciário substituir a Administração Pública nos critérios de correções de questões em concursos públicos.

Mediante a análise dos julgados supramencionados, é de ser verificar que o entendimento fixado na doutrina em entender como sendo possível o controle da discricionariedade dos atos administrativos, com escopo nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, nas teorias dos motivos determinantes e desvio de finalidade, bem como na legalidade, não destoam do posicionamento dos Tribunais Superiores, que também se inclinam em favor deste controle.

Muito embora se trate de uma breve análise de alguns julgados, denota-se que na atualidade é pacífico o entendimento favorável ao controle jurisdicional da Administração Pública, sendo que com relação a apreciação do mérito administrativo, denota-se que o entendimento possui algumas nuances, tanto na doutrina quanto nos Tribunais. Porém, é certa a impossibilidade de adentrar ao mérito administrativo, ressalvados os casos de análise pela perspectiva da legalidade, grandemente ampliada na atualidade, haja vista a submissão da atividade administrativa a estrita observância legal.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo a apresentação do entendimento doutrinário acerca dos atos administrativos, seus elementos, sobretudo os atos praticados mediante a competência discricionária e o controle jurisdicional destes.

Para tanto, foi exposto o entendimento de vários nomes do Direito Administrativo, sendo que, no decorrer da pesquisa, foi possível observar divergências doutrinárias em alguns dos pontos abordados. Inicialmente, a divergência se deu com relação ao conceito de ato administrativo, tendo em vista a inexistência de uma conceituação legal para o instituto.

A frente, prosseguiu-se o estudo acerca dos elementos do ato administrativo e novamente foi verificado um desacordo entre os doutrinadores. Primeiramente, quanto à nomenclatura do instituto, havendo quem denomine elementos, requisitos ou pressupostos. Sendo que para o desenvolvimento do presente, procedeu-se a pesquisa adotando a expressão “elementos do ato administrativo”, em consonância com o entendimento majoritário. As divergências sobre o tema continuaram quando se buscou explanar todos os elementos que integram o ato administrativo. Todavia, por questões didáticas e seguindo novamente a corrente dominante, prosseguiu-se o estudo dos elementos, levando em conta a estruturação dada pela Lei nº 4.717/65, artigo 2º, que considera como elementos do ato administrativo: Competência, Finalidade, Forma, Motivo e Objeto.

Ainda, com relação aos atos administrativo, foi explorada a teoria dos motivos determinantes quando do estudo do elemento motivo e destacada a importância desse, máxime diante da vinculação do ato administrativo com os motivos que ensejam a sua prática.

A partir de então, o estudo se direcionou à noção da discricionariedade administrativa, tendo em vista que o foco se deu com relação aos atos praticados mediante a competência discricionária da administração.

Referente à discricionariedade administrativa, buscou-se inicialmente demonstrar a diferença entre esta e a vinculação, como também se explanou acerca

do conceito da discricionariedade, seus fundamentos, assim como a justificativa para a sua existência.

Neste ponto, se teve o cuidado em destacar a diferença entre a discricionariedade e o arbítrio, tendo em vista que recorrentemente há confusão entre estes institutos, sendo destacado, sobretudo, a legalidade da primeira em detrimento à segunda, que corresponde à ilegalidade. Da mesma maneira, foi ressaltado que a discricionariedade não é um defeito da lei, mas sim uma forma que o legislador encontrou para garantia de uma ótima atuação, quando da impossibilidade de previsão legal para todo e qualquer situação.

No referido capítulo, foi realizada uma ponte entre o assunto explorado no primeiro, quando abordada a discricionariedade nos elementos do ato administrativo, isto é, realizou-se uma análise para destacar a presença da discricionariedade em cada um dos elementos. Com relação a esta temática, foi possível observar novamente a presença de divergência na doutrina, em que a corrente majoritária e tradicional entende que haverá discricionariedade nos elementos motivo e objeto. Em contrapartida, a doutrina moderna relativiza esta visão, se revelando mais maleável e admitindo a presença da discricionariedade nos elementos tidos como vinculados pela corrente tradicional, especialmente quanto à finalidade pois atualmente cresce o entendimento que poderá ser um elemento discricionário.

Em seguida, realizou-se uma análise entre a relação do mérito administrativo e a discricionariedade. Explorou-se, também, as hipóteses que correspondem ao mérito administrativo, em que foi possível verificar que na atualidade o seu conceito foi ampliado, pois, anteriormente o mérito administrativo era considerado somente a conveniência e oportunidade enquanto hoje grande parcela da doutrina se manifesta no sentido de que os conceitos jurídicos indeterminados conferem discricionariedade à atuação da Administração Pública.

Ademais, buscou-se demonstrar a diferença entre interpretação normativa e discricionariedade. Verificou-se que, em havendo mera interpretação legal, não haverá discricionariedade e nos casos de conceitos jurídicos indeterminados existirá discricionariedade e não interpretação normativa. Entretanto, foram demonstrados entendimentos contrários a esse, que por sua vez não possuem força.

