

# DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: CONTROLE DE EXERCÍCIO E CONTROLE DE ATRIBUIÇÃO\*

Rafael Maffini<sup>1</sup>

Resumo: A discricionariedade administrativa possui destacada posição nos estudos do Direito Administrativo brasileiro, sobretudo na sua relação com os limites do controle judicial da atividade administrativa. O presente artigo analisa tal tema sob duas perspectivas: o controle de exercício e o controle de atribuição. O controle de exercício versa sobre os limites, de feição jurídico-constitucional, impostos ao administrador quando da concretização de normas discricionárias de atribuição de competência, diferenciando-as da concretização de normas legais portadoras de conceitos jurídicos indeterminados. O controle de atribuição, por seu turno, trata dos limites contemplados pela Constituição Federal e, em especial, pela inafastabilidade do controle judicial, impostos ao legislador no estabelecimento das competências discricionárias.

Palavras-chave: direito administrativo; discricionariedade; controle judicial

Sumário: Introdução. I. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e “controle de exercício”. II. Controle de atribuição da discricionariedade. III. Conclusões. Referências bibliográficas.

---

\* Artigo publicado originariamente na Revista Trimestral de Direito Público, nº 55, p. 207-218.

<sup>1</sup> Advogado em Porto Alegre; Sócio Diretor do escritório Rossi, Maffini & Milman Advogados; Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS; Professor de Direito Administrativo.

Abstract: The Administrative Discretion holds an outstanding position in the Administrative Law studies in Brazil, especially in its relationship with the limits of judicial control upon the administrative activity. This article examines this issue from two perspectives: the control of exercise and the control of attribution. The control of exercise is about the limits of legal and constitutional aspects imposed onto the administrator as for the realization of discretionary rules of jurisdiction, differentiating them from the concretization of legal rules, which bear indetermined legal concepts. The control of attribution, in turn, addresses the limits contemplated by the Constitution and, in particular by the non-obviation of jurisdiction, imposed onto the legislator at the establishment of discretionary powers.

Keywords: administrative law; discretion; jurisdiction, judicial control.



## INTRODUÇÃO

Tratando da discricionariedade administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello asseverou que sobre tal tema “*já se verteram rios de tinta*”<sup>2</sup>. Todavia, nas palavras deste mesmo autor, “*em despeito do muito que já se escreveu sobre o assunto, ainda há muito espaço para que muito mais se escreva, pois há tópicos importantes que precisam ser visitados ou revisitados*”<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 09.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 10.

A relevância do tema decorre, dentre outras razões, do fato de que a sua correta compreensão induz à adequada delimitação dos limites (extensão e profundidade) do controle jurisdicional da Administração Pública. A incorreta apreensão do que seja a discricionariedade, bem como outros conceitos que lhe são conexos (mérito administrativo, conceitos jurídicos indeterminados, discricionariedade técnica etc.), pode ocasionar dois severos equívocos, infelizmente corriqueiros na jurisprudência pátria: o primeiro deles consiste em se reconhecer, como matéria de mérito administrativo, o que, de fato, consiste em matéria de validade da ação administrativa, com o que o Poder Judiciário fica indevidamente aquém do controle da Administração Pública para o qual se encontra legitimado constitucionalmente, num *non liquet* (expressão utilizada por pretores romanos para não julgar as causas que lhes eram levadas à apreciação) fundamentado erroneamente em argumentos relacionados com a discricionariedade; o outro equívoco, talvez ainda mais grave, consiste no indevido manejo de tais conceitos, com vistas a outorgar ao Poder Judiciário mecanismos de controle de que constitucionalmente não dispõe, intrometendo-se em searas que não são institucionalmente suas<sup>4</sup>.

O presente trabalho pretende cumprir a incitação proposta por Celso Antônio Bandeira de Mello, qual seja, a de que alguns temas sejam revisitados sobre a discricionariedade e sobre o controle judicial que incide sobre a função estatal de administração pública.

Num primeiro momento, busca-se a compreensão (ou o acordo semântico) sobre o que se deve considerar discricionariedade administrativa, oportunidade na qual serão tecidas algumas considerações acerca do que aqui se denomina *controle de exercício*, assim considerada a sindicabilidade que

---

<sup>4</sup> Uma abordagem mais aprofundada sobre o assunto também pode encontrada em MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 58-67.

recai sobre condutas administrativas concretizadas a partir da norma discricionária de atribuição de competência.

