

CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE E DO MÉRITO ADMINISTRATIVOS

Alexandre Gonçalves Frazão
Acadêmico do 6º período do Curso de Direito - UFRN

1 - O tema e sua importância

Uma breve leitura da moderna doutrina administrativa, tanto nacional quanto estrangeira, apesar das profundas diferenças históricas e jurídicas que os diversos países, principalmente europeus e latino-americanos, têm no trato com a administração pública, é suficiente para se notar uma tendência no sentido da criação de instrumentos que cada vez mais restrinjam o âmbito não vinculado da atuação do poder estatal.

Essa orientação jurídica tem seus fundamentos. A árdua batalha ideológica, política, social e econômica que fez surgir no mundo moderno a primeira concepção do Estado de Direito, fundado na liberdade e igualdade abstratas, na separação dos poderes, no princípio da legalidade e nos direitos individuais, ainda não terminou e talvez jamais se encerrará. A busca constante pela prevaência do ser humano e de sua dignidade frente ao arbítrio institucionalizado não cessou com a conquista de quatro gerações de direitos fundamentais; constitucionalização das prerrogativas e garantias dos valores essenciais; e instituição do princípio democrático da soberania popular, apenas para se exemplificarem os avanços que foram atingidos, mas busca hoje combater muitos dos resíduos em que ainda se mostra forte a idéia de Estado ilimitado, no qual *"the king can do no wrong"* ou em que *"regis voluntas suprema lex"* e *"quod principi placuit legis habet vigorem"*¹.

O campo referente à atuação da discricionariedade administrativa é, justamente, o principal espaço em que a liberdade governamental sem refreios encontra maior guarida. Em virtude de concepções doutrinárias mal discutidas, preconceitos históricos e ideológicos, bem como um inescandível apego da doutrina de países com larga experiência autocrática (como o Brasil) em aceitar conceitos jurídicos sem a necessária análise de suas conseqüências e fundamentos, naquilo que Ovídio Baptista da Silva (*in* Fábio Gomes, 2000, p. 10), referindo-se ao mesmo fenômeno no campo processual, denominou de "proverbial vocação para o consenso", firmou-se a aceitação e legitimação, até mesmo no campo jurisprudencial, de atos administrativos sobre os quais seria impossível incidir controle judicial, dando-se margem a arbítrios de toda sorte.

¹ Respectivamente, "o rei não pode errar", "a vontade do rei é a lei suprema" e "aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei".

E é em virtude disso que se torna fundamental a crítica do instituto da discricionariedade administrativa, juntamente à análise de suas origens e conseqüências, para verificar se tal dogma possui coerência e se adapta às atuais exigências jurídicas e constitucionais, principalmente em relação ao direito brasileiro, ou se, na verdade, não passa de uma reminiscência de uma época de plena justificação dos desmandos estatais, que em nada se ajustam à natureza do Estado Democrático de Direito, exigência atual da civilização humana.

2 - A origem da idéia de discricionariedade

2.1 - O Estado de Polícia e os atos de império

A história da civilização continental ocidental pós Idade Média registra, como primeira forma de organização política das nações, o chamado Estado Absolutista, também conhecido como Estado de Polícia, em que a idéia de superestimação do poder público em detrimento dos cidadãos, bem como da sua ilimitada capacidade de imposição e modificação da ordem jurídica formavam sua constante estrutural. Aqui, era a vontade real que imperava, existindo o que verdadeiramente se pode chamar de poder arbitrário, no sentido de ausência total de regulamentação ou restrições. Só a Deus devia o príncipe prestar contas, até porque seu poder, segundo conhecida concepção da época, dele derivava.

Tal estado de coisas, juntamente com a incômoda situação da classe burguesa, detentora de poder econômico mas desprovida do poder político, fizeram insurgir, no seio social, constantes questionamentos acerca da estrutura do Estado Absolutista, questionamentos esses que se refletiram na criação ininterrupta de uma doutrina que, ao final das contas, desembocaria nas idéias revolucionárias dos movimentos iluministas do século XVIII.

