

Revista IOB

de Direito Administrativo

15 – Março/2007

Conselho Editorial

Alexandre de Moraes

Carlos Ari Sundfeld

Fernando Dantas Casillo Gonçalves

Ivan Barbosa Rigolin

Ives Gandra da Silva Martins

Kiyoshi Harada

Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Misabel de Abreu Machado Derzi

Odete Medauar

Sidney Bittencourt

Ziegler de Souza

THOMSON



IOB

Assunto Especial

DESAPROPRIAÇÃO

DOCTRINA

1. Desapropriação. Ilegalidade da Abertura de Processo Licitatório para Implantação de Projeto Turístico em Imóvel Ainda Não Atingido pela Declaração Expropriatória
Kiyoshi Harada 7
2. Estado, Propriedade Privada, Bem Comum e Função Social – Elementos Justificativos da Desapropriação
Gabriel Hernan Facal Villarreal e Luís Rodolfo Cruz e Creuz 27
3. Desapropriação de Bens Públicos – Uma Visão Segundo os Princípios Constitucionais
Antonio Carlos da Rosa Silva Junior 41

JURISPRUDÊNCIA

1. Acórdão na Íntegra (STF) 57
2. Acórdão na Íntegra (STJ) 67
3. Súmulas 90
4. Ementário 93

Parte Geral

DOCTRINA

1. O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo Discricionário
Lélio Maximino Lellis 100
2. Consumidor e Direito à Prestação Jurisdicional Eficiente e Célere
Alexandre de Moraes 130
3. Agências Reguladoras e Meio Ambiente
Silvio Wanderley do Nascimento Lima 142

JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS NA ÍNTEGRA

1. Tribunal Regional Federal da 2ª Região 158
2. Tribunal Regional Federal da 3ª Região 163

EMENTÁRIO

1. Ementário de Jurisprudência 176

EM POUCAS PALARAS

1. As Balizas da Jurisprudência do Tribunal de Contas da União à
Devolução do Prazo para Execução de Contrato de Emergência
como Alternativa Excepcional à Improrrogabilidade da Duração de
Contrato Emergencial Regido pelo Artigo 24, IV, da Lei nº 8.666/1993
Hidemberg Alves da Frota 200

RESENHA LEGISLATIVA

1. Novembro/2006 a Janeiro/2007 203

Bibliografia Complementar 219

Índice Alfabético e Remissivo 220

Normas Editoriais para Envio de Artigos 223

O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo Discricionário

LÉLIO MAXIMINO LELLIS

Professor de Graduação e Pós-Graduação no UNASP (Centro Universitário Adventista de São Paulo), Mestre e Doutorando em Direito do Estado (Constitucional) e em Língua Portuguesa (Linguística) pela PUC/SP, Advogado.

SUMÁRIO: Considerações iniciais; 1 O método lingüístico sistêmico-funcional e sua aplicação no direito administrativo; 1.1 Parâmetros do método aplicável ao direito administrativo; 1.2 Concepção do método lingüístico sistêmico-funcional; 2 O ato administrativo discricionário; 2.1 Configuração do ato administrativo; 2.2 Tipologia do ato administrativo quanto à discricionariedade; 3 O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário; 3.1 Evolução histórica; 3.2 Interpretação e aplicação do ato administrativo discricionário; 3.2.1 Os conceitos jurídicos indeterminados, a integração normativa e a aplicação direta dos princípios administrativo-constitucionais; 3.2.2 Eficácia das normas programáticas e “reserva do possível”; Considerações finais.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É notório o papel atribuído constitucionalmente ao Poder Judiciário para a sobrevivência do Estado brasileiro atual e para a concretização de valores possibilitadores da paz social. Igualmente, todos sabem a necessidade de se deixar ao administrador uma margem de liberdade gerencial, a fim de que ele possa buscar concretizar de modo eficiente – quanto ao maior benefício decorrente do menor custo – e criativo políticas públicas que pretendam ser a resposta do Estado àquelas que este ente considera as maiores e mais prementes necessidades humanas coletivas.

A pergunta que segue tais constatações é: qual o tamanho e o grau de liberdade legado pelo ordenamento jurídico pátrio ao administrador público em suas ações ditas realizadoras de atos discricionários? Na busca pela resposta, abordar-se-á o tema da seguinte maneira: no item um, intitulado *O método lingüístico sistêmico-funcional e sua aplicação no direito administrativo*, serão discutidos parâmetros à escolha do método aplicável ao mencionado ramo do Direito, bem como sua natureza, seu funcionamento e finalidade.