Num segundo momento, serão analisados aspectos pertinentes ao que se denominará *controle de atribuição* das normas discricionárias, quando se buscará propostas teóricas acerca do controle de constitucionalidade que afira a compatibilidade das normas discricionárias com a Constituição Federal, em face da própria discricionariedade ou de seu excesso<sup>5</sup>.

Quanto ao “*controle de exercício*”, diante da farta produção doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, a abordagem será prioritariamente retrospectiva e buscará tão-somente a sistematização do tema. Já quanto ao “*controle de atribuição*”, a análise será prospectiva e propositiva, justamente pela falta de maior aprofundamento sobre a questão em solo pátrio, a qual contrasta com a relevância do assunto.

## I. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS E “*CONTROLE DE EXERCÍCIO*”:

Nas regras de atribuição de competência discricionária<sup>6</sup>, a lei, diante de uma determinada hipótese legal (suporte fático em abstrato, hipótese de incidência, *fattispecie*, *Tatbestand*

---

<sup>5</sup> A diferença entre as noções de “*controle de exercício*” e “*controle de atribuição*” bem como a própria estrutura das idéias contidas no presente ensaio são extraídas de trabalho desenvolvido por BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

<sup>6</sup> No Direito Pátrio, há algumas obras que devem ser consideradas paradigmáticas em tema de discricionariedade administrativa. Além do já citado Celso Antônio Bandeira de Mello (*Discricionariedade e controle jurisdicional*), recomendam-se as obras de MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991; e GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade – Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

etc.), prevê mais de uma consequência jurídica (estatuição, *Rechtsfolge* etc.), sendo, ao menos em princípio, válidas todas essas condutas administrativas previstas em tal margem legal de liberdade. Assim, na concretização de regras discricionárias, o administrador, deparando-se com a concretização da hipótese legal, terá de eleger, portanto, uma dentre as várias consequências validamente previstas na norma. Tal eleição deve, por óbvio, ocorrer segundo a ordem jurídica e seguir critérios de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito administrativo.

Em outras palavras, nas regras discricionárias, a lei outorga certa margem de liberdade ao administrador, que deverá, por óbvio, exercê-la validamente, sob pena de ser possível o controle jurisdicional, não do mérito administrativo, mas da juridicidade da ação administrativa, noção essa que, em linhas gerais, impõe sejam as condutas administrativas consentâneas com a lei e com o Direito<sup>7</sup>. O tema tem ensejado novas discussões por uma razão muito simples. Num passado não tão remoto, o único vetor da validade da ação administrativa correspondia à estrita legalidade, de sorte que bastava a Administração Pública agir de acordo com a lei formalmente considerada para que se chegasse à automática conclusão de que a conduta administrativa em tela deveria ser considerada válida. Com o passar do tempo, e a Constituição Federal vigente é um verdadeiro marco simbólico disso, outros

---

<sup>7</sup> Tal noção de juridicidade administrativa pode ser aprofundada em OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003; MERKL, Adolf. *Teoria general del derecho administrativo*. México: Nacional, 1980. Na doutrina brasileira, vide ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. Tal noção encontra posituação em solo pátrio no Artigo 2º, § único, I, da Lei nº 9.784/99 (“*nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: ... I – atuação conforme a lei e o Direito*”), o qual teve inegável inspiração no Art. 20, III, da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, o qual prevê que “*o Poder Legislativo está subordinado à ordem constitucional; os Poderes Executivo e Judicial obedecem à lei a ao Direito*”.

princípios, diretamente relacionados com aspectos substanciais das ações estatais (moralidade, razoabilidade, impessoalidade etc.), foram sendo reconhecidos como elementos de definição da validade dos atos administrativos. Diante de tal nova perspectiva, de legalidade ampla ou juridicidade, toda a principiologia, e não somente a legalidade estrita, passou a fundamentar o controle judicial das condutas discricionárias, com o que se ampliou significativamente o espectro de temas controláveis.