Para remediar o arbítrio e as irresponsabilidades estatais surgiu, ainda antes das luzes iluministas, a teoria alemã do fisco, que cria a distinção de que o patrimônio público não pertencia ao Estado nem ao príncipe, mas ao Fisco, o qual teria personalidade de direito privado e se submeteria às regras do direito civil, podendo suas manifestações serem fiscalizadas pelos juízes. O governo, por sua vez, entidade de direito público, só editava atos de império, incondicionados e incontrastáveis pelos tribunais. Essa teoria dava nítida satisfação às aspirações burguesas de um mínimo de segurança jurídica do patrimônio, fato que revela, por si só, o avanço das idéias liberais sobre a vetusta concepção absolutista.

Essa teoria, no dizer de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 13) “teve o mérito de submeter uma parte da atividade do Estado à lei e aos tribunais”. Apesar disso, restava forte a idéia dos atos de império do Estado como espaço de seu poder ilimitado, desregrado.

2.2. O Advento do Estado Liberal e sua estrutura da separação dos poderes

Sem dúvida alguma, o primeiro grande marco para a limitação do poder Estatal encontra-se na formulação da concepção liberal do Estado de Direito. A partir de uma doutrina estruturada com base na aceção natural-racionalista, pensou-se um homem naturalmente livre e igual, cuja participação em uma sociedade se dava com o intuito de fazer cessar o estado de natureza e criar um mecanismo capaz de perenizar aqueles valores originais. Era a idéia de que, com o poder de todos somado em coletividade, poder-se-ia gerar um meio de satisfazer as necessidades que o homem, isoladamente, não teria como suprir.

A partir dessas premissas, o Estado foi visto como o “mínimo necessário” para a realização humana, devendo somente atingir a esfera da liberdade suficiente para assegurar a possibilidade de gozo tranqüilo dessa mesma liberdade com a qual já se nascia. A lei foi vista como um produto do querer coletivo, da vontade geral, símbolo maior da igualdade que pretensamente se queria preservar (lembrem-se de que todos já nasciam iguais). A administração foi vista como executora dessas leis, criando-se a idéia da vinculação estatal às determinações normativas. Formava-se, nesses termos, a primeira idéia de Estado de Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p. 11) escreve que o “Estado de Direito² é resultante da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau”. Contudo, fundamental é perceber que, apesar de não haver análise e discussão doutrinária a respeito, tal afirmação, de grande importância para o desenvolvimento do presente tema, precisa de maiores esclarecimentos.

De fato, nas obras principais dos dois grandes idealizadores do Estado Liberal, percebe-se que a administração pública deveria ser a executora das emanações legislativas. A leitura do *Contrato Social* e do *Espírito das Leis* nos fornece, entretanto, duas formas de submissão do executivo à legalidade. Na primeira obra, em passagem marcante sobre o governo, Rousseau (2000, p.63) estatui:

“Toda ação livre tem duas causas, que concorrem a produzi-la: uma moral, que é a vontade que determina o ato; a outra física, que é a potência que o executa. Quando eu me dirijo a um objeto, necessário é primeiramente que eu lá queira ir; e em segundo lugar, que os pés me levem. Queira um paralítico correr, não o queira um

² Em sua primeira versão, ou seja, o Estado Liberal.

homem ágil, ambos ficarão quietos. Há no corpo político os mesmos motores; nele se distinguem também a força e a vontade; esta sob o nome de poder legislativo, aquela sob o de poder executivo, e sem o concurso desses dois poderes nada se faz ou deve fazer na sociedade política.” (grifo não constante no original)

Percebe-se claramente, na passagem, a idéia de vinculação total do governo à vontade geral, idéia essa que se reforça no decorrer do livro. Em Montesquieu é diferente. Apesar de o autor ter escrito a célebre frase de que “trata-se de uma experiência eterna que todo homem que possui poder é levado a dele abusar” (2000, p.166), trecho considerado o núcleo de toda a idéia do sistema de recíproco controle entre as funções estatais, também é notório em sua obra, paradoxalmente, a teorização de um poder executivo sem freios. E isso se percebe dos seguintes trechos da mesma:

“Mas não é preciso que o poder legislativo tenha reciprocamente a faculdade de limitar o poder executivo. Pois, sendo a execução limitada por natureza é inútil limitá-la (...)”. Mas, se num Estado livre, o poder legislativo não deve ter o direito de frear o poder executivo, tem o direito e deve ter a faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas (...) Mas, qualquer que seja este exame, o corpo legislativo não deve ter o poder de julgar a pessoa e, por conseguinte, a conduta daquele que executa.” (2000, p. 174)

