

## **“BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA”**

*1. Estado de Direito e discricionariedade. 2. Discricionariedade e vinculação. 3. Noção de discricionariedade. 4. Justificativa da discricionariedade. 5. Limites da discricionariedade. 6. Conceitos indeterminados. 7. Discricionariedade e controle jurisdicional.*

### **1. Estado de Direito e discricionariedade**

Ao prever que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito (art. 1º), estabeleceu a Lei Maior que todos, sem exceção, estão sujeitos ao império da lei. E a lei, aqui, não deve ter seu significado restrito a uma esfera puramente normativa, pois precisa influir na realidade social, imprimindo as transformações políticas, econômicas e sociais que a sociedade brasileira requer<sup>1</sup>. Insere-se nesse contexto de submissão à legalidade, por óbvio, a Administração Pública, inclusive por força do que dispõe o artigo 37 da Constituição Federal. Pelo princípio da legalidade, o poder público tem o dever inarredável de acatar o Direito escrito, quer para não agir sem base nele, quer para agir sempre que lhe cumpra dar execução a quaisquer textos de lei. O não fazer o que deve ser feito por força de lei é tão violador do Direito quanto fazer o que a lei veda<sup>2</sup>.

Nesse panorama, consoante pacífica orientação doutrinária e pretoriana, é possível afirmar-se, com segurança, que o Estado brasileiro deve

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 8ª ed. São Paulo, Malheiros, p. 110.

<sup>2</sup> FAGUNDES, M. Seabra. *Responsabilidade do Estado – Indenização por retardada decisão administrativa*, in RDP 57-58/7.

pautar toda a sua atuação no ordenamento jurídico-positivo em vigor. A assertiva vale para o exercício de qualquer das funções tradicionalmente desempenhadas pelo Estado: administrativas, legislativas e jurisdicionais.

Calha, portanto, estabelecer uma premissa que deve nortear toda a análise da atividade discricionária do Estado: o exercício da discricionariedade não libera a Administração, em qualquer hipótese, para agir fora do comportamento traçado pelo Direito<sup>3</sup>.

A legalidade, por conseguinte, deve estremar toda e qualquer manifestação do Poder Público. Não há atividade estatal, seja de que escalão for, que não se sujeite à autoridade da lei, sob pena de invalidade. O próprio administrado, aliás, tem o direito público subjetivo de se opor a qualquer atuação do Estado não arrimada em lei. É o que se extrai, sem embaraços, do estatuído no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

Diante de tal quadro pode-se afirmar, com segurança, que discricionariedade só há quando e na forma que a lei prescrever. A observação se faz necessária, visto que não raro a discricionariedade tem sido confundida com subjetivismos ou apreciações pessoais destituídos, muitas vezes, de amparo legal. O tema, no entanto, será melhor desenvolvido quando da análise dos limites da atuação discricionária do Estado, bem como do cabimento ou não de contraste jurisdicional sobre ela.

## **2. Discricionariedade e vinculação**

Corriqueira na doutrina, tanto nacional como alienígena, a distinção entre discricionariedade e vinculação. Diz-se comumente que a

---

<sup>3</sup> FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 138.

discricionariedade se opõe à vinculação<sup>4</sup>. Ambas seriam noções antitéticas; onde houver uma, não haverá a outra.

De certa forma a assertiva pode ser tida como verdadeira. Assim, estar-se-á diante de discricionariedade se, em determinada situação, a lei confere alguma margem de liberdade ao agente público para que este possa atuar. De outro lado, prescrevendo a norma um único comportamento aceito como juridicamente possível, ter-se-á vinculação para a prática do ato pelo agente estatal.

Deve-se ter a cautela, no entanto, de não estender a oposição entre discricionariedade e vinculação aos chamados “atos discricionários” e “atos vinculados”. Com efeito, entende-se que não se mostra escorreita a afirmação de que ato discricionário e ato vinculado se opõem um ao outro. Isso porque não se concebe a existência de ato administrativo inteiramente discricionário, sem qualquer balizamento legal. Há que se ter em conta, ao menos, disposição legal estabelecendo o agente público competente para editá-lo, sua forma ou outros requisitos de validade. A discricionariedade, então, poderá estar atrelada ao conteúdo ou ao momento para a prática do ato, por exemplo. Daí porque, num mesmo ato, podem perfeitamente coexistir vinculação e discricionariedade<sup>5</sup>.

