

# DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E SEUS LIMITES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Adriana Mildenberger <sup>1</sup>

## Resumo

O referido artigo tem como escopo um estudo sobre a discricionariedade administrativa, procurando demonstrar como esta é vislumbrada pela doutrina, bem como os limites a ela inerentes e o seu controle judicial. Para um bom entendimento do tema, faz-se necessário saber o que vem a ser esta discricionariedade. Pretende-se assim, inicialmente delinear uma breve noção conceitual do tema, e em seguida sua relação com o poder vinculado, ou seja, com os limites existentes na lei, enfatizando-se assim os princípios da Legalidade e da Juridicidade. Posteriormente tecer considerações acerca do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Por fim, apresentar uma posição breve em relação ao tema tão discutido doutrinariamente e o seu exercício pela Administração Pública.

**Palavras-Chaves:** Discricionariedade. Administração Pública. Poder Discricionário. Limites e controle da Discricionariedade.

## Abstract

This article is a study on the scope of administrative discretion, trying to demonstrate how this is envisioned by the doctrine and the limitations inherent to it and its judicial control. For a good understanding of the topic, it is necessary to know what has to be this discretion. The aim is to initially outline a brief conceptual notion of the subject, and then their relationship with the power bound, ie with the existing limits in the law, thus emphasizing the principles of legality and legality. Later some considerations about the jurisdictional control of discretionary administrative actions. Finally, we present a short position in relation to the subject as discussed doctrinally and the exercise by the Government.

**Key Words:** Discretion. Public Administration. Discretionary power. Limits and Control of Discretion.

## INTRODUÇÃO

Dentre os poderes conferidos à administração pública está o Poder Discricionário, assim, faz-se necessário um estudo do que venha ser este poder e a sua aplicação no cotidiano do administrador público.

O intuito deste estudo é apresentar os conceitos que a doutrina apresenta sobre o tema em voga, bem como é necessário delinear os limites de aplicação pelo administrador que em um primeiro momento deve cumprir com o poder vinculado, quer seja, fazer apenas o que a lei determina. Porém sabe-se que a lei também apresenta falhas, apresenta lacunas e interpretações diversas.

Na esfera administrativa, portanto, entra a questão da conveniência e da oportunidade do ato praticado, quer seja aplica-se o poder discricionário, de forma a garantir o princípio da supremacia do interesse público.

Cabe ainda ressaltar que os limites que são expressos a esta discricionariedade também estão diretamente ligados aos princípios da administração pública, quer sejam Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Pois o ato administrativo discricionário estará nas margens da legalidade, deverá cumprir com o interesse da coletividade não

---

<sup>1</sup> Advogada; Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná - UFPR; Assessora Jurídica do Consórcio Intermunicipal de Saúde da Região AMCESPAR – CIS AMCESPAR; Assessora Jurídica do Consórcio Intermunicipal de Saúde Paraná Centro – CIS PARANÁ CENTRO; e-mail: [mildenberger@hotmail.com](mailto:mildenberger@hotmail.com).

permitindo a pessoalidade no ato e o agir deverá ser pautado no que vem ser conveniente e oportuno naquele momento, ademais ferindo-se qualquer dos princípios o ato será imoral, quanto à publicidade sabemos que esta deverá ser cumprida para qualquer ato e que seja a decisão pautada pelo administrador público eficiente a ponto de surtir efeitos que realmente se enquadrem no atendimento das necessidades e interesses públicos.

Assim, por se tratar de uma faculdade do administrador faz-se imprescindível um estudo sobre a mesma e os limites a esta inerentes, bem como seus efeitos e validade no mundo jurídico administrativo, que por não ser codificado acaba sempre determinando brechas ao administrador em sua atuação como tal.

## 1. CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

Segundo a doutrina, a discricionariedade pode ser entendida como a margem de liberdade que possui o administrador público de agir administrativamente dentro dos limites estabelecidos em lei, o que não se confunde com a arbitrariedade, que seria o ato de extrapolar os limites desta, sendo, portanto ilegal.