Poder-se-ia dizer, em outras palavras, que o Poder Judiciário sempre foi legitimado a promover o controle da validade das condutas administrativas discricionárias. O que evoluiu foi justamente a definição de validade, que outrora se restringia a meros aspectos formais de legalidade estrita e que, atualmente, relaciona-se com aspectos mais abrangentes, de cunho formal e substancial, determinados por toda a gama de princípios integrantes da noção de juridicidade administrativa. Assim, seria possível afirmar que o Poder Judiciário não pode promover o controle *do* mérito administrativo, no sentido de não poder se intrometer em questões administrativas de conveniência e oportunidade propriamente ditas; poderá, contudo, fazer o controle *no* mérito administrativo, no sentido de que está legitimado a realizar o controle da validade formal e substancial das decisões discricionárias, mesmo que para isso tenha de analisar a escolha que foi realizada pela Administração Pública. O que há de estar suficientemente esclarecido é que não mais se pode tratar a discricionariedade ou o mérito administrativo como círculos de imunidade de poder<sup>8</sup>. Toda e qualquer atuação estatal, inclusive a discricionária, está sujeita à ordem jurídica e, assim, ao controle jurisdicional da observância a tal submissão.

Imperioso não se confundir discricionariedade

---

<sup>8</sup> Vide, por todos, GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995.

administrativa com a noção de “conceitos jurídicos indeterminados”, os quais, segundo Eros Grau, são aqueles “*cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos – razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplica*”<sup>9</sup>. Seriam exemplos de conceitos jurídicos indeterminados algumas expressões costumeiramente encontradas em normas constitucionais e legais de atribuição de competência, tais como *interesse público, urgência, notório saber, ilibada conduta, relevância, iminente perigo público*, dentre tantos outros.

Os conceitos jurídicos indeterminados possuem, incontroversamente, uma margem interpretativa a ser preenchida em cada caso concreto pelo administrador quando da aplicação da regra legal em que está inserido. A questão que se põe é a de se saber se a presença de um conceito jurídico indeterminado em regras de atribuição de competência geraria uma outra espécie de discricionariedade – intelectual, não volitiva, como a acima estudada. Tal discussão vem de há muito tempo no Direito Administrativo. Além disso, encontram-se na doutrina setores importantes que vislumbram nos conceitos jurídicos indeterminados uma espécie de discricionariedade, bem como outros setores, não menos importantes, que rechaçam tal condição. Quer parecer que a razão está com aqueles que diferenciam a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados. Aquela (a discricionariedade) permite ao administrador que produza um juízo de valor, ou seja, que pratique um ato de vontade (obviamente, tal vontade é funcional e deve ser orientada à satisfação do interesse público), escolhendo uma dentre várias formas de ação legalmente previstas; estes (os conceitos

---

<sup>9</sup> GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 200. Para aprofundamento sobre o tema: vide SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994 e MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.

jurídicos indeterminados) ensejam que o administrador produza um juízo de interpretação, no sentido de que, na aplicação da regra, o administrador promoverá um ato de inteligência. Não se podendo confundir *escolha* com *interpretação*, também não se apresenta possível a confusão entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Esta, aliás, vem sendo a posição do STF<sup>10</sup>.

No que tange ao controle jurisdicional da concretização, pelo administrador, dos conceitos jurídicos indeterminados, esse deve ter uma dimensão ainda maior do que aquela existente em relação à discricionariedade administrativa. Como já foi dito, na discricionariedade, sendo a decisão validamente promovida, existirá um espaço que é de alçada exclusiva da Administração Pública, qual seja, a valoração válida da conveniência e oportunidade (mérito administrativo). O controle jurisdicional de condutas administrativas discricionárias restringe-se a questões de validade, ainda que entendidas de forma a abarcarem não só a estrita legalidade, mas também a principiologia do Direito Administrativo. Já no que diz com os conceitos jurídicos indeterminados, tratando-se de questão de interpretação jurídica (não de escolha administrativa), o controle jurisdicional tem a plena sindicabilidade da correção de tal interpretação, por se tratar de questão inteiramente relacionada com a validade da ação administrativa.

Retomando-se à questão do *controle de exercício*, ou

---

<sup>10</sup> Neste sentido, vide, por exemplo: Recurso em Mandado de Segurança 24.699, Rel. Min. Eros Grau, j. 30.11.2004. Do voto condutor do relator, extrai-se a seguinte passagem: “*Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito*”.



seja, da concretização das normas discricionárias, não se pode negar que o controle judicial da atividade administrativa consiste em um importante instrumento de controle horizontal, assim considerado um mecanismo recíproco de controle entre os poderes do Estado<sup>11</sup>. Ou seja, afigura-se inegável que o controle jurisdicional da Administração Pública dá concreção ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que, por seu turno, dá sustentáculo à tripartição funcional de poderes, nos moldes do que é estabelecido nos Artigos 2º e 60, § 4º, III, ambos da Constituição Federal.