A eficácia dessa formulação da separação de poderes se enfraquece ainda mais se se tiver em conta a visão do filósofo político sobre o poder judiciário que, diga-se, é para o escritor apenas uma versão do poder executivo, dada a sua natureza de mero aplicador das leis (2000, p. 167-168). Aliás, clara é sua indisposição com os tribunais quando afirma que “Dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo.” (2000, p. 167-168)

Refletindo-se sobre tudo o que foi dito, apesar de a doutrina liberal estatuir como dogma a legalidade, vê-se que a aplicação da mesma não era vista uniformemente, ao menos pelos seus dois principais teóricos. Observando o desenrolar-se histórico do desenvolvimento do Estado Liberal, percebe-se que a visão expressada no *Espírito das Leis* tornou-se o norte da separação

¹ Aqui o escritor cria uma significativa contradição em sua obra, pois, conforme já se esclareceu, é idéia central da separação de poderes o estatuído de que todo homem que detém poder tende a abusar do mesmo, segundo pensamento do próprio escritor iluminista.

dos poderes nessa forma de constituição política, dando-se margem a uma administração sujeita às emanações do legislativo, mas sem controle pelos tribunais.

E pior, criava-se uma idéia de poder judiciário como mecânico aplicador das leis, a tal ponto que era simples manifestação do poder executivo. Limitado teoricamente a tal função, formulou-se, com o respaldo dos juízes, uma visão da legalidade que se fechava na análise fria do texto legal. É dessa concepção que surge todo o positivismo do século XIX e todas as mazelas que o mesmo criou, pois a noção de direito identificou-se com a de lei, e a aplicação do primeiro mera dicção do segundo. Dava-se início à abstração total da aplicação do pensamento jurídico, sem olhos para a realidade a que a norma se aplicaria ou que valores ela consagraria.

Assim, no início do século XIX, já com o surgimento da teoria dos atos estatais divididos em atos de império⁴ e atos de gestão⁵, tem-se o seguinte quadro: os primeiros estavam fora do contraste jurisdicional e os segundos, submetidos à lei, poderiam ser objetos do crivo judicial, mas este só analisava sua "legalidade", ou seja, sua subsunção ao texto normativo, de modo que, se fosse necessário o exame dos fatos para se saber se a ação administrativa tinha sido legítima ou não, o judiciário abster-se-ia de julgar sob o pretexto de estar invadindo campo exclusivo de apreciação da administração. É aqui, justamente, que começa o início da idéia de discricionariedade administrativa. Esta seria um campo de atuação do poder público que não poderia ser controlado judicialmente pois tal controle se fazia tão só em vista da legalidade abstrata, não podendo o juiz descer ao nível dos fatos, como se a legalidade não exigisse tal exercício. Esse pensamento está até hoje enraizado em muitas das culturas jurídicas, especialmente a brasileira, onde ainda é forte, com apenas algumas novas justificativas, o impedimento de se controlarem os atos administrativos tidos abstratamente como discricionários.

3 - A mudança na concepção de legalidade e o controle judicial

É interessante perceber-se como a idéia de legalidade abstrata acima formulada influenciou, de fato, o controle da administração pública.

Na França, por exemplo, berço das ideologias liberais do século XVIII, o controle dos atos administrativo pelo Conselho de Estado⁶ inicialmente se deu, tão só, na scara da competência. Impossibilitado de descer a fundo na análise das circunstâncias fáticas configuradoras da vontade estatal, limitava-se o órgão a saber se a lei dava ou não faculdade para que aquele

⁴ Atos típicos de decisão política, como os que escolhem determinados rumos para a saúde, programas sanitários, etc.

⁵ Estes eram os atos de mera aplicação das leis no exercício do serviço público.

⁶ Órgão maior de controle da administração pública francesa.

agente agisse no campo em que agiu, raciocínio que, por ser meramente subsuntivo, estava de acordo com o limite do controle da legalidade. Em seguida, percebeu-se que, para além da competência, era possível se controlar a forma do ato administrativo, pois se a lei tornava competente um órgão para agir, só o permitia desincumbir-se de sua função pelas formalidades nela estatuídas. Aqui também se limitava o juiz a controlar o aspecto extrínseco do ato administrativo, sua adaptação às fôrmas legais da competência e da forma. O conteúdo do ato, sua justiça, o momento de sua edição, os motivos para o mesmo, sua finalidade e eficiência, tudo isso estava longe dos olhos da jurisdição.

