

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O DESVIO DE PODER  
PÚBLICO: SEUS ASPECTOS DE INCIDÊNCIA E O CONTROLE  
JURISDICIONAL.**

**DISCRETION ADMINISTRATIVE AND THE DIVERSION OF PUBLIC POWER:  
ITS ASPECTS AND IMPACT OF JUDICIAL CONTROL.**

Thaís Carvalho dos Santos <sup>1</sup>

Luciano Elias Reis <sup>2</sup>

**SÚMARIO**

**1 Introdução. 2 Ato administrativo e a competência discricionária. 3 Desvio do poder público. 4 Controle dos atos discricionários. 5 Conclusão. Referências.**

**RESUMO**

O presente estudo tem por finalidade expor o instituto da discricionariedade administrativa como uma forma de ato administrativo a ser editado por agente público competente no ímpeto de sua função administrativa para suprir as lacunas e deficiências legais, bem como apresentar suas modalidades sintetizando, ademais, a defesa de sua existência. Analisada a forma de utilização correta da discricionariedade, estudar-se-ão as circunstâncias em que o agente público incorre em desvio de poder, com especial ênfase no âmbito do desvio de finalidade. Somados estes elementos da discricionariedade e do desvio de poder público há que se demonstrar os meios de limitação à atividade discricionária para torná-la apta a gerar seus efeitos de maneira válida e perfeita. Por fim expor-se-á a problemática do controle dos atos administrativos discricionários com ênfase no controle jurisdicional.

**Palavras-chave:** Ato discricionário, desvio de poder, controle da discricionariedade.

---

<sup>1</sup> Acadêmica de Direito do 8º período – 2014 – Faculdade de Direito de Curitiba – CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA. E-mail: csantos.thais@gmail.com.

<sup>22</sup> Orientador, Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC. Especialista em Direito Administrativo e em Processo Civil, ambos pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (2004). Presidente da Comissão de Gestão Pública e Controle da Administração - Ordem dos Advogados do Brasil (PR). Professor da Escola Superior de Advocacia, Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA. Autor dos livros "Convênio Administrativo: instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado" (Editora Juruá, 2013) e "Licitações e Contratos: Um Guia da Jurisprudência" (Editora Negócios Públicos, 2013).

## ABSTRACT

The scope of the assessment to expose the institution of administrative discretion, as a form of administrative action to be edited by a competent public servant in the exercise of its function to fulfill the gap and legal deficiencies and submit their forms synthesizing, moreover, the defense of its existence. Analyzed the proper use of discretion, considering the circumstances in which the manager agent incurs abuse of power, with emphasis within the deviation of purpose will be entering. Summed these elements of discretion and diversion of government are shown the means of limiting the discretionary activity to make it apt to generate its effects and valid. Finally, the issue of control of discretionary administrative acts with emphasis on judicial review.

**Keywords:** discretionary Act, abuse of power, control of discretion.

## 1 INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto de que no Estado Democrático de Direito vige, com primazia, o princípio da legalidade, previsto no art. 37 da Constituição Federal de 1988, o qual confere segurança jurídica aos destinatários dos atos editados pelo Poder Público pela previsibilidade das disposições emanadas e, que a partir deste fixa-se a ideia de que, diferentemente da autonomia das relações particulares, a Administração apenas pode realizar aquilo que a lei determina, a discricionariedade surge como um instituto que foge a esta regra, colocada equivocadamente, pela maioria da sociedade, como uma liberdade conferida ao administrador público para deliberadamente atuar da forma que melhor lhe convenha.

Vasta doutrina já se debruçou acerca do tema da discricionariedade, contudo, insta expor a correta compreensão acerca desta modalidade de ato administrativo, diversificando-a do corriqueiro entendimento, vez que a discricionariedade na verdade é uma competência outorgada ao agente administrador para que este complemente as regras de Direito quando estiver na presença de conceitos vagos, fluidos e indeterminados, os quais comportam mais de um entendimento possível, ou seja, nos casos que não apresentam uma regulamentação legal perfeita resultante da impossibilidade do legislador em prever as várias hipóteses que podem ocorrer nos casos práticos. Não é, pois, a discricionariedade, resultante da omissão

legal, visto que ela somente existe quando derogada sua competência para atuar, devendo, ainda, ser dirigida apenas para a satisfação dos interesses públicos.

Destarte, ainda que a Administração seja dotada de uma posição privilegiada em relação aos particulares em vista das prerrogativas que ostenta o Poder Público para devidamente manejar seus atos, esta também é calcada em deveres que devem ser cumpridos, logo, para uma atuação válida, seus atos devem ser fundamentados pela lei.

Nesta linha, importante conceituar e analisar a discricionariedade administrativa, já que não existe regulamentação acerca deste preceito que atribui ao administrador competência para atuar diante dos casos que não é possível objetivamente extrair do comando legal uma solução completa. A falta de disposição legal em torno da discricionariedade administrativa, hoje baseada em princípios, doutrina e jurisprudência, coloca em cheque esta aptidão conferida ao administrador pois é um dever de complementação outorgado ao administrador a fim de que sejam atingidos interesses públicos, todavia, este “dever” de satisfazer o bem estar social não pode operar de forma ilimitada sob pena de, ultrapassados os limites da discricionariedade e desviadas as finalidades públicas, consubstanciar o desvio de poder público.

Doravante, o desvio de poder há que ser explorado, pois, caso seja constatado que as balizas legais preestabelecidos foram excedidas sem respeitar a motivação e fundamentação das decisões que devem estar direcionadas a um fim público, a atividade discricionária estará desviando de sua finalidade, resultando em abuso de poder; deste modo acaba por dispor dos interesses públicos preconizados pelo legislador.

Em face de todo o exposto, com o intuito de encontrar um meio para amenizar as arbitrariedades que podem advir com a indevida utilização dos recursos disponíveis para o Poder Público, o controle da discricionariedade administrativa é admitido no ordenamento jurídico para satisfazer as necessidades da sociedade com relação aos fins que devem ser atingidos, seja por meio do controle Legislativo, Executivo e o próprio Judiciário. Este último ente encontra alguns percalços que tem sido relativizados na doutrina no que tange à revisão dos atos administrativos discricionários relacionados com o mérito, assim, a relativização desta vertente será

exposta visando ampliar a forma de fiscalização dos atos emanados pela Administração.

## **2 ATO ADMINISTRATIVO E A COMPETÊNCIA DISCRICIONÁRIA**

No intuito de dar o devido enfoque ao ato administrativo discricionário, imperioso ressaltar a definição de ato administrativo o qual corresponde ao gênero do qual aquele se enquadra como espécie.

O ato administrativo se constitui como forma de concretização dos atos públicos a serem emanados na seara do Direito Administrativo pelos agentes administradores competentes em favor dos interesses sociais, conforme preconiza o princípio da supremacia do interesse público em detrimento dos interesses privados e, por decorrência, a indisponibilidade dos interesses públicos, os quais são basilares para o exercício da boa Administração Pública. Esses princípios norteadores fazem referência à ideia de que os atos administrativos serão regidos pelos interesses da coletividade os quais devem sobrelevar-se aos interesses individuais e particulares de administradores e administrados vedados por destoarem do apregoado pelo princípio da isonomia considerando que a Administração Pública deve dirigir-se com impessoalidade em seus atos de modo a não beneficiar ou prejudicar sujeitos determinados. Logo, o que deve almejar a Administração é o bem estar social com a busca dos interesses públicos que não são disponíveis e flexíveis conforme o arbítrio do agente competente.

Nos ensinamentos de Phillip Gil França, o ato administrativo é claramente identificado como:

[...] a atuação jurídica (comissiva ou omissiva), unilateral e concreta exteriorizada pela Administração Pública, ou por aqueles legalmente legitimados para tanto, advinda do seu exercício de função administrativa do Estado. Trata-se de manifestação do maquinário público para que se façam valer, para que se justifiquem, para que se sustentem a escolha e a

confiança da sociedade em um regime estabelecido com vistas a melhorar sua vida incessantemente [...].<sup>3</sup>

Nesta trilha, o ato administrativo permite àquele agente que está incumbido diretamente ou por delegação a se manifestar, editar atos que vinculam terceiros ao seu cumprimento, porém sempre com fulcro no interesse público. Segundo Hely Lopes Meirelles o ato administrativo tem “*por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir, e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.*”<sup>4</sup> Assemelha-se nesta perspectiva aos atos jurídicos, porém com a distinção de estar adstrito a atingir a finalidade pública preconizada pela lei e pelos interesses sociais principiológicos, diferentemente dos atos jurídicos nos quais prevalece a livre determinação das partes.

Outrossim, denota-se do excerto exposto de Gil França que o ato administrativo deve se perfazer durante a função administrativa, isto é, concomitante à prerrogativa do administrador em gerir os interesses de terceiros. Para Marçal Justen Filho:

*[...] a função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional.*<sup>5</sup>

Destarte, a função administrativa nada mais é do que a obrigatoriedade que possui a Administração em satisfazer e dar azo à consecução dos interesses e direitos fundamentais da coletividade, esta é a margem que permite a Administração Pública atuar, isto quando fundamentada em finalidades públicas vez que o regime do Estado Democrático de Direito dá primazia a participação popular e exige como fim último a legitimação do Poder Constituinte Derivado pela atuação voltada a

---

<sup>3</sup> FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público**: Gestão pública, controle jurisdicional e consequencialismo administrativo. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013. p. 24.

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 174-175.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 121.

ministrar e concretizar os interesses do povo, titular do Poder Constituinte Originário, consubstanciados na Constituição Federal de 1988.

Para a efetivação do ato administrativo e o desenvolvimento ótimo de sua função, a Administração é englobada por benefícios que a permitem realizar suas atividades, com destaque principal a posição de supremacia. Esta colocação de superioridade frente aos particulares derroga aos seus atos editados atributos de presunção de legitimidade e veracidade, que geram, de modo geral, a pretensão de que os atos gerados pela Administração serão conformes o texto legal, sendo editados por agente público legítimo e competente e que, até prova em contrário, será garantida a autenticidade e a lealdade de que o conteúdo descrito pela Administração em seu ato corresponde com a realidade que demanda sua intervenção; em síntese, o ato administrativo é dotado de fé pública. Assim, o ato administrativo na condição de veracidade, “presume verossímil o real cenário e significado exposto em seu conteúdo. [...]. Já a *legitimidade* é atributo decorrente da capacidade legal do agente público para a produção do ato.”<sup>6</sup>

Acobertado com o manto da fé pública, os atos administrativos também serão dotados de imperatividade, exigibilidade e a autoexecutoriedade. A imperatividade é o instituto que permite à Administração impor a terceiros seus atos editados independentemente da vontade do destinatário. Conforme os ensinamentos de Diógenes Gasparini: “é a qualidade que certos atos administrativos têm para constituir situações de observância obrigatória em relação aos seus destinatários, independentemente da respectiva concordância ou aquiescência.”<sup>7</sup> Contudo em que pese a desnecessidade da concordância do administrado, a Administração Pública tem de agir publicamente de maneira a disponibilizar o conhecimento pleno do ato emanado a todos os interessados:

[...] é necessária a publicidade à maioria dos atos administrados, apta a gerar a presunção de seu conhecimento por parte dos administrados, entretanto, não é necessária, em momento algum, a sua anuência ou

---

<sup>6</sup> FRANÇA, 2013, p. 46.

<sup>7</sup> GASPÁRINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 126.

concordância com o conteúdo do ato administrado em questão, que deve ser cumprido pelo administrado enquanto estiver em vigor [...].<sup>8</sup>

Outro atributo que evidencia a posição de superioridade e destaque da Administração Pública é a exigibilidade e a autoexecutoriedade. Estes instrumentos permitem que os agentes administradores exijam o cumprimento das obrigações impostas, quando no exercício da função administrativa, sem recorrer ao Judiciário. Notabiliza-se a autoexecutoriedade por permitir que a Administração Pública se utilize de meios coercitivos para exigir a realização de suas obrigações impostas sem a necessidade da presença do Judiciário, ao passo que a exigibilidade apenas pode se valer de meios indiretos de coagir o administrado a atender os comandos do ato, não podendo compeli-lo fisicamente a realizar o ato.

[...] a autoexecutoriedade surge quando a exigibilidade, por si só, não é suficiente para garantir a plena eficácia ao ato administrativo, não bastando à Administração Pública tão somente exigir dos administrados o cumprimento de determinados deveres legais, mas sim obrigá-los ao seu cumprimento, sempre observada a legalidade.<sup>9</sup>

Todavia, desarrazoado o entendimento que acredite ser a atividade Administrativa, mediante os seguimentos do ato administrativo, ilimitada pois, ao mesmo tempo em que a Administração Pública é dotada de favorecimentos para ministrar seu encargo é contemplada por sujeições que visam erradicar a atuação aleatória e sem embasamento legal. A principal forma cerceadora da atuação Administrativa é o princípio da legalidade, este intento estabelece, ao contrário do que ocorre no âmbito privado, que à Administração Pública é permitido realizar apenas aquilo que esta consubstanciado no ordenamento jurídico, ao passo que o particular é autorizado a fazer tudo aquilo que não contenha vedação legal. Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello “enquanto o particular pode fazer tudo aquilo que não lhe é proibido, estando em vigor portanto o princípio geral da liberdade, a Administração só pode fazer o que lhe é permitido.”<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 99.

<sup>9</sup> GOMES, 2012, p. 100.

<sup>10</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1993, p. 13.

Logo, com supedâneo no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, constitui a legalidade como um meio de conter os atos da Administração Pública dentro dos limites legais expressamente previstos no ordenamento jurídico ou intentados pelo legislador quando de sua elaboração, garantindo os direitos previstos no sistema Democrático de Direito. Neste diapasão demonstra Romeu Felipe Bacellar Filho:

A legalidade é de inegável e significativa importância na Administração Pública porque identifica o Estado de Direito. Por este princípio se determina que a Administração Pública não só quede submissa à lei, mas também só possa atuar em consonância com as suas prescrições.<sup>11</sup>

Cumpra, pois, a Administração a tarefa de conformar os mandamentos legais à prática epistemológica, com o fito de coibir abusos e arbitrariedades que podem ser cometidos pelo agente administrador, visto que, de acordo com Carolina Zancaner, o agente administrador nada mais é do que um servo da lei, e nesta condição deve promover a finalidade e a aplicação concreta dos comandos legais enquanto gere os bens e interesses públicos.<sup>12</sup> Isto significa que, delegada a competência para o agente administrador este deverá, conforme o caso concreto, aplicar a norma prevista.

O Estado Democrático de Direito impõe à Administração Pública, prerrogativas e limitações, principalmente calcadas no art. 37 da Constituição Federal, para direcionar e delimitar a atuação da Administração a qual deverá reger-se de modo a atingir a finalidade pública, respeitando a ordem jurídica pré-estabelecida, sob pena de ilegalidade do ato. É nesta medida em que a Administração se encontrará sob a égide da função administrativa, somente quando estiver direcionada a consubstanciar interesses públicos e em coerência com o sistema normativo preestabelecido. Contudo, existem casos em que não há uma tutela legal completa da conduta a ser tomada pelos agentes públicos. Nestes casos em que a conduta não é totalmente vinculada surge a discricionariedade, apresentada como uma classificação dos atos administrativos.

A discricionariedade, ponto fulcral deste estudo, contrapõe-se a vinculação dos atos administrativos. Essa prática ocorre quando a Administração não possui a

---

<sup>11</sup> BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2005. p. 44

<sup>12</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Alguns apontamentos sobre o desvio de poder**. Revista eletrônica da faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo, p. 6.

faculdade de editar ato distinto do previsto na lei, apenas há a tarefa de subsumir o fato à norma. Para Rafael Maffini:

A vinculação administrativa ocorre sempre que a lei atribuir a competência ao administrador, de modo que, diante de uma determinada previsão de hipótese fático-jurídica [...], prevê como consequência jurídica [...] uma única solução juridicamente válida. Assim, numa regra vinculada, concretizada a hipótese legal, não restará ao administrador nenhuma outra forma de agir senão aquela prevista na regra de sua atribuição de competência.<sup>13</sup>

Não resta aqui qualquer meio que permita ao administrador a liberdade de dispor do caminho a ser trilhado vez que, com supedâneo no princípio da legalidade que deve reger sua conduta, derogada a competência para agir o agente tem de observar os requisitos e conteúdos legalmente previstos. A vinculação, conforme a ponderação de Régis Fernandes de Oliveira “se identifica, assim, pela impossibilidade de mais de um comportamento possível por parte da Administração. A ação administrativa se acha delimitada pela lei.”<sup>14</sup>

Por conseguinte, o poder vinculado concretiza-se nos casos em que a lei apontar apenas um comando para a solução, ficando o agente adstrito inteiramente aos termos dispostos no ordenamento jurídico. Nos atos vinculados a lei rege de forma completa os atos que a Administração deve editar e a forma sob a qual deve agir para validá-los, sem remanescer ao agente administrador qualquer subjetividade sobre a criação e complementação da norma. Sob esta ótica alude Diógenes Gasparini:

São *vinculados* os praticados pela Administração Pública sem a menor margem de liberdade. A Administração Pública edita-os sem qualquer avaliação subjetiva. A lei, nesses casos, encarrega-se, em tese, de prescrever, com detalhes, se, quando e como a Administração Pública deve agir [...].<sup>15</sup>

Corroborar a este entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello ao referenciar que “a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para

---

<sup>13</sup> MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 57.

<sup>14</sup> OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 89.

<sup>15</sup> GASPARINI, 2011., p. 131.

decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos.”<sup>16</sup>

Sobremaneira, os atos vinculados são aqueles que já estão previamente determinados no sistema legal de modo a conduzir a conduta do agente público à consecução dos atos predispostos, não lhe restando margem de liberdade para a tomada de decisão diversa; há aqui somente a aplicação da norma ao fato.

Para José Cretella Júnior, atos administrativos vinculados são aqueles que se realizam pela obrigatoriedade da administração em cumprir os requisitos fixados a priori na lei.<sup>17</sup> Assim, ocorrida a hipótese prevista na norma, o agente somente poderá realizar o que esta disposto no texto legal, não sendo possível escolher comportamento diverso ao indicado. A Administração Pública edita-os sem qualquer avaliação subjetiva visto que a lei, frisa-se, descreve integralmente único modo pelo qual o agente deve agir e apenas agindo deste modo o ato será válido.

Em que pese a as vantagens dos atos vinculados em fornecer maior segurança jurídica aos administrados ante a certeza do estrito cumprimento da legalidade, é humanamente impossível ao legislador prever juridicamente toda e qualquer circunstância que possa se concretizar empiricamente. Não há como propor um sistema jurídico que preveja perfeitamente todos os comportamentos a serem adotados pelo administrador em cada caso prático que lhe seja condizente e é nesta impossibilidade jurídica que surge a discricionariedade que irrompe como um instrumento para se atingir o fim público face aos casos em que existirem várias possibilidades para se aplicar o Direito, sendo, ainda, todas razoáveis. Neste posicionamento Odete Medauar afirma que a discricionariedade “é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma dentre as várias soluções possíveis”.<sup>18</sup>

A discricção aflora nos casos em que a própria lei outorga ao agente administrador, mediante norma geral e abstrata, competência para que em certa medida aprecie e avalie de acordo com seus critérios subjetivos a decisão que melhor adequa a norma ao caso prático diante dos fatos em que lei preveja mais de

---

<sup>16</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012. p. 428.

<sup>17</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p. 223.

<sup>18</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 116.

um meio para realização de determinado ato, não sendo possível, neste prisma, objetivamente se extrair, somente com base no comando legal, a devida solução ao caso prático. Esta competência dada ao agente administrador ocorre, sob o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello “para que o administrador – que é quem se defronta com os casos concretos – pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.”

19

Neste caso não havendo completa disposição legal no ordenamento jurídico da conduta a ser realizada pela Administração Pública, advém a possibilidade do agente público escolher, quando competente, uma dentre todas as soluções possíveis, aquela que melhor forma atenda ao fim proposto pela norma e, em última *ratio*, os princípios que teologicamente o Legislador buscou executar.

Ademais, a discricionariedade revela-se quando, nos termos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a lei confere expressamente esta prerrogativa à Administração Pública; pela insuficiência legal em prever toda e qualquer hipótese superveniente ao momento a sua edição; quando a lei outorga competência para editar ato administrativo, mas não expressa qual a conduta a ser efetivada e na presença de conceitos jurídicos indeterminados que admitem soluções alternativas e se tratem de conceitos de valor.<sup>20</sup>

Em suma, a discricionariedade decorre da impossibilidade material e lógica do Legislativo abarcar perfeitamente e por meio de conceitos uniequívocos toda a variedade de situações possíveis, que possam ocorrer no mundo fenomênico, para se atingir a finalidade pública. Outrossim, sob o ponto de vista prático e jurídico, a discricionariedade minimiza eventuais automatismos que podem ocorrer em razão da atividade mecânica de simplesmente aplicar a norma ao caso concreto, vez que permite a flexibilização do ordenamento jurídico que cada circunstância particular demanda. Nos termos de José Cretella Júnior:

Se, entretanto cada vez que a *Administração*, ao pronunciar-se tivesse de circunscrever-se a regras minuciosas, que lhe regulassem os menores movimentos, vinculando-a ponto por ponto, estaria implantando o mais pernicioso dos automatismos. A máquina administrativa teleguiada por

---

<sup>19</sup> MELLO, 1993, p. 33.

<sup>20</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 215-216.

normas condicionantes não funcionaria no momento exato. Haveria permanente desajuste entre a vida e a *vida administrativa*. Entre o *fato do mundo* e o *ato administrativo*.<sup>21</sup>

Suprimida a discricionariedade com a perspectiva de condutas totalmente vinculadas e a previsão objetiva de todas as ocorrências do mundo fático pelo Poder Legislativo, haveria a supressão do órgão executivo, tendo em vista que a este caberia apenas a pronta aplicação da norma sem nenhuma apreciação da finalidade pública que deveria realmente ser atingida, aduz Regis Fernandes de Oliveira que “este não passaria de mero cumpridor de ordens emanadas, concretamente, do Poder Legislativo.”<sup>22</sup>

Não haveria então a adaptação e a evolução das interpretações de conceitos abertos, vagos e imprecisos que são alterados constantemente de acordo com o desenvolvimento histórico. A discricção proporciona a dinamicidade do ordenamento jurídico através da adequação da norma, geral e abstrata disposta pelo Poder Legislativo, ao caso concreto e individual por meio de suas avaliações subjetivas de modo a adotar a melhor solução entre as apresentadas.

É, pois, mediante o deferimento da discricionariedade que a Administração Pública poderá atender, pela colocação de Julieta Mendes Lopes Vareschini, as “complexas, infinitas e crescentes necessidades da sociedade, cuja dinâmica impede que a entidade pública aguarde eventual manifestação do Poder Legislativo.”<sup>23</sup>

De modo a conferir a atualização do sistema jurídico e uma melhor acomodação da subsunção do fato à norma a discricionariedade surge como um meio colocado a disposição dos agentes ou servidores públicos para atingir o interesse público almejado pela coletividade, deste que outorgada a discricção pela lei. A lei é quem derroga aos administradores a competência para eleger uma solução que melhor atenda à finalidade pública e ao bem estar social seja por autorização expressa ou pela necessidade de complementação do sistema legal.

Não há discricionariedade sem a outorga da lei; a lei é que legitima a atuação do agente administrador para complementar a norma sob pena de caracterizar a

---

<sup>21</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 220.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, 2007, p. 94.

<sup>23</sup> VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionariedade Administrativa**: uma releitura a partir da constitucionalização do direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 37. 91.

arbitrariedade, ato ilegal que emerge do abuso de poder de ato praticado por agente público sem competência ou quando atua além de seus limites autorizados. Luiz Alberto Blanchet demonstra que:

[...] o exercício do poder discricionário em determinada situação concreta pressupõe o deferimento explícito ou implícito de **discricionariiedade** pela norma jurídica a cuja hipótese de aplicação subsume-se a situação real. Caso contrário, o exercício do poder discricionário será totalmente ilegítimo.  
24

A discricionariiedade, segundo Regis Fernandes de Oliveira integra, a vontade da lei, pela vontade do administrador, mediante uma avaliação subjetiva, sendo a limitação de sua liberdade dada pelo alcance da imprecisão da lei.<sup>25</sup> Não existe a possibilidade de outorgar a competência discricionária na omissão ou no caso do silêncio total da lei já que essa é própria medida de liberdade do agente. Igualmente, como a conduta do agente é limitada pelo disposto em lei, não haverá discricionariiedade quando a lei apenas apontar um comando a ser realizado, visto que caracterizar-se-á o poder vinculado.

Nesta seara, repisa-se, a discricionariiedade emana da lei, não é fruto da criação do administrador e, com arrimo nesta proposição, outorgada a competência deve se respaldar no ordenamento jurídico e na interpretação para buscar a melhor forma de atingir a finalidade normativa, considerando, ainda, o mérito administrativo.

O mérito alicerça os atos administrativos, localizando-se, de acordo com os estudos de Miguel Seabra Fagundes, no motivo e no objeto que compõe o ato.

E além de só pertinente aos atos praticados no exercício de competência discricionária, não constitui o mérito um fator essencial, nem autônomo na integração do ato administrativo. Não aparece com posição própria ao lado dos elementos essenciais (manifestações da vontade, motivo, objeto, finalidade e forma). Surge em conexão com o motivo e o objeto. Relacionando-se com eles. É um aspecto que lhes diz respeito. É uma

---

<sup>24</sup> BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005. p. 72 (grifo do autor).

<sup>25</sup> OLIVEIRA, 2007, p. 93.

maneira de considera-los na prática do ato. É, em suma, o conteúdo discricionário deste.<sup>26</sup>

Desta sorte o mérito produz reflexos diretamente sobre a discricionariedade uma vez que contém em seu bojo o binômio conveniência e oportunidade, presentes no motivo e no objeto, elementos constitutivos do ato administrativo. De acordo com Diógenes Gasparini, “há conveniência sempre que o ato interessa, convém, ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público.”<sup>27</sup>

Em meio a seus elementos, a conveniência representa a busca resultados que sejam úteis aos interesses da coletividade, desprezando qualquer ânimo ou interesse individual do administrador para se autopromover. Em acréscimo, a oportunidade é revelada diante do momento oportuno; adequado para o agente administrador editar o ato administrativo.

Em assim sendo, ao se deparar com o caso concreto, o agente deverá, na competência discricionária, demarcar aquilo que se pretende criar, definir o conteúdo do ato e, por conseguinte, aquilo que se realizará, ou seja, seu objeto e traçar as justificativas que dão azo à edição do ato. Motivar o que levou e fundamentou a conduta do agente, tudo isto com o embasamento na oportunidade e na conveniência da edição do ato.

O mérito deve acompanhar o juízo de valor realizado pelo agente administrador quando outorgada a competência para agir com discricção é, portanto, uma diretriz para regular os juízos subjetivos do administrador, somando-se ao ideal de justiça, igualdade e demais princípios constitucionais e administrativos. O mérito sempre deve estar presente, acompanhando a discricionariedade pela avaliação dos critérios da oportunidade e da conveniência. Odete Medauar assim dispõe que “o *mérito administrativo* expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.”<sup>28</sup>

Do exposto, insta salientar que a capacidade integrativa da discricção conferida ao administrador não é total, ela se encontra vinculada em maior ou menor

---

<sup>26</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. p. 146.

<sup>27</sup> GASPARINI, 2011, p. 149.

<sup>28</sup> MEDAUAR, 2011, p. 118.

grau à legalidade, aos critérios da conveniência e da oportunidade e aos princípios explícitos ou implícitos previstos no ordenamento jurídico, com o objetivo final de atingir o interesse público sob pena de desviar sua finalidade.

### 3 DO DESVIO DO PODER PÚBLICO

A outorga de poderes ao agente administrador, como acima referido, não é ampla. O sujeito deve estar adstrito à finalidade proposta pelo ordenamento jurídico, cabendo a este adequar o sentido da lei ao caso em apreço interpretando-o, na medida do possível, e buscando a finalidade preconizada na norma para a melhor atuação possível.

A ideia corrente que se tem acerca do instituto da discricionariedade é a de que esta se refere a um conjunto de poderes deferidos à Administração Pública para que esta atue livremente, conforme sua própria escolha, sobre os casos que não possuem uma regulamentação objetiva. Sob este prisma o poder discricionário é concedido à Administração para praticar com liberdade de escolha os atos a serem editados pela Administração Pública.<sup>29</sup>

Todavia, em que pese este posicionamento, a discricionariedade antes é um dever do que um poder. É, como elucida Marçal Justen Filho, um modelo de disciplina normativa corrente dentre os atos administrativos *“que se caracteriza pela atribuição de um dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitando os limites impostos pelo ordenamento jurídico.”*<sup>30</sup>

Doravante, ainda que haja prerrogativas concedidas à Administração para gerir os interesses da coletividade, este poder serve como um instrumento vinculado a um fim, sendo, por conseguinte, um dever de atingir o bem público e atuar com respeito à legalidade, antes que um poder de livremente se autodeterminar. Em síntese, o poder ofertado ao administrador serve de alicerce para promover o seu dever, ou seja, buscar a melhor adequação para o caso concreto para finalizar uma

---

<sup>29</sup> MEIRELLES, 2005, p. 116.

<sup>30</sup> JUSTEN FILHO, 2013, p. 241.

boa administração. Coaduna nesta perspectiva Celso Antonio Bandeira de Mello ao relatar que:

[...] o chamado “poder discricionário” tem que ser simplesmente o cumprimento do *dever de alcançar a finalidade legal*. Só assim poderá ser corretamente *entendido e dimensionado*, compreendendo-se, então, que o que há é um *dever discricionário*, antes que um “poder” discricionário. Uma vez assentido que os chamados poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever, [...].<sup>31</sup>

Destarte, se a discricionariedade é colocada como um dever a ser seguido pela Administração Pública para, frente ao sistema legal, encontrar a melhor solução para o caso concreto e somente na medida em que o agente administrador pretende atingir este fim será incumbido de poderes para adequadamente atingir o bem comum, conclui-se que a discricionariedade não é sinônimo de liberdade ampla do poder público.

A liberdade conferida ao administrador é uma liberdade relativa, conferida apenas por autorização legal, com vistas a outorgar poderes para o dever de atingir uma finalidade pública em prol de toda a sociedade. Em que pese a prerrogativa que possui a Administração de subjetivamente avaliar as soluções para serem aplicadas ao caso prático, o Poder Público continuará vinculado à competência fixada, aos direitos fundamentais, ao mérito do ato administrativo e a todo o ordenamento jurídico. Conquanto não haja uma faculdade ou liberdade propriamente dita, mas uma autonomia vinculada a todo o sistema legal.<sup>32</sup>

Entretanto enfatiza acerca da relativização da liberdade Romeu Felipe Bacellar Filho que não há liberdade de atuação na discricionariedade, ademais também não ocorre a arbitrariedade vez que “é o próprio ordenamento que confere este espaço, a ser exercido nos limites legais, além de que há vinculação à competência do agente, à forma prescrita em lei e à finalidade pública do ato.”<sup>33</sup>

Neste delineamento, entende-se que a liberdade conferida ao sujeito deve se ater aos termos da legalidade e não ao seu deleite pessoal, assim, a função dos

---

<sup>31</sup> MELLO, 1993, p. 15.

<sup>32</sup> REIS, Luciano Elias. **Convenio Administrativo**: Instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado. Curitiba: Juruá, 2013. p. 77.

<sup>33</sup> BACELLAR FILHO, 2005, p. 64.

atos administrativos é a realização dos fins consubstanciados na Constituição, os quais foram legitimados pelo povo.

Em suma, a função está intrinsecamente relacionada a um dever, a uma finalidade, cuja realização somente é crível porque o ordenamento jurídico outorga determinados poderes à Administração Pública. É justamente a referibilidade a um fim que torna o poder mero instrumento, meio para concretização deste escopo estatuído na ordem jurídica.<sup>34</sup>

Portanto, a competência não existe como uma carta branca colocada a livre disposição da Administração, ela existe enquanto meio para atingir a finalidade pública a qual deve estar voltada aos interesses da coletividade e a vontade de todos os cidadãos, e não apenas do agente ou a entidade administrativa. É a busca do interesse coletivo que valida e torna legítima a competência do agente estatal. O administrador não possui liberdade para agir da maneira que bem entenda ou que melhor lhe beneficie, pois, agindo desta forma incorrerá em desvio de finalidade ou abuso de poder público.

O desvio de poder ou desvio de finalidade é o desacordo do ato, editado pelo administrador público, com a finalidade de se atingir interesses coletivos e respeitar a legalidade. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro o “desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou.”<sup>35</sup>

Pretende o agente, no desvio de finalidade, atingir resultado diverso daquele para o qual deveria se dirigir. O agente, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello “se evade do fim legal, extravia-se da finalidade cabível em face da lei.”<sup>36</sup>

Pode ocorrer o desvio de finalidade pela edição de atos que busquem promover interesses particulares ou de terceiros, de modo a se autopromover ou beneficiar colegas podendo, ainda, agir no intento de prejudicar. Expressa Regis Fernandes de Oliveira que o agente ao praticar atos "objetivando não o atendimento de interesse público, mas também um interesse particular, para o qual não tem

---

<sup>34</sup> VARESCHINI, 2014, p. 85.

<sup>35</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 225.

<sup>36</sup> MELLO, 1993, p. 57.

competência, ocorre o desvio de poder, já que a norma concede competência com um fim indicado.”<sup>37</sup>

Sob este enfoque, o agente público se utiliza de uma competência para perquirir finalidade alheia aos interesses públicos. O administrador almeja fins pessoais que favoreçam ao próprio agente ou para a perseguição de terceiros.<sup>38</sup> Porém, na competência discricionária, o agente que se compromete em auxiliar a coletividade como um todo, não pode valer-se do seu cargo ou função para buscar fins pessoais, a execução do ato deve atingir tão somente finalidades públicas.

A Administração deve seguir o princípio da isonomia, corporificado na Constituição Federal em seu art. 5º, *caput*<sup>39</sup>, não devendo, nesta teia dar preferências ou ambicionar privilégios a si mesmo ou a terceiros, bem como a prejudicar os demais.

Outra modalidade de desvio de finalidade ocorre quando o agente administrador, na presença de sua competência pratica ato buscando finalidade diversa a qual deveria se realizar. Luiz Manoel Fonseca Píres define esta circunstância como:

[...] o exercício de uma potestade para uma finalidade distinta da estabelecida pelo ordenamento, e por causa disso bastaria mostrar que a Administração apartou-se do fim previsto isto é, não haveria sequer a necessidade de provar qual foi o outro fim perseguido.<sup>40</sup>

Nesta corrente, há a utilização inadequada da competência outorgada à Administração. A autoridade competente para a prática do ato, nos termos de José Cretella Júnior, “manifesta sua vontade, praticando-o, dando-lhe nascimento, mas nessa operação erra o alvo, afasta-se do *fim* colimado para perseguir *finalidade* diversa da visada. Incide no *desvio de poder*.”<sup>41</sup> Em suma o agente busca um fim diverso ao colimado pela regra, valendo-se de competência que não possui para a sua edição.

---

<sup>37</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 96.

<sup>38</sup> MELLO, op. cit., p. 58-59.

<sup>40</sup> PIRES, Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa**: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 251.

<sup>41</sup> CRETELLA JÚNIOR, 1991, p. 291.

O serventário pode até intentar interesses públicos, contudo o faz por meios jurídicos inidôneos. A destinação legal de sua competência originária é diversa da obtida no resultado praticado pelo agente. Considera Celso Antônio Bandeira de Mello que “a via jurídica utilizada era – de direito - preordenada a satisfazer outro escopo normativo que não aquele o qual foi manejado.”<sup>42</sup>

Para a constatação do desvio de finalidade não se analisa se as intenções do agente eram boas ou ruins, se agiu de boa ou má fé em desviar a destinação normal de sua competência, a constatação é realizada de forma objetiva, isto é, verifica-se se houve ou não o desvio da finalidade que deveria ser concretizada. Independentemente de ter o agente agido com dolo, há desvio de poder sempre que a atuação concreta do agente desencontrar-se da finalidade visada pela norma jurídica.<sup>43</sup>

Esses meios, utilizados de forma fraudulenta, com vícios inerentes a seu conteúdo, trazem prejuízos à sociedade, pois diante de uma lei, não há que se falar em desvio de uma maneira boa ou correta. A regra traz os caminhos a serem percorridos, mesmo quando há mais de uma forma de se perquirir o resultado, o fim colimado deve sempre ser alcançado.

A própria omissão do agente também configura forma de desvio de poder público. Hely Lopes Meirelles delineia que a omissão “resulta da inexistência de conduta, do silêncio da Administração.”<sup>44</sup> Neste contexto, no desvio de poder por omissão, o agente tem a obrigação de agir, mas não o faz. O administrador se abstém de praticar ato que deveria emitir e não atinge o fim almejado pelo ordenamento jurídico e, assim como no ato comissivo, o silêncio se instaura seja por intentar finalidade particular ou por intentar finalidade diversa da preconizada na lei.

De todo o exposto, é possível notar que o desvio de poder pode ocorrer pela violação da própria lei ou de sua ideologia, vindo a se desmembrar em dois caminhos, no primeiro, a intenção do administrador se encontra viciada para atingir objetivo particular, para benefício do mesmo ou favorecendo ou prejudicando terceiro; o agente repudia qualquer interesse público e preconiza o seu interesse. No segundo, almeja-se um interesse diverso do pretendido pela norma ainda que seja

---

<sup>42</sup> MELLO, 1993, p. 64-65.

<sup>43</sup> ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Alguns apontamentos sobre o desvio de poder**. Revista eletrônica da faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo, p. 11.

<sup>44</sup> MEIRELLES, 2011, p. 117.

interesse público ou, ainda, totalmente fora dos pressupostos legais. O agente exerce sua competência atendendo a finalidade diversa da qual seria esperada.

Independentemente do fundamento utilizado para justificar o desvio de poder, se o agente não observa o caminho de sua competência e pratica ato ilegal o órgão judicial deverá agir para reconhecer o ato que se distancia da prescrição e finalidade legal.

#### **4 CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS**

Já foi dito anteriormente que em determinados casos, o legislador consegue estabelecer o único comportamento possível para solucionar as situações fáticas. Neste cenário os atos serão vinculados e não haverá outra hipótese legal à Administração a não ser realizar o mandamento previamente disposto no ordenamento jurídico.

Contudo verifica-se acentuadamente, na prática, que em não sendo possível o legislador prever toda a variedade de possíveis acontecimentos empíricos, o agente administrador é incumbido da competência de complementar o ordenamento jurídico adequando-o a dinâmica social. Apesar desta prerrogativa, a Administração não está autorizada a editar atos da forma que melhor lhe aprouver, o serventuário, em maior ou menor grau está vinculado à legalidade não podendo desta se distanciar, sob pena de revisão de seus atos pelo Poder Judiciário de acordo com o fundamento legal do art. 5º, inciso XXXV da CF.

O controle dos atos administrativos serve como um modo de fiscalizar os atos editados pelo Poder Público a fim de, com supedâneo no princípio da legalidade, assegurar os interesses coletivos e afastar qualquer atuação que vulnere estes direitos. Nesta teia, explicita Phillip Gil França que controle dos atos administrativos “é uma atividade que a impede de agir fora dos limites do sistema institucionalizado, contrariando os valores que conformam o direito. São forças que determinam como Administração deve se portar para cumprir sua missão constitucional.”<sup>45</sup>

A interferência nos atos administrativos resulta da necessidade de constatar o cumprimento da Administração de seus deveres e analisar se sua conduta não se

---

<sup>45</sup> FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010. p. 80.

encontra eivada de vícios, com o uso arbitrário de seus poderes. No mesmo caminho Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que “a Administração Pública assujeita-se a múltiplos controles, no afã de impedir que se desgarre de seus objetivos, que desatendam às balizas legais e ofenda aos interesses públicos ou particulares.”<sup>46</sup> Para o exercício de suas funções a Administração Pública se submete ao controle de seus atos seja por sua própria revisão, pela intervenção do Legislativo ou do Judiciário.

O controle efetuado pelo Poder Legislativo é mais restrito, se comparado aos demais, já que controla os recursos financeiros colocados a disposição da Administração. Miguel Seabra Fagundes no controle do legislativo concluir que “é através da elaboração orçamentária que se exerce mais de perto sobre a Administração Pública.”<sup>47</sup>

É mediante o controle financeiro da Administração bem como pela análise objetiva da lei, que a função administrativa exercida pode também controlada, no entanto, no sistema brasileiro, prevalece o controle administrativo realizado pelo Executivo e pelo Judiciário.

No que tange ao controle efetuado pela própria Administração, as Súmulas 473 e 346, ambas do STF, preconizam que a Administração poderá anular ou declarar a nulidade dos seus atos quando houver a constatação de vícios que os tornem ilegais ou, ainda, revogá-los quando ausentes os requisitos da conveniência e da oportunidade, ressalvando-se em qualquer caso a apreciação do Judiciário. Disso, é possível auferir que a Administração possui a autotutela sobre seus próprios atos, podendo anulá-los quando necessário o controle da legalidade e legitimidade do ato para reestabelecer a ordem jurídica violada, ou revogá-los quando o ato editado não for mais aquele adequado para realizar os fins pretendidos, ou seja, pela reavaliação dos critérios da oportunidade e conveniência.

Na anulação, a Administração pode extinguir parcial ou totalmente os efeitos do ato editado quando o Poder Público se desvirtuar da lei, por erro, culpa ou dolo de seus agentes, ou da própria desvirtuação da finalidade legal. Hely Lopes Meirelles, assim também coaduna ao averiguar que é possível a anulação quando

---

<sup>46</sup> MELLO, 2011, p. 943.

<sup>47</sup> FAGUNDES, 1979, p. 104.

há além da ilegalidade, abuso, excesso ou desvio do poder e o menosprezo aos princípios do Direito e do ramo da Administração Pública.<sup>48</sup>

Será porventura declarada a nulidade dos atos editados pela Administração Pública quando o vício concretizado for de tal ordem que não seja possível a convalidação do ato em vista da severidade de seus vícios, não é permitido aqui qualquer produção de efeitos. Entretanto, no caso de ser encontrado vício mais brando que produza efeitos na ordem jurídica ou ao qual seja permitida a reavaliação, ou correção do ato, a anulação é que deverá ser decretada com a apuração, se possível, da autorização de sanar eventuais vícios.

A anulação poderá ser decretada pela própria Administração ou na sua omissão pelo Poder Judiciário quando provocado, não havendo maiores discussões acerca da matéria. Nesta linha aduz Odete Medauar que “a *anulação* consiste no desfazimento do ato administrativo, por motivo de ilegalidade, efetuada pelo próprio Poder que o editou ou determinado pelo Poder Judiciário.”<sup>49</sup>

A divergência se instaura no que atine a revogação dos atos da Administração. Em sua origem, a revogação é a capacidade, em tese exclusiva da própria Administração, de revogar as questões de mérito ponderadas quando na edição dos atos discricionários em especial. Para Hely Lopes “a revogação funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos.”<sup>50</sup>

Neste prumo entende-se que a revogação apenas pode ser aplicada em relação aos atos discricionários já que, sob esta ótica, a Administração dispõe de liberdade para praticar atos e determinar seus aspectos. Consubstanciado o ato, caso a Administração verifique que o interesse público demandado para sua edição poderia ser satisfeitos por meio de outra via, poderá ser revogado.<sup>51</sup>

No exercício desta competência a Administração, para efetivar a revogação, edita novo ato administrativo que retira do mundo jurídico os efeitos de atos precedentes que não mais se prestam a atingir as finalidades públicas almejadas. O

---

<sup>48</sup> MEIRELLES, 2011, p. 209.

<sup>49</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 175.

<sup>50</sup> MEIRELLES, op cit., p. 206.

<sup>51</sup> JUSTEN FILHO, 2013, p. 465.

ato de revogação se preordena a suprimir os efeitos do ato primário que não deve mais deflagrar efeitos pela nova valoração do interesse público.<sup>52</sup>

Tradicionalmente, a Administração é a única que pode revogar os atos administrativos, pois somente ela pode avaliar os critérios da conveniência e da oportunidade demandados para a edição do ato administrativo discricionário e se é ela quem edita este ato, apenas ela poderá revogá-lo por advir nova avaliação do interesse público que exija novo estudo sobre o mérito.

Nesta tese, não cabe ao Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre nos atos de invalidação, revogar os atos administrativos discricionários, uma vez que não lhe cabe a avaliação subjetiva do mérito. Apenas a Administração Pública esta apta a corrigir os atos contaminados pela incongruência com o mérito, o Judiciário pode avaliar apenas as questões vinculadas à legalidade e aos atos vinculados propriamente ditos, que serão extintos pela invalidação do ato.

Pondera Phillip Gil França que ao Judiciário, “cabe a verificação da consonância do ato administrativo com a respectiva disposição legal que o embasa, ou seja, é de sua competência a análise de critérios objetivos do ato administrativo.”<sup>53</sup> A intervenção do Judiciário prejudicaria a ordem da separação dos poderes, disposta Constituição Federal em seu art. 2º.

Destoando dessa posição conservadora, após a edição do Texto Constitucional de 1988 que deu primazia aos direitos e garantias fundamentais, bem como ao bem estar social, observa-se a relativização da impossibilidade do controle de mérito pelo Judiciário, ainda que de forma indireta.

Em que pese o reconhecimento de que o controle jurisdicional tenha que se ater à legalidade do ato, este possui um espaço de fiscalização muito mais amplo ao se levar em conta que a competência, a forma, o objeto, os motivos e principalmente o fins que conservam o ato administrativo discricionário, os quais são vias de verificação da legalidade que podem levar o ato a anulação caso estejam desconformes ao previsto. Caio Tácito esclarece esta perspectiva da legalidade inerente aos atos administrativos ao mencionar que a mesma não se compõe “unicamente de fatores externos relacionados com a competência, a forma ou o

---

<sup>52</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 265.

<sup>53</sup> FRANÇA, 2010, p. 113.

objeto. Ela se interioriza nos motivos e, sobretudo, nos fins prescritos à autoridade administrativa.”<sup>54</sup>

Desta sorte, não é dado ao Judiciário a possibilidade de reduzir a zero a competência discricionária, nem a possibilidade de converter a atividade de mérito realizada pela Administração Pública ao Poder, no entanto há que se colocar em prática a ideia de que no Estado Democrático de Direito o que se pretende, em última instância, é atingir o interesse público, dentro das leis e dos princípios constitucionais, bem como atingir a justiça e é em prol deste interesse que se concretiza a capacidade de uma análise mais profunda pelo Judiciário acerca dos atos editados pela Administração, em relação aos princípios informadores do Direito e da legislação como um todo. Alude a este pensamento Maria Sylvia Di Pietro ao afirmar que “não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os **motivos**, ou seja, os **fatos** que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.”<sup>55</sup>

Esta nova perspectiva se deve aos casos em que o agente público acoberta os erros de sua atuação, de forma arbitrária ou com desvios, pela fundamentação da discricionariedade. Qualquer ato editado pela Administração Pública deve se submeter ao controle jurisdicional, independentemente de ser vinculado ou discricionário. A discricionariedade, ademais, encontra limites no próprio ordenamento jurídico e no sistema constitucional como um todo, não restringida apenas à lei. Em assim sendo, nos casos em que a norma em abstrato aponte diversas soluções, todas válidas para o Direito, o agente deve perquirir a opção que se coaduna com os fins estabelecidos na Carta Magna, cabendo ao Poder Judiciário aferir os limites preconizados.<sup>56</sup>

Neste vértice, a atuação do agente público deve estar fundamentada na legalidade, a qual estabelece os contornos de atuação no intuito de atingir determinados fins. Observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, “na lei, tanto se encontra o fundamento da discricionariedade, como também se definem seus limites.”<sup>57</sup>, Os próprios componentes do ato administrativo tais como os sujeitos, a forma e a finalidade são propriamente modos de limitação já que devem estar

---

<sup>54</sup> TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 101.

<sup>55</sup> DI PIETRO, 2012, p. 811. (grifo do autor).

<sup>56</sup> VARESCHINI, 2014, p. 96-97.

<sup>57</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 76.

determinados legalmente. Mas não só, também está a Administração submissa aos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. Disso, fica evidente que a finalidade normativa e o princípio da legalidade auxiliam na delimitação da administração a qual deve estar predisposta a efetivar interesses coletivos.