Mais: o dito item terá por pressuposto a necessidade de coerência e coesão metodológicas para o estudo prático do Direito Administrativo. Igual-

mente, deverá submeter-se ao imperativo da harmonização ideológica à indispensabilidade de fortalecimento do Estado Democrático de Direito, mediante a defesa das prerrogativas do administrado em face do exercício do poder pelo administrador público. Lembre-se que estas prerrogativas constituem o conteúdo dado a conhecer pelo rol dos direitos fundamentais havidos na Constituição do Brasil, sejam eles majoritariamente processuais ou preponderantemente materiais.

O segundo item, denominado *O ato administrativo discricionário*, prestar-se-á, em sua primeira parte, à configuração do ato administrativo, principiando-se por diferenciá-lo do ato da Administração e por se lhe colocar as idéias de perfeição, validade e eficácia. Então, se discorrerá sobre os seus elementos (conteúdo e forma), pressupostos de existência (o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa) e de validade (subjetivo, objetivos, teleológico, lógico e formalísticos) e atributos (presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade, executoriedade), além de se buscar uma definição do que seja o referido ato.

Após, proceder-se-á a exposição de tipologia do ato administrativo sob o ângulo da liberdade detida pelo administrador público vista em sua extensão e em sua intensão ou, por outros termos, em sua amplitude e profundidade. Tal classificação separa os atos administrativos em vinculados e discricionários e será analisada quanto a sua utilidade e funcionalidade ante os fenômenos jurídicos e políticos contemporâneos.

No terceiro item, chamado *O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário*, proceder-se-á a exposição da evolução histórica do aludido controle – seja ele pertencente ao Poder Judiciário ou não, quando então integrará o Poder Legislativo ou aquele Executivo – sobre o ato administrativo discricionário, sob os prismas estrutural e material. Far-se-á isto quer em alguns ordenamentos europeus, quer no ordenamento jurídico brasileiro.

Depois se adentrará os problemas relativos à interpretação e à aplicação do ato discricionário e que envolvam conceitos jurídicos indeterminados, a possibilidade de integração normativa, a aplicação direta de princípios administrativo-constitucionais e a concepção da “reserva do possível”. Buscar-se-á, por conseguinte, desmistificar estas idéias à luz do método lingüístico sistêmico-funcional, bem como desenhar-lhes, caso deva existir, um âmbito para compreensão, subsunção e incidência normativa na sociedade pátria, que permita efetivo adequado controle do ato administrativo discricionário pelo Judiciário.

Infere-se, pois, ser o objetivo deste artigo o de contribuir para a precisão do ato administrativo discricionário, que está a salvo do controle

jurisdicional direto em sua substância ou mérito, ainda que o não esteja em suas formalidades. Isto para que o Estado Democrático de Direito seja cada vez mais aperfeiçoado e o administrado tenha defesa contra todo ato administrativo ilegal, bem como não se veja prejudicado por controle judicial que gere paralisação das políticas públicas elaboradas para o atendimento das necessidades coletivas eleitas como as mais importantes a serem atendidas.

1 O MÉTODO LINGÜÍSTICO SISTÊMICO-FUNCIONAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Reale afirma que “toda ciência é, no fundo, a sua própria e irrenunciável linguagem”¹. Significa dizer, *cada ciência somente o é se possuir terminologia própria, adequada à veiculação exprimidora de seus conteúdos*. No caso específico do Direito, visto enquanto ciência e enquanto ordenamento jurídico, a linguagem é a única forma que ele tem para manifestar-se².

Em conseqüência, somente é possível o estudo do ordenamento e a utilização de seu conteúdo empregando-se a linguagem que lhe é instrumental³. Aliás, como se pode inferir, é importante saber qual a linguagem própria do Direito, uma vez que, ao conhecer-se esta, será possível não apenas criar ou detectar a existência de certo sistema jurídico, mas também evitar que se tenha uma *Ciência Jurídica legitimadora do poder não exercido democraticamente*⁴.

1.1 PARÂMETROS À ESCOLHA DO MÉTODO APLICÁVEL AO DIREITO ADMINISTRATIVO

A questão basilar que se coloca é: quais os parâmetros instrumentais e finalísticos que permitem uma escolha adequada do método aplicável ao Direito Administrativo e que, ao mesmo tempo, servem para pautar uma análise dos métodos aplicáveis por terceiros e suas intenções? Algumas diretrizes de meio e de resultado, muitas das quais enumeradas por Gordillo⁵, são resumidas a seguir.