É o que pontifica, aliás, o eminente CAIO TÁCITO ao asseverar que “não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem matizes de predominância, mais ou menos acentuados, dando relevo à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa. O equívoco da doutrina clássica estava em considerar o ato

---

<sup>4</sup> LAUBADÈRE. André de. *Traité Élémentaire de Droit Administratif*. Paris, Librairie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1970, p.232.

<sup>5</sup> Cremos, a propósito, que a expressão “ato discricionário” não se mostra adequada. O que se tem, na verdade, é discricionariedade quanto a um ou alguns aspectos do ato administrativo, já que os demais são vinculados.

administrativo como um todo indivisível e, sob essa unidade, qualificá-lo em uma ou outra daquelas categorias. Se nos detivermos, porém, na análise de sua criação, poderemos concluir, facilmente, que a vinculação ou a discricção se manifesta no tocante a cada um dos elementos essenciais do ato”<sup>6</sup>.

Retomando a distinção, o renomado jurista francês ANDRÉ DE LAUBADÈRE anota que há poder discricionário quando, na presença de dadas circunstâncias de fato, a autoridade administrativa é livre para tomar esta ou aquela decisão, para escolher entre várias decisões aceitas como possíveis pelo Direito<sup>7</sup>. Como exemplo, cita o caso da expulsão de estrangeiros, onde a Administração tem certa margem de liberdade para aferir o comportamento justificador da medida.

Há vinculação, segundo LAUBADÈRE, quando a Administração, presentes determinadas circunstâncias de fato, não tem liberdade para escolher tal ou qual decisão tomar. Não há várias decisões possíveis, mas apenas uma aceita pela regra de Direito. Assim, se para a expedição de uma licença de caça a lei prevê o atendimento de dadas condições, aqueles que as preencherem terão direito de obter da Administração a prática do ato.

Desta forma, se dada regra de Direito estatui um único comportamento como jurídico, ao agente público não restará qualquer margem de liberdade para decidir entre esta ou aquela conduta, já que sua atuação estará “vinculada” à disposição legal. Vale dizer, se presente uma certa circunstância de fato, a norma jurídica delimita a competência, a forma, o momento, o conteúdo e o fim a perseguir, não restará ao agente estatal a faculdade de deliberar sobre a conveniência ou oportunidade para atuar.

---

<sup>6</sup> *Direito Administrativo*, ed. Saraiva, 1975, p. 65.

<sup>7</sup> Ob. cit., p. 232.

De outra banda, deixando de disciplinar todos os aspectos do ato administrativo, poderá o legislador conferir ao agente público certa margem de liberdade para sua atuação. Terá o agente estatal, aí, a possibilidade de escolha entre vários comportamentos aceitos, em tese, como juridicamente corretos pela regra de Direito. A mesma margem de liberdade poderá ser identificada, como se verá mais adiante, quando a lei empregar conceitos fluidos ou indeterminados, permitindo à Administração a análise e a adoção da providência que melhor atenda ao mandamento legal.

A diferenciação entre vinculação e discricionariedade é de extraordinário vulto, já que conseqüências diversas e de ordem prática daí resultam. Com efeito, diante de uma norma que imponha atuação estatal vinculada, o particular tem o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial<sup>8</sup>.

Diversamente, havendo campo conferido pela lei para exercício de discricionariedade, não cabe ao Poder Judiciário, em princípio, substituir-se ao administrador público. Como adverte LAUBADÈRE, portanto, é na possibilidade ou não de controle jurisdicional que reside fundamentalmente o interesse na distinção entre discricionariedade e vinculação<sup>9</sup>. O assunto atinente ao controle da discricionariedade administrativa será, contudo, melhor abordado adiante.

### **3. Noção de discricionariedade**

Do que foi exposto sobre a distinção entre vinculação e discricionariedade já se pode depreender os traços característicos desta última.

---

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo, ed. Atlas, 1996, p. 176.

<sup>9</sup> Ob. cit., p. 233.

Dos mais variados são os conceitos apresentados pela doutrina para a discricionariedade administrativa. Como se verá, há muitos pontos de convergência e alguns de divergência. Optamos, aqui, pela referência aos conceitos que mais se achegam à noção que perfilhamos sobre a discricionariedade, o que não exclui, à evidência, a excelência de outros conceitos propostos pela doutrina especializada.