No entanto, o controle judicial da Administração Pública não pode ser considerado um mero instrumento do sistema de equilíbrio funcional de poderes. Tal perspectiva não se coaduna com a Constituição vigente, que teve uma flagrante intenção de prestigiar o cidadão, colocando-o em posição proeminente no sistema jurídico, na medida em que lhe conferiu um extenso e significativo conjunto de Direitos Fundamentais.

A propósito disso, a simples análise da topografia do texto da Constituição Federal, onde se pode encontrar o catálogo de Direitos Fundamentais antes mesmo da organização do Estado, induz à conclusão de que a atual ordem jurídica constitucional exige que se interprete a atuação estatal à luz dos Direitos Fundamentais e não o contrário. Ou seja, o Estado Social e Democrático de Direito deve verter sua atividade com base nos limites advindos dos Direitos e Garantias Fundamentais, não bastando, pois, que sejam tratados como meros adereços contidos no texto da Carta Política. Por tal razão, é plenamente possível afirmar-se que *“os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio, ao menos no que diz com seu reconhecimento pela ordem jurídica*

---

<sup>11</sup> LIMBERGER, Têmis. *Atos da administração lesivos ao patrimônio público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 25.

*positiva interna*”<sup>12</sup>.

Propõe-se, assim, a análise do controle jurisdicional da Administração Pública, e também do *controle de exercício* da atividade discricionária, a partir do princípio constitucional que, a um só tempo, prevê o mister institucional do Poder Judiciário e lhe confere limites. Trata-se do princípio da inafastabilidade do controle judicial, insculpido no Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, pelo qual “*a lei não excluirá da apreciação Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Tal princípio constitucional, considerado desde há muito por José Afonso da Silva como a principal garantia dos direitos subjetivos<sup>13</sup>, deve ser utilizado como vetor interpretativo do controle judicial da função estatal administrativa.

Diante de tal preceito, tem-se que a atuação do Poder Judiciário estará constitucionalmente habilitada e plenamente permitida sempre que se configurar lesão ou ameaça a direitos, mesmo que ocasionadas pela atividade administrativa do Estado. Pode ser afirmado, nesse sentido, que os destinatários da função administrativa possuem uma espécie de direito público subjetivo à atuação da Administração Pública que observe os ditames da lei e do Direito. Há, assim, algumas regras que prevêm o referido direito público subjetivo como, v.g., preceituado no Artigo 4º, *caput*, da Lei de Licitação<sup>14</sup>, além do já referido Artigo 2º, § único, I, da Lei nº 9.784/99.

Esse direito subjetivo público à juridicidade ou legalidade *lato sensu*, enquanto postulado que transcende aos interesses ou direitos individuais dos administrados, corresponde a um dever de “*legalidade objetiva*” ou de

---

<sup>12</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 72.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª ed. São Paulo: Malheiro, 1994, p. 376.

<sup>14</sup> “*Todos quantos participem da licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei,...*”.

“*validade*” a que está submetido o Estado, ou seja, “*à necessidade da existência e da observância de um quadro normativo da ação administrativa por simples razão de interesse público, independentemente, portanto, de saber se as actuações administrativas poderão lesar direitos ou interesses legítimos*”<sup>15</sup>. Não se pode negar, pois, a existência de tal “*direito subjetivo à legalidade objetiva*”, sob pena de se considerar que a inserção do princípio da legalidade administrativa no texto constitucional fora em vão. Injustificável, pois, qualquer interpretação que, direta ou indiretamente, afaste do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça a direitos, mesmo no caso de atos discricionários, de atos políticos, de atos *interna corporis*, etc.

A tal direito subjetivo corresponde, como já referido, um dever de juridicidade obrigatório à Administração Pública, no sentido de que a mesma fica adstrita a uma atuação não somente obediente das regras jurídicas aplicáveis, mas também de toda a principiologia norteadora do Direito Administrativo. Com isso, há de se considerar que sempre que a atividade administrativa do Estado desgarrar-se das regras e princípios norteadores do Direito Administrativo, tal atividade – inválida, por óbvio – estará infringindo a um direito público subjetivo de um administrado ou de um grupo de administrados e, em última análise, de todo o corpo social sobre o qual a atividade estatal incide.

