

SIMONE CRUVINEL VALADÃO

**A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
DA RAZOABILIDADE
E DA PROPORCIONALIDADE**

**NO CONTROLE
DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**



SIMONE CRUVINEL VALADÃO

**A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA
RAZOABILIDADE E DA
PROPORCIONALIDADE NO
CONTROLE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS**



**Fortaleza-CE
2010**

© Copyright 2010 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: Gustavo José de Deus Souza Gomes

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

VALADÃO, Simone Cruvinel

A APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA
PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
Editora DINCE 2010. 98p

ISBN: 978-85-7872-656-0

DOI: 10.56089/978-85-7872-656-0

1. Direito Administrativo 2. Princípios 3. Razoabilidade / Proporcionalidade

Todos os direitos reservados. Não é legalmente permitido reproduzir, duplicar ou transmitir qualquer parte deste documento em meios eletrônicos ou impressos. A gravação desta publicação é estritamente proibida.

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de **AUTORIA EXCLUSIVA DA AUTORA** e de sua inteira responsabilidade.

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

Para meus pais, Manoel e
Neuza, por terem me
ensinado a perseverar nos
meus sonhos.

Para Maria do Carmo e Júlio
César, por sempre
acreditarem no meu
potencial.

Às professoras Larissa
Machado e Paula
Sanches, pelo tempo e
orientação a mim
dispensados durante a
elaboração deste
trabalho.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO I - ATOS ADMINISTRATIVOS 15

1.1. ATOS JURÍDICOS E ATOS ADMINISTRATIVOS 151.2. CONCEITO 121.3. ELEMENTOS 181.3.1. Competência.....191.3.2. Objeto 201.3.3. Forma 211.3.4. Motivo 231.3.4.1. Dos motivos determinantes25

1.3.4.2. Congruência entre o motivo e o resultado do ato26

1.3.5. Finalidade 271.4. ATRIBUTOS281.4.1. Imperatividade.....28

1.4.2. Presunção de legitimidade e veracidade..... 29

1.4.3. Exigibilidade	29
1.4.4. Auto executoriedade.....	30
1.5. FORMAÇÃO E EFEITOS: PERFEIÇÃO, VALIDADE, EFICÁCIA E EXEQUIBILIDADE	31
1.6. ATOS ADMINISTRATIVOS VINCULADOS E DISCRI- CIONÁRIOS	32
1.7. EXTINÇÃO, INVALIDAÇÃO E REVOGAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	33
1.7.1. Invalidação e convalidação dos atos administrativos	33
1.7.2. Revogação dos atos administrativos	37
 CAPÍTULO II - DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRA- TIVA	 39
2.1. LEGALIDADE E DISCRICIONARIEDADE	39
2.2. CONCEITO E FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARI- IDADE ADMINISTRATIVA.....	45
2.3. DISCRICIONARIEDADE NA NORMA JURÍDICA	48
2.4. DISCRICIONARIEDADE NOS ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	50
2.5. DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	54
2.6. DISCRICIONARIEDADE E INTERPRETAÇÃO	56
2.7. DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO.....	59

2.8. LIMITAÇÕES À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	61
---	----

CAPÍTULO III - OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA..... 69

3.1. A FORÇA NORMATIVA DOS PRINCÍPIOS	70
3.2. FUNDAMENTOS DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.	73
3.3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	76
3.3.1. Adequação	79
3.3.2. Exigibilidade	80
3.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito	81
3.4. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.....	82
3.5. OS LIMITES IMPOSTOS À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA PELOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.	84
3.5.1. Caso da obrigatoriedade de fixação dos preços dos produtos diretamente nas embalagens expostas a venda. ...	87
3.5.2. Caso das embalagens de cigarro.....	88
3.5.3. Candidato aprovado em concurso público.	90

CONCLUSÃO93

REFERÊNCIAS97

INTRODUÇÃO

Neste trabalho buscou-se analisar as possibilidades de controle dos atos administrativos discricionários por parte do Poder Judiciário com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

A importância do tema evidencia-se na investigação acerca da possibilidade de controle de legitimidade da Administração Pública, com base na distinção entre o mérito administrativo, controlável judicialmente, e o puro mérito administrativo, intangível pelo Poder Judiciário.

No que tange à aplicação dos princípios, enseja controvérsias o controle dos atos administrativos com base em suas proposições de razoabilidade e proporcionalidade especificamente no que se refere aos atos administrativos discricionários, em que o legislador deixou ao administrador a possibilidade de, conforme a oportunidade e a conveniência, escolher a conduta a ser adotada.

Os atos administrativos discricionários, sujeitam-se ao controle judicial, tanto em relação ao elemento competência, sempre previsto em lei, quanto para apreciar se a discricionariedade não ultrapassou os limites, transformando-se em arbitrariedade.

Outrossim, o ponto que traz maiores dissonâncias entre os juristas é quanto à possibilidade, bem como quanto aos limites, de ingerência do Poder Judiciário nas decisões administrativas em que ao administrador foram concedidas várias possibilidades de escolhas, todas elas legítimas.

Ao abordar o tema, os administrativistas buscam realçar o poder conferido ao Judiciário para avaliar a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos, sem contudo, imiscuir-se no puro mérito administrativo conferido ao administrador público.

Para elucidar sobre a possível atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos discricionários objetivou-se, especificamente, conceituar o ato administrativo, elencando suas classificações mais relevantes, analisar a questão da discricionariedade administrativa, abordando o mérito administrativo e buscar possíveis limites ao poder discricionário do administrador público, com base nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Neste jaez, o primeiro capítulo cuida do ato administrativo com fundamento em diversos conceitos, dos quais ressaem os seguintes aspectos que o caracterizam: é praticado por autoridade administrativa competente; observância de forma definida; supremacia do Poder Público; visam a produção de efeitos jurídicos em atendimento ao interesse público.

Ademais, o capítulo inicial abrange os elementos, os atributos e a classificação dos atos administrativos. Abarca também as formas pelas quais os atos administrativos são extirpados do mundo jurídico, apresentando os institutos da extinção, invalidação e revogação dos atos

administrativos.

O segundo capítulo trata da discricionariedade administrativa à luz do princípio da legalidade, vez que o ato discricionário advém de liberdade conferida pelo legislador ao administrador para que este atue diante do caso concreto segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Além disso, o segundo capítulo engloba a discricionariedade administrativa na norma jurídica, nos elementos do ato administrativo e nos conceitos jurídicos indeterminados, perseguindo uma possível distinção entre discricionariedade e interpretação. Encerra tratando dos limites que recaem sobre o ato discricionário.

O terceiro capítulo explicita a função dos princípios, sobretudo os da proporcionalidade e razoabilidade, como limites à atuação discricionária da Administração. Elucida as bases constitucionais destes princípios como instrumentos de ponderação de valores, interesses e bens, sempre com vistas à satisfação do interesse público.

Ademais, o capítulo final aborda alguns julgados nos quais os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade figuraram como parâmetros para a correção de atos administrativos.

Cumpramos ressaltar, ainda, que na elaboração deste trabalho foi utilizado o método dedutivo, vez que fundamentou-se na identificação de premissas gerais, compiladas em diversas obras jurídicas, e na aplicação destas ao tema em análise.

O tipo de pesquisa adotado foi a bibliográfica, consubstanciada na utilização de referências teóricas,

especificamente livros, artigos científicos e jurisprudências publicadas.

CAPÍTULO I

ATOS ADMINISTRATIVOS

1.1. Atos jurídicos e atos administrativos

O ato administrativo é uma espécie de ato jurídico, porquanto a vontade emitida pelos agentes da Administração Pública constitui uma declaração que produz efeitos jurídicos.

Em que pesem as semelhanças, o ato administrativo tem aspectos, no que toca às condições de sua produção e eficácia, que o individualizam em relação aos demais atos jurídicos.

1.2. Conceito

O conceito de ato administrativo não é unânime entre os estudiosos do assunto, pois trata-se de uma compilação didática em que cada doutrinador ressalta os

aspectos que lhe parecem essenciais.¹

Entretanto, exsurtem características que marcam presença nos mais variados conceitos de ato administrativo, quais sejam: é praticado por autoridade administrativa competente; observância de forma definida; supremacia do Poder Público; visa a produção de efeitos jurídicos em atendimento ao interesse público.

Neste sentido, é pertinente colacionar o conceito de Hely Lopes Meirelles:

*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.*²

Já a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro introduz no conceito de ato administrativo a sujeição ao controle do Poder Judiciário. Assim, define ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra Manual de Direito Administrativo, p. 351, pontifica: *Sendo este o processo lógico de formação dos conceitos que não foram antecipadamente elaborados pela lei como produto pronto e acabado, pode-se entender porque há certa liberdade na composição deles e porque são variáveis conforme o doutrinador que os propõe, sem que disto redunde, necessariamente, o caráter errôneo de um dos conceitos postos em conflito.*

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 35ª edição, 2009, p.152.

*produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”*³

Também no escólio de Celso Antônio Bandeira de Mello, o ato administrativo subjugase à apreciação do Poder Judiciário quanto à legitimidade, *verbis*:

*(...) é possível conceituar ato administrativo como a manifestação de vontade 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.*⁴

Neste mesmo sentido, José Roberto Pimenta Oliveira, após discorrer sobre a atuação da Administração Pública na proteção dos interesses públicos concretos, assim define ato administrativo:

(...) a declaração jurídica unilateral, produzida pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes, em cumprimento de lei, no exercício de poder público, na busca da satisfação de interesse público

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 20ª edição, 2007, p. 181.

4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2005, p. 358.

*concreto, sujeita a controle jurisdicional.*⁵

1.3. Elementos

O ato administrativo apresenta alguns elementos, também denominados como requisitos de validade⁶, considerados essenciais à sua formação e cuja ausência implica em invalidade.

Os elementos elencados pela maioria dos doutrinadores, previstos implicitamente no art. 2º da Lei nº 4.717/65, que cuida dos vícios dos atos administrativos, são: competência, objeto, forma, motivo e a finalidade.

5 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, p. 328. São Paulo: Malheiros, 2006.