Antonio Cecílio Moreira Pires (s.a, p.31) identifica duas possibilidades que configuram a discricionariedade: a) a norma traz em seu bojo conceitos vagos, imprecisos (como por exemplo, “interesse público” e “notória especialização” ; e b) a norma permite à administração uma alternativa de conduta.

Como se vê, o ato discricionário sempre se desenvolve dentro de uma margem de liberdade conferida pela lei.

Luiz Alberto Blanchet (2006, p.71-72), explica que a discricionariedade é também um princípio da atuação administrativa e, assim como os demais, também se submete a limitações. Sua aplicação se consubstancia em situações nas quais a lei não estabelece de forma explícita e literal o agir do agente público. Ou seja, quando não é definida qual deve ser a opção do agente da administração, deixando-lhe uma margem de liberdade, “poder-dever” ou “dever-poder” como acertadamente preferem alguns, de decidir de acordo com os requisitos da conveniência e oportunidade, tendo em vista o interesse público no caso concreto.

Discricionariedade portanto é esta margem de “liberdade” que remanesce 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 (MELLO, 2003, p. 831).

Implica em ser uma escolha do administrador público entre muitas possíveis, em atender ao interesse público que é de atribuição e competência deste, com uma função finalística perante o fato real. Seria pois a determinação do sentido de uma noção deixada na norma. A opção da melhor atitude a ser tomada pela autoridade dentre inúmeras, deve ser entendida diante de um aspecto de liberdade sempre relativa, limitada e contrastável pelo Judiciário, caso este venha a ser acionado (MELLO, 2001, p.831-834)

Esta noção de Discricionariedade, ou atribuição discricionária, como denominam os doutrinadores, envolve um aspecto liberal, de autonomia em face de uma determinada autoridade. Logo, atuar discricionariamente significa proceder no exercício de uma atividade, sob aspectos racionais e proporcionais, dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, optando pelo melhor procedimento que irá satisfazer o bem comum, diante de conceitos ambíguos trazidos pela norma posta.

## 2. PODER VINCULADO X PODER DISCRICIONÁRIO

Segundo Hely Lopes Meirelles, poder discricionário “ é a prerrogativa legal conferida à administração pública, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.” (2001, p.110).

Sabe-se assim que o poder vinculado é aquele que decorre da lei, levando em consideração o princípio da legalidade expresso no artigo 37 da Constituição Federal, pelo qual o administrador só poderá agir em conformidade com a lei. Sendo que quando a administração executa um determinado ato vinculado, ela deve observar, rigidamente, o que determina a lei, não cabendo, nesse caso, nenhum tipo de liberdade ao administrador para a avaliação da conveniência e a oportunidade do ato.

Assim, pode-se dizer que o poder discricionário concede ao administrador uma pequena liberdade na execução de determinado ato, sempre levando em consideração os critérios de mérito, ou seja, conveniência e oportunidade.

Por sua vez, o poder vinculado está totalmente restrito à lei, e não comporta nenhum tipo de análise por parte do administrador, a quem cabe apenas o dever de executar o ato de acordo com o determinado em lei.

Discricionariedade e vinculação distinguem-se basicamente a partir de requisitos que se consubstanciam no momento da implementação da hipótese normativa em dada situação concreta.

Como a vinculação é dotada de verificação obrigatória, assim também a discricionariedade possui esta característica. Há, pois requisitos do ato administrativo que sempre serão vinculados, o que jamais poderão ser discricionários. Portanto, não podem jamais serem discricionários os requisitos da competência, forma e finalidade, sendo este o entendimento predominante na doutrina.

Ao longo do estudo percebe-se que o fundamento da discricionariedade, encontra-se na impossibilidade do legislador prever a solução mais adequada para problemas, que na elaboração da norma ainda não ocorreram, e a facilidade do administrador para diante do caso concreto, ter esta margem de liberdade e escolher a solução mais adequada, legitimando portanto a existência do poder discricionário.

Explica Hely Lopes Meireles: “Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da administração pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”(2003, p.139)

Desta forma podemos dizer então que os atos vinculados possuem uma prévia tipificação legal, enquanto, os discricionários, a administração utiliza-se de certa liberdade atribuída pela norma, decide sobre a conveniência ou oportunidade de sua prática, o que configura o mérito administrativo.