Ao final do segundo capítulo, demonstrou-se as maneiras de limitação da discricionariedade. Neste momento, reforçou-se a ideia da estrita observância legal para a atuação administrativa e a submissão da Administração à lei, entendendo que esta é a maior limitadora da discricionariedade. Da mesma maneira, foi possível observar a presença dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como limitadores, além do interesse público.

Além disso, demonstrou-se a existência de duas teorias criadas pela doutrina, que são instrumentos eficazes de controle jurisdicional, quais sejam: a teoria dos motivos determinantes e do desvio de poder.

Em seguida, ao adentrar no controle judicial dos atos administrativos exercidos mediante a competência discricionária da administração, foi percorrido o seguinte caminho: a possibilidade do controle jurisdicional da discricionariedade, os limites deste controle, a possibilidade do controle do mérito administrativo, para ao final expor o entendimento dos Tribunais Superiores, a fim de viabilizar um entendimento sólido sobre o tema, com o confronto do entendimento da doutrina com a jurisprudência.

Quanto ao controle judicial dos atos administrativo, demonstrou-se sua previsão constitucional, mediante o princípio da inafastabilidade do controle pelo Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal) e sua correlação com o princípio da separação dos poderes.

O proposto inicialmente neste trabalho foi constatar a possibilidade do controle do Poder Judiciário nos “atos administrativos discricionários”. Sendo que após a pesquisa doutrinária e jurisprudencial, foi possível concluir pela possibilidade do controle da discricionariedade administrativa, sendo esta possibilidade unânime na doutrina, e também um entendimento consolidado nos Tribunais Superiores. Todavia, embora ampliada a ideia de controle de legalidade, constatou-se pela impossibilidade do controle judicial do mérito do ato administrativo com vistas à substituição das decisões da Administração Pública. Foi possível verificar que ao Judiciário é vedado invadir o mérito administrativo, que consiste na liberdade conferida pela lei ao administrador para exercer sua função típica. Por essa razão, inviável uma “intromissão” pelo Poder Judiciário tendo em vista também a separação dos poderes e o dever de harmonia entre cada um deles, cabendo ao Judiciário tão somente o controle de legalidade.



Desta forma, ressalta-se que embora tenha se realizado uma pesquisa com o fim de fixar um entendimento acerca da discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional, mediante a revisão bibliográfica e a análise de julgados do STF e STJ, revela-se de suma importância salientar, que o presente estudo não teve a intenção de esgotar o assunto, que por sinal já vem sendo debatido na doutrina há tempos, por grandes estudiosos do país e do estrangeiro. Todavia, o proposto no presente trabalho foi atingido, quando da constatação da possibilidade do controle judicial dos atos discricionários e os seus limites, sendo possível ainda, verificar a tendência da doutrina em ampliar o controle judicial dos atos administrativos, sobretudo mediante a análise dos princípios do Direito e as teorias do desvio do poder e dos motivos determinantes.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19ª ed. São Paulo: Método, 2011.

BRASIL. Constituição (1988), Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília.

BRASIL, Lei 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Brasília.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.087.443 -SC (20080197735-4). Agravante: Universidade Federal de Santa Catarina. Agravado: Edmundo Lima de Arruda Júnior. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, 04 de junho de 2013.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança nº 36.958 -RO (20120011355-4). Agravante: Márcio Aparecido Miguel. Agravado: Estado de Rondônia. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, 18 de janeiro de 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 778.648 - PE (2005/0146395-7). Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Lobortecne Ltda. Relator: Mauro Campbell Marques. Brasília, 06 de novembro de 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário com Agravo nº 732.536 - ES. Recorrente: Saulo Rodrigues. Recorrido: Estado do Espírito Santo. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 05 de julho de 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 733.110 - RS (2005/0146395-7). Agravante: Estado do Rio Grande do Sul Nacional. Agravado: Marlusa Klimek Netto de Moraes. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 17 de setembro de 2013.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 632.853 – Recorrente: Recorrido: Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 23 de abril de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27ª ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Controle Judicial do Poder Discricionário. In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo. Controle da Administração, Processo Administrativo e Responsabilidade do Estado**. V. III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos Atos Administrativos Pelo Poder Judiciário**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo. Atos Administrativos, Bens Públicos e Intervenção Administrativa na Propriedade**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JANNOTTI, Onaldo Franco. Conceitos Indeterminados e Origem Lógico-Normativa da Discricionariedade. In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo. Atos Administrativos, Bens Públicos e Intervenção Administrativa na Propriedade**. V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Primeira Obra. Direito Administrativo Moderno.** 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. **Segunda Obra. Poder Discricionário da Administração** In: Di Pietro, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo. Atos Administrativos, Bens Públicos e Intervenção Administrativa na Propriedade.** V. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 38<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Primeira Obra. Curso de Direito Administrativo.** 29<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_. **Segunda Obra. Discricionariedade e Controle Jurisdicional.** 2<sup>a</sup> ed. 11<sup>a</sup> tiragem. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo.** 16<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionariedade Administrativa. Uma Releitura a Partir da Constitucionalização do Direito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZANCANER, Weida. **Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos.** 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2008.