6 Nesse aspecto, José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra Manual de Direito Administrativo, 21ª edição, pp. 99-100, pondera: *Reina grande controvérsia sobre a nomenclatura a ser adotada em relação aos aspectos do ato que, ausentes, provocam a sua invalidação. Alguns autores empregam o termo “elementos”, ao passo que outros preferem a expressão “requisitos de validade”. Na verdade, nem aquele termo nem esta expressão nos parecem satisfatórios. “Elemento” significa algo que integra uma determinada estrutura, ou seja, faz parte do “ser” e se apresenta como pressuposto de existência. “Requisito de validade”, ao revés, anuncia a exigência de pressupostos de validade, o que só ocorre depois de verificada a existência.*

1.3.1. Competência

Competência corresponde ao conjunto de atribuições legais que conferem ao agente administrativo legitimidade para a prática do ato. Nesse conceito estão englobados também os poderes implícitos, considerados imprescindíveis à efetivação dos fins previstos pela norma definidora da competência.⁷

Ressalte-se que a discriminação de competências evita abusos por parte dos administradores públicos, vez que limita o poder e racionaliza as técnicas administrativas, objetivando a eficácia das atividades.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o elemento competência deve ser substituído pelo termo sujeito, “já que a competência é apenas um dos atributos que ele deve ter para a validade do ato; além de competente, deve ser capaz,

7 Neste jaez, a decisão do Min. Celso de Mello no MS 26.547/ DJU 29.5.2007, cujo voto foi acolhido por unanimidade pelos demais julgadores do STF, dispõe: (...) *Com efeito, **impende reconhecer**, desde logo, **que assiste**, ao Tribunal de Contas, **poder geral de cautela**. **Trata-se de prerrogativa institucional** que decorre, **por implicitude**, das atribuições que a Constituição **expressamente outorgou à Corte de Contas**.*

*Entendo, por isso mesmo, **que o poder cautelar também compõe** a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, **pois se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo** o exercício, por essa Alta Corte, **das múltiplas e relevantes competências** que lhe foram **diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição da República**. (...) - grifos no original*

nos termos do Código Civil.”⁸

A competência é improrrogável, pois o agente incompetente não torna-se legítimo para praticar o ato senão por determinação legislativa, bem como é inderrogável, pois não fica ao talante do órgão que a detém transferi-la a outro.

Entretanto, em algumas hipóteses permite-se a transferência, por delegação ou avocação, do exercício de determinada competência para outros sujeitos, desde que assim permitam as normas reguladoras da Administração.⁹

1.3.2. Objeto

O objeto do ato administrativo é o seu próprio conteúdo. Traduz o efeito jurídico imediato almejado pelo agente que manifestou a vontade.

Entretanto, José Roberto Pimenta Oliveira pontifica que “*Cumpre, desde logo, afastar qualquer sinonímia*

8 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 20ª edição, 2007, p. 187.

9 Exemplificativamente é oportuno citar, no âmbito federal, o art. 12 do Decreto-Lei nº 200/67, que permite a delegação de competência, desde que indicadas com precisão a autoridade delegante, a autoridade delegada e as atribuições objeto de delegação. Já a Lei nº 9.784/99, que disciplina o processo administrativo na Administração Federal, estabelece, em seu art. 13, que é vedada a delegação quando se tratar de atos de caráter normativo, de decisão de recurso administrativo ou quando as matérias são da competência exclusiva do órgão ou da autoridade.

entre o conteúdo e objeto do ato. (...). De um lado, enunciação jurídica (conteúdo); de outro lado, realidade sobre a qual incide a prescrição (objeto).”¹⁰

Assim como no direito privado¹¹, a validade do ato requer objeto lícito, possível e determinado.

1.3.3. Forma

A forma identifica-se com a maneira pela qual o ato exterioriza-se. Por razões de segurança jurídica e garantia para o administrado e para a própria Administração, a regra é a solenidade das formas.

Não obstante, é possível que a Administração manifeste-se por outros meios, ressaltando-se a forma gestual, como a atuação dos guardas de trânsito, através de palavras, por exemplo os atos de polícia de segurança pública ou por meio de sinais, dos quais são ilustrativos os semáforos e as placas de trânsito.

Questão relevante no ponto em comento é acerca da invalidação dos atos administrativos quando inquinados de vícios formais. Quanto a essa hipótese, os

10 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, p. 330. São Paulo: Malheiros, 2006.

11 Em relação à invalidade do negócio jurídico, quanto ao seu objeto, o Código Civil assim dispõe: *Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:* I- omissis; II- for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

estudiosos do assunto admitem a possibilidade de invalidação dos atos administrativos quando não observarem a formalização, que é o modo específico de apresentação da forma.

A doutrina moderna tem apontado a possibilidade de convalidação dos vícios formais, desde que configurem meras irregularidades, não atinjam a substancialidade do ato e não afetem os direitos dos administrados. Neste sentido, é pertinente colacionar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*:

É evidente, todavia, que tal “irregularidade” só se caracteriza como tal quando uma formalização falha ou de todo modo diversa daquela prevista em lei seja, deveras, absolutamente irrelevante para fins de garantia do administrado. Isto é, quando o desvio do padrão normativo não implique diferença alguma capaz de afetá-lo. Importa, pois, para caracterizar o defeito do ato como mero vício de irregularidade que a adoção de uma “fórmula” para expedir o ato ao invés daquela que seria a própria tenha a mesma publicidade prevista para esta; que as vias recursais e os prazos para insurgir-se seja idêntico etc.¹²

Nesse mesmo sentido, o art. 55 da Lei nº 9.784/99, que cuida do processo administrativo no âmbito federal, disciplina que a Administração Pública poderá

12 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2005, pp. 383-384.

convalidar os atos administrativos que apresentarem defeitos sanáveis, desde que não causem prejuízos a terceiros, bem como não importem prejuízo ao interesse público.

1.3.4. Motivo

O motivo do ato administrativo consiste nas razões que ensejam sua prática. Pode ser: ***de direito***, correspondendo às hipóteses elencadas na lei e que possibilitam a prática do ato; ***ou de fato***, que caracteriza a situação concreta que determinou a prática do ato.

É apropriado ressaltar a diferença, nem sempre observada, entre motivo e motivação do ato.

O motivo é elemento constitutivo do ato administrativo e caracteriza-se pela situação de fato ou de direito considerada pelo agente administrativo para deflagrar a prática do ato. Já a motivação consubstancia-se na justificativa apresentada pelo agente administrativo ao praticar o ato.

Neste aspecto, releva-se a discussão acerca da obrigatoriedade ou prescindibilidade da motivação dos atos administrativos.

No escólio de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³, a motivação do ato administrativo é imprescindível, por constituir garantia para a Administração e para o administrado

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 20ª edição, 2007, p. 196.

no que toca ao controle da legalidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴, corroborando este posicionamento, acrescenta que o Estado Democrático de Direito, cujo poder emana do povo e assenta-se na cidadania, exige que os cidadãos e, sobretudo, os interessados, tenham direito de saber os fundamentos que justificaram a prática do ato.

Noutro giro, José dos Santos Carvalho Filho¹⁵ defende que a motivação do ato administrativo é dispensável, vez que tal exigência não consta na Constituição e nem na legislação infraconstitucional.

Entretanto, embora sem nenhuma previsão legal específica, é fundamental que os atos administrativos discricionários apresentem motivação a fim de permitir que o administrado conheça as verdadeiras razões que ensejaram a prática do ato. Caso contrário, considerando-se desnecessária a motivação, o ato discricionário seria arbitrário, pois o administrador poderia agir com fins escusos sem receio de qualquer controle por parte dos administrados.

Demonstrada a relevância da motivação do ato administrativo discricionário, cumpre ainda ressaltar que o administrador não pode motivar o ato valendo-se de termos genéricos, sem nenhuma delimitação para o caso concreto, pois isso impediria a Administração e o próprio administrado de

14 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2005, p. 374.

15 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, pp. 108-112.

conhecer as verdadeiras razões do ato.¹⁶

A análise da motivação dos atos administrativos guarda pertinência com a aplicação da teoria dos motivos determinantes e com a relação de congruência entre o motivo e o resultado do ato, cuja análise consta nos tópicos seguintes.

1.3.4.1. Dos motivos determinantes

A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷ traça as origens da teoria dos motivos determinantes, que remonta à atuação do Conselho de Estado Francês no controle dos atos administrativos.

Relata que inicialmente o Conselho de Estado Francês atuava no controle apenas dos atos administrativos que prejudicassem direitos individuais.

Posteriormente abarcou também o recurso por excesso de poder, relacionado ao exame da finalidade do ato que, mais adiante, englobou também a análise da legalidade em seus vários aspectos, inclusive quanto aos motivos determinantes do

16 Nesse sentido, é pertinente mencionar o acórdão do MS 9.944-DF, de relatoria do Ministro do STJ, Teori Albino Zavascki, em que ficou assentada a anulação de ato administrativo discricionário fundamentado genericamente na cláusula de “interesse público”.

17 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, 2ª edição, pp. 87-90

ato.

A teoria dos motivos determinantes propõe que o motivo do ato administrativo deve ser compatível com a situação fática que ocasionou a prática do ato. Assim, mesmo quando a lei não enumere as hipóteses que ensejem a prática do ato ou que não se exija a apresentação de tais motivos, uma vez invocados, o ato só será válido se aqueles de fato existirem e o justificarem.

Para Hely Lopes Meirelles a teoria dos motivos determinantes “*funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos.*”¹⁸

1.3.4.2. Congruência entre o motivo e o resultado do ato

A validade do ato administrativo exige que exista uma relação de congruência entre o motivo e o resultado do ato, bem como a existência dos motivos fáticos apontados.

A referida exigência consta no art. 2º, “d”, da Lei nº 4.717/65, que dispõe: “*a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.*”

18 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 35ª edição, 2009, p.200.

1.3.5. Finalidade

A finalidade correlaciona-se com o aspecto teleológico do ato. Pode ser entendida em dois sentidos que se complementam: a) trata-se de elemento em razão do qual todo ato administrativo deve ser direcionado à satisfação do interesse público; b) cuida-se do bem jurídico tutelado pelo ato, consistindo no resultado legalmente previsto para cada ato praticado pela Administração.

É pertinente salientar que esse último aspecto é abordado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como atributo do ato administrativo, *verbis*: “*Tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados.*”¹⁹

O atendimento da finalidade liga-se à competência conferida ao agente administrativo. Por isso, diz-se que ocorre desvio de finalidade quando o agente vale-se de sua competência para atingir fim diverso daquele em razão do qual é titular de determinado poder.

O desvio de poder caracteriza-se quando o agente busca uma finalidade dissonante do interesse público, bem como nos casos em que, embora o ato esteja conforme o interesse público, sua finalidade é alheia à orientação legal.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 20ª edição, 2007, p. 186.

1.4. Atributos

Os atributos do ato administrativo são as suas características peculiares que distinguem-o dos demais atos jurídicos. Os atributos listados pela maioria dos doutrinadores são: imperatividade, presunção de legitimidade e veracidade, exigibilidade e auto executoriedade.

1.4.1. Imperatividade

A imperatividade é o atributo pelo qual o ato administrativo, estribado no princípio da supremacia do interesse público, se impõe a terceiros, independentemente de sua concordância.

Consiste na prerrogativa “*que permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações.*”²⁰

Esse atributo não encontra-se presente nos atos administrativos de consentimento, tais como as concessões e permissões, e nem nos atos enunciativos, como, por exemplo, certidões, pareceres e atestados.

20 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2005, p. 390.

1.4.2. Presunção de legitimidade e veracidade

Os atos administrativos gozam de presunção *iuris tantum*, no sentido de que estão formalmente e materialmente em conformidade com a lei, bem assim que os fatos por eles suscitados são verdadeiros.

Decorre desse atributo a obrigatoriedade de que o ato administrativo seja cumprido, até prova em contrário de sua ilegitimidade ou inveracidade, e que ao Poder Judiciário não é facultado imiscuir-se *ex officio* para invalidar o ato, só podendo o fazer diante de provocação de pessoa interessada.

Esse atributo conferido aos atos administrativos constitui prerrogativa inerente aos atos emanados de agentes detentores de parcela do Poder Público, os quais assumem posição de supremacia sobre o particular.