Os mais importantes parâmetros instrumentais que permitem detectar se a linguagem havida no sistema jurídico construído de normas a partir do conteúdo do ordenamento dado é legitimadora do poder, devendo ser com-

1 REALE, Miguel. Exposição de motivos ao anteprojeto do código civil. In: SENADO. *Nova código civil*. Brasília, 2002. p. 36.
 2 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, p. 36; ROBLES, Gregório. *O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional*. Trad. Roberto Barbosa Alves. Barueri, São Paulo: Manole, 2005. p. 2.
 3 LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Trad. José Lamago. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988. p. 385-386.
 4 GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Fundación de Derecho Administrativo, t. I., p. 8-23.
 5 Idem, *ibidem*.

batida, ou legitimadora das liberdades da pessoa, devendo ser defendida, são:

- a) *a relação entre a ciência jurídica e a verdade* – aponta para a utilização de método inadequado, a colocação da Ciência do Direito como dotada de verdade científica irrefutável, ao invés de se considerá-la marcada pela provisoriade e refutabilidade, já que todo conhecimento científico é conjectural e problemático. Aliás, consoante a prova de Göedel, o conhecimento científico é criado no desconforto da dúvida e em meio a um quadro instável de incertezas. Não é só. O método empregado deve ser funcional, útil e conveniente⁶;
- b) *a quantidade e a qualidade de termos imprecisos empregados* – o uso intencionalmente excessivo de palavras e expressões vagas e ambíguas permite saber que o método de estudo do Direito Administrativo é ensejador de dúvidas e conflitos. E tal quadro apenas interessa em governos não-democráticos⁷;
- c) *a transparência acerca da ideologia que impregna o método em uso* – a despseudologização dogmatizadora de termos e frases tornando-os falsamente neutros do ponto de vista ideológico mostra que o método utilizado é inadequado porque autoritário. Isto porque esse fenômeno gera o esvaziamento do conteúdo normativo do ordenamento. E, por conseguinte, pode levar tanto ao aumento dos grupos de pressão sobre os governantes para a consecução de políticas públicas, quanto à função de eficácia normativa que visa a “informar” desinformando, “apressar” postergando e “solucionar” problematizando as questões reguladas pelo Direito⁸. Exemplo de tais afirmações é encontrado na utilização exagerada das normas programáticas. Daí o agravamento da situação de crise da lei e da atividade legislativa. Isto leva à crise do próprio Estado Democrático de Direito, com o surgimento de leis que não são leis em sua acepção democrática, quer por sua forma inadequada quer por seu conteúdo incorreto, ou ainda por seu emprego abusivo, a exemplo do que acontece com os denominados decretos autônomos e as medidas provisórias, respectivamente, no ordenamento jurídico brasileiro⁹;

6 REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 131; CARVALHO, Paulo de Barros. In: prefácio a ARAÚJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 9.
 7 FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Op. cit.*, p. 38.
 8 Cf. em sentido similar NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994. p. 28-29 e 160-162.
 9 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 12-17.

d) a análise metodológica do direito positivo sob os prismas lingüísticos sintático, semântico e pragmático – sob o ângulo sintático, deve ser a linguagem vista como uma relação entre signos (palavras) enquanto pertencentes a uma estrutura lógico-formal. Sob o enfoque semântico, deve a linguagem ser analisada como uma relação entre os signos e seus significados, entendendo-se por significado a acepção de um termo considerado abstratamente, independentemente de qualquer uso, tal como ocorre com as listas enumeradoras de sinônimos em um dicionário. Sob o âmbito pragmático, deve a linguagem restar concebida na relação entre os signos e os sentidos a eles atribuídos por seus usuários, no exato momento da concretização do diálogo consigo mesmo ou com o outro¹⁰.

Como é perceptível, os principais parâmetros finalísticos ou teleológicos de avaliação da adequação do método a ser aplicado ao Direito Administrativo brasileiro são:

- a) o estímulo ao aperfeiçoamento e à manutenção de um Estado Democrático de Direito – logo, o auxílio do método afeto para a consecução de objetivos social-liberais configuradores da igual natureza do ordenamento e, pois, do Estado desenhado pela Constituição que àquele pertence e a este institui;
- b) a defesa explícita dos direitos fundamentais no método – estes são aqueles constitucionalizados, sendo alguns majoritariamente de natureza processual e outros preponderantemente de natureza material. Tais direitos formam esfera de defesa dos administrados contra o arbítrio da Administração Pública, por meio de explicitação de prerrogativas e garantias individuais e coletivas.