Aqui, a discricionariedade administrativa, tanto quanto a vinculação, expressa um dos modos de concreção do princípio da legalidade. Explicando-se tal afirmação, há de ser pressuposto que a atuação da Administração Pública é adstrita à prévia definição legal de competência. Ou, como se extrai de passagem já celebrizada, “*enquanto na administração*

---

<sup>15</sup> SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 293. Também nesse sentido ALMEIDA, Mário Aroso. *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 160-161.

*particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*". Tal frase, merecedora de elogios por trazer consigo perfeita síntese, costuma ser atribuída a Hely Lopes Meirelles<sup>16</sup>. Em verdade, seu conteúdo remonta ao início do século XX, em obra de João Barbalho Uchoa Cavalcanti, acerca da Constituição Federal de 1891<sup>17</sup>. A legalidade da Administração Pública nada mais seria, conforme ensina Diogo Freitas do Amaral<sup>18</sup>, do que o princípio da competência, pelo qual somente seria permitido fazer o admitido em regras de atribuição. Tal princípio da competência é traduzido na expressão latina "*quae non sunt permessa prohibita intelliguntur*"<sup>19</sup>, ao contrário do princípio da liberdade, típico do Direito Privado, onde "*permissum videtur in omne quod non prohibetur*"<sup>20</sup>.

Assim, é possível vislumbrar um duplo papel ao princípio da legalidade da Administração Pública. De um lado, a legalidade faz-se limite à atividade administrativa, tal como ocorre com as relações jurídicas privadas. De outro, e esta é a peculiaridade do Direito Público, sobretudo do Direito Administrativo, a legalidade administrativa impõe ser a lei a própria fonte de atuação da Administração Pública, isto é, o seu

---

<sup>16</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 82.

<sup>17</sup> "*De modo que, ao indivíduo é reconhecido o direito de fazer tudo quanto a lei não tem proibido, e não pôde elle ser obrigado sinão ao que elle lhe impõe. ... Com a autoridade, porém com os funcionários públicos, dá-se justamente o contrario, - só podem fazer, nessa qualidade, o que a lei autoriza, como n'outra parte já expozemos. Suas attribuições são somente as que se acham definidas nas leis e nos regulamentos que com ellas se conformam.*" (CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. *Constituição Federal Brasileiro, 1891: comentada*. Brasília: Ed. Senado Federal, 2002, p. 302.

<sup>18</sup> AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo, Vol. II*, reimpr. Coimbra: Almedina, 2002, p. 43.

<sup>19</sup> "*O que não for permitido considera-se que é proibido*".

<sup>20</sup> "*Considera-se permitido tudo o que não estiver proibido*".

próprio fundamento<sup>21</sup>.

Assim, na concretização de uma norma discricionária, o controle judicial da Administração Pública deve ser vislumbrado a partir do Artigo 5º, XXXV, da CF/88. Eis o que aqui se denomina de *controle de exercício* da discricionariedade. Com efeito, no que tange aos atos discricionários, se a providência adotada pela Administração Pública dentre as várias que são postas a sua disposição pela lei, for praticada de forma válida, não estará sendo violado, em princípio, qualquer direito subjetivo do administrado, porquanto inexistente a garantia de que a opção administrativa que será tomada seja aquela que melhor atenda aos anseios pessoais do administrado. Nesse sentido, costuma-se afirmar que o Poder Judiciário não pode imiscuir-se no controle do mérito administrativo. Isto é, não tem o Poder Judiciário legitimação constitucional para dizer que a melhor solução válida seria a opção “x” ou a opção “y”. Todavia, se houver, na atuação administrativa discricionária, o cometimento de uma invalidez decorrente de uma praxe imoral, irrazoável, desproporcional, pessoalizada ou simplesmente ilegal, numa acepção estrita, não podem existir dúvidas quanto à possibilidade de o Poder Judiciário ter legitimação para a invalidação de tal comportamento patológico.