1.4.3. Exigibilidade

A exigibilidade é a qualidade em virtude da qual a Administração Pública pode exigir de terceiro, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, o cumprimento das obrigações que impôs.

Assim, pela imperatividade impõe-se uma obrigação, enquanto pela exigibilidade, a Administração pode invocar a obediência à obrigação já imposta.

1.4.4. Auto executoriedade

A auto executoriedade é o atributo que confere à Administração a possibilidade de obrigar materialmente o administrado, sem ter que recorrer ao Poder Judiciário, para efetivar o cumprimento da obrigação imposta e exigida.

José dos Santos Carvalho Filho²¹ assevera que o atributo em comento justifica-se pela necessidade de efetivar a função administrativa, vez que esta ficaria comprometida se a Administração tivesse sempre que recorrer ao Judiciário a fim de resguardar com rapidez e eficiência o interesse público.

A auto executoriedade dos atos administrativos é legítima nas seguintes hipóteses: a) quando a lei prevê expressamente; b) quando encontra-se implícita no sistema legal, vez que indispensável à garantia eficaz do interesse público.

A auto executoriedade é imprescindível à efetivação do Poder de Polícia, do qual a Administração se socorre para praticar atos em defesa do interesse público, tais como a interdição de uma fábrica e a destruição de bens impróprios para o consumo.

21 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, p. 117.

1.5. Formação e efeitos: perfeição, validade, eficácia e exequibilidade

O ato administrativo perfeito é aquele que completou o seu ciclo de formação. Essa definição é importante porque ao completar as fases de sua formação o ato administrativo assume a garantia atribuída ao ato jurídico perfeito, prevista no art. 5º, XXXVI da Constituição Federal e no art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

A validade do ato administrativo diz respeito à conformidade deste com a lei ou com outro ato de grau mais elevado. Trata-se, portanto, da observância das normas que regem o ato.

A eficácia do ato administrativo abrange a aptidão do ato para a produção de efeitos jurídicos.

Para José dos Santos Carvalho Filho, a *“eficácia é a idoneidade que tem o ato administrativo para produzir seus efeitos”*²², circunstância que se observa no momento em que o ato completou o seu ciclo de formação, mesmo quando dependa de termo ou condição futuros. Não se confunde com a exequibilidade, cujo sentido é diverso, por tratar-se da *“efetiva disponibilidade que tem a Administração para dar operatividade ao ato, ou seja, executá-lo em toda a sua inteireza”*²³.

22 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, p. 122.

23 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, pp.

Já para Celso Antônio Bandeira de Mello, a eficácia do ato é evidente quando este encontrar-se disponível para a produção de efeitos jurídicos, “*quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de qualquer efeito posterior, como uma condição suspensiva, termo inicial ou ato controlador a cargo de outra autoridade*”²⁴.

1.6. Atos administrativos vinculados e discricionários

A classificação dos atos administrativos é bastante variável, conforme os critérios adotados. Neste trabalho será tratada apenas a distinção entre atos discricionários e vinculados, tendo em vista o objetivo de analisar a possível ingerência do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários.

Nesse sentido, quanto ao regramento ou liberdade de atuação, os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários.

O ato administrativo será vinculado quando a lei já apresentar o objeto que o ato deve ter diante de determinadas circunstâncias. Assim, nos atos vinculados o agente administrativo repete as condições e os requisitos estabelecidos em lei para a prática do ato, pois não tem faculdade de escolha segundo os critérios de conveniência e oportunidade.

De outro lado, nos atos administrativos

122/123.

24 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2005, p. 361.

discricionários a própria lei confere ao agente administrativo a valoração do objeto e do motivo do ato. É importante frisar que o elemento competência será sempre vinculado, enquanto nos demais elementos poderá recair certa margem de discricionariedade.

Justifica-se essa faculdade conferida ao administrador pela necessidade de fornecer-lhe os instrumentos necessários para que sejam solucionados os mais diversos problemas enfrentados pelo Poder Público, já que ao legislador não é possível prever e normatizar todas as possíveis situações a serem enfrentadas pela Administração Pública.

1.7. Extinção, invalidação e revogação dos atos administrativos

A extinção dos atos administrativos pode ser:

a) ***natural***, decorrente do cumprimento normal dos efeitos do ato; b) ***subjetiva***, quando desaparece o sujeito que se beneficiou do ato; c) ***objetiva***, quando ocorre o desaparecimento do objeto do ato; d) ***caducidade***, caracterizada pela perda de efeitos jurídicos em razão do advento de norma jurídica posterior e contrária a que amparava o ato.

1.7.1. invalidação e convalidação dos atos administrativos

A invalidação do ato administrativo pode ser efetivada pelo Poder Judiciário, com fulcro no princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, insculpido no art. 5º,

XXXV, manejando-se os instrumentos previstos na Constituição, a saber: o mandado de segurança (art. 5º, LXIX); a ação popular (art. 5º, LXIII) e a ação civil pública (art. 129, III).

Também a Administração Pública pode invalidar os atos administrativos, ante o seu poder de autotutela, consubstanciado em um poder dever de vigilância, destinado à preservação da legalidade, prevista no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.²⁵

Os efeitos da invalidação dos atos administrativos são, via de regra, *ex tunc*, vez que dos atos ilegais não se originam direitos. Contudo, ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé.

Ressalte-se que a invalidação dos atos administrativos deve obedecer o prazo de 5 (cinco) anos, conforme dispõe o art. 53 da Lei nº 9.784/99.

Entretanto, é oportuno mencionar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello²⁶, no sentido de que apenas os atos restritivos de direitos do administrado produzem efeitos *ex tunc*, ao passo que os ampliativos de direitos produzem efeitos

25 Neste sentido, o STF já se pronunciou em duas oportunidades, *verbis*:

Súmula 346: A Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

26 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2005, p. 447.

ex nunc em relação ao administrado de boa-fé.

A invalidação do ato administrativo pressupõe vício em algum dos seus elementos constitutivos, podendo caracterizar-se esses vícios como nulos ou anuláveis, conforme a teoria perfilhada.

Para os adeptos da teoria monista²⁷, o vício de legalidade produz todos os efeitos do ato nulo, não se aplicando ao Direito Administrativo o tema das nulidades adotado pelo Direito Civil.

Já para os seguidores da teoria dualista²⁸, os atos administrativos podem ser nulos ou anuláveis, segundo a gradação do vício.

Para os que adotam a teoria dualista, determinados vícios administrativos podem ser convalidados²⁹, segundo a gradação do vício que macula o ato. Assim, para convalidar o ato é imprescindível identificar se o caso é de ato nulo ou anulável, pois somente este se convalida.

A convalidação é o processo utilizado pela

27 Adotam este entendimento, dentre outros, HELY LOPES MEIRELES, DIÓGENES GASPARINI e REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA.

28 Perfilham este entendimento: CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, CRETILLA JÚNIOR e outros.

29 A convalidação dos atos administrativos encontra respaldo no art. 55 da Lei nº 9.784/99, que cuida do processo administrativo na esfera federal: *Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízos a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.*

Administração Pública para conservar os atos eivados de vícios sanáveis, pois em determinadas situações a convalidação do ato atende melhor ao interesse público do que sua invalidação. Neste sentido, é pertinente mencionar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, *verbis*:

*Não brigam com o princípio da legalidade, antes atendem-lhe ao espírito, as soluções que se inspirem na tranquilização das relações que não comprometem insuprivelmente o interesse público, conquanto tenham sido produzidas de maneira inválida. É que a convalidação é uma forma de recomposição da legalidade ferida.*³⁰

A convalidação dos atos administrativos pode operar-se das seguintes formas:

1.7.1.1. **ratificação**, que consiste na edição de um novo ato administrativo para sanar a ilegalidade do ato anterior. É utilizada, em regra, para suprir ilegalidades atinentes à competência e à forma;

1.7.1.2. **reforma**, consubstanciada na retificação do ato administrativo suprimindo a parte inquinada de vício e preservando sua parte válida;

1.7.1.3. **conversão**, que consiste na edição de um novo ato que substitui a parte viciada do ato anterior e

30 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2005, p. 441.

preserva a parte que está conforme a lei.

O poder de convalidação dos atos administrativos não é ilimitado, pois deve respeitar barreiras estabelecidas em defesa do administrado. Neste jaez, José dos Santos Carvalho Filho, citando Weida Zancaner, entende que a impugnação do ato feita pelo interessado e a prescrição são limites impostos ao poder de convalidar.

1.7.2. Revogação dos atos administrativos

A revogação é o processo utilizado pela Administração Pública para suprimir, com efeitos *ex nunc*, os atos administrativos, segundo a sua conveniência e oportunidade.

Trata-se de poder discricionário conferido ao administrador, pois é ele quem tem condições para melhor aferir se os atos da Administração atendem ao interesse público, ou se precisam ser extintos.

A revogação só abarca os atos válidos, vez que tratando-se de atos eivados de vícios o caminho será a invalidação, conforme já demonstrado.

Os administrativistas apresentam determinados limites ao poder de revogação, tendo em vista aquele ato que já tenha exaurido os seus efeitos ou determinação legal que o torne irrevogável.

CAPÍTULO II

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1. Legalidade e discricionariedade

O exame da discricionariedade administrativa está intrinsecamente relacionado ao princípio da legalidade, cuja aplicação ora apresenta-se mais evidente, ora mais sutil, conforme os contornos que lhe foram conferidos ao longo do tempo.

Seguindo sistematização feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹, calha demonstrar a evolução do princípio da legalidade em sua relação com a discricionariedade administrativa.

Inicialmente, a atuação da Administração Pública não sofria limitações de nenhuma norma, vez que seguia os comandos dos monarcas. A orientação provinha dos déspotas esclarecidos. Era o período do Estado de Polícia.

Posteriormente, no período do Liberalismo,

31 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, 2ª edição.

instaurou-se o Estado de Direito, cujos princípios basilares foram a legalidade, igualdade e separação de poderes, sempre com vistas à proteção do indivíduo. Nesta fase, a lei passa a representar a expressão da vontade geral do povo em contraposição à vontade absoluta do monarca.

Neste jaez, Sérgio Guerra, ao abordar o constitucionalismo oitocentista francês pontifica:

O Governo – eis a premissa básica e fundamental daquela doutrina - deveria ser não o Governo dos homens, mas o Governo das leis. Lei esta que, na visão de Locke, seria o grande instrumento e meio para se alcançar a formação da sociedade e o desfrute da propriedade em paz e segurança. Sob a premissa do 'reino das leis' ou de que 'o Direito tem de expressar-se precisamente por meio de leis', a norma jurídica seria válida não por ser justa, mas apenas, por haver sido posta por uma autoridade dotada de capacidade normativa.³²

Dessa forma, o princípio da legalidade tem suas origens no período do Estado de Direito. Contudo, a sujeição da Administração Pública a esse princípio seguia a doutrina da ***vinculação negativa da Administração***, pois “*a Administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizasse, como também tudo aquilo que a lei não*

32 GUERRA, Sérgio. Discrecionalidade e reflexividade. Uma nova tória sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte-MG: Fórum, 2008, p. 38.

proibisse.”³³

Em meados do século XIX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, a sociedade clamou por uma atuação mais efetiva do Estado, vez que a sua inércia permitiu que se instaurassem grandes distorções no âmbito econômico e social.