Contudo, o advento da concepção do Estado Social de Direito, em meados do século XIX, deu novas perspectivas ao controle judicial. A exigência por parte desse novo modelo estatal da intervenção do poder público na satisfação das exigências sociais fez com que o Estado, em especial a administração, ampliasse sua área de atuação, fazendo-se mais presente na vida dos cidadãos. Se a doutrina liberal exigia um Estado mínimo, garantidor da liberdade formal, a ideologia social o chamava a concretizar as condições necessárias para a real liberdade e igualdade. Surgiam os direitos fundamentais de 2º grau, exigindo educação, saúde, transporte, moradia, condições trabalhistas, alimentação, lazer, e, portanto, uma maior atividade estatal para garanti-los.

Ora, agindo mais, maior é o risco de abusos pela administração. Logo, o controle desta viu-se mais exigido, e, mais exigido, fez-se mais robusto. Não é por menos que em 1858, no chamado caso *Vernes*⁷, o Conselho de Estado francês aumentou as hipóteses em que era admitido o recurso por excesso de poder (*excès de pouvoir*) para controlar a finalidade do ato administrativo, divulgando para o mundo a teoria do “desvio de poder”, quando a autoridade administrativa usa de sua competência para finalidades diversas das estabelecidas pela lei para a mesma. Pela primeira vez admitia-se o controle judicial sobre elementos intrínsecos do ato administrativo, permitindo-se, inclusive, a análise dos fatos para se verificar se a autoridade tinha ou não agido em conformidade com a finalidade legal. A legalidade, assim, ganhava mais um elemento, além da competência e da forma. Não demorou muito e o mesmo recurso administrativo era ampliado para o controle da existência dos motivos do ato, ou seja, os fatos que lhe dão causa, e, por fim, já em inícios do século XX, para toda e qualquer infração da lei em que incorresse a administração.

Note-se que o conceito de legalidade vai evoluindo, na medida em que se verifica que a submissão do poder público à lei significa que esta deve

⁷ Apesar deste ter sido o primeiro caso em que o pretório administrativo francês elucidou a teoria do desvio de poder, o *leading-case* sobre o assunto é tido como sendo o caso *Lesbat*, decidido em 15 de fevereiro de 1864. Sobre o tema, indispensável a leitura de José Cretella Junior, *O “Desvio de Poder” na Administração Pública*. 1997.

ser atendida em todos os seus aspectos, formais e de conteúdo. Cada vez mais, portanto, diminui o campo de espaço em que o executivo age livre das presilhas legais e da fiscalização jurisdicional, que agora examina os fatos em busca dos reais motivos e finalidades do proceder administrativo.

No direito espanhol, por sua vez, segundo José Luiz Vilar Palasi e José Luis Villar Ezcurra (1999, p. 35), referindo-se àquela evolução da jurisprudência do Conselho de Estado:

“Toda esta evolución va a ser recebida em España muy tardiamente, ya que durante la vigencia de la Ley de lo Contencioso-administrativo de Santamaría de Paredes (1888) el acto discrecional se encontrará excluido de toda fiscalización al ser erroneamente equiparado a los actos de carácter político.

Con la LJCA de 1956 se rompe esta esfera de inmunidade administrativa, admitiendo el control de los actos discrecionales al negar la posibilidad de que puedan existir actos absolutamente discrecionales.”

Assim, apenas na segunda metade do século XX, na Espanha, passou-se a admitir legalmente algum controle dos atos discricionais. Tentava-se, a todo custo, livrar-se da antiga concepção abstrata de legalidade, nela incluindo aspectos concretos da realidade que condicionava sua aplicação e ampliando as esferas de fiscalização da atuação administrativa.