1.2 CONCEPÇÃO DO MÉTODO LINGÜÍSTICO SISTÊMICO-FUNCIONAL

Deve-se buscar responder à pergunta sobre qual o conceito do Método Lingüístico Sistêmico-Funcional e porque ele é o melhor para ser aplicado ao Direito Administrativo. Isto se fará a seguir, esclarecendo-se que o método é o preconizado por Gordillo¹¹, ainda que de forma rudimentar e sem nenhuma denominação por ele atribuída à sua criação.

Três são as características fundamentais do método em tela: a *lingüisticidade*, a *sistematicidade* e a *funcionalidade*. Por *lingüisticidade*

10 GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 48.

11 GORDILLO, Agustín. Op. cit.

entenda-se que a linguagem está no centro das posturas investigativas realizadas pelo jurista, servindo como instrumento para cobertura ideológica das teorias veiculadas e como meio para transmitir conhecimentos e gerar comportamentos. Daí o ser a investigação do ordenamento jurídico e do sistema que o estuda uma pesquisa lingüística.

Adicione-se que a análise lingüística do Direito e da Ciência do Direito sob o ângulo sintático tem por ocupação o conhecimento e a elaboração da estrutura do sistema jurídico – piramidal, circular, etc. – e da idéia de validade dos elementos que o integram e constituem. Já sob o enfoque semântico, o que busca tal análise é a compreensão da significação do ordenamento pelo sistema e, pois, sendo seu objeto a problemática da legitimidade e da efetividade, juntamente com a ressignificação – ou nova atribuição de sentido – ao valor justiça.

Sob o ângulo pragmático, o objetivo do jurista é o de estudar o vigor, a força eficaz dos elementos do ordenamento reelaborados sistemicamente. Por conseguinte, há a preocupação com o que Goffredo Telles Jr. denomina imperatividade e autorização normativas, ou seja, a cogência e a permissão para a aplicação de sanção – um prêmio ou um castigo – pelo Estado¹².

A *sistematicidade*, diversamente, significa que o método sob comento é caracterizado por sua visão e análise unas e não-contraditórias do ordenamento e do sistema jurídico a ele referido, mediante seus institutos, conceitos e tipologias. Já a *funcionalidade* implica a busca da utilidade do Direito Administrativo – defesa do Estado Democrático de Direito e, pois, dos direitos fundamentais. Tal utilidade aponta para a função correlata, que consiste na proteção do administrado ante a Administração. Pela funcionalidade o que se quer é o fazer, a operatividade, e não a busca de uma verdade que pretenda ser definitiva.

Não é só. Predomina o entendimento segundo o qual as palavras e expressões naturais são usadas comumente de modo impreciso, porque marcadas pela vaguidade e/ou ambigüidade. Isto porque elas são utilizadas numa grande diversidade de sentidos, só captados pela convenção em seu emprego e pelo contexto. Desta forma, a frase “está frio”, dita por uma mulher, pode significar uma ordem – “feche a janela” –, um pedido indireto – “você pode fechar a janela?” –, uma constatação – “está frio” – ou um convite – “vamos conversar?” –, dentre outras possibilidades.

Como a linguagem jurídica, no presente caso, aquela do Direito Administrativo, não pode objetivar a eficiência comunicativa e acional en-

12 TELLES JR., Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 103-104.

quanto restar marcada pela imprecisão, ela deve buscar a clareza no desenho utilitarista das definições e classificações configuradoras de seus institutos e subsistemas epistemológicos. Assim, as técnicas integrantes do método Lingüístico Sistêmico-Funcional devem contribuir para o alcance da maior precisão funcional possível na linguagem administrativista.

Duas são as técnicas ensejadoras de maior precisão na linguagem do Direito, logo em seu ramo dito Administrativo, ainda que a textura aberta da linguagem natural não seja totalmente extirpável da linguagem jurídica, as quais têm por pressuposto o serem as palavras e expressões vocabulares meros rótulos para denominar as realidades, inclusive aquelas imaginárias, físicas e metafísicas – carro, lobisomem, amor, divindade. A de efetivação de *redefinições* e a de concretização de *estipulações*¹³.

A primeira técnica cria *redefinições*, que consistem em inovações parciais de definições lexicais conhecidas por meio da escolha de um dos usos significativos comuns existentes aperfeiçoando-o. A dificuldade no emprego desta técnica reside na confusão cognitiva que os usuários da linguagem redefinida podem fazer entre o sentido sobrevivente e aperfeiçoado de modo técnico e os demais afetos somente à esfera da linguagem natural em seu uso comum. Ainda assim é ela útil ao Direito Administrativo.