Neste sentido, Sérgio Guerra, com supedâneo em obra de Artur de Brito Gueiros Souza, esclarece:

A conquista do sufrágio universal, “através do qual os reclamos das massas discriminadas [...] impuseram ao Estado uma postura menos 'neutra' para com as desigualdades sociais”, foi, em parte, determinante para a intervenção do Estado na ordem econômica. A lei, indicando apenas soluções unívocas e inalteráveis, passou a ser insuficiente. A complexidade que se apresentou na sociedade do século XIX, gerando novas carências, reclamou novos institutos e mecanismos de compatibilização das relações entre a lei e o Poder Executivo.³⁴

No que tange à atuação discricionária da Administração Pública, o princípio da legalidade ganhou nova feição no Estado Social de Direito, já que, sob a influência de

33 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27, 2ª edição.

34 GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade. Uma nova tória sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte-MG: Fórum, 2008, p. 52.

Kelsen, a discricionariedade passou a ser explicada dentro do sistema jurídico, abarcando a atuação da Administração apenas dentro do permitido pela lei. Assim, substitui-se a doutrina da vinculação negativa pela ***vinculação positiva da Administração à lei***.

Com o tempo, acrescentou-se ao Estado Social de Direito a participação popular nas decisões políticas e administrativas. O princípio da legalidade, bem assim outros valores, tais como a liberdade, a segurança, o bem-estar e a moralidade ganharam força constitucional.³⁵

Na acepção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, esses novos valores incrementados na órbita constitucional funcionam como instrumentos de controle das arbitrariedades no âmbito administrativo, legislativo e judiciário. Neste sentido, apresenta-se oportuno o seguinte trecho:

Todos esses valores são dirigidos ao legislador, ao magistrado e ao administrador público. A lei que os contrarie será inconstitucional. Eles atuam como limites à discricionariedade administrativa, os quais, se ultrapassados, configuram ato ilícito da Administração, passível de revisão pelo Poder

35 No texto da nossa Constituição Federal o princípio da legalidade foi mencionado explicitamente nos seguintes artigos:

Art. 5º, II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de **lei**. - gizou-se

Art. 37 – A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios obedecerá aos princípios da **legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...) - grifou-se

Judiciário. A discricionariedade administrativa - como poder jurídico que é - não é limitada só pela lei, em sentido formal, mas pela idéia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes, declarados a partir do preâmbulo da Constituição.³⁶

Já no período atual, Maria Sylvia aponta uma tendência embasada na busca de uma Administração Pública Gerencial, cuja introdução carece de maior autonomia e responsabilidade para os administradores.

Outrossim, Sérgio Guerra, valendo-se do ensinamento de vários outros doutrinadores, assim se posiciona ao cuidar de tópico intitulado “Crítica à aplicação do princípio legalitário iluminista nos tempos atuais”, *verbis*:

Ainda que se cogite a existência de diversos graus de vinculação do regulador público às regras legais, parece ser indisputável que, dada a tecnicidade que se apresenta diante das sociedades contemporâneas, foi sendo reconhecida com o tempo, ou ao menos tolerada, de um modo ou de outro, nos ordenamentos jurídicos dos países de constitucionalismo adiantado, alguma forma de delegação ou deslegalização normativa do legislativo a órgãos e entidades descentralizadas

36 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, p. 46, 2ª edição.

do Poder Executivo.³⁷

De outro lado, contrapondo-se à crítica supracitada, Maria Sylvia Zanella Di Pietro pondera:

Concluindo: perante o direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade continua presente na Constituição tal como previsto na redação original dos artigos 37, *caput*, e 5º, II. Em consequência, a discricionariedade continua sendo um poder jurídico, ou seja, um poder limitado pela lei. A legalidade é estrita quando se trata de impor restrições ao exercício dos direitos individuais e coletivos e em relação àquelas matérias que constituem reserva de lei, por força de exigência constitucional.³⁸

Neste mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello realça:

Assim, o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Esta deve tão – somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspide, isto é, o

37 GUERRA, Sérgio. Discricionariedade e reflexividade. Uma nova tória sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte-MG: Fórum, 2008, p. 134.

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, p. 64, 2ª edição.

Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes, obsequiosos cumpridores das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhes compete no Direito Brasileiro.³⁹

2.2. Conceito e fundamentos da discricionariedade administrativa

A conceituação da discricionariedade administrativa⁴⁰ sempre passa pela aplicação do princípio da legalidade, pois trata-se de faculdade conferida pelo legislador para que o administrador possa atuar em determinadas circunstâncias segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a

39 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 25ª edição, 2007, p. 101.

40 Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra Manual de Direito Administrativo, 25ª ed., p. 968, ressalta a impropriedade de se classificar os atos administrativos em discricionários ou vinculados, vez que não existem atos completamente discricionários em todos os seus aspectos. Nesse sentido, o administrativista se pronuncia: *Em verdade, discricionária é a apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais e vinculada é sua situação em relação a tudo aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois excludente de interferência de critérios da Administração.*

discrecionariiedade administrativa pode ser assim definida:

(...) faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.⁴¹

Já José dos Santos Carvalho Filho ressalta que para a consecução dos objetivos do Estado são conferidas aos administradores públicos determinadas prerrogativas, denominadas de poderes administrativos. Assim, “*Poder discrecionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.*”⁴²

De forma mais abrangente, o conceito formulado por Celso Antônio Bandeira de Mello engloba a razoabilidade dos critérios adotados nas escolhas do administrador, bem como indica as hipóteses que ensejam a atuação discrecionária, *in verbis*:

Discrecionariiedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre

41 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discrecionariiedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, p. 67, 2ª edição.

42 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, p.47.

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.⁴³

O conceito formulado por José Roberto Pimenta Oliveira foca no dever de ponderação entre os diferentes interesses jurídicos postos a cura da Administração pública, *in verbis*:

Em seu módulo nuclear, significa a discricção, em termos de situação jurídica, dever de sopesamento administrativo entre diferentes interesses jurídicos, no curso e ao final de um processo de decisão estatal. Ponderação cujos contornos são dados pela lei dentro de sua inserção sistemática na ordem jurídica, estruturada a partir dos valores, princípios e regras constitucionais.⁴⁴

A discricionariedade administrativa é justificada pelos estudiosos do assunto com base em três

43 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 25ª edição, 2007, p. 957.

44 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, pp. 355/356. São Paulo: MALHEIROS EDITORES, 2006.

motivos: impossibilidade de o legislador prever todas as necessidades coletivas que serão demandadas junto ao Poder Público; identificação nas leis de conceitos jurídicos indeterminados, atinentes ao mundo da razão prática, revestidos de sensibilidade, motivo pelo qual são plurissignificativos; faculdade conferida ao administrador pelo legislador para que a Administração Pública identifique a solução mais apta a ser aplicada aos casos concretos.

No que tange ao primeiro motivo, é pertinente colacionar o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, estribada no escólio de Fiorini, pontifica: *“não se trata de um esquecimento do legislador, mas de uma faculdade conscientemente criada em favor e em benefício da gestão dos interesse públicos tutelados pela Administração.”*⁴⁵

A discricionariedade também é explicada sob a ótica Kelseniana da formação do Direito em degraus. Assim, a partir da norma de grau superior, a Constituição, outras vão sendo formuladas acrescentando-se um elemento inovador, até chegar ao caso concreto em que o ato administrativo apresenta a norma de caráter individual.

2.3. Discricionariedade na norma jurídica

No ensinamento de Miguel Reale⁴⁶, as normas

45 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, p. 67, 2ª edição.

46 REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2002, 27ª ed, pp. 99-102.

que enunciam regras jurídicas de conduta são estruturadas de forma binada, conjugando-se a hipótese, que prefigura a ocorrência de um fato-tipo, e o dispositivo, que atribui determinadas consequências a essa espécie de fato.

Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁷ leciona que a discricionariedade administrativa pode ser identificada na norma jurídica observando-se a hipótese, o mandamento – que corresponde ao dispositivo, e a finalidade.

Assim, no escólio do administrativista citado, a esfera de liberdade da Administração encontrar-se-á na hipótese da norma e na sua finalidade quando o legislador valer-se de conceitos práticos, cujos significados são imprecisos, tais como: notável saber jurídico, extrema pobreza, defesa da moralidade etc.

Quanto ao mandamento da norma, o referido doutrinador acrescenta que a discricionariedade pode decorrer da identificação dos conceitos práticos na hipótese da norma; quando o legislador faculta ao agente a prática do ato; quando o legislador possibilita ao administrador que eleja, dentre pelo menos duas alternativas, os efeitos do ato praticado.

Já para José Roberto Pimenta Oliveira, a finalidade da regra jurídica não compõe a estrutura lógico-normativa, embora seja um importante vetor na aplicação do direito administrativo. Neste jaez, apresenta-se oportuno o seguinte fragmento:

A finalidade integra a norma jurídica sob o prisma

47 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 25ª edição, 2007, p. 952.

*axiológico do Direito enquanto objeto cultural, não sob o prisma lógico-formal. O sentido teleológico apontado pela finalidade, consistente em traduzir uma vertente de interesse público posto à cura administrativa pelo sistema, é elemento axiológico que se insere no juízo de legalidade de entrelaçamento da hipótese e consequência normativas, em sede aplicativa, segundo a postura de cada qual nos casos concretos.*⁴⁸

2.4. Discrecionariade nos elementos do ato administrativo

É relevante perquirir acerca dos elementos do ato administrativo que comportam atuação discricionária.

No elemento **competência** sempre há vinculação, pois a lei delimita as atribuições conferidas ao agente administrativo.

Quanto ao elemento **forma**, os administrativistas indicam que pode ser vinculado ou discricionário, variando conforme o que dispuser a lei.

Nos casos em que a própria lei já determina o modo em que o ato deve ser exteriorizado, não há que se falar em discrecionariade. Contudo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁹ ressalta que quando a lei não exigir determinada forma,

48 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, p. 340. São Paulo: Malheiros, 2006.

49 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São

o ato poderá ser praticado da maneira que pareça mais adequada à Administração, desde que observado determinado formalismo e que não sejam afetadas as garantias dos administrados.

O elemento **finalidade** é entendido majoritariamente pela doutrina como elemento vinculado, sob o fundamento de que ao administrador incumbe buscar o interesse público⁵⁰.

Entretanto, outros administrativistas elucidam que, embora seja inquestionável que o administrador deve ter como finalidade o atendimento do interesse público, por vezes esse próprio conceito apresenta-se elástico. Isso porquê diante do caso concreto o administrador pode se deparar com duas ou mais possibilidades que atendam ao interesse público, exsurto margem para escolha de discricionária.⁵¹

Neste jaez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵² distingue a finalidade em sentido amplo, em que o ato administrativo sempre deve atingir um fim público, da finalidade em sentido restrito, que corresponde ao resultado específico, indicado na lei, que cada ato deve produzir, hipótese em que o elemento finalidade será vinculado.