4 - A concepção de mérito administrativo e sua relação com a discricionariiedade no direito brasileiro

Apesar de todo esse cerco que progressivamente se fez no combate à livre atuação administrativa, com a evolução demonstrada do âmbito da legalidade, percebeu-se, principalmente no direito italiano, que a lei, ao regular a atividade da administração, muitas vezes não o faz com termos precisos, determinados, mas se utilizando de conceitos vagos, genéricos, de modo que o poder executivo, ao analisar a situação concreta, possa perceber o que de fato atende melhor ao interesse público estatuído pela norma, a qual, caso resolvesse regar minuciosamente todas a esfera de proceder daquele, poderia, em face de seu objetivo, gerar injustiças e não atender ao bem comum.

Seria o caso, por exemplo, da lei que, querendo atribuir privilégio para atendimento em hospitais municipais para a faixa mais carente da população, estatui que apenas os pacientes com renda até um salário mínimo possam internar-se gratuitamente. Apesar de a lei não deixar margem de dúvida para o agir da administração, poderia gerar a seguinte situação: um sujeito,

ganhando um salário mínimo, solteiro e morando com os pais, precisa de internamento e se favorece do privilégio em detrimento de outro casado e com cinco filhos que ganha um salário mínimo e meio. Claramente, a finalidade do comando, a de atender melhor quem mais precisa, estaria evidentemente prejudicado. É por isso que mais eficaz, para a situação, seria ter a lei estabelecido que “serão beneficiados com internamento gratuito os que comprovadamente foram pobres”⁸.

Assim, a utilização de conceitos vagos pela lei, tais como “moralidade”, “conveniência”, “bons modos”, “ordem pública”, “decoro”, no regramento das atividades administrativas tem como único objetivo permitir que sejam mais bem analisadas as circunstâncias concretas, com eficiente atendimento do fim público perseguido pela norma. O mérito administrativo seria justamente essa análise feita pela administração, com critérios de conveniência, oportunidade, proporcionalidade, razoabilidade, justiça, e que integrariam o comando normativo na formulação do conteúdo do ato que o executa, tudo para se atingir o ideal na persecução da finalidade que anima a norma instituidora da competência. E é justamente nesse sentido que, ao lado do conceito de *mérito*, os doutrinadores italianos estruturaram o de *vício de mérito*, como má apreciação dos fatos pela administração, irrazoabilidade desta em proceder à análise do caso concreto, gerando atitudes desproporcionais, não convenientes e que, portanto, desatendem ao interesse público animador da norma de competência. Assim, também o mérito, nessa visão, é passível de controle, acaso se mostre impregnado de incoerências e desacertos. A existência do vício de mérito é atestado por Landi e Potenza, citados por José Cretella Júnior (1997, p. 98), segundo os quais:

“A alteração e a valoração errônea dos fatos influem sobre a vontade, ocorrendo quer quando a Administração, ao editar o ato, considerou, de modo errôneo, como existentes, fatos inexistentes, ou vice-versa, quer quando atribuiu aos fatos significado errôneo, ilógico ou irracional. Considera-se viciado de *alteração dos fatos*, por exemplo, o ato que aceita a demissão do funcionário, baseado no pressuposto errôneo que o funcionário a tenha apresentado; considera-se de errônea valoração o ato que considera injustificada a ausência do funcionário, quando já foi devidamente comprovado que ela ocorreu, em virtude de doença. Não deve confundir-se com a *valoração*

⁸ Exemplo retirado de Celso Antônio Bandeira de Mello (1998, p.34).

errônea a valoração inoportuna ou injusta, que pode originar vício de mérito, mas não vício de legitimidade. Assim, não se verifica erro, mas apenas inoportunidade ou injustiça, se a Administração, apurando de modo preciso as circunstâncias de uma infração disciplinar, lhe atribui, para fins de aplicação da pena, excessiva gravidade.” (grifo não constante no original)

Assim, o mérito administrativo não foi imaginado para ser obstáculo ao controle judicial. Contudo, no Brasil, sua noção foi associada ao de discricionariedade, de modo que se repetem, às enxurradas, decisões que afirmam ser aquele barreira intransponível pela atuação jurisdicional.

De fato, criou-se, em nossa cultura jurídica, a imprecisão de que a redação legal, pelo simples fato de conter, em seu texto, conceitos não determinados, conferia à administração pública margem de liberdade discricional que não podia ser invadida pelo judiciário. Caso a lei, portanto, estatuisse, que deveriam ser retiradas da prateleira os alimentos nocivos à “saúde pública”, só à administração caberia decidir, *in concreto*, o que ofenderia ou não à saúde geral. Não poderia o judiciário emitir juízo sobre a oportunidade da medida, sua conveniência ou mesmo sua justiça, pois isto era matéria de mérito, e, portanto, de exclusiva disposição do poder público.