Celso Antonio Bandeira de Mello explica o mérito do ato administrativo, e que para o estudo da discricionariedade é primordial se saber, sendo portanto:

Mérito do ato 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, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual deles seria a única adequada.(MELLOb, 2001, p.928)

Nos atos vinculados, o legislador ao criar a norma antecipa qual a possível conduta a ser posta em exercício pelo administrador, restringindo ao máximo, portanto, a extensão de liberdade no atuar da administração, de outro lado, nos atos praticados no desempenho das prerrogativas discricionárias pelo administrador público, a lei põe à disposição deste uma

margem de liberdade, afim de decidir qual a melhor forma de se atingir o interesse coletivo por ela previsto diante de um fato determinado.

Ao praticar um ato discricionário, o juízo de conveniência e oportunidade do mesmo será feito ao momento de sua prática, seu conteúdo, forma, motivo e finalidade. O grau de discricionariedade vai variar de acordo com a existência desses elementos legalmente existentes.

Na vinculação a vontade da lei só se satisfaz ao revelar claramente se, quando e como devera a autoridade agir. Por outro lado, aquilo que é de natureza discricionária, o é exatamente por falta de exatidão nos conceitos que determinam o seu modo de se exteriorizar.

Com tudo, a existência tanto de atos administrativos vinculados quanto daqueles praticados no exercício de atribuições discricionárias, tem uma razão de ser, qual seja, o meio de se atingir o interesse de vários membros do corpo social. Neste sentido, a discricionariedade de certos atos, concedida pela norma positiva aos administradores públicos, não deve ser utilizada de forma arbitrária, sem limites, nem controle.

Então pode-se dizer que, ato vinculado é reflexo de respeito ao princípio da legalidade, e, ato praticado no exercício de atribuições discricionárias, quando bem utilizado, é instrumento para a construção de um estado democrático de direito.

### 3. LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

Conforme visto anteriormente, a discricionariedade não repousa sobre uma liberdade absoluta, mas relativa, como relativo é tudo que serve de instrumento para a consecução de fins determinados. Sendo que estes fins, são inerentes aos instrumentos jurídicos de defesa do interesse público. Os limites externos são as imposições do ordenamento jurídico. E os limites internos, as exigências do bem comum, da moralidade e de todos os demais princípios.

Ao referi-se aos limites à atividade discricionária da Administração, faz-se necessário lembrar que a autoridade, no exercício de suas funções deve atuar de acordo não só com a norma jurídica posta, mas com o ordenamento jurídico como um todo. Por isso, a Discricionariedade deve ser, em qualquer ocasião, relativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello preleciona que:

Não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro.(2003, p.832).

Todavia, os princípios norteadores do regime jurídico administrativo estabelecem limites à atividade da administração pública, a qual utiliza-se de prerrogativas discricionárias na edição de determinados atos de sua competência estabelecida por lei. Alguns destes princípios são antes de tudo constitucionais e regem toda a atividade legislativa, bem como a administrativa.

Deve-se lembrar que o exercício da atividade discricionária, previamente estabelecida pela norma jurídica, está circunscrita por vários limites. Estes, quando não observados, conduzem à arbitrariedade.

Através da margem conferida pelo Direito ao administrador, no que tange à Discricionariedade, o mesmo está vinculado aos ditames estritamente legais. Além disto, o alcance da liberdade conferido pela norma, relaciona-se apenas com os pontos específicos estabelecidos por ela própria. Importante que o exercício dessa liberdade seja praticado na dimensão e no aspecto caracterizado previamente pela regra de direito.

Assim, a atividade discricionária deve buscar um único fim, qual seja, o interesse público, mesmo que os conceitos existentes na norma sejam imprecisos, vagos. Todavia, ainda que na presença destes, tal atividade jamais deverá desvirtuar-se da essência contida na intenção dos mesmos, ou seja, importante que ela seja sempre fundada nos princípios de maior relevância para o atuar da Administração, como eficiência, moralidade, razoabilidade, publicidade, legalidade, etc.