Assim, *v.g.*, merece destaque entre os autores portugueses o ensaio de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ sobre a teoria do desvio de poder<sup>10</sup>. Após discorrer sobre o pensamento de vários autores acerca da noção e dos limites do poder discricionário, conclui o professor lusitano que “quando o conceito legal relativo às condições de fato requeridas para o exercício de uma determinada competência é um conceito prático, suscetível de uma série mais ou menos determinada de sentidos entre si diferentes, estamos no domínio da competência discricionária dos órgãos administrativos”. Mais adiante o mesmo autor também refere que o problema do poder discricionário é um problema de interpretação<sup>11</sup>.

Na Alemanha, ERNST FORSTHOFF anota que poder discricionário e interpretação são coisas distintas, que não podem confundidas<sup>12</sup>. Sustenta, por conseguinte, que por poder discricionário se entende um âmbito de ação e de decisão, onde pode haver a eleição entre várias formas de comportamento igualmente possíveis. Possível, aqui, significa possível juridicamente, é dizer, desde que se trate de comportamento albergado pelo Direito.

RENATO ALESSI, jurista italiano dos mais proeminentes, sustenta que a discricionariedade é uma margem conferida à Administração de

---

<sup>10</sup> “A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo”, *in* Revista de Direito Administrativo 6/41.

<sup>11</sup> *Ob. cit.*, p. 63.

<sup>12</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, p. 132.

apreciação do interesse público, onde lhe cabe decidir sobre a oportunidade de agir ou sobre o conteúdo da atividade. Tal margem de liberdade surge para a Administração de forma mais ou menos limitada, a fim de que possa apreciar qual é o interesse público num caso concreto, sempre segundo critérios de conveniência e oportunidade delimitados pela lei. Prossegue o autor dizendo que a discricionariedade se exterioriza necessariamente e unicamente na apreciação comparativa entre o interesse público e a forma de atividade mais idônea para sua satisfação<sup>13</sup>.

Entre nós, dentre outros valiosos estudos atinentes à noção de discricionariedade, merecem realce os desenvolvidos por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.

Assim, em preciosa monografia destinada à análise da discricionariedade, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO revela, após ampla fundamentação, que ela consubstancia “a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”<sup>14</sup>.

Já MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO leciona, adotando conceito mais sucinto, que a atuação estatal é discricionária “quando a Administração, diante de um caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo

---

<sup>13</sup> *Principi di Diritto Amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè Editore, 1966, p. 213.

<sup>14</sup> *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, São Paulo, ed. Malheiros, 1992, p. 48.

segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o Direito”<sup>15</sup>.

Depreende-se da lição dos referidos autores, por conseguinte, que a noção de discricionariedade traz em si a característica de uma margem de liberdade conferida à Administração, sempre pela lei, a fim de que se possa, no caso concreto, aferir o comportamento estatal que melhor atenda ao interesse público.

Com arrimo nas aludidas proposições, cremos que a discricionariedade apresenta-se, pois, como a esfera de liberdade conferida pela lei ao agente público para que, dentro de certos limites, possa ele avaliar, no caso concreto, a atuação que melhor atenda à finalidade legal, dentre aquelas tidas como possíveis pela regra de Direito.

#### **4. Justificativa da discricionariedade**

A discricionariedade concedida pela lei ao administrador não existe para o deleite pessoal deste. Trata-se de instrumento concebido para a boa atuação da Administração. Por isso mais correto seria, talvez, chamá-lo de “dever discricionário”, uma vez que a discricionariedade consubstancia uma liberdade que se justifica apenas e tão-somente para o atingimento da finalidade legal, e não pessoal do administrador. É poder que existe para o fiel cumprimento do dever de bem administrar, vale dizer, de adotar, dentre várias possíveis, a opção que melhor atenda ao interesse da coletividade.

---

<sup>15</sup> Ob. cit., p. 176. A mesma autora tem, ainda, monografia sobre o assunto intitulada “Discricionariedade administrativa na Constituição de 1998”, publicada pela editora Atlas.



A respeito, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO aduz que “a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente”<sup>16</sup>.

Esta a razão da existência da discricionariedade: conferir à Administração um campo de liberdade para aferir, numa situação concreta, a decisão que melhor promova o interesse coletivo e melhor atenda a finalidade legal. Conforme o escólio de CAIO TÁCITO, “à medida que se amplia o campo de ingerência do Estado, voltado cada dia mais a novas tarefas sociais, torna-se imperativo fornecer-lhe os meios materiais de eficiência e presteza. A atividade administrativa, modernamente mais intensa e variada, se multiplica em aspectos particulares que não podem ser abrangidos na minúcia dos textos da lei. O fenômeno social não se escraviza a coletes de força, nem a cintos de segurança. Carece, portanto, a Administração de maleabilidade de métodos e caminhos para atender-lhe aos reclamos imperativos e díspares”<sup>17</sup>.