Perpetuava-se, no direito brasileiro, com isso, a antiga visão abstrata da legalidade, em seu último estágio⁹, para cujo controle seria vedada ao juiz nacional a verificação se o executivo bem apreciou ou não os fatos ensejadores de sua atuação. Em outras palavras, importou-se o conceito de mérito administrativo, sem se aperceber que sua aplicação poderia vir acompanhada de irregularidades, para o que existia a noção de vício de mérito, este ignorado por nossos cultores.

Para se verificar a existência dessa realidade em nossos tribunais, consulte-se os seguintes julgados: STF, RMS-23543/DF, Primeira Turma, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 13-10-00, p. 21; STF, MS-20999/DF, Tribunal Pleno, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 25-05-90, p. 4605; STJ, MS 6723/DF, Terceira Seção, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 25/06/2001, p. 101; STJ, ROMS 2916/PR, Quinta Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 19/04/1999, p. 148; STJ, ROMS 9319/MG, Primeira Turma, rel. Min.

⁹ Note-se que também no Brasil ocorreu aquela evolução jurisprudencial do Conselho de Estado Francês, em que primeiro a legalidade foi associada à competência, para, em seguida, encobrir a forma, a finalidade e os motivos do ato administrativo. Assim, depois de também realizada essa evolução, protegia-se a discricionariedade, em nosso país, com a doutrina do mérito, reduzido a que ainda não atingira a noção de legalidade.

Garcia Vieira, DJ de 12/04/1999, p. 99¹⁰; TJRS, Apelação Civil n. ° 70000935841, Quarta Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, data de julgamento: 31/05/2000.

5 - Nova visão acerca da discricionariedade e do seu controle judicial

Há dois graves erros nessa acepção de ligar aos conceitos indeterminados a noção de discricionariedade: o primeiro é o de admitir a existência desta última abstratamente, sem consideração com os fatos e circunstâncias que nortearam a emanção do ato; o segundo consiste na separação das idéias de conveniência, justiça e oportunidade da idéia de legalidade. Ambas imprecisões, como se vê, convergem para a manutenção da velha tradição de existência de atos imunes ao controle judicial.

Quanto ao primeiro erro, moderna doutrina administrativa insurge-se contra a noção de discricionariedade como resultante dos conceitos imprecisos da norma. A origem desse movimento está na Alemanha, cujos juristas concluíram que a imprecisão do conceito na lei não significa indeterminação *in concreto* e possibilidade de escolha pela administração de qualquer comportamento por não ter a norma definido precisamente sua atuação. Muito ao contrário, é justamente para que se otimize tal atuação que se utiliza desses conceitos, de modo que se proceda em plena sintonia com a finalidade legal.

Em relação aos conceitos indeterminados, segundo a primeira versão dessa doutrina, ter-se-ia um núcleo de certeza (*berggriffkern*) cuja aplicação ou não desses conceitos diante do caso concreto seria evidente e não comportaria dúvidas. Ocorreria, por exemplo, naqueles casos em que todos os sentidos admitiriam existir ou não “interesse público”, “moralidade”, “boa-fé” etc. Contudo, também existiria, nesses conceitos, um núcleo de incerteza (*berggriffhof*), em que haveria conflitos plausíveis em torno da aplicabilidade de sua noção, sendo razoável qualquer opinião que tenda para um ou outro pólo. A discricionariedade estaria justamente neste último campo, como outorga à administração do privilégio da dúvida ineliminável.

Essa tese é plenamente sustentada, atualmente, por Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim define a discricionariedade (2001, p. 785):

“Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo

¹⁰ Este acórdão, em particular, possui uma ementa bastante elucidativa para o presente trabalho, quando prevê que “compete à Administração Estadual o poder discricionário de decidir sobre o deferimento ou não do pedido de adesão ao PDV. Não pode o Poder Judiciário substituir o administrador, decidindo sobre a conveniência e oportunidade do ato discricionário”.

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.”