Prosseguindo no seu ensinamento, a mesma autora conclui que “*Seja infringida a finalidade legal do ato (em sentido estrito), seja desatendido o seu fim de interesse público*

Paulo: Atlas, 20ª edição, 2007, p.83.

50 É este o posicionamento sustentado pelo administrativista Hely Lopes Meirelles.

51 Sustentam esse entendimento, dentre outros, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

52 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 20ª edição, 2007, pp. 194-195.

(sentido amplo), o ato será ilegal por desvio de poder.”

Quanto ao elemento **motivo**, predomina o entendimento de que haverá vinculação sempre que o motivo fático estiver plenamente descrito pelo motivo de direito.

Ressalte-se que esta subsunção entre motivo de fato e motivo de direito só ocorrerá nos casos em que o legislador utilizar conceitos unissignificativos.

De outro lado, haverá discricionariedade quanto ao motivo nos seguintes casos: quando a lei define o motivo valendo-se de conceitos plurissignificativos, ocasião em que o administrador poderá apreciar a situação concreta segundo critérios de valor⁵³; quando a lei não define o motivo, deixando-o ao talante da Administração Pública.⁵⁴

No **objeto** há vinculação quando a lei previamente estabelece os efeitos para determinado ato. Já a margem de discricionariedade existe neste elemento quando o mandamento da norma confere ao agente a faculdade de agir ou apresenta-lhe duas ou mais opções para agir.⁵⁵

53 Pode ser mencionada como exemplo a possibilidade de requisição administrativa em caso de perigo iminente, prevista, dentre outros diplomas legais, no art. 1.228, § 3º do Código Civil. Ocorre que a constatação do momento em que um perigo ameaça vir a tona tem uma certa margem discricionária.

54 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988*, 2ª edição, p. 84, exemplifica essa hipótese citando a possibilidade de exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo em comissão.

55 José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra *Manual de Direito Administrativo*, 21ª edição, p. 105, exemplifica a hipótese de objeto vinculado citando a licença para exercer profissão, pois se o

Neste ponto, é imprescindível destacar os efeitos, para os administrados, decorrentes da identificação do objeto como discricionário ou vinculado. Neste sentido, calha colacionar o ensinamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *verbis*:

Nos casos em que não existe discricionariedade no mandamento da norma, o administrado tem um direito subjetivo oponível à Administração, podendo fazê-lo valer em juízo; o contrário acontece quando o mandamento da norma confere uma faculdade à Administração, hipótese em que o administrado não tem como exigir a satisfação de seu interesse; é aí que os doutrinadores italianos, dentre os quais, Renato Alessi, falam em direitos debilitados ou direitos menores ou enfraquecidos pelo poder discricionário da Administração.⁵⁶

Dessa forma, verifica-se que o administrado poderá demandar em juízo satisfação de seu interesse sempre que o objeto for vinculado, pois neste caso ao administrador

interessado preenche todos os requisitos legais para a obtenção de licença para exercer profissão em todo o território nacional, não pode o agente administrativo negar-lhe a concessão ou restringir-lhe a atuação. De outro lado, exemplifica a hipótese de objeto discricionário citando a autorização para funcionamento de um circo em praça pública, em que o administrador pode negar o pedido, bem como limitar a extensão do objeto, impondo condições como, por exemplo, pela fixação do horário de funcionamento.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 81, 2ª edição.

cumpra apenas efetivar o mandamento legal. Por outro lado, sendo o objeto discricionário, cujo cerne é a faculdade conferida à Administração, ao administrado não assiste o direito de compelir o administrador, pela via judicial, a satisfação de seu interesse.

2.5. Dos conceitos jurídicos indeterminados

A relação entre a liberdade da Administração e os conceitos jurídicos indeterminados decorre da subjetividade que os delinea. Neste ponto, cumpre analisar se a identificação de conceitos jurídicos indeterminados significa, necessariamente, a possibilidade de atuação discricionária da Administração Pública.

O administrativista José dos Santos Carvalho Filho, valendo-se das palavras do jurista Sévulo Correia, refere-se aos conceitos jurídicos indeterminados como aqueles *“cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito.”*⁵⁷

O citado doutrinador acrescenta, ainda, a distinção entre tais conceitos indeterminados e a discricionariedade administrativa, pois enquanto naqueles há uma imprevisão de sentido, nesta trata-se de possibilidade de escolha criada pela própria norma para que o administrador

57 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, p.51.

possa elencar uma dentre várias condutas lícitas e possíveis.

De outro lado, Celso Antônio Bandeira de Mello cuida do tema elucidando que a discricionariedade pode decorrer, dentre outras hipóteses, da identificação, na norma reguladora, de conceitos jurídicos que não podem ser sintetizados objetivamente.

Ademais, o mencionado jurista ressalta que mesmo sobre tais conceitos pairam alguns limites de objetividade, *in verbis*:

É que mesmo estes conceitos chamados 'fluidos' possuem um núcleo significativo certo e um halo circundante, uma auréola marginal, vaga ou imprecisa. Daí resulta que haverá sempre uma *zona de certeza positiva*, na qual ninguém duvidará do cabimento da aplicação do conceito, uma *zona circundante*, onde justamente proliferarão incertezas que não podem ser eliminadas objetivamente, e, finalmente, uma *zona de certeza negativa*, onde será indisputavelmente seguro que descabe a aplicação do conceito.⁵⁸

Nesse mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, recorrendo a trabalho específico de autoria de Regina Helena Costa⁵⁹, assim discorre sobre o assunto, *verbis*:

58 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 25ª edição, 2007, p. 427.

59 Trata-se trabalho intitulado “Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa, publicado pela Revista da

Para a autora, a interpretação não será suficiente, em muitos casos, para afastar a indeterminação do conceito “e a Administração Pública, como primeira aplicadora deste, poderá optar entre mais de uma significação possível, sempre tendo como guia o princípio da razoabilidade.”⁶⁰

A aplicação do princípio da razoabilidade como limite à discricionariedade administrativa será oportunamente tratada em tópico específico.

2.6. Discricionariedade e interpretação

A distinção entre discricionariedade e interpretação, tema controverso entre os estudiosos do assunto⁶¹,

Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 29/ 79-108.”

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 118, 2ª edição.

⁶¹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sua obra *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988*, p. 131, apresenta, entre os juristas estrangeiros, duas correntes: uma que entende que diante dos conceitos jurídicos indeterminados não há discricionariedade e sim um exercício de interpretação – seguida por Tezner, Bühler, García de Enterría e Saintz Moreno; outra corrente, desenvolvida por juristas italianos e, em parte, por alemães, defende que os conceitos jurídicos indeterminados, exceto os de experiência ou técnicos, conferem liberdade à Administração.

passa necessariamente pela identificação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro pondera que, embora os métodos de interpretação restrinjam o âmbito da liberdade administrativa, é inegável que certos conceitos demandam uma apreciação subjetiva do administrador. Outrossim, é pertinente colacionar o seguinte trecho:

Por outras palavras, se a autoridade administrativa, pelo método da interpretação, não puder chegar a uma solução única, mas a várias soluções igualmente válidas perante o direito, devendo a escolha ser feita segundo critérios puramente administrativos (e não jurídicos), estar-se-á no campo da discricionariedade.⁶²

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, distinguindo a liberdade administrativa da interpretação das normas, cita o seguinte trecho da obra de Queiró:

No fim de contas, decorrido o processo interpretativo, fica sempre ao órgão um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação da sua competência, e portanto também no conteúdo

62 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 123, 2ª edição.

do seu agir.⁶³

O citado administrativista arremata citando o ensinamento de Gonçalves Pereira, *verbis*:

A discricionariedade começa onde acaba a interpretação (...). Reduzir a discricionariedade à simples formulação de um juízo é afinal negar o próprio poder discricionário, reconduzir todo o poder à vinculação e pôr-se em contradição manifesta com o Direito Positivo.⁶⁴

Seguindo nessa mesma esteira de ensinamento, José Roberto Pimenta Oliveira pontifica:

Assim, permanece válida a constatação de que a discricção começa quando ao término da interpretação remanesce para o administrador a possibilidade de adoção de mais de uma solução a servir de instrumento de concretização do interesse público, enquanto finalidade cogente da atividade administrativa.⁶⁵

63 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 25ª edição, 2007, p. 955.

64 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 25ª edição, 2007, p. 956.

65 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, p.

Assim, a distinção entre discricionariedade administrativa e interpretação reside justamente no fato de que esta encontra lugar na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados cujos contornos não possam ser definidos por meio da aplicação dos métodos de interpretação.

2.7. Discricionariedade e mérito

Dentre os juristas brasileiros, o mérito do ato administrativo foi abordado de forma pioneira por Seabra Fagundes, que formulou o seguinte conceito, transcrito por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *verbis*:

(...) o mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc de cada procedimento administrativo.⁶⁶

361. São Paulo: Malheiros, 2006.

66 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao conceituar o mérito do ato administrativo realça a atuação do administrador, apreciando os critérios de conveniência e oportunidade, sempre com vistas ao atendimento da finalidade legal. Neste jaez, é oportuno mencionar o seguinte trecho:

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 delas seria a única adequada.⁶⁷

Questão das mais relevantes no estudo do mérito do ato administrativo refere-se à possibilidade de controle judicial dos atos administrativos fundados em critérios de conveniência e oportunidade. Isso porquê o Poder Judiciário não pode substituir a atuação do administrador público.

Este aspecto será analisado no próximo tópico, destinado a análise dos limites à discricionariedade administrativa.

Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, p. 123, 2ª edição.

67 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 25ª edição, 2007, p. 955.

2.8. Limitações à discricionariedade administrativa

A análise dos limites sofridos pela discricionariedade administrativa perpassa a possível ingerência do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos.

Em que pese o fato de a discricionariedade configurar certa liberdade para que o administrador atue segundo critérios de conveniência e oportunidade, é indubitável que também estes atos submetem-se ao princípio da legalidade, expresso na Constituição Federal.

Embora sem aprofundar neste ponto, o renomado administrativista Hely Lopes Meirelles busca realçar o poder conferido ao Poder Judiciário para avaliar a legalidade e a legitimidade dos atos administrativos, sem contudo, imiscuir-se no puro mérito administrativo conferido ao administrador público. Outrossim, insta analisar o seguinte trecho de sua obra:

Ao poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação dos atos com a lei escrita, ou,

na sua falta, com os princípios gerais do Direito.⁶⁸

No que tange aos conceitos jurídicos indeterminados, Celso Antônio Bandeira de Mello elucida que nesses próprios conceitos é possível identificar os limites da discricionariedade administrativa. Neste jaez, é pertinente mencionar o seu posicionamento, *verbis*:

A interpretação do sentido da lei, para pronúncia judicial, não agrava a discricionariedade, apenas lhe reconhece os confins; não penetra na esfera de liberdade administrativa, tão só lhe declara os contornos; não invade o mérito do ato nem se interna em avaliações inobjektáveis, mas recolhe a significação possível em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível.⁶⁹

Prosseguindo no seu escólio, o citado administrativista cuida da extensão do controle judicial, aduzindo que os atos administrativos discricionários podem ser aferidos nos seguintes aspectos: quanto ao **motivo**, analisando-se a existência fática deste, bem como a medida em que justifica o ato praticado pelo agente; quanto à **finalidade**, contrastando-

68 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, Malheiros, 2009, 35ª edição, pp. 717-718.