Desse modo, se toda a atividade estatal fosse vinculada, ao poder público remanesceria uma atuação jungida, em todos os seus aspectos, exclusivamente aos lindes do comando legal, mesmo vislumbrando que, no caso concreto, a solução trazida pela norma não é a que mais se afina ao interesse público. Verifica-se, nesse trilhar, que a justificativa para a existência da discricionariedade é eminentemente de ordem prática, de sorte que, com a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador, possa ele adotar a providência mais consentânea com o interesse coletivo.

---

<sup>16</sup> Ob. cit., p. 35. GIANNINI também adverte que a escolha tomada pelo administrador deve ser a mais oportuna à satisfação do interesse público no caso concreto (*Corso di Diritto Amministrativo*, v. III, Milano, Giuffrè Editore, 1967, p. 40).

<sup>17</sup> Ob.cit., p. 63.

## 5. Limites da discricionariedade

Discricionariedade não é sinônimo de atividade livre ou de arbitrariedade. Não raro se notam observações, algumas provenientes de administradores públicos e outras até mesmo de operadores do Direito, insinuando que tal ou qual decisão, mesmo destoando da regra de Direito, foi tomada com amparo no “poder discricionário” inerente à Administração Pública.

Certo é, entretanto, que a discricionariedade sofre limites impostos pelo ordenamento jurídico. Aliás, isto a diferencia da arbitrariedade administrativa. Com efeito, o alumiado professor argentino AGUSTÍN GORDILLO anota que o vício da arbitrariedade pode surgir em todos os atos do Estado, como nas sentenças judiciais, porém é muito mais freqüente nos atos administrativos. Dentre outros casos, menciona o autor que podem ser considerados arbitrários os atos: a) que decidam questões não submetidas à decisão ou se omitam na resolução de outras que deveriam ter sido apreciadas; b) que prescindam de fatos provados ou se fundem em fatos não provados; apreciem mal ou sequer considerem certos fatos, tomando decisões não proporcionais ou não adequadas a tais fatos; c) que prescindam de fundamentar suficientemente no Direito a decisão adotada<sup>18</sup>.

Não é esta, decerto, a seara em que está assentada a discricionariedade. Aqui, há limites e parâmetros que devem ser respeitados pelo agente público quando da prática do ato, sob pena de sua invalidação. Pode-se afirmar, com apoio em AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, que a atividade discricionária da Administração nunca é uma livre escolha ou uma livre atuação. É, pelo menos, sempre limitada, dirigida, regulada, ligada pelo fim da lei, pela *ratio legis*, que jamais pode faltar<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, t.3, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. IX-28.

O principal limite que se pode impor à atuação discricionária do Estado é a legalidade, ou seja, a norma e somente ela pode conferir discricionariedade. Quando o fizer, o exercício desta atuação discricionária somente será jurídico na exata dimensão e extensão prevista pela regra de Direito.

Outro limite que pode ser aventado é o da imprescindível motivação. Não há regular exercício da discricionária sem a exposição clara dos motivos que conduziram o agente estatal a decidir desta ou daquela maneira. Trata-se - a motivação – de requisito de validade de qualquer ato administrativo, mas que ganha capital relevo quando houver competência discricionária a ser exercitada pela Administração. Tal se faz necessário para a observância do respeito aos demais limites da discricionária, dentre elas a razoabilidade e o atendimento da finalidade legal.

Toda providência administrativa deve pautar-se pela razoabilidade, notadamente aquelas oriundas do emprego da discricionária. Assim, dentro das balizas estatuídas pelo legislador, competirá ao agente estatal adotar a medida que, naquela situação concreta, apresente-se consentânea com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida<sup>20</sup>.

Também se pode dizer que restrição à discricionária existe no dever de adotar a melhor decisão para a situação concreta. Não está livre o administrador para escolher qualquer opção em tese admitida pelo ordenamento jurídico. Deve buscar, sempre, aquela que melhor se afine com a finalidade legal, com o interesse da coletividade (e não com o pessoal) e com a moralidade. Em caso de dúvida no momento da decisão, deve pautar-se por esses vetores.

---

<sup>19</sup> Revista de Direito Administrativo nº 6/73.

Outros limites têm sido propostos pela doutrina. Referem-se eles, em geral, à competência, à finalidade, à forma e a outros aspectos do ato administrativo. Preferimos, no entanto, inseri-los no limite genérico atinente à legalidade, uma vez que é a lei, em cada situação concreta, que ditará qual dos aspectos do ato restarão vinculados.