Em uma segunda versão da doutrina alemã, chega-se ao extremo de afirmar que toda aplicação de conceito jurídico indeterminado leva, diante do caso concreto, a uma única solução justa, correta, legalmente aceitável, de modo que todo o proceder da administração, nesse sentido, seria vinculado, tese acompanhada por significativo setor da jurisprudência e doutrina espanholas. Com relação a esta última, comentando o assunto, os eminentes Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez (1990, p. 395) assinalam que:

“Assim, conceitos como urgência, ordem pública, justo preço, calamidade pública, medidas adequadas ou proporcionais, inclusive necessidade pública, utilidade pública e até interesse público, não permitem em sua aplicação uma pluralidade de soluções justas, senão uma só solução em cada caso. Observação com a qual se teriam convertido virtualmente (e a última doutrina alemã aceita esta conclusão extrema) a generalidade das potestades discricionais em reguladas, já que, explícita ou implicitamente, todas as potestades discricionais se outorgam para alcançar um interesse público, conceito indeterminado cuja aplicação só permitiria em cada caso um única solução justa.”

Mais adiante, concluem os doutrinadores que:

“Sobre esta base, percebe-se imediatamente que uma boa parte (talvez a maioria; para a última doutrina alemã praticamente todos) das hipóteses tradicionalmente tidas por atribuições de potestade discricional pelas leis não são senão o enunciado de simples conceitos jurídicos indeterminados”.

Assim, por esse novo entendimento dos conceitos jurídicos indeterminados, praticamente se anularia o campo reservado à

discricionariedade administrativa, permitindo-se quase que integral controle das emanções estatais pelo poder judiciário. Até mesmo porque, além da técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, defende-se a submissão da administração, em qualquer manifestação, aos princípios gerais de direito. Caso contrário, dizem os espanhóis, estar-se-ia violando preceitos expressos da Constituição de 1978, como o art. 103,1, cujo texto estabelece que “La administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al derecho” (grifo não constante no original) e o art. 9,3 que estatui, entre outras coisas, “la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

No direito brasileiro, também não há motivo para se insistir na idéia de legalidade, de um lado, e mérito e discricionariedade de outro, mesmo abstraindo a origem da errônea vinculação entre esses dois últimos institutos, conforme se demonstrou. É que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98, expressamente dispõe como princípios da administração pública a *legalidade e eficiência*¹¹. O ato administrativo, assim, deve ser emanado de autoridade competente, na forma estatuída pela lei, mas também no momento e com conteúdo e razoabilidade que garantam sua eficácia na consecução da finalidade pública informadora da norma executada.

Numa análise mais aprofundada, ver-se-á, enfim, que a própria eficiência é decorrência do princípio da legalidade, pois não se pode imaginar que a lei atribua uma competência ou estatua uma função sem desejar que as mesmas sejam desincumbidas com o máximo de presteza. Completar-se-ia, deste modo, o último estágio da evolução da legalidade, fazendo-se inserir neste conceito a porção que lhe faltava e que nos permitia o absurdo de encontrarmos defesa doutrinária para, por exemplo, uma demissão legal mas injusta, legal mas desproporcional¹², como se tivesse sido dada competência para arbítrios ou injustiças. Não há mais, frente ao nosso direito constitucional, como sustentar a existência de mérito administrativo fora do âmbito de apreciação do poder judiciário. É este quem deve dizer, frente a casos concretos, se há ou não interesse público eficientemente atendido e, em caso negativo, realizar o devido controle do ato irregular.

¹¹ Princípio que já se encontrava positivado pelo Decreto-lei 200/67, art. 26, III, e que também se encontra estatuído como imperativo jurídico nas Leis 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), art. 22, e 9.784/99, art. 2º, *caput*. Apesar disso, parece que ainda não nos apercebemos da obrigatoriedade desses comandos e da vinculação que os mesmos criam para a administração.

¹² Atualmente, a proporcionalidade e a razoabilidade encontram-se explicitamente enunciados como dever da Administração na Lei do Processo Administrativo Federal (9.784/99), em seus artigos 2º, *caput*, e inciso VI. Conquanto a lei não diga, acha-se ainda que tais mandamentos são facetas da legalidade, a partir da compreensão de que toda a atividade administrativa está vinculada ao melhor atendimento da norma, não havendo espaço para desmandos e ilogicidades quando da utilização da competência.