A segunda técnica, por sua vez, elabora *estipulações* vocabulares, as quais implicam em inovação total das palavras, isto é, propondo um novo uso para os termos, fixando-lhes, arbitrariamente, nova concepção, ou, ainda, criando novos signos por inteiro. Nesta técnica a dificuldade consiste em haver maior tempo de demora para que os usuários dominem as estipulações se comparado àquele tempo de espera para o domínio das redefinições.

Sobre a estipulação e, também, a redefinição, é possível afirmar que somente há que se utilizar uma e/ou outra quando: restar comprovado inexistir uma palavra ou expressão para o que se deseja comunicar; apesar de haver um termo para o que se quer falar há outro empregado convencionalmente com significado idêntico, sendo este de uso comum e gerador de obscuridade; torna-se indispensável o afastamento do uso comum dado ao vocábulo porque contaminado pela vaguidade e ambigüidade; a estipulação e/ou redefinição é útil e conveniente, tendo-se avisado o enunciatário de seu emprego pelo enunciador.

Por último lembre-se que as estipulações e redefinições devem ser utilizadas para a elaboração de tipologias e sistematizações sob os guarda-chuvas dos institutos jurídicos, devendo ser configuradoras, logo

13 LANTELLA, Lélío; BELVEDERE, Andréa; IORI, Mario. *La definizione giuridica*. Milano: Giuffrè, 1979. p. 33.

delimitadoras, das zonas semânticas de ação dos vocábulos vagos ou ambíguos. Deste modo, resta claro ser o objetivo das aludidas técnicas o rigor científico, a integridade quanto aos valores e a facilitação pedagógica ao se estudar o Direito Administrativo.

2 O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

A fim de que seja possível conceituar a espécie ato administrativo discricionário, faz-se necessário, de antemão, configurar o gênero ato administrativo. Logo, por essa temática se começará, explicitando-lhe os pressupostos, os elementos e os atributos¹⁴.

2.1 CONFIGURAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Diga-se, inicialmente, haver diferença entre *atos* e *atos jurídicos*. Os atos são espécie do gênero fato jurídico. Os atos são declarações, enunciados, falas prescritivas, ou seja, constituem uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela deverá ser, ao contrário dos fatos jurídicos. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele.

Também se frise haver distinção entre *ato da Administração* e *ato administrativo*. O primeiro, gênero ao qual o segundo pertence, é todo ato praticado no exercício da função administrativa¹⁵, incluindo os tipos denominados:

Atos de direito privado – reguláveis pelo direito público apenas quanto às condições de emanção e não no tocante ao conteúdo e efeitos; *atos materiais* – que sequer são atos jurídicos, sendo antes, fatos; *atos políticos ou de governo* – praticados discricionariamente em obediência direta à Constituição, no exercício de função política, a exemplo da sanção ou do veto à lei. Como se pode imaginar, apenas os atos administrativos serão analisados. Esclareça-se, ainda, entender o autor do presente artigo, compor a função administrativa com aquela política o que aqui se denomina função executiva, no sentido de execução direta dos comandos normativos legais e, sobretudo, constitucionais.

14 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 362 ss.

15 A função administrativa, uma das que são inerentes ao exercício do poder estatal, ao lado, por exemplo, daquelas legislativa e jurisdicional, é definida de muitas maneiras. Dá-se preferência à definição de Lúcia Valle Figueiredo (*Curso de direito administrativo*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 34-35), que exprime:

"A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio do Tribunal de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário."

Passa-se, agora, a conceituar-se o ato administrativo. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello é possível pensar o referido sob os prismas amplo e estrito. Daquele ponto de vista, ato administrativo é a “declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”.

O aludido jurista continua, afirmando ser possível utilizar os mesmos termos, acrescentando-se-lhes “as características concreção e unilateralidade”. Então se terá a definição estrita do ato citado como a “declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”¹⁶.

Também Lúcia Valle Figueiredo dá a conhecer seu conceito, afirmando: “Ato administrativo em sentido estrito é a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário”¹⁷.

Não é só. O ato administrativo é *perfeito* quando esgotadas as fases necessárias a sua produção, ou seja, quando completou o ciclo procedimental indispensável a sua formação. É *válido* quando expedido em absoluta conformidade às exigências do sistema normativo, isto é, quando em total pertinência ao sistema referido. É *eficaz* quando disponível para a produção de seus efeitos ou quando o desencadear de seus efeitos típicos não se encontra dependente de quaisquer condições.