Tal possibilidade de controle de validade da atuação administrativa discricionária (*controle de exercício*) não pode ser considerada uma intromissão do Poder Judiciário no “*mérito administrativo*”, mas sim um controle plenamente

---

<sup>21</sup> “... na concepção mais recente, a lei não é apenas um limite à actuação da Administração: é também o fundamento da acção administrativa.. Quer isto dizer que, hoje em dia, não há um poder livre de a Administração fazer o que bem entender, salvo quando a lei lho proibir; pelo contrário, vigora a regra de que a Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça” (Diogo Freitas do Amaral, *op. cit.*, p. 43). Vide, ainda no sentido de que a lei é o próprio fundamento de atuação da Administração Pública, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 62.

justificado na infração ao direito subjetivo que o destinatário da regra discricionária possui à validade da atuação administrativa. Ou seja, o fundamento da possibilidade de o Poder Judiciário invalidar atos administrativos discricionários inválidos – e tal possibilidade é indubitável – está também no Artigo 5º, XXXV, da CF/88.

Não se pode olvidar, pois, que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário “*surgiu, em última análise, do desejo de defender o indivíduo contra o Estado*”<sup>22</sup>. Ocorre que, como já referido, o parâmetro de controle de exercício da atuação discricionária vem se ampliando, em face do próprio redimensionamento da concepção de validade da atividade administrativa. Em efeito, sempre que uma conduta administrativa restar perpetrada à revelia da lei aplicável e do Direito como um todo, tal ação padecerá de um vício de invalidade e deverá ser, em princípio, desconstituída.

Feitas tais ponderações acerca do *controle de exercício* da atividade discricionária, passa-se para o que se qualifica, no presente ensaio, como *controle de atribuição* da discricionariedade.

## II. CONTROLE DE ATRIBUIÇÃO DA DISCRICIONARIEDADE:

No tópico anterior, buscou-se dimensionar o controle da discricionariedade, numa perspectiva ampla, pautada pela noção de juridicidade administrativa, concentrando-se, no que se denominou de *controle de exercício*. Esse, por seu turno, pressupõe a existência de uma norma de atribuição discricionária de competência, a qual deverá ser exercida pelo administrador, com a integral observância da lei e do Direito aplicável.

---

<sup>22</sup> TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 33.

Ou seja, analisou-se a questão do controle da discricionariedade, num momento do fenômeno jurídico que partiu de uma regra legal discricionária até culminar na conduta concreta da Administração Pública que a concretizou. Sobre tal aspecto, ao que parece, doutrina e jurisprudência pátria já se encontram em avançado patamar de compreensão.

Há, contudo, um aspecto ainda inexplorado acerca da discricionariedade e que se apresenta tão ou ainda mais relevante do que o seu *controle de exercício*. Trata-se do *controle de atribuição*, o qual, em suma, consiste na possibilidade de se controlar a constitucionalidade de normas discricionárias em face da própria margem de liberdade que tal norma atribui ao administrador.

Em linhas gerais, tal *controle de atribuição* possui o mesmo fundamento nuclear do *controle de exercício*, qual seja, o princípio da inafastabilidade do controle judicial, insculpido no Art. 5º, XXXV, da CF.

Isso porque, se, de um lado, uma conduta administrativa discricionária que seja invalidamente concretizada importa em lesão ou ameaça a direito subjetivo, fazendo-se incidir tal norma constitucional de legitimação do Poder Judiciário, de outro, uma norma legal de índole discricionária que estabelece margem de liberdade demasiada ao administrador, mostrar-se-á inconstitucional justamente por afronta direta e imediata ao Art. 5º, XXXV, da CF, uma vez que estará, por certo, afastando do Poder Judiciário o controle de ameaças ou lesões a direitos.

Ilustra-se tal afirmação com um exemplo, em certa medida, caricato: o Supremo Tribunal Federal já assentou a orientação de que se mostra inválida a inserção de questão em concurso público que verse sobre tema não previsto no instrumento convocatório do certame<sup>23</sup>. Imagine-se, a partir disso, que uma determinada norma legal ou infralegal que disponha sobre um determinado concurso público para ingresso

---

<sup>23</sup> Recurso Extraordinário 434.708, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 21.06.2005.

em carreiras jurídicas dispusesse que “*poderão ser incluídas questões sobre quaisquer temas encontrados na Ciência do Direito*”. Ora, nesse caso, a margem de liberdade é tamanha que se apresentaria absolutamente inviável qualquer controle judicial sobre as questões inseridas no concurso. Ou seja, em situação como tal, a norma discricionária em lume se encontra em total conflito com o Art. 5º. XXXV, da CF, pois inviabilizaria, por seu conteúdo normativo, todo e qualquer controle judicial.