## **6. Conceitos indeterminados**

A esfera de liberdade conferida pela lei ao administrador pode se consubstanciar, em determinadas circunstâncias, na previsão legal de conceitos fluidos, vagos ou indeterminados.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO anota que “a moderna doutrina alemã, conforme refere Eduardo Garcia de Enterría, sustenta que os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentam tal característica se considerados em abstrato; não porém diante de casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação. À vista das situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos concretos, sempre se poderia reconhecer se uma dada situação é ou não “urgente”; se o interesse posto em causa é ou não “relevante”, se existe ou não um perigo “grave” e assim por diante. Pretendem que a questão suscitada por tais conceitos é meramente uma questão de “interpretação”, definível, como qualquer outra, pelo Poder Judiciário e não uma questão de discricionariedade, a qual supõe certa margem de liberdade decisória para o administrador”<sup>21</sup>.

Parece fora de dúvida que, ao se deparar com um conceito indeterminado, deva o administrador, para extrair seu significado, desenvolver

---

<sup>20</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2000, p.79.

um processo de interpretação. Esta operação não nos parece, entretanto, que seja excludente da discricionariedade. Interpretação e discricionariedade não são noções antitéticas, visto que podem perfeitamente coexistir em harmonia. De fato, ao se defrontar com expressões como interesse público, abuso do poder econômico, tranqüilidade pública, entre outras tantas, procederá o agente estatal a uma operação interpretativa que vise explicar o significado e o conteúdo daquela regra de Direito. A interpretação será necessária, por vezes, para extrair a própria medida da discricionariedade administrativa.

Nesse panorama, cremos que o tema dos conceitos vagos está atrelado ao da discricionariedade e pode consistir, exatamente, em uma de suas manifestações. Assim, se em determinada situação real o administrador decidir, de forma razoável, pela interpretação que melhor se aplica a algum conceito indeterminado, não se poderá dizer que violou a lei. Ainda que outra opinião seja igualmente aceitável diante daquela situação, visto que também consentânea com o Direito, não se poderá invalidar a primeira, já que exercida dentro dos contornos da discricionariedade conferida ao administrador<sup>22</sup>.

O conceito vago, entretanto, até porque pode ser considerado uma das formas de discricionariedade, deve ser interpretado dentro de certas balizas. Haverá, decerto, esferas de certeza positiva e esferas de certeza negativa, onde se poderá afirmar, com segurança, que há ou não “urgência”, ou que há ou não “abuso do poder econômico”. Em tais circunstâncias impende ao administrador deliberar segundo esses parâmetros. Quando não estiver diante destas esferas de certeza, positivas ou negativas, incumbe-lhe adotar a providência que mais se aproxime da finalidade legal e que mais atenda a um critério de razoabilidade.

---

<sup>21</sup> *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 22.

<sup>22</sup> Consoante lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 23.

A propósito, socorremo-nos uma vez mais do precioso magistério de BANDEIRA DE MELLO, quando afirma que “nada importará a concepção particular, pessoalíssima, que alguma autoridade tenha sobre o que é ‘segurança pública’, ‘moralidade pública’, ‘urgência’, ‘interesse público relevante’, ‘tranquilidade pública’ ou de outros conceitos fluidos do gênero. A intelecção bizarra, original ou as peculiares idiosincrasias que informem a intelecção desatada que algum agente público porventura possa fazer dos conceitos vagos mencionados na lei, evidentemente, não pode ter o condão de sobrepor-se ao sentido que razoavelmente se lhes reconhece em dado meio social”<sup>23</sup>.

Oportuno sublinhar, ainda com esteio no mesmo autor, que a discricção na regra de Direito pode desaparecer quando a autoridade administrativa se defronte com uma situação concreta. Assim, v.g., apresentando-se três candidatos para um certo cargo em que a lei prevê como requisito o “notável saber jurídico”, haverá, à primeira vista, um conceito fluido ensejador de uma margem de liberdade ao agente encarregado da escolha. Suponha-se, entretanto, que dois dos candidatos sejam apenas bacharéis em Direito, sem experiência profissional, sem qualquer produção científica, sem cursos de aperfeiçoamento ou de extensão universitária e sem qualquer prestígio no cenário jurídico nacional. Imagine-se, ainda, que o terceiro candidato desfrute de reconhecida e comprovada competência profissional, seja por sua experiência, seja por sua produção científica. Em casos tais, a discricção existente na norma cai por terra diante da única opção possível que se apresenta à autoridade administrativa. Isso porque, certamente, ninguém ousaria sustentar que o mandamento legal restaria atendido se a escolha recaísse sobre qualquer um dos dois candidatos que apenas e tão-somente ostentam a condição de bacharéis em Direito.