O Princípio da Legalidade, é o principal a ser apreciado em um Estado Democrático de Direito, pois serve de alicerce para que certos atos administrativos não extrapolem as fronteiras do razoável. Portanto, o fato de que todo ato administrativo editado no exercício de prerrogativas discricionárias encontra-se, em todo caso, vinculados a norma legal. Logo, o administrador público tem seus atos sempre vinculados aos mais diversos princípios limitadores de sua atividade discricionária.

A liberdade da atuação discricionária ainda pode ser considerada restritiva, na medida em que a norma atribui ao agente público a faculdade de decidir qual a melhor alternativa para solucionar dada situação, porém o próprio caso concreto poderá não possibilitar essa escolha. Ou seja, mesmo a norma atribuindo certa margem de Discricionariedade à autoridade pública, possivelmente nenhuma conduta irá atingir a finalidade contida na lei. Assim sendo, é possível que exista um determinado comportamento discricionário no plano da norma, todavia, haverá casos em que tal conduta não poderá ser empregada, sob pena de burla ao princípio da segurança jurídica.

Isto, portanto, denota a seguinte situação: ao conceder uma prerrogativa ao administrador para que este busque soluções para determinados fatos, a norma jurídica não “libera” aquele para escolhê-las indiscriminadamente, quer dizer, qualquer solução para qualquer caso. O que o agente público deve fazer é aplicar o comportamento cabível, sensato e idôneo ao caso a ele apresentado.

O fenômeno da Discricionariedade não deve ser compreendido apenas através da perquirição da lei, mas sim, desta em função do caso concreto. Por conseguinte, o correto conceito deste instituto jurídico deve ser difundido a fim de que, diante de certas ocasiões a autoridade possa bem aplicá-lo, com o intuito de que não ocorram maiores dissabores nem prejuízos para toda uma coletividade de administrados, os quais vivem não só na expectativa, mas, antes de tudo, atentos cada vez mais à forma com que se conduz a coisa pública.

Entende-se que a possibilidade de transposição da fronteira da Discricionariedade situa-se não só na norma jurídica, mas também nos fins estabelecidos pelos princípios constitucionais difusos, sem nos esquecermos dos Princípios Gerais do Direito. Daí a necessidade de ampliação dos limites hodiernamente dados ao princípio da legalidade.

Como afirma Mello Neto: indiscutivelmente o princípio constitucional capital da legalidade deve servir de referencial maior para a Administração Pública. Entendemos que muito mais que a mera conformação do atuar da Administração Pública com a norma posta, o dito princípio deve ser visto, a bem da cidadania, como um instrumento de verificação da conformidade do funcionamento da máquina estatal com o Direito. (NETTO, 2003, p.16)

A posição doutrinária frente a discussão relacionada ao princípio da legalidade faz com que a atividade administrativa estatal sofra uma nova forma de controle, estendendo as hipóteses de incidência principiológica a todo o Direito, e não mais, como de regra se interpretava, com a norma posta (NETTO, 2003, p.16)<sup>2</sup>.

Incontestavelmente, a Administração dispõe de atribuições para poder fazer valer a sua autoridade. Todavia, o uso dessas, em caso de atos discricionários, deve ser limitado, a fim de que não ocorra abuso ou desvio de poder, ciente de que o fim a que se destina o Direito é a efetivação da *justiça*.

O simples fato de haver conceitos na norma, sejam estes imprecisos ou não, sem objetividade ou simplesmente fluidos, indica que eles, por si só, possuem limites. Portanto, a aplicação deles deverá estar sempre pautada pela moralidade, razoabilidade, e, sobretudo, pela legalidade.

A ação administrativa traduz a idéia de função subordinada aos interesses públicos, melhor dizendo, ela encontra um limite insuperável no ordenamento jurídico. Isto ocorre porque a administração pública deve fazer apenas aquilo que o Direito consente, traduzindo o ideal de “*poder-dever*” da atividade gestora dos interesses difusos e coletivos.

---

<sup>2</sup> Trabalhando o *princípio da legalidade* como mera conformação com a lei, Gasparini o sintetiza como: *suporta a lei que fizeste*. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 5ª ed, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 6

O real significado da expressão “*poder-dever*” traduz a concepção de que através deste instrumento, a autoridade competente pratica aquele, ou seja, o *poder* é apenas o meio por meio do qual se *deve* atingir o interesse de toda uma coletividade, uma vez que é a própria norma que assim estabelece.

