

# L

## imites da Discricionariedade Administrativa

### Massami Uyeda

Advogado, mestre e doutor em Direito (USP), ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça (STJ)

Na clássica concepção de Montesquieu, o Estado atua sob a égide da tripartição dos Poderes: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, cada qual desempenhando competências preponderantemente precípuas e exclusivas, nas respectivas áreas de sua competência: o Legislativo, na elaboração da lei; o Executivo, na execução e aplicação da lei, em caráter geral; e o Judiciário, na especialização e aplicação da lei, em caso concreto.

O desempenho de tais tarefas precípuas e exclusivas, no âmbito da competência de cada qual dos Poderes, constitui a assim chamada competência formal e é certo que, residualmente, todos os três poderes exercem a competência material, em matéria administrativa.

Para o desempenho e a atuação da competência material, em matéria administrativa, o ordenamento jurídico dota o administrador público de poderes para sua prática. Estes poderes administrativos, que não se confundem com os Poderes de Estado, são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização de tarefas administrativas, a ponto de serem considerados poderes administrativos instrumentais.

O ordenamento jurídico confere poderes administrativos ao 56666 para que, no desempenho da gestão administrativa, possa praticar atos administrativos, os quais são, fundamentalmente, atos jurídicos informados

pela finalidade pública, podendo-se conceituar ato administrativo, na lição de Hely Lopes Meirelles, como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (MEIRELLES, 2016, p. 173).

O plexo de poderes administrativos outorgados pelo ordenamento jurídico ao administrador público, para que possa praticar atos administrativos, deriva de lei.

É o princípio da legalidade que informa toda a atuação da Administração Pública e sua dicção constitucional se encontra no art. 37, *caput*, *in verbis*: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

E a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso II, consagra o princípio da legalidade, *in verbis*: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A higidez e eficácia do ato administrativo não de observar a existência de cinco requisitos necessários à sua formação: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Ausente qualquer um destes elementos, o ato não se aperfeiçoa e não terá condições de eficácia.

Este exercício rememorativo de conceitos básicos e essenciais se justifica para possibilitar melhor compreensão sobre o exercício da discricionariedade administrativa que, não poucas vezes, tem gerado equívocos seja quando de sua aplicação, seja quando de sua interpretação.

Assim, sob o prisma da liberdade de atuação o administrador público pratica atos vinculados e atos discricionários.

Atos vinculados são aqueles que têm seus requisitos e condições de sua realização previamente traçados na lei. Pouca ou quase nenhuma

liberdade de atuação se reserva ao administrador público para sua execução.

Na hipótese de ato vinculado, todo o arcabouço volitivo de sua edição já está previamente traçado na lei.

É dizer, no ato vinculado a lei especifica que o agente público ao praticá-lo observe os requisitos por ela expressos como da essência do ato, em todas suas minúcias. Se as omitir ou as diversificar, seja com relação à finalidade, seja com relação aos motivos, ou não obedecer à forma prescrita ou ser praticado por agente incompetente, o ato administrativo será inexistente, nulo ou anulável, segundo a intensidade da perturbação verificada em sua formação.

A edição de um ato administrativo pressupõe a existência lícita de vontade, emanada de autoridade especialmente autorizada, em lei própria, para sua prática. E nisto consiste o requisito da competência, que é a quantidade de poder que a lei confere ao agente público para a prática o ato.

O resultado visado pelo agente constitui o objeto do ato administrativo e, despidendo dizer, deve ser lícito.

No ato administrativo vinculado o objeto estará predeterminado na norma legal.

Na estrutura do ato administrativo, os motivos objetivam a realização do fim pretendido pelo agente e, por curial, não de guardar consonância com o interesse público.

O motivo e a finalidade do ato administrativo são condições intrínsecas de sua legalidade.

Para que o ato administrativo seja válido e eficaz há de observar formalidades extrínsecas exigidas na lei, consistente na forma que deve revestir.

A forma escrita do ato administrativo é o seu revestimento material e, por meio dela, torna transparente a atuação administrativa, alcançando-se assim a necessária publicidade, elemento necessário para que se possibilite sua fiscalização.

No ato administrativo pode-se considerar elementos de legalidade externa ou objetiva a competência, forma e objeto lícito; e, como elementos de legalidade interna ou subjetiva o motivo e o fim.

Multifacetárias e dinâmicas são as necessidades do corpo social e o seu atendimento pela Administração Pública nem sempre tem o seu contorno definido em lei.