69 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 25ª edição, 2007, p. 959.

se a finalidade normativa, o interesse protegido, com o ato praticado; quanto à **causa**, no sentido de que deve existir uma congruência entre o motivo fático e o seu conteúdo, tomando-se como parâmetro a finalidade legal do ato.⁷⁰

Discorrendo sobre a inter-relação destes aspectos, o citado doutrinador assim se pronuncia:

Deveras: não há como separar o motivo (ou pressuposto de fato) da finalidade e do interesse que, pelo cumprimento dela, se vê atendido. São noções inter-relacionadas e indissociáveis. Formam verdadeira equação, pois o esquema legal supõe realizado um certo interesse quando, ocorridas certas condições, pratica-se um ato que satisfaz dado escopo.⁷¹

Ao abordar o tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aduz que a liberdade da Administração Pública é limitada pela aplicação do princípio da legalidade tanto no sentido estrito, confrontando-se os elementos competência e forma com o teor da lei, quanto em um sentido amplo, que abarca a conformidade com o ordenamento jurídico, e não apenas com a letra da lei. Neste sentido, é pertinente mencionar o seguinte trecho:

70 Ressalte-se que este último aspecto remonta ao item 1.3.4.2 do primeiro capítulo, intitulado “Congruência entre o motivo e o resultado do ato.”

71 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 25ª edição, 2007, p. 961.

Todavia, em sentido amplo, o princípio da legalidade adquire um conteúdo axiológico, que exige conformidade da Administração Pública com o Direito, o que inclui, não apenas a lei, em sentido formal, mas todos os princípios que são inerentes ao ordenamento jurídico do Estado de Direito Social e Democrático. Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da legalidade constitui o limite único à discricionariedade administrativa.⁷²

Ademais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷³ sinaliza para uma tendência de ampliar o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário.

Aponta como frutos desse novo enfoque a *teoria do desvio de poder*, que ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para alcançar fim diferente do fixado pela lei; a *teoria dos motivos determinantes*, pela qual o ato somente será válido se os motivos indicados para a sua prática forem verdadeiros; a *interpretação das noções imprecisas* de forma que, quando as técnicas de interpretação forem suficientes para identificar a única solução válida diante do ordenamento jurídico, o âmbito de discricionariedade restará afastado.

Já o administrativista José dos Santos Carvalho Filho cuida do tema com certa parcimônia, asseverando que, embora o controle do Poder Judiciário recaia

72 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, p. 137, 2ª edição.

73 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 20ª edição, 2007, pp. 202-204.

sobre todos os tipos de atos administrativos, não pode adentrar nos critérios de oportunidade e conveniência apreciados pelo administrador. Outrossim, é pertinente apresentar o seu posicionamento, *verbis*:

Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura como **reserva do possível**, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo.⁷⁴

Ademais, o citado doutrinador adverte que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, tendo

74 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, p. 49.

Ressalte-se, por oportuno, que em outra parte da mesma obra, pp. 42-43, o jurista em comento aduz que quando o administrador estiver diante omissões genéricas, aquelas em que não há imposição legal de obrigação de fazer em prazo determinado, compete ao administrador público avaliar o momento oportuno para tomar as providências positivas, estando a salvo do controle judicial, por se tratar de reserva do possível. Entretanto, acrescenta que a Administração Pública pode ser instada a elencar a impossibilidade de sua atuação.

como base o princípio da razoabilidade, conduz, na verdade à análise da legalidade do ato. Isso porquê no seu entendimento só há ato administrativo desarrazoado quando este se apresentar eivado por alguma ilicitude. Calha transcrever o seguinte fragmento:

(...) é preciso lembrar que, quando se pretender imputar á conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a idéia de que ***a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal.*** (...) - *grifos no original*

Dissentimos, por conseguinte, de doutrina que advoga a eliminação do poder discricionário da Administração diante da aplicação do princípio da razoabilidade. Se é verdade que este abranda o excesso de poder administrativo, não é menos verdade que o administrador continua detendo o poder jurídico de valorar condutas e decisões, pois que essa é a sua atribuição. Não concordamos, pois, com as posições segundo as quais ao Judiciário seria conferida a função de praticamente substituir o juízo de valoração levado a cabo pelo administrador.⁷⁵

Assim, os limites do poder discricionário, impostos pela interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados bem como pela análise dos motivos e da finalidade do ato, decorrem da aplicação do princípio da

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, p. 37.

legalidade, cuja extensão ora apresenta-se mais contida, ora apresenta-se mais abrangente, condição em que abarca a conformidade com todo o ordenamento jurídico.

CAPÍTULO III

OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE E OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

Os princípios gerais do Direito ganharam força, inclusive constitucional, no período pós-positivista, sendo atualmente aceitos como limites à atuação discricionária da Administração Pública, vez que foram reconhecidos como integrantes do ordenamento jurídico positivo.

Por isso, a antiga distinção entre princípios e normas não coaduna-se com o ordenamento jurídico atual, cujos princípios foram lançados no texto da Constituição Federal de 1.988, de modo que a manifestação dos poderes estatais, seja do legislativo, do executivo ou do judiciário, devem guardar consonância não só com a lei, mas também com os princípios.

Neste jaez, cumpre encontrar as bases constitucionais dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como perquirir acerca dos limites que estes impõem à atuação discricionária da Administração Pública.

3.1. A força normativa dos princípios

Para Humberto Ávila, a importância dos princípios na aplicação do Direito reside na fluidez de seus comandos, já que para serem concretizados é imprescindível que se correlacionem com as demais normas e princípios integrantes do seu ordenamento jurídico. Eis a definição dos princípios nas palavras deste jurista:

(...) pode-se definir os princípios como normas imediatamente finalísticas, para cuja concretização estabelecem com menor determinação qual o comportamento devido, e por isso dependem mais intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.⁷⁶

Já José Augusto Delgado conclama o dinamismo dos princípios como fator que enseja tanto a manutenção de um ordenamento jurídico coerente, como também a possibilidade de novas soluções jurídicas capazes de satisfazer as demandas dos administrados. Neste âmbito, distingue as funções ordenadoras e prospectivas dos princípios, *in verbis*:

⁷⁶ ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, 215: 151-179, p. 167. Rio de Janeiro: Atlas, 1.999.

Os princípios de cunho ordenador mantêm um vínculo entre si, por se apresentarem com a missão de fixar diretrizes para critérios de interpretação e de integração do direito, a fim de que o sistema atue de modo coerente.

No desenvolvimento da função prospectiva, os princípios atuam voltados para a imposição de sugestões para a adoção de formulações novas ou de regras jurídicas mais atualizadas, visando a contribuir para o aprimoramento do direito aplicado e atendimento às reivindicações dos jurisdicionados.⁷⁷

De forma lapidar, o constitucionalista Paulo Bonavides sintetiza: *As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o régimen, a ordem jurídica.*⁷⁸

77 DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do Direito Administrativo. Interpretação e aplicação. Revista dos Tribunais (RT), 701. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994.

78 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, pp. 288-289. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Embora os objetivos deste trabalho não abarquem a análise acerca das funções dos princípios normativos ao longo do tempo, é oportuno mencionar o seguinte trecho, encontrado à f. 294, em que foram destacados os pontos principais para que os princípios atingissem a importância que hoje ostentam, *verbis*: *Em resumo, a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e*

O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho⁷⁹ também reconhece a força normativa dos princípios e aborda – os, com supedâneo nos ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin, ressaltando que as regras são normas que operam no plano de validade, de modo que se excluem quando confrontam-se na aplicação do caso concreto, enquanto que os princípios não se excluem quando conflitantes, exigindo do jurista um grau de ponderação capaz de aferir qual deles deve preponderar diante de cada caso concreto.

A força normativa dos princípios perpassa a classificação entre princípios expressos e princípios implícitos. Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁰ pontifica que existem princípios expressos⁸¹, mencionados literalmente no corpo da

positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua inserção nos Códigos) para a órbita juspublicística (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificadas do gênero norma, e, finalmente, por expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios.

79 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, p.18.

80 MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2007, p. 95.

81 Ressalte-se que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não foram mencionados expressamente no bojo da Constituição Federal, mas foram mencionados expressamente

Constituição Federal e princípios implícitos, que decorrem logicamente dos princípios expressos ou da própria noção de Estado de Direito.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, menciona expressamente que a Administração Pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Assim, a elevação dos princípios ao patamar de normas rompe com a concepção positivista e avaliativa, inserindo no ordenamento jurídico valores que, preconizados implícita ou explicitamente pela Constituição Federal de 1.988, devem orientar a aplicação do Direito.

3.2. Fundamentos dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não foram mencionados expressamente na Constituição Federal de 1.988, tal como ocorreu com os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho⁸² cuida dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade como princípios reconhecidos, porquanto apesar de não mencionados expressamente no texto

no art. 2º da Lei nº 9.784/99.

82 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen juris, 21ª edição, 2009, p.18.

constitucional são aceitos pelos publicistas.

Para José Roberto Pimenta Oliveira a *sedes materiae* dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade é a cláusula do devido processo legal, já que no seu sentido material exige que o ato da Administração “*mostre-se respeitoso, compatível, afinado com todos os princípios e valores jurídicos acolhidos pelo ordenamento jurídico positivo, de maneira a garantir, na integralidade, a interdição de arbitrariedade (...)*”⁸³, o que indubitavelmente perpassa a aplicação dos princípios em comento.

No que tange especificamente ao princípio da proporcionalidade, o constitucionalista Paulo Bonavides⁸⁴ esclarece que embora não se encontre escrito, trata-se de norma esparsa no texto constitucional, inclusive relacionada à aplicação do princípio da igualdade. Prossegue no seu ensinamento aduzindo que o princípio da proporcionalidade é direito positivo em nosso texto constitucional, encontrando respaldo no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Com entendimento semelhante, Luís Roberto Barroso⁸⁵ aproxima o princípio da razoabilidade à aplicação da isonomia, asseverando que o princípio da razoabilidade é que servirá de parâmetro para identificar as hipóteses em que as desigualdades são toleráveis. Cita como exemplo a

83 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, pp. 218-219. São Paulo: Malheiros, 2006.

84 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, pp. 434-436. São Paulo: Malheiros, 2008.

85 BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro, p.160. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

razoabilidade de exigir-se somente a inscrição de mulheres em concurso público para guardas penitenciários de um presídio feminino.

Em interessante abordagem sobre o tema, José Roberto Pimenta Oliveira⁸⁶ consigna que embora suprimidos ostensivamente da Constituição Federal, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade não podem ser relegados ao plano infraconstitucional, vez que sua positivação decorre de outros enunciados contidos no texto constitucional, tais como a cláusula do devido processo legal, a instituição do Estado Democrático de Direito, a legalidade e a função pública.

Assentadas as bases constitucionais dos princípios em comento, fica evidente a necessidade de compatibilizar o conteúdo destes com os demais comandos contidos no ordenamento jurídico. Cumpre, portanto, buscar o campo de significação que estes alcançam, mormente no âmbito

86 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, pp. 201-233. São Paulo: Malheiros, 2006.

Neste sentido, é pertinente transcrever o seguinte fragmento, contido à f. 205, *in verbis*: *O direito administrativo brasileiro, de modo incontestado, encontra os seus fundamentos na Constituição Federal, enquanto norma básica do sistema jurídico, que estabelece os seus alicerces axiológico-normativos. O Estatuto Fundamental não se constitui pela intenção do legislador constituinte, sem embargo da relevância deste elemento histórico na interpretação da Magna Carta. A Constituição, enquanto norma fundamental da regulamentação da atividade estatal, resulta da significação objetiva do conjunto sistemático de princípios e regras positivados, explícita ou implicitamente, em seus enunciados. E neles, inequivocadamente, dentre os cânones principiológicos regentes da atividade administrativa, encontram-se a razoabilidade e a proporcionalidade.*

administrativista.

3.3. Princípio da proporcionalidade

Inicialmente, é pertinente mencionar que para Humberto Ávila a proporcionalidade não é um princípio, mas sim, um postulado normativo cuja estrutura é um instrumento de aplicação de outros princípios. Ademais, trata-se de um postulado com “*a função de estabelecer limites à atividade estatal e de garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos (...)*”⁸⁷. Neste sentido, é oportuno mencionar a seguinte definição:

Diante do exposto, pode se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente relacionados.⁸⁸

87 ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, 215: 151-179, p. 171. Rio de Janeiro: Atlas, 1.999.

88 ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, 215: 151-179, p. 175. Rio de Janeiro: Atlas, 1.999.

Por outro lado, José Roberto Pimenta Oliveira trata a proporcionalidade como princípio de cunho constitucional, embora vislumbre a mesma função atribuída por Humberto Ávila no sentido de ponderar a limitação de bens, interesses ou valores. O citado doutrinador, abalizado no ensinamento de Vitalino Canas, assim se pronuncia:

Em uma síntese inexcedível, o princípio da proporcionalidade é o “princípio geral de direito, constitucionalmente consagrado, conformador dos atos do poder público (...), de acordo com o qual a limitação instrumental de bens, interesses ou valores subjetivamente radicáveis se deve revelar idônea e necessária para atingir os fins legítimos concretos que cada um daqueles actos visam, bem como axiologicamente tolerável quando confrontada com esses fins.”⁸⁹

Nesse mesmo sentido, Paulo Bonavides⁹⁰ trata a proporcionalidade como princípio constitucional destinado a proteger o cidadão contra abusos do Estado, bem como instrumento apto a garantir a os direitos e liberdades constitucionais.

O doutrinador José dos Santos Carvalho Filho,

89 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, p. 191. São Paulo: Malheiros, 2006.

90 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 434. São Paulo: Malheiros, 2008.

por sua vez, ressalta que o princípio da proporcionalidade guarda semelhanças com o princípio da razoabilidade, na medida em que ambos conferem ao Poder Judiciário a possibilidade de controlar os atos dos demais poderes. Outrossim, é pertinente transcrever o seguinte trecho que cuida da finalidade desse princípio na seara administrativa, *in verbis*:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração (...) ⁹¹

Pelo exposto, vislumbra-se que a proporcionalidade, considerada como princípio ou como postulado normativo, mantém a característica imanente de instrumentalizar a ponderação de valores, interesses e bens, sempre com a finalidade de identificar os limites adequados de restrição destes a fim de satisfazer o interesse público.

Neste jaez, cumpre analisar os fundamentos estruturais do princípio em comento.

Segundo a doutrina mais abalizada e atual, o dever de proporcionalidade abarca adequação, necessidade e equilíbrio na atuação da Administração Pública.

91 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 21ª edição, 2009, p.38.

Esses elementos do princípio da proporcionalidade também são tratados como subprincípios, vez que decorrem de um princípio genérico, com carga normativa mais ampla. Cada um dos subprincípios apresenta normatividade específica destinada a densificação do conteúdo do princípio da proporcionalidade.

Ressalte-se, por oportuno, que alguns doutrinadores tratam esses elementos, embora sob os mesmos fundamentos, como componentes do princípio da razoabilidade.⁹²

3.3.1. Adequação

A adequação significa que a medida adotada deve guardar pertinência com o fim colimado, ou seja, deve ser apta a efetivar, de alguma forma, o fim objetivado, *“recusando-se validade neste teste apenas às medidas totalmente inoperantes para atingir o desiderato perseguido.”*⁹³

Para Paulo Bonavides⁹⁴, a adequação constitui um subprincípio que também pode ser denominado de pertinência ou aptidão, cujo conteúdo está ligado à vedação de arbítrios, porquanto a medida escolhida deve ser apta a alcançar

92 Sustentam esse posicionamento LUÍS ROBERTO BARROSO e MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO.

93 OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, p. 190. São Paulo: Malheiros, 2006.

94 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 397. São Paulo: Malheiros, 2008.

o fim pretendido.⁹⁵

3.3.2. Exigibilidade

O aspecto da exigibilidade diz respeito à ponderação acerca dos meios disponíveis e capazes de atingir determinado fim com o fito de aferir se foi adotada a medida que menos restrinja os interesses envolvidos.

Trata-se de uma comparação em que são qualificadas as lesões causadas aos bens e interesses por cada medida admitida abstratamente, considerando-se apenas as que tenham grau de eficácia semelhante quanto à possibilidade de efetivar o fim colimado.

É, nos dizeres de Paulo Bonavides, princípio cujo conteúdo determina que *“de todas as medidas que igualmente servem à obtenção de um fim, cumpre eleger aquela menos nociva aos interesses do cidadão (...)”*⁹⁶

3.3.3. Proporcionalidade em sentido estrito

A proporcionalidade em sentido estrito

95 Posicionam-se neste mesmo sentido JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO e HUMBERTO BERGMAN ÁVILA.

96 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 397. São Paulo: Malheiros, 2008.

corresponde ao dever de ponderação entre os bens e interesses atingidos e o fim alcançado pela medida adotada, no sentido de aferir se o sacrifício daqueles é menor que os benefícios atingidos por este.

Paulo Bonavides, citando ensinamento de Pierre Muller, trata esse subprincípio como uma obrigação e, ao mesmo tempo, interdição. Neste sentido, é oportuno transcrever o seguinte fragmento:

É em função do duplo caráter de obrigação e interdição que o princípio da proporcionalidade tem o seu lugar no Direito, regendo todas as esferas jurídicas e compelindo os órgãos do Estado a adaptarem todas as suas atividades aos meios de que dispõem aos fins que buscam e aos efeitos de seus atos. A proporção adequada se torna assim condição de legalidade.⁹⁷

Assim, a proporcionalidade em sentido estrito, também denominada de vertente do equilíbrio, é a última etapa na aplicação da proporcionalidade que, após a análise da adequação e da exigibilidade, determina que os benefícios da medida adotada superem os custos que eventualmente acarretará.

97 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, p. 398. São Paulo: Malheiros, 2008.

3.4. Princípio da razoabilidade

Ao tratar do princípio da razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello se pronuncia no sentido de que a Administração, na sua atuação discricionária, deve agir de forma racional, em consonância com o senso de normalidade aceito na sociedade. Outrossim, calha mencionar o seu ensinamento:

Vale dizer: pretende-se colocar em claro que não serão apenas inconvenientes, mas também ilegítimas – e, portanto, jurisdicionalmente invalidáveis –, as condutas desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com desconsideração às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricção manejada.⁹⁸

Neste mesmo sentido, José dos Santos Carvalho Filho trata o princípio da razoabilidade como o que é aceitável. Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao considerar a razoabilidade como medida de proporcionalidade entre meios e fins, entende que essa proporção deve ser aferida “(...) *não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive* (...)”⁹⁹

98 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 19ª edição, 2005, p. 97.

99 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007,

Ratificando este entendimento, Luís Roberto Barroso se refere ao princípio da razoabilidade com uma dimensão bastante subjetiva, como valor mais fácil de ser sentido que conceituado. Outrossim, manifesta que *“É razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento e lugar.”*¹⁰⁰

Já Humberto Bergman Ávila aborda o princípio da razoabilidade distinguindo-o da proporcionalidade. No seu entendimento, enquanto a proporcionalidade é uma *“estrutura formal de eficácia”*, a razoabilidade é uma *“condição material para a aplicação individual de justiça”*¹⁰¹.

Para o jurista retrocitado, a aplicação do princípio da razoabilidade não requer uma ponderação entre meio e fim, mas sim, a análise dos efeitos da medida adotada em relação a um bem jurídico de determinado indivíduo.

José Roberto Pimenta Oliveira, em lapidar abordagem do tema, enfatiza que a razoabilidade impõe o dever de ponderação e justificação da medida adotada em cada caso. Neste jaez, é pertinente apresentar o seguinte fragmento:

p. 201.

¹⁰⁰BARROSO, Luís Roberto. Temas de Direito Constitucional. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro, p.155. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁰¹ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista de Direito Administrativo (RDA), 215: 151-179, p. 174. Rio de Janeiro: Atlas, 1.999.

O princípio da razoabilidade significa, no contexto jurídico sistemático da busca do interesse público primário, a exigência de justificada e adequada ponderação administrativa, aberta nos exatos limites constitucionais em que a regra de competência habilitadora autorizar, dos princípios, valores, interesses, bens ou direitos consagrados no ordenamento jurídico, impondo aos agentes administrativos que maximize a proteção jurídica dispensada para cada qual, segundo o peso, importância ou preponderância que venham adquirir e ostentar em cada caso objeto de decisão.

Ressalte-se, por oportuno, que para muitos doutrinadores o princípio da proporcionalidade é, na verdade, uma faceta do princípio da razoabilidade¹⁰², vez que este pode servir de instrumento de efetivação daquele, tendo em vista sua estrutura formal composta pelos elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

3.5. Os limites impostos à discricionariedade administrativa pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Estabelecidas as bases constitucionais dos princípios em comento e firmado um campo de significação

¹⁰²Sustentam esse posicionamento, dentre outros, os seguintes juristas: JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.

destes, cumpre tratar das limitações impostas por esses princípios à atuação discricionária da Administração.

Ressalte-se que para José dos Santos Carvalho Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello a aplicação do princípio da razoabilidade desemboca na legalidade do ato, porquanto o poder discricionário só é conferido à Administração para que seja adotada a medida ideal ao atingimento da finalidade legal, e uma providência desarrazoada não é comportada como a melhor forma de se atingir a finalidade da lei.¹⁰³

A doutrina mais atual tem se manifestado favorável ao controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário com fulcro nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, respeitando -se, entretanto, o mérito do ato administrativo, tendo em vista a relevância da discricionariedade administrativa à efetivação do interesse público, conforme explanado no capítulo anterior.

Neste sentido, ao abordar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, Celso Antônio Bandeira de Mello pontifica:

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme à finalidade da lei. Donde, se padecer deste defeito, será, necessariamente, violadora do princípio da finalidade. Isto equivale a dizer que será ilegítima, conforme visto, pois a finalidade integra a própria

103 Ver também o item 2.7 do capítulo anterior que versa sobre as limitações à discricionariedade administrativa.

lei. Em consequência, será anulável pelo Poder Judiciário, a instâncias do interessado.

(...) Ora, já se viu que inadequação à finalidade da lei é inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso fulmináveis pelo Poder Judiciário, que, sendo provocado, deverá invalidá-los quando impossível anular unicamente a demasia, o excesso detectado.¹⁰⁴

Nesse mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que *“se a opção administrativa recair sobre hipótese irrazoável, ela se tornará inválida e, portanto, suscetível de ser anulada judicialmente.”*¹⁰⁵

Corroborando o posicionamento dos administrativistas supracitados, José Roberto Pimenta Oliveira trata do controle dos atos administrativos praticados com base nos conceitos jurídicos indeterminados. Outrossim, é oportuno mencionar o seguinte trecho:

No controle dos conceitos jurídicos indeterminados, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são vetores inafastáveis da atividade hermenêutica exigida na concretização do conceito em cada situação fático-normativa. Da

104MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 97-98.

105DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1.988. São Paulo: Atlas, 2007, p. 206.

mesma forma, tais princípios são fundamentais no controle da margem de autonomia administrativa decisória, verificada quanto à forma, oportunidade, conveniência e conteúdo da ação no exercício das competências administrativas.¹⁰⁶

Também no âmbito jurisprudencial, os princípios em análise já aparecem como parâmetros de controle dos atos administrativos discricionários. Neste jaez, cumpre analisar alguns julgados nos quais os princípios da razoabilidade e proporcionalidade figuraram como parâmetros para correção dos atos administrativos.

3.5.1. Caso da obrigatoriedade de fixação dos preços dos produtos diretamente nas embalagens expostas a venda.

Ao analisar Mandado de Segurança em que o impetrante buscava o reconhecimento de seu direito líquido e certo de descumprir o teor do Despacho nº 17, expedido pelo Ministro da Justiça em referência à Portaria nº 442/98, que determinou a obrigatoriedade da fixação de preços diretamente na embalagem dos produtos, mesmo estando os estabelecimentos comerciais equipados com leitor de código de barras.

Entendeu-se que a mínima intervenção estatal,

106OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro, p. 363. São Paulo: Malheiros, 2006.

consagrada pela livre iniciativa, deveria ceder diante do direito à informação do consumidor, e, embora sem fazer referência aos elementos da proporcionalidade, a ordem foi denegada, mantendo-se o despacho da autoridade administrativa, tendo em vista que a medida tomada era hábil à proteção dos consumidores, isto é, era apta a alcançar o fim pretendido.

É o que o seguinte fragmento, contido no voto vista do Ministro José Delgado, nos permite concluir, *in verbis*:

Fácil, portanto, concluir-se que há obrigação do comerciante de bem informar, com precisão, clareza, de forma ostensiva, o preço do produto. Essa condição estará plenamente atendida com a colocação do preço, de forma visível, em cada produto, da mesma forma que devem ser expostos a sua composição, prazos de validade, origem, características essenciais etc.¹⁰⁷

3.5.2. Caso das embalagens de cigarro.

Neste julgado o Tribunal Regional Federal da 1ª Região analisou a validade do Decreto nº 2.637/1.998 que veiculou a exigência de que as embalagens de cigarros fossem organizadas por vintenas de unidades, a fim de facilitar a fiscalização tributária que tem por finalidade coibir o aumento

107 STJ, MS 5975-DF, Relator Ministro Milton Luiz Pereira, data do julgamento: 13/10/1.999, DJU 18/12/2000.

das vendas de cigarro e, por consequência, a defesa da saúde.

Entendeu-se que a medida adotada não era adequada à promoção da saúde, pois existem várias medidas mais aptas para o alcance de tal desiderato. Também não foi identificada a exigibilidade da medida, já que as dificuldades fiscalizatórias poderiam ser sanadas com o aparelhamento adequado do Estado.

Ademais, no cotejo dos interesses confrontados, a restrição à livre iniciativa e concorrência apresentou-se excessiva.

É oportuno consignar a ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL -
COMÉRCIO VAREJISTA DE CIGARROS -
EMBALAGEM COM UMA VINTENA DE
UNIDADES: DECRETO N. 2.637, DE 25/06/98 -
RIPI.

ADMINISTRATIVO E
CONSTITUCIONAL - COMÉRCIO VAREJISTA
DE CIGARROS - EMBALAGEM COM UMA
VINTENA DE UNIDADES: DECRETO N.
2.637, DE 25/06/98 - RIPI.

1. A norma legislativa é interpretada pelo Judiciário dentro dos critérios da dogmática e observância dos princípios constitucionais, mas sem indagar-se do alcance ideológico da mesma.

2. Diferentemente, as regras de regulamento têm de estar em perfeita sintonia com a finalidade e utilidade, para evitar-se normas administrativas por capricho, deleite ou oblíqua indeferência, indevida.

3. Exigência do comércio de cigarros em embalagem de vinte unidades que não atende ao

critério da razoabilidade e proporcionalidade com o texto constitucional que proclama a livre iniciativa da ordem econômica, dentro do princípio da livre concorrência (art. 170, IV da CF).

4. Recurso provido. Segurança concedida.¹⁰⁸

3.5.3. Candidato aprovado em concurso público.

Ao analisar o agravo de instrumento interposto por candidato aprovado em concurso público a fim de reformar decisão que indeferiu a liminar pleiteada, no sentido de aceitar a declaração de mestrado expedida pela própria instituição promotora do concurso, Fundação Universidade de Brasília – FUB, o TRF1 entendeu que:

O ato o administrativo praticado com base no poder discricionário da Administração Pública está sujeito ao controle judicial de mérito quanto ao aspecto da razoabilidade.

(...) Assim, não me parece razoável que, em face do procedimento administrativo que corriqueiramente impede a imediata expedição de certificados junto às Universidades, venha o candidato a ser prejudicado, recusando-se a comissão organizadora do concurso a reconhecer a

108TRF, 1ª Região, Rel. Eliana Calmon, Quarta Turma, Apelação em Mandado de Segurança nº 1.99801000545379/DF, Publicação: 19/11/1.998, DJ p. 224, data da decisão: 13/10/1.998.

validade, para prova de títulos, da certidão expedida pela própria Agravada.¹⁰⁹

Tomando como base as decisões colacionadas, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência têm acolhido os princípios da razoabilidade e proporcionalidade a fim de reformar decisões administrativas dissonantes dos valores predominantes na sociedade, bem como aquelas em que não foram identificados os elementos adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

109 TRF, 1ª Região, Rel. Convocado Juiz Leão Aparecido Alves, Agravado de Instrumento nº 2004.01.00.009480-0/DF.

CONCLUSÃO

Os atos administrativos são atos jurídicos que externam a manifestação do Estado ou de quem atue em seu nome para transformar, criar ou extinguir direitos e obrigações em relação aos administrados, estando sujeitos ao controle do Poder Judiciário, ante o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, insculpido no texto da Carta Magna de 1.988.

Para que a Administração Pública alcance seus objetivos, os atos administrativos gozam de determinados atributos que lhe garantem maior efetividade, quais sejam: presunção de legitimidade e veracidade; auto executoriedade e imperatividade.

Também para tornar possível a consecução dos objetivos, e muitas vezes deveres, da Administração Pública é que o ordenamento jurídico acolhe os atos administrativos classificados como discricionários.

Os atos administrativos discricionários são aqueles em que o administrador poderá atuar segundo os seus critérios de oportunidade e conveniência para melhor atender o interesse público conforme o caso concreto.

Diante da relevância da discricionariedade administrativa, verifica-se que se trata de faculdade conferida pelo legislador, propositadamente, e não por leniência, tendo em

vista a impossibilidade de prever, com conceitos unissignificativos, todas as hipóteses de demandas que serão ofertadas perante a Administração Pública.

Diante dessa realidade, o legislador elabora normas valendo-se de conceitos práticos, fluidos, ou, então, enumera no mandamento da norma mais de uma conduta válida que poderá ser adotada pelo administrador, permitindo assim, a prática de atos discricionários.

De início, os atos discricionários eram sinônimos de arbitrários, porquanto sobre eles não incidia controle algum. Posteriormente, com o advento do Estado de Direito e, ainda mais, com o Estado Democrático de Direito, tal como o adotado por nossa Constituição Federal, os atos administrativos discricionários são passíveis de apreciação sob determinados aspectos.

Neste sentido é que são considerados os motivos determinantes como limitações ao poder discricionário, já que os motivos invocados para a prática do ato devem de fato existir e justificá-lo, sob pena de nulidade.

Também o elemento finalidade do ato deve ser considerado quando da apreciação do ato administrativo discricionário, pois este deve sempre buscar efetivá-la tanto em seu sentido amplo, atendimento do interesse público, quanto em seu sentido estrito, objetivo a ser alcançado diante de cada caso.

Ademais, os métodos de interpretação limitam a atuação discricionária da Administração Pública, vez que sendo possível identificar a interpretação adequada para aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados não restará margem de escolha para o administrador público.

Neste ponto, inserem-se também como critérios de controle os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pois, mesmo diante de conceitos indeterminados, a escolha do administrador deverá ser consoante o ordenamento jurídico, do qual fazem parte os princípios expressos e implícitos.

Cuidando especificamente dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é evidente que um ato administrativo, mesmo estando sob o manto da 'liberdade' administrativa, não pode ser caprichoso e deve estar em conformidade com os valores e anseios predominantes na sociedade, obedecendo, portanto, o princípio da razoabilidade.

Ademais, é imprescindível que, mesmo sendo discricionário, o ato administrativo seja praticado mediante a ponderação de bens e interesses concretos envolvidos em cada caso. Em outras palavras, o ato administrativo discricionário deve passar pelo crivo do princípio da proporcionalidade, cujos elementos são a adequação, a exigibilidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação impõe que se considere todas as possibilidades aptas a alcançar o fim pretendido. Discriminadas todas as possibilidades adequadas, a exigibilidade determina que seja adotada a medida menos gravosa para os administrados que serão afetados pela prática do ato. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito requer que sejam sopesados os benefícios e prejuízos que serão acarretados pela prática do ato.

Pelo exposto, verifica-se que é possível vislumbrar a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos sempre que se deparar com divergências entre o ato praticado e os fins colimados, bem como, quando os motivos invocados para a prática do ato forem dissonantes da situação

fática.

Ademais, os atos administrativos discricionários poderão ser apreciados pelo Poder Judiciário quando não atenderem os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, os quais são instrumentos imprescindíveis para a adequada valoração de bens e interesses que serão afetados pela prática do ato administrativo.

Dessa forma, a observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade não é uma faculdade, mas sim um dever imposto ao administrador público, porquanto são mandamentos que emanam da Constituição Federal e integram o ordenamento jurídico, possibilitando, pela avaliação dos bens e interesses envolvidos, o alcance do interesse público.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto Bergman. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*, 215: 151/179. Rio de Janeiro: Atlas, 1.999.
- BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios informativos do Direito Administrativo. *Interpretação e aplicação*. *Revista dos Tribunais (RT)*, 701. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1.988*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUERRA, Sérgio. Discrecionalidade e reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte-MG: Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SEVERINO, Antônio Joaquim. Metodologia do Trabalho Científico. 22ª ed. São Paulo: Cortez, 2002.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.