Acerca da composição do ato administrativo há muita divergência entre os estudiosos. Contudo, tem-se aceito majoritariamente a classificação constante da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), que diz em seu art. 2º serem eles competência, motivo, objeto, finalidade e forma, ainda que com pequenas variações. A título de exemplificação, veja-se Seabra Fagundes apontar a existência de manifestação da vontade, motivo, objeto, finalidade e forma como elementos do ato administrativo¹⁸ e Maria Sylvia

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 358-360.

17 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 162-163.

18 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 21.

Di Pietro aceitar como elementos os quatro últimos defendidos por Fagundes, acrescidos do sujeito¹⁹.

A tipologia que será aceita nesta monografia é a de Celso Antônio Bandeira de Mello. Ele teoriza existirem *pressupostos* e *elementos* do ato administrativo, apontando como *pressupostos de existência* do ato administrativo o *objeto* e a *pertinência do ato ao exercício da função administrativa*, expressando serem *pressupostos de validade* o subjetivo (*sujeito*) e os objetivos (*motivo* e *requisitos procedimentais*). Fala, ainda, em *pressuposto teleológico (finalidade)*, *pressuposto lógico (causa)* e *pressupostos formalísticos (formalização)*²⁰.

Celso Antônio esclarece, ademais, que a *vontade* não é pressuposto nem elemento do ato, uma vez que é *realidade psicológica*, e não jurídica. Contudo, por sua ligação ao controle dos atos administrativos discricionários, também ela será examinada. Quanto aos elementos, o autor em tela afirma serem apenas dois: o conteúdo do ato e a sua forma. Para ele, os pressupostos são realidades extrínsecas e os elementos realidades intrínsecas ao ato administrativo.

Os *elementos* do ato administrativo são o *conteúdo* e a *forma*. O *conteúdo* deve ser entendido como aquilo que o ato dispõe, ou seja, o próprio ato em sua essência. Celso Antônio lembra que para a lisura do ato não basta a verificação de que o seu conteúdo não contraria a lei. Há, também, necessidade de que o ato seja permitido pela lei em face da previsão do princípio da legalidade estrita ou administrativa, que exige não apenas relação de não-contradição com a lei, mas, ainda, a existência de relação subsuntiva ou de conformidade à lei²¹.

A *forma*, por seu turno, nada mais é que o modo pelo qual ele aparece e revela sua existência, ou seja, é o revestimento exterior do ato. Outrossim, algumas vezes poderá haver inexistência de forma determinada prescrita em lei, para a prática do ato. Todavia, por ser impossível existir ato desprovido de forma, uma vez que o Direito não se ocupa de pensamentos não exteriorizados, sem ela não haverá ato. E isto porque a forma é o meio de exteriorização do ato. Mais: não se deve confundir forma com formalização, entendida enquanto uma maneira específica de apresentação da forma, sendo um pressuposto formalístico à existência do ato administrativo como adiante se verá.

19 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 194.

20 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 364 ss. A tipologia de Celso Antônio sobre os pressupostos e elementos do ato administrativo é, ademais, aceita, com algumas variações não fundamentais, por juristas de escol, a exemplo de Lúcia Valle Figueiredo (op. cit., p. 186).

21 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 366.

O mesmo autor passa a explicar os *pressupostos de existência* (objeto e pertinência à função administrativa). Conceitua o *objeto* como aquilo sobre o que o ato dispõe, haja vista ser ele o referente a respeito do qual se refere o conteúdo, tendo, pois, existência distinta deste. Afinal, se o conteúdo do ato fala sobre algo, é porque este algo se constitui em realidade que com ele não se confunde e, de outro lado, que o objeto não é um elemento do ato, pois não o integra. Daí ser inexistente o ato cujo conteúdo incida sobre um objeto inexistente, podendo ser apenas um fato administrativo.

A *pertinência à função administrativa* implica em que o ato seja imputável ao Estado, no exercício da função citada, sob pena de se não efetivar um ato administrativo, ainda que se concretize outra espécie de ato jurídico. Como se pode ver, a questão reside em se qualificar aquele ato tipologicamente como administrativo.

Aliás, afora os atos advindos de órgãos ou entidades estatais, há outros atos imputáveis ao Estado e qualificáveis igualmente como administrativos. É o que se passa nas hipóteses da concessão de serviços públicos ou de delegação de função pública com relação aos atos de autoridades nela envolvidas, bem como no caso de particulares requisitados ao desempenho de atividade administrativa.

Surgem, então, os denominados *pressupostos de validade* (sujeito, motivo, requisitos procedimentais, causa e finalidade). O primeiro deles, dito subjetivo, é o *sujeito*. Este pode ser explicado como o produtor do ato. Porque é ele ser produtor, não pode ser confundido com o ser produzido. Assim, o sujeito é exterior ao ato. Enquanto tema aglutinador, abarca o estudo da capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e a existência ou inexistência de obstáculos à sua atuação no caso concreto. Não há dúvida que o vício no pressuposto subjetivo, tal qual em qualquer dos seus congêneres, acarreta invalidade do ato.