Se a gestão e a atuação da Administração Pública depender de leis específicas para o seu desempenho e desenvolvimento usuais e rotineiros, leis que delimitem o exercício cotidiano da Administração Pública, tal exigência paralisaria a adequada atividade administrativa. Além do que o Legislativo assumiria as atribuições do Executivo.

*Quid inde?* Como solucionar tais situações?

O sempre festejado professor Caio Tácito bem expressou o conceito do poder discricionário, do qual o ato discricionário é sua emanção, ao prelecionar:

A ação administrativa do Estado desdobra-se dentro dos quadros legais estabelecidos. A iniciativa da administração depende, primariamente, de uma regra de competência que autorize o agente a executar determinados atos no sentido do bem comum. Esta subordinação não significa, porém, que à administração esteja vedada uma certa latitude de apreciação dos fatos e soluções, independente de uma predeterminação legal. 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 de lei. O fenômeno social não se escriviza 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. (TÁCITO, 1975, p. 63)

Esta liberdade de optar por critério de conveniência e oportunidade para a edição do ato administrativo não quer significar, contudo, que se possa atuar ao largo e distante do critério de legalidade. Não, tal não significa atuar fora da legalidade, porquanto o fim colimado há de ser sempre a finalidade pública.

É dizer, a discricção administrativa, que possibilita ao administrador atuar com liberdade de escolha, segundo critério de conveniência e oportunidade, deve observar os requisitos de competência, forma e finalidade.

Dessa forma, quando a lei estabelece, expressamente, a forma de realização do ato, cessa a esfera discricionária e está-se diante de um ato vinculado.

No ato discricionário, não há a particularização da conduta administrativa, possibilitando-se ao administrador a escolha por opções alternativas.

Na realidade, não há, rigorosamente, um ato puramente vinculado ou um ato totalmente discricionário. O que há é a predominância de nuances do atuar administrativo, dado a que, fundamentalmente, todos eles devem conformação ao princípio da legalidade e à observância à finalidade pública.

O ato discricionário não deve ser confundido com ato arbitrário, porquanto discricionariedade e arbitrariedade são comportamentos e atitudes inteiramente diversos.

Discricionariedade é atuar o agente administrativo com liberdade de ação, observando os limites estabelecidos pela lei.

Já arbitrariedade é atuar o agente administrativo contrariamente ao estabelecido pela lei.

Sinteticamente, pode-se dizer: discricionariedade administrativa guarda conformidade com a lei; arbitrariedade administrativa é atitude e comportamento contra a lei.

É necessário ressaltar esta diferença porque, não raras vezes, por desconhecimento

técnico, utilizam-se estes vocábulos de forma contraditória.

É dizer, fala-se discricionário com sentido de arbitrário e fala-se arbitrário com sentido de discricionário.

Na estrutura do ato discricionário, para que se o legitime como válido, hígido e eficaz deve-se observar ser competente o seu agente. Ou seja, deve estar dotado de competência legal para sua prática; deve obedecer a forma legal para sua realização, resguardando-se sua transparência e publicidade; e, deve atender à finalidade legal de todo ato administrativo, que é o atendimento ao interesse público.

O motivo ou a causa do ato administrativo que, no caso do ato vinculado, já se encontra delineado na lei, no ato discricionário fica reservado à sua prudente discricionariiedade, facultando-se ao administrador público a conveniência e a oportunidade de sua edição.

Por motivo ou causa do ato administrativo, entenda-se a situação de fato ou de direito que determina ou autoriza sua realização. É o elemento subjacente à necessidade da edição do ato administrativo.

Em seu clássico *Direito Administrativo*, edição de 1975, o professor Caio Tácito já anotava:

Acentua-se, aliás, modernamente, a tendência legislativa de estabelecer a motivação obrigatória dos atos administrativos, de modo a possibilitar a sindicância de sua materialidade. A doutrina e a jurisprudência, sobretudo na França e na Itália, têm contribuído também para criação desse sistema, por força da anulação de atos pela ausência de explicitação dos motivos (TÁCITO, 1975, p. 69/70).

O vaticínio do professor Caio Tácito concretizou-se com o advento da Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que instituiu o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, com vários princípios constitucionais nela inseridos, tornando-se cânones legais de

observância geral, inclusive para os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, quando no desempenho de função administrativa (ou seja, quando exercem competência, em matéria administrativa, como ressaltado no início deste artigo).

O artigo 2º, da Lei nº 9.784/99 dispõe: “A administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

Embora a Lei nº 9.784/99 tenha por objeto disciplinar o procedimento administrativo, seus dispositivos são aplicáveis aos atos da Administração Pública, daí a sua grande importância para a exegese da discricionariiedade na gestão e execução administrativa.

A Lei nº 9.784/99, em seu Capítulo XII, introduziu a necessidade de motivação dos atos administrativos. E em seu artigo 50, elencou hipóteses em que a motivação se faz necessária. Vejamos, *in verbis*:

Art.50 – Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, quando:

- I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
  - II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
  - III - decidam processos administrativos de concurso ou de seleção pública;
  - IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
  - V - decidam recursos administrativos;
  - VI – decorram de reexame de ofício;
  - VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
  - VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.
- § 1º - A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou

propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º - Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º - A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou do termo escrito.

A Lei nº 9.784/99 abrange a categoria dos atos discricionários, nos quais se reserva ao agente público a prudente discricção quanto à conveniência e oportunidade para sua edição, contudo, tornou obrigatória a explicitação de seu motivo ou causa, bem como sua motivação, que é a exposição ou indicação por escrito dos fatos e fundamentos jurídicos do ato.

O princípio da motivação, no dizer da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categoriais. A obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos. (PIETRO, 2018, p. 149).

A teoria dos motivos determinantes do ato administrativo ganhou força legal, erigindo-se como condição de validade do ato, ao dispor que uma vez explicitados seu motivo e sua motivação, o agente administrativo deve editar o ato compatível com o resultado pretendido.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº

141.925/DF, da relatoria do ministro Teori Zavascki, datado de 14 de abril de 2010, assim decidiu:

Habeas Corpus. Portaria do ministro de Estado da Justiça, determinando a expulsão de estrangeiro do território nacional, em razão de sua condenação à pena privativa de liberdade. Inexistência de fundamento. Aplicação da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual a validade do ato administrativo, ainda que discricionário, vincula-se aos motivos apresentados pela Administração. Invalidez da Portaria. Ordem concedida.

O Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Mandado de Segurança nº 15.290/DF, relator ministro Castro Meira, em 26 de outubro de 2011, assim decidiu:

2. Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela Administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido... 4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

Como assinalou o festejado professor Hely Lopes Meirelles, na seara da aplicação de penalidades disciplinares, quando a lei prevê diversas penalidades para uma infração, o poder discricionário da Administração manifesta-se na escolha da penalidade que entender adequada ao caso ocorrente, dentre as enumeradas no texto. Mas, se a lei indica o processo de apuração dessas infrações, não pode a autoridade usar de outro meio de verificação, nem modificar o

que está indicado. Na aplicação de penalidade sua faculdade é discricionária; mas deve observar “as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade”, como assinalado pelo ministro Eros Grau, no RMS nº 24.699-DF, in RTJ 195/69 (MEIRELLES, 2016, p. 195).

Oportunas e bem colocadas são as observações formuladas pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao comentar a interpretação jurisdicional sobre o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade ínsitos na edição dos atos administrativos ao assim assinalar:

A jurisprudência brasileira tem, embora de forma ainda modesta, incorporado esse princípio, especialmente em matéria de sanções disciplinares e de polícia. Às vezes até exorbitando de seu poder, ao reduzir as penalidades aplicadas, em vez de simplesmente decretar sua nulidade. Exemplo de decisões deste tipo encontram-se in RT 318/256 e 221, 454/162, 401/269 e 409/262. Evidentemente, erra o Judiciário ao substituir uma penalidade por outra, porque invade área de competência da Administração Pública; mas acerta ao reconhecer os excessos desta última, quando ela aplica sanções desproporcionais ou inadequadas em relação às infrações praticadas; isso ocorre especialmente no caso de penas pecuniárias, que devem ser fixadas em limites razoáveis, de modo a não assumir caráter confiscatório, nem onerar excessivamente a atividade exercida lícitamente. Mas, evidentemente, não é só nessas matérias que se aplica o princípio. (PIETRO, 2001, p. 202).

A pedra de toque da discricionariedade administrativa no referente aos aspectos internos da edição do ato discricionário, consistentes no seu motivo e na sua motivação, bem como na adequação dos motivos determinantes passa pela constatação da existência de razoabilidade e proporcionalidade em sua edição.

Isso porque, como acentua Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins a que ela tem de alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP m65/27). Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade. (PIETRO, 2001, p. 201).

Os limites da discricionariedade administrativa tem sido um dos mais instigantes temas de estudo de Direito Administrativo a desafiar a doutrina e a jurisprudência.

## Referências

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- \_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. Atlas: 2001.
- TÁCITO, Caio. **Direito Administrativo**. São Paulo, Saraiva: 1975.