Sendo assim, sempre que um determinado ato for praticado com certa margem de Discricionariedade, mas não for o mais adequado ao fim previsto na norma jurídica, deverá, mesmo possuindo limites anteriormente previstos, ser controlado pelo Judiciário.

O Judiciário é o Poder/Função que pode controlar a legalidade dos atos mais conhecidos como “discricionários”, isto porque, a Discricionariedade administrativa assegurada à Administração, dentro dos limites do ordenamento jurídico, deve ser respeitada. Logo, para alguns, o mérito do ato administrativo não pode ser ultrajado pelo órgão jurisdicional.

Todavia, se a autoridade afrontar o princípio constitucional da Legalidade, ou transpor o âmbito de suas prerrogativas discricionárias, possivelmente terá como invalidado o instrumento ensejador de tal abuso. Ocorre que, a condição primordial para a eficácia e validade do ato administrativo é exatamente a adequação aos princípios jurídicos exteriorizados na norma.

Importante frisar que o princípio constitucional da Separação das Funções Estatais não será afrontado se o órgão do executivo tiver seus atos, de natureza discricionária, vigiados pelos demais “Poderes” e vice-versa, principalmente no que tange à observância da legalidade. Lembremos, também, que a publicização destes atos administrativos é ponto fundamental para que a Discricionariedade seja corretamente aplicada, limitada e respeitada pelos órgãos de controle.

O simples fato de a norma atribuir uma margem de liberdade ao administrador para que ele, mediante juízo de oportunidade e conveniência escolher a melhor opção aplicável para a satisfação do interesse público, implica na necessidade de motivação daquele ato mais conhecido como discricionário. Assim, a necessidade de motivação dos atos administrativos editados no exercício de prerrogativas discricionárias, se apresenta como mais uma via de limitação da Discricionariedade por parte da Administração, ou seja, a motivação é um dever.

O atuar do administrador com certa margem de liberdade, só existirá se a própria regra de Direito assim o conferir, ou seja, a prerrogativa discricionária é, necessariamente, prevista pela lei, ou pela Constituição vigente. Do contrário, não haverá Discricionariedade na Administração Pública. Isto tudo se dá porque a atividade administrativa deve se basear, fatalmente, na lei.

É impossível que a regra legal traga em seu cerne a previsão de todos os possíveis fatos e problemas pelos quais poderão passar os administrados. Leis específicas poderiam causar conseqüências danosas aos membros de uma sociedade, pois estariam em jogo as garantias individuais previstas pela Carta Maior do Estado. Portanto, na prática, ocorrem situações em que a norma jurídica deixa espaços para que se decida a melhor alternativa diante do caso concreto, ou seja, ela concede à autoridade pública a possibilidade de construir um juízo de valor diante do caso concreto, porém limitado pelo alcance da mesma.

O legislador no exercício de suas funções, ao construir uma norma, traduz um determinado princípio. Ele sabe que, quem irá administrar, executar, estabelecer um critério de como por em prática os preceitos estabelecidos nela será uma pessoa que atuará razoavelmente, sob um estado de prudência, ponderação, probidade, e que, acima de tudo, irá respeitar a Legalidade.

O preceito estabelecido na regra jurídica que prevê a execução de um determinado ato administrativo praticado no exercício das prerrogativas discricionárias confere uma certa margem de liberdade ao talante do gestor dos negócios públicos, pois, presume-se que é este quem mantém contato direto com os problemas sociais, tomando as decisões mais corretas e adequadas ao caso concreto.

Portanto, o atuar deste não deve encontrar-se fundado em aspectos arbitrários, tão pouco sem controle. Pelo contrário, ao agir diante de um caso concreto, para os quais a norma

prescreveu conceitos obscuros, não-objetivos, o administrador tem a obrigação de respeitar um dos princípios norteadores da construção do Estado Democrático de Direito, qual seja, o Princípio da Separação das Funções Estatais.