---

<sup>23</sup> Ob. cit., p. 30.

## 7. Discricionariedade e controle jurisdicional

MASSIMO SEVERO GIANNINI, conceituado publicista italiano, nos dá conta de que houve tempo em que os “atos discricionários” ou de “pura administração” eram entendidos como aqueles insindicáveis pelo juiz. Se entendia, à época, que por força da teoria da separação dos Poderes, não se concebia que o juiz se voltasse à análise do atendimento ou não do interesse público pela Administração. O “ato discricionário” era, então, aquele em cujo âmbito o juiz não podia penetrar. Progrediu-se, mais adiante, e sobretudo por força da teoria da desvio de poder desenvolvida na França, para se afastar a aplicação rígida e mecânica da regra da separação dos Poderes<sup>24</sup>. Desde então, uma gradativa e progressiva fiscalização dos limites da discricção administrativa vem sendo admitida no direito europeu.

Com a ressalva de que no Estado brasileiro inexistia a dualidade de jurisdições verificada na Itália (Conselho de Estado e Poder Judiciário), pode-se afirmar que aqui, de certa forma, a evolução no trato jurisdicional da discricionariedade foi semelhante.

De fato, nota-se que, há algumas décadas, se observava um verdadeiro repúdio de nossos tribunais quando se tratava de questionar a discricionariedade administrativa. Bastava citar a expressão “ato discricionário” para que, como num passe de mágica, determinado comportamento da administração se tornasse imune a correções ou questionamentos em juízo.

De certa forma, a denominação “ato discricionário” contribuiu para o equívoco, que sempre foi de extrema conveniência para administradores não comprometidos com a legalidade ou com a moralidade pública. Posteriormente, após reiteradas críticas da doutrina, passou-se a admitir,

---

<sup>24</sup> *Corso di Diritto Amministrativo*, p. 38.

com acerto mas ainda não de forma uníssona, que não se há falar em “ato discricionário”, mas em aspectos discricionários do ato administrativo.

Por conseguinte, e partindo de tal assertiva, iniciou-se um controle jurisdicional mais rígido, onde passaram a ser observados os limites da atuação discricionária da Administração.

Veza por outra, contudo, ainda se observam arestos e mesmo fatias da doutrina que, certamente sob os aplausos de determinados administradores públicos, insistem no retorno ao tempo da apatia que pairava sobre o Poder Judiciário quando o tema era o controle dos atos da Administração Pública.

Assim é que, arrimados na clássica e cômoda argumentação da separação dos Poderes, os partidários dessa orientação argumentam que não cabe ao Poder Judiciário determinar ações ou abstenções aos demais Poderes, sob pena de ingerência indevida e desrespeito a disposições constitucionais. Outros, valendo-se de subterfúgios procedimentais, fazem do processo judicial um instrumento de não-realização do direito material, também com o propósito de obstruir um efetivo controle dos limites da atuação discricionária estatal. Tais agentes, movidos invariavelmente por interesses inconfessáveis, se escoram na liturgia do processo judicial e na tibieza dos mecanismos estatais de fiscalização para impedir ou obstaculizar o fluxo e a concretização do direito positivado.

Posicionamentos assim, pensamos, não mais se coadunam com a missão atual do Estado brasileiro, ou seja, um Estado assegurador de direitos e comprometido com os valores e princípios estatuidos na Constituição Federal (veja-se, a propósito, a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional, assegurada constitucionalmente – CF, art. 5º, XXXV).



Daí porque atualmente, cremos, é inequívoca a possibilidade (ou até mesmo a necessidade) de controle jurisdicional de toda e qualquer ação ou omissão da Administração Pública. Apenas e tão-somente naquelas circunstâncias em que a lei confere discricção à autoridade administrativa é que não caberá ao Poder Judiciário substituir-lhe a manifestação. Legítimo será o controle, no entanto, dos aspectos não-discricionários do ato, bem assim dos limites e balizas impostos à discricionariiedade do agente estatal, os quais, se violados, renderão ensejo à invalidação do ato administrativo viciado.

**MARCELO SCIORILLI**

Promotor de Justiça/SP, Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo