Nº 37 – Janeiro/Fevereiro/Março de 2014 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

LIMITES DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AINDA É POSSÍVEL FALAR EM DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA?

Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Professora Titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP

1. Justificativa do tema

Em tese sobre a discricionariedade administrativa, definimos discricionariedade administrativa como "a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito".[1]

Normalmente se diz que os atos praticados no exercício de competência discricionária apresentam dois aspectos: legalidade e mérito. E também se afirma tradicionalmente, no direito brasileiro, que o mérito diz respeito essencialmente ao binômio "*oportunidade* e *conveniência*".

São conceitos assentes por muito tempo. O respeito ao mérito, ao aspecto político do ato, era visto como essencial ao próprio princípio da separação de poderes.

Diante disso, qual a razão para o título proposto?

Justifica-se o questionamento porque a discricionariedade foi sendo reduzida e, paralelamente, foi sendo ampliado o controle externo, com redução da liberdade da Administração Pública decidir no caso concreto qual a melhor solução a adotar, segundo critérios de mérito. Segundo alguns, não mais é possível falar em mérito como limite ao controle pelo Poder Judiciário.

2. A ideia de controle no Estado de Direito

O Estado de Direito estruturou-se na segunda etapa do Estado Moderno, em substituição ao chamado Estado de Polícia, próprio das monarquias absolutas. A diferença básica entre ambos está precisamente no fato de que, no Estado de Polícia, a atividade administrativa, concentrada em mãos do monarca e seus

[1] In *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

subordinados, não era submetida à observância da lei e ao controle judicial, enquanto no Estado de Direito essa submissão ocorre.

Pode-se afirmar que o Estado de Direito nasceu embasado nos princípios da *legalidade*, *igualdade* e *separação de poderes*, todos objetivando assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

A grande preocupação do Estado de Direito, em seu período inicial, era efetivamente a de proteger a liberdade do cidadão. Como consequência, ao Estado foi atribuída a missão apenas de proteger a propriedade e a liberdade dos indivíduos. A posição do Estado era fundamentalmente negativa, pois ele não devia ofender os direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo, nem intervir na ordem econômica ou social.

Nas palavras de Manoel Gonçalves Ferreira Filho,[2] "este Estado, em sua forma típica e original, caracteriza-se, primeiro, pelo reconhecimento de que o Poder é limitado por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar. Tal Direito, natural porque inerente à natureza do homem, constitui a fronteira que sua atuação legítima não pode ultrapassar. Visto do ângulo dos sujeitos (passivos) do Poder, esse Direito é um feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene, e recobrem o campo da autonomia da conduta individual".

Com a mesma preocupação de respeitar a liberdade do cidadão, o Estado de Direito incorporou a doutrina da separação de poderes. Montesquieu, em *L'Esprit des Lois*, ao afirmar a existência de três funções distintas, acrescenta que "tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos príncipes, ou dos nobres ou do povo, exercesse esses três poderes". Essa ideia aparece muito clara na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, quando expressa, no item XVI, que "toda sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem Constituição".

O Poder Legislativo elabora a lei, que resulta da vontade geral do povo; o Poder Executivo, no exercício de sua função, submete-se à lei e, em caso de sua inobservância, sujeita-se ao controle pelo Poder Judiciário.

Com isso, já é possível deduzir que a ideia de Estado de Direito, desde suas origens, é inseparável da ideia de controle. Há Estado de Direito, não só quando a Administração Pública se submete à lei, mas também quando haja instituições hábeis para garantir essa sujeição à lei. Há que se lembrar que a Administração Pública se submete a um regime jurídico de direito público, caracterizado por dois aspectos opostos e conflitantes: de um lado, as prerrogativas de poder público, que lhe asseguram supremacia sobre o particular, nos limites postos pelo ordenamento jurídico; de outro lado, os direitos dos cidadãos, que têm que ser protegidos contra as ilegalidades, as arbitrariedades, os desmandos da Administração.

É por meio dos vários sistemas de controle da Administração Pública que se torna possível a sua submissão à lei, com respeito aos direitos individuais e coletivos. A finalidade do controle é a de garantir que a Administração atue em

[2] *Estado de Direito e Constituição.* São Paulo: Saraiva, 1988, p. 4.

consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, interesse público, publicidade, motivação, impessoalidade, economicidade, razoabilidade, segurança jurídica, atualmente com fundamento na própria Constituição, seja porque previstos expressamente, seja porque implícitos na própria concepção de Estado de Direito.

Daí a instituição de vários tipos de controle. Basicamente, pode-se dizer que a Administração Pública, no Brasil de hoje, sujeita-se ao *controle externo*, exercido pelos Poderes Judiciário e Legislativo, este último com auxílio do Tribunal de Contas, quando se trata de fiscalização financeira, contábil e orçamentária; e ao *controle interno*, exercido pela própria Administração Pública. Além disso, no sistema atual, atribui-se ao Ministério Público importantíssima função de controle da Administração Pública, não só pela sua competência para atuação na esfera criminal, mas também pela atribuição de proteger o patrimônio público e social, o meio ambiente e outros interesses difusos e coletivos (art. 129, III, da Constituição Federal), isto sem falar no seu relevante papel de controle da improbidade administrativa.

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado dele participa na medida em que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus direitos individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade, quer na esfera administrativa, quer na esfera judicial. Trata-se do chamado controle popular, inerente à ideia de democracia participativa, incrementada com a Constituição de 1988, a partir da adoção do modelo do Estado de Direito Democrático, já a partir do preâmbulo e do artigo 1º.

3. Evolução do controle

A exigência de controle, especialmente pelo Poder Judiciário, embora inseparável da ideia de Estado de Direito (pois *legalidade* e *controle* são como o verso e o reverso da mesma moeda), passou por significativa evolução sempre no sentido de aumentar as modalidades e a própria complexidade do controle.

É evidente que os meios de controle idealizados para um Estado mínimo, que caracterizou a primeira fase do Estado de Direito (em que imperavam os ideais do liberalismo), tornaram-se inadequados ou insuficientes a partir do momento em que se instalou o chamado Estado Social, que atua nos mais variados setores da ordem jurídica, econômica e social. O indivíduo, que antes não queria a atuação do Estado, passa a exigi-la. As relações entre Administração e administrado, que eram pouco frequentes no período do Estado de Direito liberal, multiplicam-se e tornam-se muito mais complexas. A sociedade quer subvenção, financiamento, escola, saúde, moradia, transporte; quer proteção do meio ambiente, do consumidor, do patrimônio histórico e artístico nacional e dos mais variados tipos de interesses difusos e coletivos.

Essa evolução não poderia deixar de refletir sobre o tema do controle. Aquelas modalidades idealizadas para um Estado mínimo tornaram-se inadequadas para um Estado que atua nos mais variados setores da sociedade.

A situação não é específica do Brasil. Charles Debbasch, que coordenou a publicação da obra *"Administration et Administrés em Europe",*[3] apresenta uma introdução em que mostra as tendências, à época em que a escreveu (1984),do controle da Administração Pública:

a) Uma primeira, que consiste em passar de *meios de controle individuais* para *formas de ação coletiva sobre a Administração Pública,* mediante atuação de associações, partidos políticos, sindicatos, imprensa; especificamente no que diz respeito ao Poder Judiciário, a atuação coletiva substitui progressivamente a ação individual, tal como concebida no século XIX; no Brasil o direito de ação tende a se coletivizar, com a vantagem de obtenção de resultados uniformes para toda a coletividade que se encontra em igualdade de condições, favorecendo a observância do princípio da isonomia, além de desatravancar a Justiça do excesso de ações individualmente propostas, com idênticos objetivos e com o risco de resultados diversos.

b) Uma segunda evolução se traduz pela passagem dos métodos de *controle formais* para métodos de *controle mais informais*, com a criação de institutos como o Ombudsman dos países escandinavos, recebido, em outros países, inclusive no direito brasileiro, com a denominação de ouvidor geral, auditor geral ou defensor público.

c) A terceira tendência consiste em passar de uma *ação exterior à Administração* (pelo Legislativo ou Judiciário) para um *controle interno à Administração*, mediante a instituição de procedimentos variados que visam a agir sobre a Administração para proteger o administrado; daí a previsão de variadas formas de participação do cidadão, direito à informação, comunicação de documentos administrativos, exigência de motivação e outros instrumentos que facilitam a proteção dos interesses dos administrados, sem necessidade de ir a juízo.

A essas três tendências apontadas pelo autor pode-se acrescentar mais uma: a de passar de um exame da *legalidade externa* do ato da Administração para o exame de uma *legalidade interna*. Isto porque, sob influência do positivismo jurídico, houve época em que não havia preocupação quanto ao conteúdo material da lei; obedecia-se à lei porque ela continha uma ordem; o Judiciário limitava-se a examinar se o ato da Administração era legal sob os aspectos da competência, forma e objeto. Com a passagem do Estado Social de Direito para o chamado Estado Democrático de Direito, consagrado na Constituição de 1988, passou a haver grande preocupação com princípios e valores contidos de forma expressa ou implícita na Constituição. Passou a haver preocupação com a lei em sentido material, com o seu conteúdo de justiça. Daí o controle passar a ser feito, não apenas em confronto com a lei, mas também diante da moralidade, economicidade, legitimidade, razoabilidade, adequação dos fatos à norma, qualificação jurídica dos fatos. Como grande parte dos princípios tem fundamento na própria Constituição, passou-se a falar em constitucionalização do direito administrativo. Melhor se diria constitucionalização dos princípios do direito administrativo.

[3] Paris: Centre National de La Recherche Scientifique, 1984.

A consequência é que, atualmente, falar em princípio da legalidade não significa mais falar em submissão à lei, em sentido formal, mas em submissão ao Direito. Algumas Constituições, como a alemã e a espanhola, contêm norma expressa exigindo da Administração submissão à *lei* e ao *direito*.

O exame da Constituição de 1988 revela que todas as tendências apontadas com relação ao controle estão presentes no direito brasileiro:

a) No título dos direitos e garantias fundamentais incluem-se não só os direitos individuais, como também os direitos coletivos.

b) No mesmo título, amplia-se a atuação coletiva de associações, entidades de classe, partidos políticos, sindicatos, dando-lhes legitimidade para agir (inclusive judicialmente) na defesa de interesses coletivos e difusos.

c) Acrescentam-se instrumentos que permitem maior controle do cidadão sobre a Administração Pública, como a previsão do direito à informação (art. 5º, XXXIII); do direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, §2º); do direito de participar da gestão da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII); busca-se a transparência da Administração, com a exigência de motivação dos atos administrativos, amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência; isto para mencionar apenas alguns instrumentos de participação popular no controle da Administração.

d) Imprime-se à lei um conteúdo material, com a previsão de princípios e valores, como os da segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, justiça (preâmbulo), da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º); da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º); da moralidade (arts. 5º, 37, *caput*, 85, inciso V); da economicidade (art. 70); com isso, passou-se a entender que uma lei ou ato administrativo são eivados de inconstitucionalidade, não só quando ferem comandos contidos em dispositivos constitucionais, como também quando ofendem princípios e valores contidos, expressa ou implicitamente no texto constitucional;

e) Embora sem criar figura como a do Ombudsman, aproxima-se o administrado da Administração ao dar atribuições de recebimento de denúncias, queixas, representações, ao Tribunal de Contas (art. 74, § 2º) e às Comissões Parlamentares (art. 58, IV) e, principalmente, ao conferir ao Ministério Público as atribuições previstas nos artigos 127 e 129. Para muitos, o Ministério Público assumiu o papel de Ombudsman com poderes até mais amplos, de que este não dispõe, já que pode tomar iniciativas para realização do inquérito civil e propositura de ações judiciais na defesa de interesses difusos e coletivos.

Em 2007, o então Ministro do Planejamento designou Comissão de Juristas para elaborar anteprojeto de Lei Orgânica da Administração Pública Federal[4]. Em 2009, a Comissão apresentou o anteprojeto de "normas gerais sobre a Administração Pública direta e indireta, as entidades paraestatais e as de colaboração".[5] Nesse anteprojeto, dedicou todo um capítulo ao tema do planejamento, articulação e controle das entidades estatais. Quanto ao controle, ficou expresso na Exposição de Motivos preparada pela Comissão que "a partir do diagnóstico de que os mecanismos de controle existentes atualmente são marcadamente formais e custosos (ineficientes e ineficazes), tornou-se um grande desafio contemporâneo estruturar um sistema de controle capaz de, a um só tempo, ser eficiente, sem, no entanto, engessar a Administração ou inviabilizar o controle, tornando-o demasiadamente custoso e ineficaz". Acrescenta a Exposição de Motivos que, "tendo em vista e levando em conta o forte processo de mudança que o controle tem sofrido no direito comparado (em especial na União Europeia), as *diretrizes gerais* do controle, adotadas no anteprojeto, foram ditadas pela supressão de controles meramente formais ou cujo custo seja evidentemente superior ao risco (diretriz já constante do Decreto-lei 200/67), pelo fortalecimento do controle *a posteriori* (ao invés da vertente *ex ante* que predomina atualmente); pelo predomínio da verificação de resultados (ao invés do controle formal hoje prevalecente); pela simplificação dos procedimentos, erradicação de sobreposição de competências e instrumentos de controle (a fim de que a multiplicidade de mecanismos de controle não acarrete a sobreposição e, com ela, a ineficiência); pela obrigatoriedade dos órgãos ou entes de controle verificarem a existência de alternativas compatíveis com as finalidades de interesse público dos atos ou procedimentos que sejam por eles impugnados e pela responsabilização pessoal do agente que atuar com incúria, negligência ou improbidade (a responsabilização do próprio gestor)".

Se aprovado o anteprojeto, certamente haverá novos instrumentos de controle sobre a discricionariedade administrativa, especialmente pela possibilidade de controle de resultados e a verificação de alternativas mais compatíveis com as finalidades de interesse público.

4. Evolução da discricionariedade administrativa

Como visto, a discricionariedade envolve, para a Administração Pública, a possibilidade de opção entre duas ou mais alternativas, dentro dos limites estabelecidos em *lei*. Como o conceito de lei (e de legalidade) foi se ampliando com a evolução do Estado de Direito, a consequência inevitável foi a redução do âmbito da discricionariedade administração, acompanhada da ampliação do controle judicial. A paulatina ampliação do primeiro foi seguida da redução da segunda.

Vários fatores foram contribuindo para essa redução.

Pode-se mencionar, de um lado, a contribuição da jurisdição administrativa francesa, com a elaboração das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes. A primeira possibilitou ao Poder Judiciário o exame da *finalidade* objetivada pela Administração Pública com a prática do ato administrativo, para verificar se a autoridade que o praticou não usou de sua competência legal para atingir fins diversos dos que decorrem da lei. Com isso, introduziu-se um primeiro

[4] Comissão constituída por sete professores de direito administrativo: Almiro do Couto e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Floriano de Azevedo Marques Neto, Maria Coeli Simões Pires, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Paulo Eduardo Garrido Modesto e Sérgio de Andréa Ferreira.

[5] Esse projeto foi objeto de análise pelos seus autores, publicados em obra coletiva organizada por Paulo Modesto: *Nova organização administrativa brasileira*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

aspecto de moralidade no âmbito do direito administrativo, com a consequente redução da discricionariedade. O Judiciário, que se limitava ao exame da *competência*, da *forma* e do *objeto,* passou a apreciar a *finalidade*, que deixou de ser elemento meramente moral, livre de apreciação judicial, e passou a ser elemento de legalidade.

A *teoria dos motivos determinantes* também limitou a discricionariedade administrativa, na medida em que permitiu ao Judiciário examinar a legalidade dos *motivos* (pressupostos de fato e de direito) que levaram a Administração a praticar o ato. E esse exame dos motivos foi se dando no sentido de uma ampliação: de início, fazia-se apenas uma *constatação dos fatos*, para saber se existiram ou não; em um segundo momento, passou-se a examinar a *qualificação jurídica dos fatos* feita pela Administração, para verificar se os fatos ocorridos são de natureza a justificar a decisão, permitindo-se ao Judiciário entrar no exame das noções imprecisas ou "*conceitos jurídicos indeterminados*"; em uma terceira fase, passou-se a examinar a *adequação da decisão aos fatos*, pela aplicação dos princípios da *proporcionalidade dos meios aos fins*.[6]

Veja-se que essas duas teorias introduziram mais dois elementos no ato administrativo, além do *sujeito*, *objeto* e *forma*, que sempre caracterizaram os atos jurídicos na teoria geral do direito: o *motivo* e a *finalidade*.

No direito brasileiro, as duas teorias tiveram ampla aceitação.

O direito brasileiro também incorporou o conceito de mérito, desenvolvido principalmente por autores italianos, como limite à apreciação judicial dos atos administrativos. É provável que o autor que primeiro analisou o tema tenha sido Seabra Fagundes, em trabalho sobre o "*conceito de mérito administrativo*",[7] relacionando-o com a discricionariedade e afastando a possibilidade de seu exame pelo Judiciário. Segundo o jurista, "*o mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo*". Em nota a essa afirmação, o autor acrescenta que "*pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade de opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato – que poderá inspirar-se em diferentes razões de sorte a ter lugar num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com este ou aquele objetivo – constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários. Onde se trate de competência vinculada, sendo a atividade do administrador adstrita a um motivo único, predeterminado, cuja ocorrência material lhe cabe tão-somente constatar, e devendo ter o procedimento administrativo por objeto uma certa e determinada medida expressamente prevista pela lei, não há cogitar do mérito como um dos fatores integrantes do ato administrativo. Este se apresenta simplificado pela*

[6] Sobre o assunto, v. Vedel e Delvolvé, *Droit administratif, Droit administratif*, Paris: Presses Universitaires, 1984:97.
[7] FAGUNDES, Seabra. *O conceito de mérito administrativo.* In *Revista de Direito Administrativo* - RDA 23/1-16.

ausência de tal fator. 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 (manifestação de vontade, motivo, objeto, finalidade e forma). Surge em conexão com o motivo e o objeto. Relaciona-se com eles. É um aspecto que lhes diz respeito. É uma maneira de considerá-los na prática do ato. É, em suma, o conteúdo discricionário deste".

O conceito foi adotado pela doutrina administrativa, passando a corresponder, resumidamente, ao binômio *oportunidade/conveniência*, ainda que o mérito possa abranger inúmeros outros aspectos, como razoabilidade, equidade e tantos outros apontados por Seabra Fagundes. Outros aspectos apontados pelo jurista e amplamente aceitos pela doutrina e jurisprudência, durante longos anos, diz respeito à existência do mérito apenas nos atos discricionários e ao fato de estar presente nos elementos *objeto* e *motivo* dos atos administrativo.

Assim é que prevaleceu durante décadas, sob influência principalmente do direito italiano, o entendimento de que o mérito, correspondendo aos aspectos discricionários do ato, ficaria excluído da apreciação judicial, chegando-se a afirmar que o exame do mérito pelo Poder Judiciário caracterizaria violação do princípio da separação de poderes.

Tais ideias não se congelaram no tempo. Elas foram aos poucos evoluindo como consequência da já referida ampliação do sentido do princípio da legalidade.

Com efeito, a partir principalmente da década de noventa, o direito administrativo brasileiro passou a sofrer influência do direito alemão, espanhol e português (fundamentalmente) no que diz respeito à aplicação da teoria dos *conceitos jurídicos indeterminados*. O emprego, nas normas legais, de termos com sentido indeterminado (como urgência, interesse público, moralidade, utilidade pública, perigo iminente, notório saber e tantos outros), que inicialmente era entendido como outorga de discricionariedade à Administração Pública, passou a ser visto de outra forma: tratando-se de *conceitos jurídicos* (já que empregados pelo legislador), eles são passíveis de *interpretação* e, portanto, abertos à apreciação pelo Poder Judiciário, como intérprete da lei em última instância. Daí a conhecida frase: a discricionariedade administrativa começa quando termina o trabalho de interpretação. Por outras palavras, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados não pode, por si, servir de limite à apreciação pelo Poder Judiciário: a este cabe, primeiro, interpretar o conceito contido na norma, diante dos fatos concretos a ele submetidos. Se, pelo trabalho de interpretação, puder chegar a uma solução única que possa ser considerada válida, o juiz poderá invalidar a decisão administrativa que a contrarie.[8]

Aliás, a presença de conceitos jurídicos indeterminados nas normas legais não constitui característica exclusiva do direito administrativo. Tais conceitos existem em todos os ramos do direito sem que se negue ao juiz o poder (e o dever) de interpretá-los, até porque o juiz não pode deixar de dizer o direito no caso concreto,

[8] Sobre conceitos jurídicos indeterminados, mérito e distinção entre discricionariedade e interpretação, tratamos, de forma mais aprofundada, na mencionada obra *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2001, p. 97-132.

pela dificuldade de aplicação de noções imprecisas contidas na lei. No direito administrativo, o tema provocou grande controvérsia, exatamente pela identificação entre conceito jurídico indeterminado e discricionariedade administrativa. Hoje, é amplamente reconhecido o poder de *interpretação* de tais conceitos pelo Judiciário.

Contudo, não vamos ao ponto de defender que em nenhuma hipótese o emprego de termos indeterminados na norma envolve certa margem de apreciação para a Administração escolher a solução mais adequada. Especialmente os chamados *conceitos de valor* podem garantir à Administração a possibilidade de escolher a melhor solução diante de cada caso concreto. Se assim não fosse, estaríamos admitindo a possibilidade de o Judiciário substituir a Administração Pública, tomando decisões que o legislador outorgou a ela. Mas não há dúvida de que, em determinadas situações, os elementos de fato permitem, sem sombra de dúvida, a conclusão de que a Administração Pública não tinha senão uma opção. Por exemplo, os elementos de fato podem demonstrar que uma pessoa tem ou não tem notório saber jurídico; se uma pessoa tem mais merecimento do que outra para fins de promoção; se determinada medida é ou não urgente; se a alteração ou rescisão de um contrato atende ou não ao interesse público. Nesses casos, não há dúvida de que pode o Poder Judiciário corrigir a decisão administrativa tomada em descompasso com os fatos.

Alguns autores são mais rigorosos e entendem que tais conceitos não envolvem qualquer margem de discricionariedade; outros defendem que a interpretação do conceito, aliada ao exame da matéria de fato em cada caso concreto, pode afastar ou não a discricionariedade. Esta é a posição que adotamos.

O fato é que, em decorrência do exame, pelo Poder Judiciário, dos conceitos jurídicos indeterminados, reduziu-se consideravelmente o conteúdo do chamado *mérito* do ato administrativo. Não é possível dizer, como querem alguns, que o mérito deixou de existir, sob pena de transformar-se a Administração Pública em mero robô de aplicação da lei. Não há dúvida de que, em inúmeras hipóteses, a própria lei continua a deixar certa margem de liberdade decisória para a autoridade administrativa. Vários exemplos de mérito podem ser mencionados: a revogação de ato discricionário e precário, como a autorização e a permissão de uso de bem público; a exoneração *ex officio* de servidor ocupante de cargo em comissão; a dispensa, sem justa causa, de servidor celetista; a alteração e a rescisão unilaterais de contratos administrativos; o deferimento ou indeferimento de determinados tipos de afastamento dos servidores públicos; a revogação do procedimento licitatório; a decisão sobre a execução direta ou indireta de serviços e obras; a revogação de licença para construir, por motivo de interesse público; e tantas outras hipóteses que podem ser facilmente extraídas do direito positivo.

Em todos esses exemplos, a Administração Pública tem certa margem de liberdade para escolher a melhor solução a ser adotada no caso concreto. Isto não significa que a sua escolha seja inteiramente livre. Ela está limitada pelo princípio da legalidade (considerado em seus sentidos amplo e restrito) e pela exigência de razoabilidade e motivação. Por maior que seja a margem de discricionariedade, como, por exemplo, na exoneração de servidor ocupante de cargo em comissão ou na dispensa, sem justa causa, de servidor celetista, existe a exigência de motivação. A motivação não pode limitar-se a indicar a norma legal em que se fundamenta o

ato. É necessário que na motivação se contenham os elementos indispensáveis para controle da legalidade do ato, inclusive no que diz respeito aos limites da discricionariedade. É pela motivação que se verifica se o ato está ou não em consonância com a lei e com os princípios a que se submete a Administração Pública. Verificada essa conformidade, a escolha feita pela Administração insere-se no campo do mérito.

O que não pode mais o Judiciário fazer é alegar, *a priori*, que o termo indeterminado utilizado na lei envolve matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. A existência de diferentes opções válidas perante o direito afasta a possibilidade de correção do ato administrativo que tenha adotado uma delas.

O fato é que houve mais essa redução da discricionariedade administrativa, pelo reconhecimento de que o Poder Judiciário pode interpretar os chamados conceitos jurídicos indeterminados. Diante disso, fácil é concluir-se o quanto a inserção, no conceito de legalidade, de *princípios e valores* (expressos por termos indeterminados) contribuiu para reduzir a discricionariedade administrativa.

E ainda outro fator que contribuiu para essa redução: a superação da ideia de que o capítulo da ordem social da Constituição é constituído apenas por normas programáticas, dependentes, para sua aplicação, de medidas legislativas e administrativas. Os direitos sociais foram inseridos no Título dos direitos e garantias fundamentais. Dentre eles, o artigo 6º inclui a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. Em consequência, o dever do Estado de garantir tais direitos não pode ficar indefinidamente dependendo de leis e providências administrativas. Daí o entendimento de que as normas constitucionais que garantem esses direitos têm que ter um mínimo de eficácia decorrente diretamente da Constituição. Esse é outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: a concretização dos direitos sociais deixou de depender inteiramente do direito administrativo (leis e atos administrativos), podendo ser garantida por decisões judiciais tomadas em casos concretos.

Como consequência, cresceram as ações judiciais em que cidadãos pleiteiam proteção à saúde (remédios, exames médicos, tratamentos), à educação, à infância. E o Judiciário vem manifestando a indisfarçável tendência de decidir pela procedência de tais ações, especialmente na área da saúde. Os ônus financeiros impostos por essas decisões tomadas em casos individuais (e não em ações coletivas, como seria ideal) são de tal ordem que se pode afirmar que o Judiciário vem, indiretamente, interferindo com políticas públicas adotadas pelos Governos federal, estaduais e municipais.

Em resumo, estamos muito longe da discricionariedade entendida como poder político, própria do Estado de Polícia e herdada, parcialmente, no primeiro período do Estado de Direito. A discricionariedade, vista como poder jurídico (porque limitada pela lei) foi sofrendo reduções por vários fatores: pela inclusão dos atos normativos do Poder Executivo no conceito de legalidade; pela elaboração pretoriana da teoria

do desvio de poder e da teoria dos motivos determinantes; pela chamada constitucionalização do direito administrativo, entendida no sentido da inclusão de princípios e valores no conceito de legalidade, em sentido amplo; pela interferência do Poder Judiciário nas políticas públicas, como decorrência de outro aspecto da constitucionalização do direito administrativo: o reconhecimento de um mínimo de efetividade às normas constitucionais que garantem os direitos sociais, como essenciais à dignidade da pessoa humana.

A consequência dessa redução da discricionariedade administrativa foi a ampliação do controle externo sobre os atos da Administração Pública. Especialmente o Poder Judiciário passou a examinar aspectos que antes eram vistos como integrantes do *mérito*.

5. Alguns paradoxos

Não obstante tenham se ampliado os limites à discricionariedade administrativa, houve, sob certos aspectos, uma tentativa de ampliá-la.

Em primeiro lugar, pela proposta, na década de noventa, de substituição da Administração Pública Burocrática pela chamada Administração Pública Gerencial. Esta exige maior autonomia dos dirigentes de órgãos e entidades que integram a administração pública direta e indireta. A ideia é ampliar a discricionariedade na tomada de decisões e, paralelamente, substituir os controles formais pelo controle de resultado. Para esse fim, foi idealizado o contrato de gestão, que encontra fundamento no artigo 37, § 8º, da Constituição (introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98). Por meio desse contrato, cujo objeto seria a fixação de metas de desempenho, a ideia seria a de aumentar a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta. Fixadas as metas e outorgada maior autonomia para os dirigentes dos órgãos e entidades que celebrassem o contrato, a sua execução seria objeto de controle de resultados. Seria uma forma de contratualização do controle que implicaria: fixação de metas, ampliação da autonomia (discricionariedade) e controle de resultados.

Essa norma constitucional não foi ainda disciplinada, razão pela qual os poucos contratos de gestão que têm sido firmados não encontram fundamento para outorga de maior autonomia aos responsáveis pela sua execução.

No já referido anteprojeto de lei orgânica da Administração Pública Federal e dos entes de colaboração, apresentado em 2009, por comissão de juristas designada pelo então Ministro do Planejamento, foi dedicado um capítulo ao tema do *contrato de autonomia*, denominação considerada mais adequada do que contrato de gestão. No anteprojeto houve a preocupação em ampliar as flexibilidades e autonomias especiais gerenciais, orçamentárias e financeiras possíveis de serem outorgadas aos entes supervisionados por meio do contrato, que tem fundamento constitucional. A aprovação do anteprojeto, se ocorrer, tornará possível a melhor aplicação desse tipo de contrato. Por enquanto, a tão almejada autonomia não tem tido grande aplicação.

Outra tentativa de ampliação da discricionariedade ocorreu com o movimento de agencificação ocorrido no Brasil também a partir da década de noventa. Com a outorga de função normativa às agências, houve o que se pode chamar de administrativização da lei, com a abertura de maior espaço para que sejam

preenchidas as lacunas da lei por atos normativos da Administração Pública, a partir de noções-quadro, diretrizes, conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei.

Daí outra ampliação da *discricionariedade administrativa*, com a tentativa de fazer ressuscitar o instituto da discricionariedade técnica, também chamada de *imprópria*, exatamente por não envolver escolha de diferentes opções postas pelo legislador. Na discricionariedade técnica, a lei usa conceitos técnicos, cuja interpretação cabe a órgãos especializados. A discricionariedade pode existir abstratamente na lei, mas desaparece no momento de sua aplicação nos casos concretos, com base em manifestação de órgãos técnico.

6. Conclusão

Respondendo ao questionamento inserido no título do trabalho, pode-se afirmar que, apesar de toda a evolução pela qual passou o tema do controle externo dos atos da Administração Pública, ainda é possível falar em discricionariedade administrativa, ainda que esta tenha sido paulatinamente reduzida desde que foi concebida na primeira fase do Estado de Direito.

Houve considerável ampliação do princípio da legalidade, acompanhada da redução da discricionariedade administrativa e do próprio conceito de mérito. Essa redução foi-se dando, no decurso do tempo, pela aplicação das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes, pela constitucionalização dos princípios da Administração Pública, pela adoção da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, pelo reconhecimento de que os direitos sociais têm um mínimo de efetividade que decorre diretamente da Constituição. Com isso, não há dúvida de que o controle judicial sobre a discricionariedade cresceu de forma considerável.

Mas não há dúvida de que remanesce para a Administração Pública uma certa margem de apreciação para aplicar os conceitos jurídicos indeterminados, levando em conta principalmente os princípios da razoabilidade e da motivação; como remanesce também o conceito de mérito, ainda que bastante reduzido, sempre que a lei deixar para a Administração a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas válidas perante o direito, levando em consideração critérios de oportunidade e conveniência que escapam ao controle jurisdicional.

Qualquer outra conclusão significaria acabar em definitivo com a função administrativa do Estado e, em consequência, com o próprio princípio da separação de poderes, chegando-se muito próximo do chamado governo dos juízes, de longa data superado nos Estados Unidos, seu país de origem.

Referências bibliográficas

DEBBASCH, Charles. *Administration et Administrés em Europe.* Paris: Centre National de La Recherche Scientifique, 1984.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito administrativo*. *RDA*, 23/1-16.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MODESTO, Paulo (Coordenador). *Nova organização administrativa brasileira*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

VEDEL, George e DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. Paris: Presses Universitaire de France, 1984.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. LIMITES DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: AINDA É POSSÍVEL FALAR EM DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA?. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 37, janeiro/fevereiro/março de 2014. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-MARIA-SYLVIA-PIETRO.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.