Assim, é possível afirmar-se que uma norma discricionária deverá ser considerada inconstitucional, tão somente, por sua demasia na fixação da margem de liberdade administrativa, ou, por falta de densidade normativa na atribuição de competência ao administrador.

Diante disso, torna-se ainda mais relevante a diferença entre *discricionarietà* e *conceitos jurídicos indeterminados*, tal como proposta no item anterior deste ensaio. Com efeito, tratando-se os *conceitos jurídicos indeterminados* de uma questão, *ultima ratio*, de interpretação jurídica, e sendo, porquanto isso, pleno o controle judicial sobre a interpretação promovida pelo administrador, por mais abstrato e vago o conceito jurídico em questão, ainda assim, o controle jurisdicional não sofrerá qualquer limitação que viole o princípio da inafastabilidade. Já no caso de normas discricionárias, indutoras de uma margem de escolha administrativa, mesmo que tal escolha deva ser pautada pela noção ampla de juridicidade, ainda assim será indevidamente restringido o controle judicial, caso a discricionarietà seja outorgada em excesso pela norma de competência.

Evidentemente, sendo a questão presentemente destacada relacionada com o controle de constitucionalidade, as considerações aqui vertidas têm como destinatários primeiros os legisladores, no sentido de adverti-los que será a sua produção normativa não consentânea com a ordem



constitucional caso dela resulte norma demasiadamente discricionária.

Neste sentido, Mariano Bacigalupo leciona que o princípio da inafastabilidade do controle judicial (ou tutela judicial efetiva, como costumeiramente é denominada na Espanha) impõe também um controle de constitucionalidade da atribuição do poder discricionário (ou da norma de atribuição de competência discricionária), “*exigiendo, esta vez del legislador, que programe la actividad administrativa con la densidad normativa necesaria para que el juez contencioso-administrativo pueda fiscalizarla – sin necesidad de rebasar los límites intrínsecos del control jurídico – con la intensidad adecuada a una tutela judicial que, por imperativo constitucional (art. 24.1 CE), ha de ser efectiva*”<sup>24</sup>.

Tal ponderação, embora referente ao Art. 24.1, da Constituição da Espanha (*todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*), apresenta-se plenamente aproveitável a uma ordem jurídico-constitucional que possua norma como a contida no Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, pelo qual “*a lei não excluirá da apreciação Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Parece, pois, ser deveras evidente que uma norma demasiadamente discricionária, por sua falta de densidade normativa, afronta ao Art. 5º, XXXV, da CF, afigurando-se, por tal razão, inconstitucional.

Neste sentido, adverte Mariano Bacigalupo<sup>25</sup> que, por mais amplo que fosse o *controle de exercício*, no sentido de

---

<sup>24</sup> BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 222.

<sup>25</sup> BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 224-225.

viabilizar uma sindicabilidade pautada por princípios ou postulados muito abrangentes (v.g. razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, etc.), ainda assim, a tutela jurisdicional não seria efetiva, e, por conseguinte, não se estaria respeitando o núcleo essencial subjacente ao Direito Fundamental traduzido pelo princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, caso a norma de atribuição de competência discricionária se apresentasse exageradamente ensejadora de margem de liberdade. Neste caso, não seria o Poder Judiciário, mas o legislador quem estaria vulnerando o Art. 5º, XXXV, da CF *“pues es él quien impide (o, mejor dicho, no permite o hace posible) que el juez pueda controlar la actividade administrativa impugnada con la intensidad propia de una tutela judicial efectiva”*.

Surge, pois, um problema de árdua solução e que exorbita a pretensão do presente ensaio, qual seja, o de elucidar qual o nível de densidade normativa exigida de uma regra discricionária, para que seja considerada compatível com o princípio da inafastabilidade do controle judicial. Tal problema há de ser solucionado a partir do cotejo de tal princípio com a noção de equilíbrio entre os poderes nos moldes do que é estabelecido nos Artigos 2º e 60, § 4º, III, ambos da Constituição Federal.

Parece que tal avaliação, a ser perpetrada tanto no controle concentrado quanto no controle difuso de constitucionalidade, há de ser feita com os olhos voltados aos Direitos Fundamentais do cidadão, o que significa dizer que, em estado de dúvida, há de se dar a interpretação que mais potencialize a proteção dos direitos do cidadão.

Tal priorização dos direitos do cidadão vai ao encontro de uma série de trabalhos que buscam a necessária adaptação do Direito Administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial<sup>26</sup>, qual seja o de compatibilizar a

---

<sup>26</sup> Destacam-se, neste sentido: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações*

existência de prerrogativas públicas, imprescindíveis à atuação estatal, com uma gama de direitos e garantias fundamentais assegurados na Carta Política vigente<sup>27</sup>, inserindo o ser humano na condição de aspecto nuclear na ordem jurídica<sup>28</sup>, como se pode extrair da Constituição Federal de 1988, adequadamente concebida como cidadã.

Contudo, sobre tal abordagem da discricionariedade administrativa – que leva em consideração a constitucionalidade da norma de atribuição discricionária pela densidade normativa da atribuição de liberdade ao administrador – muito há de ser desenvolvido, até mesmo porque, como se afirmou, esse trabalho tem uma pretensão meramente prospectiva.

### III. CONCLUSÕES:

O Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, norma essa que condensa o princípio da inafastabilidade do controle judicial, ou o Direito Fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva em favor do cidadão, atua no controle da discricionariedade administrativa em duas dimensões.

Na primeira e mais conhecida delas, tal princípio atua

---

*do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008. Também merece especial atenção

<sup>27</sup> “Ora, sendo a Administração Pública, em seus vários aspectos, objeto central do direito administrativo, este se caracteriza essencialmente pela busca de um equilíbrio entre as prerrogativas da autoridade e os direitos individuais” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991, p. 9.

<sup>28</sup> Neste aspecto e também quanto à substituição da necessária supremacia do interesse público sobre particulares por uma constante ponderação entre os interesses públicos com os demais interesses em jogo, remete a precursor: JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público* 26/1999. São Paulo: Malheiros, p. 115/136.

como fundamento material para a atuação do Poder Judiciário no *controle de exercício* da atuação discricionária, assim compreendido como a possibilidade de controle da atuação administrativa a partir de uma norma de atribuição discricionária de competência. Tal controle, por seu turno, se apresenta muito mais amplo do que no passado, eis que tem como parâmetro não somente a adequação da conduta estatal com a lei, mas também sua compatibilidade com o Direito. Tal pauta de controle, cumpre salientar, apresenta-se bastante ampla, proporcional à abrangência e a extensão da principiologia incidente sobre o Direito Administrativo.

Na segunda dimensão, ainda carente de desenvolvimento em solo pátrio, o princípio da inafastabilidade do controle judicial há de servir como norma constitucional que torna inconstitucional toda e qualquer norma de atribuição de competência discricionária, caso a margem de liberdade atribuída seja demasiadamente ampla, de sorte a carecer de densidade normativa. Assim, uma determinada norma discricionária deveria ser, simplesmente pelo excesso de liberdade que atribui ao administrador, considerada inconstitucional sempre que tal margem de atuação culminasse na impossibilidade de o Poder Judiciário controlar lesões ou ameaças a direitos.

Porto Alegre, Março de 2012.



#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALMEIDA, Mário Aroso. *Anulação de actos administrativos e relações jurídicas emergentes*. Coimbra: Almedina, 2002.

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Vol. II, reimp. Coimbra: Almedina, 2002
- BACIGALUPO, Mariano. *La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y limites constitucionales de su atribución)*. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo – Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. *Constituição Federal Brasileiro, 1891: comentada*. Brasília: Ed. Senado Federal, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1995.
- GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade – Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a ‘personalização’ do Direito Administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público* 26/1999. São Paulo: Malheiros
- LIMBERGER, Têmis. *Atos da administração lesivos ao patrimônio público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

- MAFFINI, Rafael. *Direito Administrativo*. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MERKL, Adolf. *Teoria general del derecho administrativo*. México: Nacional, 1980.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Legitimidade e discricionariedade*, 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretacion y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública. O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiro, 1994.
- SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
- TESHEINER, José Maria Rosa. *Elementos para uma Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Saraiva, 1993.