Outrossim, os conceitos jurídicos indeterminados, os quais, também são formas de coibir a atuação discricionária quando, na realização da interpretação legal é afastada qualquer dúvida ou penumbra acerca da escolha a ser tomada. A discricionariedade somente é permitida em relação aos casos de dúvida e indeterminação da solução mais justa para ser aplicada. Explicita Celso Antônio Bandeira de Mello que a interpretação “recolhe a *significação possível* em função do texto, do contexto e da ordenação normativa como um todo, aprofundando-se até o ponto em que pode extrair razoavelmente da lei um comando certo e inteligível.”<sup>58</sup>

Os fatos, também são considerados formas de limitação do ato administrativo discricionário, já que configuram como meio de prova para comprovar qualquer desvio ou disparidade com a lei. Segundo José Cretella Júnior, os fatos são meios de conexão com a conduta praticada pelo administrador e, mediante, este comparativo entre os fatos e o atingido e aquele que deveria se perseguir, que será avaliada a legalidade do ato.<sup>59</sup> Os fatos devem ser auferidos objetivamente pela Administração, não há neste aspecto discricionariedade.

Da confluência destas idéias conclui-se que o Poder Judiciário tem o papel fundamental de observar os limites traçados e controlar a Administração Pública para que se mantenha nos devidos trilhos, podendo declarar a nulidade e anulabilidade de atos que não estejam nos contornos legais estabelecidos para atingir fins públicos, e que não tenham sido nulificados pela própria Administração. O que deve prevalecer, pois, é o respeito ao sistema constitucional com a ampla possibilidade de controle da atividade pública, pela revisão de qualquer ato que ameace ou lesione direitos.<sup>60</sup>

O próprio art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, preconiza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, portanto, ocorrendo violação a princípios constitucionais ou a própria lei, o Judiciário

---

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 965.

<sup>59</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **O “desvio de poder” na administração pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 87.

<sup>60</sup> FRANÇA, 2010, p. 166.

há que se manifestar, no intuito de promover a segurança jurídica contra abusos de poder por conta da Administração Pública. Vislumbra Phillip Gil França a importância da inafastabilidade do Judiciário, pois, ainda que haja dificuldade para promover a revisão da “mecânica estatal administrativa”, sua atuação na aplicação do direito permite resguardar a segurança jurídica que devem conter os atos editados e para a própria garantia de proteção ao cidadão.<sup>61</sup>

Entendidos estes preceitos não se pretende exterminar a discricionariedade administrativa, mas sim, limitá-la adequadamente de forma a regular as arbitrariedades que ocorrem com frequência na realidade, visto que ainda que a competência discricionária só exista quando derogada pela lei, o administrador nem sempre observa esta prerrogativa e nem sempre atua nos limites que lhes são impostos. Nestes casos cabe a intervenção do Judiciário, não havendo a violação da separação dos poderes, bem como não se busca, desta forma, a promoção de excesso de poderes a este ente. O intuito primordial concedido ao Poder Judiciário é verificar a conformidade da conduta realizada com a lei através da motivação dos atos editados e efetivar a ideia de freios e contrapesos impressa na Constituição, em que um ente fiscalizaria os atos ilegais dos demais para manter uma boa administração.

## **5 CONCLUSÃO**

A partir do panorama de que no Estado Democrático de Direito devem ser privilegiados os interesses públicos, visto que o povo é quem detém titularidade do Poder Constituinte Originário, os atos administrativos devem estar estritamente conformes aos dispositivos legais, agindo a Administração de forma vinculada, isto é, o agente se obriga a realizar aquilo que está expresso na lei, não remanescendo qualquer margem de liberdade a autoridade competente. A lei, nesta modalidade, prevê totalmente as condições e requisitos que deverão estar presentes para a edição do ato. Contudo, o ponto controvertido surge frente aos casos em que o legislador não consegue amplamente tutelar as condutas a serem praticadas pelo

---

<sup>61</sup> Ibid., p. 170.

agente, seja por sua própria deliberação ou pela imprevisibilidade de prever as variações de entendimento e conceitos que são aprimorados ao longo dos tempos.

Diante deste cenário se perfaz a discricionariedade que, em suma, é exposta como uma competência legalmente outorgada ao agente público para, de modo subjetivo e valorativo, escolher dentre todas as soluções possíveis e válidas àquela que atenda da melhor forma possível a finalidade pública, em consonância com a lei, os princípios explícitos e implícitos e o mérito administrativo.

A discricionariedade é constituída por poderes que servem de instrumento para atingir um dever maior, qual seja, a satisfação dos interesses públicos. Logo, a discricção é antes um dever do que um poder e para esta realização além da legalidade, a autoridade administrativa deve corretamente apreciar a conveniência e a oportunidade dos atos a serem editados, o que resume ser a discricionariedade divergente a ideia de liberdade.

De toda sorte, porém, se o agente público se distanciar dos limites legalmente previstos quais sejam os da própria lei e princípios; os fatos predispostos que não podem ser alterados; os conceitos jurídicos indeterminados que através da correta interpretação pode afastar dúvidas no que tange a conduta a ser praticada e, por conseguinte, a própria discricionariedade; por fim, os próprios atributos do ato administrativo, tais como a competência, a forma e a finalidade que, se previstas vinculam a conduta do administrador ao seu cumprimento, sua conduta poderá ser **REVISADA anulada.**

Ademais, quando o agente destoar dos interesses públicos para promover interesses particulares ou realizar interesse público com competência diversa, incorre em desvio de poder, ou desvio de finalidade, também incluindo a possibilidade de desvio por omissão, no caso em que o agente deveria atuar e não o fez. Constatada qualquer ilegalidade no ato editado, seja por arbitrariedades cometidas, desvio de poder ou por transbordar os limites da discricionariedade, os atos administrativos deverão ser invalidados pela anulação ou declaração de nulidade ou, ainda, ser revogados quando retratar questões de mérito. O controle pode, então, ser efetuado pela própria Administração, que revisará seus atos por questões de legalidade ou por conveniência e oportunidade e, quando da sua inércia, o Poder Judiciário também pode tutelar os interesses sociais tanto nas questões de legalidade quanto, indiretamente influir no mérito administrativo, já que

atualmente gradativamente vem se ampliando a teoria de que a legalidade não se atém somente a questões formais, adentra-se muito mais a resguardar os princípios e finalidades públicas que podem permitir a fiscalização e o controle.

Por conseguinte, não deve ser tolhida a discricionariedade nem destituída a Administração como o órgão competente de avaliar e rever o mérito administrativo, todavia não há que se negar que com base na teoria dos freios e contrapesos, e pela demanda social de segurança jurídica e resguardo dos princípios constitucionais, o Poder Judiciário também deve estar autorizado a amplamente verificar os atos administrativos, visto que o próprio art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 garante esta perspectiva.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 2. ed, São Paulo: Saraiva, 2005.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

\_\_\_\_\_. **O “desvio de poder” na administração pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008..

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público**: Gestão pública, controle jurisdicional e consequencialismo administrativo. São Paulo: Revista dos tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **O controle da administração pública**: tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Controle dos atos Administrativos** e os princípios fundamentais. 4. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno**. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed., São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 965.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2012.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros editores, 1993.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

\_\_\_\_\_. **Ato administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PIRES, Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

REIS, Luciano Elias. **Convenio Administrativo: Instrumento jurídico eficiente para o fomento e desenvolvimento do Estado**. Curitiba: Juruá, 2013.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Discricionariedade Administrativa: uma releitura a partir da constitucionalização do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Alguns apontamentos sobre o desvio de poder**. Revista eletrônica da faculdade de Direito da PUC-SP, São Paulo.