Por fim, não é demais salientar que a administração pública, além dos princípios supracitados, está limitada por todo o *sistema jurídico normativo*, cujo núcleo são os princípios constitucionais, assentados na idéia de proteção da dignidade da pessoa humana, e protetores da boa-fé, da justiça, da moralidade, da probidade, da segurança jurídica, da impessoalidade, da utilidade pública, da igualdade e da liberdade. São esses valores que dão a nova tônica da legalidade, conceito que deve se vincular não mais às idéias dos Estados Liberal ou Social de Direito, com as conseqüências já indicadas, mas ao Estado Democrático de Direito, com plena possibilidade de controle estatal pela cidadania popular e seus órgãos de defesa.

6 - Conclusão

Em 1976, relatando o recurso extraordinário RE 82.355-Paraná, o ministro do Supremo Tribunal Federal, Rodrigues Alckmin, em voto que discutia justamente o limite do controle judicial dos atos administrativos, citava texto revelador do ilustre jurista Scabra Fagundes. Comparando-se tal passagem¹³ com a idéia de discricionariedade e mérito que predomina hoje nos tribunais brasileiros, de que são exemplos os julgados anteriormente citados (ver tópico n.º 4, *in fine*), percebe-se que é lenta a evolução jurídica brasileira a respeito da matéria.

De fato, desde aquela época, predomina, em solo pátrio, a visão de que a norma, por conter indeterminações, abre um leque de possibilidades de atuação ao poder público cuja escolha de uma das mesmas está isenta de qualquer investigação jurisdicional.

Infelizmente, a discussão doutrinária a respeito do tema ainda carece de maiores desenvolvimentos entre os juristas nacionais, dado que se torna mais grave quando se percebe um judiciário nacional ainda tímido em seu poder de guardião maior da interpretação jurídica oficial e vinculante para todos, inclusive para a administração. Apesar disso, atualmente, já se vislumbra o contraste do mérito administrativo, embora não se assuma essa posição, inclusive por quem a exerce. É o caso, por exemplo, da anulação dos atos administrativos tidos por desarrazoados ou desproporcionais, jurisprudência plenamente aceita no Superior Tribunal de Justiça, conforme se percebe da análise do MS 7.005-DF, rel. Min. Jorge Scartezini¹⁴, julgado em 22 de agosto de 2001¹⁵.

¹³ cujo texto é o seguinte: "(...) o Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração de funcionário. Não indaga se o motivo é razoável, ou não, mas se a lei o especifica. Não inquire se o ato foi vantajoso aos interesses do serviço público, mas se o processo que lhe serviu de esteio apurou causa legal capaz de autorizar a demissão".

¹⁴ Ver *Informativo STJ* n.º 105 no site do Superior Tribunal de Justiça (www.stj.gov.br).

¹⁵ Também é de se registrar voto do Min. José Augusto Delgado, do STJ, no ROMS 7772/RJ, DJ de 27/09/99, em que, apesar de estar se referindo à análise dos motivos, fala que "(...) o mérito do ato administrativo, na espécie, está sujeito ao controle jurisdicional (...)".

Enfim, o controle judicial da administração pública requer, a cada dia, maiores desenvolvimentos e contornos, ampliando o poder da jurisdição em detrimento do espaço desvinculado da atuação administrativa. O dogma da isenção de controle da discricionariedade tem sua justificação histórica que em nada se identifica com qualquer idéia de legitimação moral. Tal dogma apenas protege o poder público das amarras que naturalmente deve possuir, devendo-se ser aceita a idéia do controle do mérito dos atos praticados com competência discricionária, até mesmo em obediência ao dever constitucional de eficiência que orienta qualquer execução das leis.

7 - Referências bibliográficas

CRETELLA JÚNIOR, José. **O “Desvio de Poder” na Administração Pública**. 4 ed. Rio de Janeiro, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García de. FERNÁNDEZ, Tomás-Rámon. **Curso de Direito Administrativo**. Trad. de Arnaldo Setti. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

GOMES, Fábio. **Carência de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. **Discricionariedade e Controle Judicial**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das Leis**. Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PALASI, Jose Luis Villar, EZCURRA, Jose Luis Villar. **Principios de Derecho Administrativo**. 4 ed. Madrid: Universidad Complutense, 1999. II tomo.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político**. Trad. de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2000.