Como salientam Canotilho e Moreira:

Um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de lealdade constitucional (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de guerrilha institucional, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível, sem uma deontologia política, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado”.(CANOTILHO, 1991, p.71)

A essência da atividade administrativa é a realização de um múnus público por parte de quem a desempenha. Portanto, não é dado à autoridade inquinar as proposições que alicerçam a harmonia entre as Funções de Estado, utilizando-se das prerrogativas a ela atribuídas pela norma jurídica, de forma desvirtuada, indo de encontro ao interesse da atividade pública, ou seja, dizendo que pode agir com “*Poder*” que lhe confere o ordenamento jurídico. Assim, o gestor público deverá proceder de acordo com os parâmetros da lei, sem ultrapassar, inescrupulosamente, as margens de competência conferidas por tal preceito jurídico.

É preciso salientar que a idéia de discricção não se encontra no ato, nem muito menos é uma qualidade dele. Assim, errado é pensar que discricionário é o ato. Porém, nele ela se revela.

Assim, a atual concepção de Discricionariiedade está totalmente desvirtuada do seu real conteúdo. A norma jurídica não estabelece poderes, mas sim prerrogativas.

Como claramente explica Celso Antônio Bandeira de Mello:

Tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade. (MELLOa, 2006, p.381)

E continua sua explanação, explicando:

Embora seja comum falar-se em ‘ato discricionário’, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou compõem. (MELOb, 2001,p.18)

Os legisladores ao criarem a norma não se atêm a necessidade e o cuidado na elaboração dando ao administrador atuação, sem ter a cautela necessária de que como a mesma será aplicada. Sendo assim, as atividades de fiscalização e controle necessárias à continuidade de harmonia entre as Funções de Estado, torna-se mera fantasia, uma vez que até o Judiciário resta impotente para encontrar soluções a lides a ele propostas, porque sua função por natureza é imparcial.

O administrar a máquina estatal deve ser visto como uma atividade subordinada à lei, aos seus princípios e limites, e que o abuso de direito deve ser combatido constantemente, começando com a correta criação e aplicação da norma jurídica.

#### 4. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Deve-se levar em consideração inicialmente o Mérito do ato administrativo como já explicado anteriormente, mas que deve ser lembrado, sendo que este é o produto de um juízo de valor realizado pela autoridade pública, quanto às vantagens e conseqüências, as quais deverão ser levadas em conta como pressuposto da atividade administrativa. O professor Hely Lopes Meirelles traz o seguinte conceito:

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que 'o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária'. (2003, p.152-153)

Sendo assim, a idéia de mérito envolve a discussão sobre a oportunidade, conveniência, escolha dos motivos, utilidade do ato, finalidade e objetivo psíquico visado pelo administrador. Logo, entram na construção de um ato administrativo todos esses ingredientes da mais alta relevância, sobretudo, quando nos referimos aos atos praticados no exercício de faculdades consideradas discricionárias.

Portanto, o mérito está intimamente envolvido com o objeto (causa, conteúdo e adequação) e a vontade (motivo e fim). Desta feita, mediante um caso concreto, o administrador público utilizará todos esses meios para tentar atingir o objetivo do ato, que é solucioná-lo, acolhendo da melhor maneira possível os anseios do maior número de interessados, respeitando assim o princípio da igualdade.

Embora muitos entendam que o ato praticado mediante exercício do poder discricionário não seria contratável judicialmente, esses atos podem ser examinados pelo poder judiciário, não em relação ao conteúdo discricionário (mérito administrativo), mas quando a juridicidade e, não menos, no que concerne à verificação da materialidade do motivo e à sua valoração jurídica.

Tem-se portanto que o controle jurisdicional deve restringir-se ao exame dos motivos e da finalidade do ato administrativo, sempre com os olhos voltados para a legalidade e moralidade do ato praticado. A falsidade ou inexistência dos pressupostos fáticos que ensejam a atuação da Administração (falsidade do motivo) e a desarmonia entre a finalidade querida pela lei e o resultado atingido pelo ato (desvio de finalidade), sem dúvida, dão ensejo ao exercício do controle jurisdicional, uma vez que tais situações configuram ilegalidade do motivo e da finalidade do ato.