Já o *motivo*, diz Celso Antônio, é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. Por conseguinte, é a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato, sendo, assim, ente externo e antecedente ao ato. O motivo pode ou não ser previsto em lei. Quando previsto, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista.

Caso inexista previsão legal, o agente tem liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual editará o ato. Isto porque ainda que a lei não aduza expressamente ao motivo propiciatório ou exigente de um ato, nem por isso haverá liberdade para expedi-lo sem motivo ou perante um motivo qualquer, somente sendo aceitável o que possa ser havido como

implicitamente admitido pela lei à vista do caso concreto. Não é só. Por todo o exposto, a validade do ato dependerá da existência do motivo embasador.

Com Celso Antônio, cumpre diferenciar *motivo legal* de *motivo do ato* e este do *móvel* e da *motivação*. O *motivo legal* consiste na previsão abstrata de uma situação fática enquanto o *motivo do ato administrativo* se consubstancia na própria situação material, empírica, que serviu de suporte real e objetivo para a prática do ato. A conclusão óbvia é que o ato será ilegal toda vez que o seu motivo não for conforme àquele havido na lei. A verificação da legalidade do ato administrativo se concretiza pela análise da existência da materialidade do ato, isto é, pela comprovação da ocorrência do motivo em função do qual foi praticado o ato, bem como pela constatação da real correspondência entre o motivo embasador do ato e o motivo previsto na lei²².

Também se impõe diferenciar *motivo* e *móvel*. O primeiro é a *situação objetiva*, real, exterior ao agente, empírica e embasadora do ato. O segundo, ao contrário, é a *intenção*, o propósito do agente que praticou o ato e, pois, de natureza *subjetiva*, *interna* ao praticante e na essência *psicológica*. Destaque-se que a *vontade – e, portanto, o móvel do agente – é relevante nos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária*, ou seja, naqueles cuja prática exija uma apreciação subjetiva quanto a melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal. Nestes casos, se o móvel do agente for viciado por sentimentos de favoritismo ou perseguição, o ato será inválido.

De maneira oposta, é irrelevante o exame da *vontade – e, pois, do móvel do agente – quando o ato for completamente vinculado*, ou seja, quando a lei predetermina, de modo cabal, o único comportamento administrativo possível, sendo impraticável quaisquer elementos de subjetivismo. É o que se dá no deferimento de pedido de aposentadoria pleiteado por quem tenha preenchido os requisitos para sua obtenção.

Ademais, não se confunde o *motivo* do ato administrativo com a *motivação* efetivada pela autoridade administrativa. A *motivação* integra a formalização do ato, sendo um requisito formalístico dele. Ela se presta à exposição de motivos, à fundamentação em que são enunciados a norma de direito habilitante, os fatos embasadores da decisão do agente e a relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado.

Frise-se, ainda, que a *motivação contemporânea* ou anterior à prática do ato administrativo é, em regra, indispensável para que o ato seja válido.

Entende-se neste artigo, como se verá adiante, que mesmo em relação aos atos vinculados deve haver motivação anterior por haver neles elementos de discricionariedade (técnica) que a exigem. Tal obrigatoriedade apenas não invalida o ato que seja completa e indubitavelmente vinculado. Neste tipo de ato, que é exceção, importa antes a prova de que o motivo obrigatório ocorreu, podendo a motivação ser dada a conhecer posteriormente e, pois, considerando-se sanado o vício do ato.

Lembre-se, também, da *teoria dos motivos determinantes*, segundo a qual os motivos que determinaram a vontade do agente, ou seja, os fatos que embasaram sua decisão integram a validade do ato. Assim, a invocação de “motivos fáticos” não verdadeiros ou inexistentes enseja a invalidade do ato. Neste sentido posiciona-se a melhor doutrina pátria²³. Aliás, com Oswaldo Aranha Bandeira de Mello²⁴, defende-se aqui restarem as teorias do *desvio de poder*²⁵ e dos motivos determinantes abarcadas por aquela do *abuso do direito*, que nada mais é que a utilização das disposições do ordenamento por meios dele desobedientes e/ou para fins ilícitos.

Quanto aos *requisitos procedimentais*, delineadores do pressuposto objetivo, são eles os atos jurídicos que devem anteceder ao ato administrativo por imposição normativa, logo, indispensáveis à consecução válida do ato objetivado. Há que se diferenciar os requisitos procedimentais do motivo, por serem aqueles atos jurídicos enquanto este é um fato jurídico.