O controle jurisdicional é a análise da aplicação do Direito ao caso concreto, realizada exclusivamente pelo Judiciário, quando provocado, para que decida, em caráter definitivo, a respeito de conflitos, sejam quais forem as partes.

Todavia, a intervenção do Judiciário não pode desbordar os limites de sua competência, de forma a atingir a autonomia concedida a Administração Pública pela lei. O legislador conferiu, em determinados casos, discricionariedade a Administração Pública, portanto, desde que o administrador atue nos limites de sua competência, livre de quaisquer vícios, optando legitimamente, dentro de uma esfera de liberdade conferida pela lei, por uma decisão ou outra aplicável a cada caso concreto, afasta-se a possibilidade de intervenção pelo Judiciário. Observa-se, então, que o Judiciário não pode reexaminar o mérito do ato administrativo.

Assim, o controle jurisdicional deve restringir-se ao exame dos motivos e da finalidade do ato administrativo, sempre com os olhos voltados para a legalidade e moralidade do ato praticado. A falsidade ou inexistência dos pressupostos fáticos que ensejam a atuação da Administração (falsidade do motivo) e a desarmonia entre a finalidade querida pela lei e o resultado atingido pelo ato (desvio de finalidade), sem dúvida, dão ensejo ao exercício do

controle jurisdicional, uma vez que tais situações configuram ilegalidade do motivo e da finalidade do ato.

Sabe-se que o Judiciário somente poderá exercer o controle jurisdicional quando provocado. Além das medidas comuns de Direito Privado, como, por exemplo, ações de indenização, possessórias, reivindicatórias, de consignação em pagamento, cautelares, entre outras, a Constituição prevê ações específicas, comumente chamadas de remédios constitucionais.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Uma das grandes distinções que se faz entre os atos administrativos e à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é a que os separa em atos vinculados e “discricionários”, estes últimos melhor se nominariam “atos praticados no exercício de competência discricionária”.

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos “discricionários”, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos, a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.

Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto.

Com relação ao controle, vimos que ao Poder Judiciário, foi concedida, em caráter de exclusividade, a competência para decidir, em caráter definitivo, a respeito de quaisquer conflitos, desde que atue nos termos de sua própria competência, respeitando a autonomia e a competência dos órgãos controlados.

A Administração Pública, ainda que em exercício da discricionariedade conferida a ela pelo legislador, pode sofrer controle jurisdicional. O administrador não pode atuar de forma despótica, praticando atos ilegais ou imorais, utilizando-se da discricionariedade como mero pretexto, pois tal conduta enseja a aplicação dos mecanismos de controle.

Assim como existem limites à atuação do administrador, também existem limites para o exercício do controle jurisdicional. Ora, não se poderia admitir o exercício do controle de forma ilimitada e abusiva, sob pena de tornar os próprios mecanismos de controle ineficazes. Assim, o controle judicial deve restringir-se ao exame da legalidade e moralidade dos atos administrativos, fulminando os atos contrários ao interesse coletivo, contudo, sem invadir o

mérito administrativo, uma vez que o exame da oportunidade e conveniência faz parte da competência exclusiva do administrador.

## **BIBLIOGRAFIA**

ASSIS, Alexandre C. de. *Excesso de Poder e Discricionariedade: Controle Judicial*. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

FERRAZ, Sérgio. *Controle Jurisdicional do Mérito do Ato Administrativo*. Perspectivas do Direito Público (Estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes). Belo Horizonte: Editora Livraria Del Rey, 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “*Relatividade*” da Competência Discricionária. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002

PEREIRA, César A. Guimarães. Discricionariedade e Apreciações Técnicas da Administração. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIETRO, Maria Silvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo. Atlas. 2003.

PIRES, Antonio Cecílio Moreira. *Manual de Direito Administrativo*. p.31

POLTRONIERI, Renato. *Discricionariedade dos Atos Administrativos e a Ambigüidade da Norma Jurídica Positiva*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

REALE, Miguel. Limites da Discricionariedade Administrativa. Revista de Direito Público, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

TELLES, Antonio A. Queiroz. *Introdução ao Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.