A *finalidade*, ou pressuposto teleológico de validade, é entendida como o bem jurídico objetivado pelo ato, ou seja, o resultado que a Administração quer alcançar por meio da prática do aludido. Não é só. Consoante Maria Sylvania Di Pietro, é possível falar em *duas acepções do vocábulo finalidade*. Em “sentido amplo, a finalidade [...] corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública”. Já em “sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei”²⁶.

Por conseguinte, a fim de que não incorra no *desvio de poder*, a Administração não pode infringir a finalidade legal do ato administrativo (sen-

23 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 376; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 187-188; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., p. 203.

24 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 1969. p. 426-436.

25 Lúcia Valle Figueiredo (op. cit., p. 187) explica consistir o desvio de poder “na utilização desautorizada da competência legal”, ou seja: tal competência “é utilizada para atendimento diverso daquele permitido pela norma legal”, tendo o agente a intenção de se desviar da lei.

26 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., p. 201.

tido estrito) e nem a finalidade genérica do ato, qual seja, o atendimento do interesse público (sentido amplo). Perceba-se que no desvio de poder nem sempre há um móvel, isto é, uma intenção inadequada em função da dupla significação da palavra finalidade já expressa.

Sobre a *causa* ou pressuposto lógico, há que se expressar ser ela a correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato em função da finalidade tipológica deste. Assim, a investigação da causa permitirá a avaliação da conformidade ou desconformidade do ato aos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade²⁷.

Por último tem-se a *formalização*, ou pressuposto formalístico, podendo afirmar-se que ela é a maneira específica pela qual o ato administrativo deve ser externado. Daí o se diferenciar a formalização da forma uma vez que esta significa exteriorização e aquela tem por sentido o ser o modo próprio desta exteriorização. Assim, deve a formalização obedecer às exigências do Direito, em especial àquelas da Constituição e das leis, para que detenha validade.

Acerca dos *atributos* do ato administrativo, há que se exprimir serem eles a *presunção de legitimidade*, a *imperatividade*, a *exigibilidade* e a *executoriedade*²⁸. A *presunção de legitimidade* é a qualidade que reveste os atos administrativos fazendo com que eles se presumam verdadeiros até prova em contrário. A *imperatividade* é a qualidade pela qual os ditos atos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. A *exigibilidade* é a qualidade em virtude da qual o Estado, no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento das obrigações que impôs. Não se confunde com a imperatividade porque enquanto esta impõe uma obrigação, aquela impele ao atendimento de obrigação já imposta. A *executoriedade* é a qualidade pela qual a Administração Pública pode compelir materialmente o administrado a cumprir obrigação que lhe impôs e exigiu sem precisar recorrer previamente ao Judiciário.

27 Divergindo de Celso Antônio Bandeira de Mello (op. cit., p. 382) e segundo Lúcia Valle Figueiredo (op. cit., p. 50-52 e 193), defende-se haver separação entre razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se elas dois princípios distintos. A primeira, afirma Lúcia Figueiredo, “traduz [...] a relação de congruência entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração” e implica juízo similar ao que teria o homem médio nas mesmas circunstâncias. A segunda é decomposta em “adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”, sendo essa a característica que diferencia o princípio da proporcionalidade daquele da razoabilidade.

28 Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 389-390. A propósito, o rol das características mais importantes, porque fundamentais, à expressão da configuração do ato administrativo, sofrem alteração entre os doutrinadores, conforme o recorte epistemológico que fazem do objeto de estudo. Assim, Hely Lopes Meirelles (*Direito administrativo brasileiro*. 21. ed. atual. Eurico Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 141) elenca a *presunção de legitimidade*, a *imperatividade* e a *auto-executoriedade*. Já Maria Sylvania Di Pietro (op. cit., p. 189) fala em *presunção de legitimidade* e *veracidade*, *imperatividade*, *auto-executoriedade* e *tipicidade*. Finalmente, Lúcia Valle Figueiredo (op. cit., p. 177 ss.), ao tratar do regime jurídico do ato administrativo, aponta-lhe como atributos a *imperatividade*, a *exigibilidade*, a *auto-executoriedade* e a *presunção juris tantum* de legalidade.

2.2 TIPOLOGIA DO ATO ADMINISTRATIVO QUANTO À DISCRICIONARIEDADE

Sob o enfoque da liberdade de escolha, pelo servidor público ou quem lhe faça as vezes legitimamente, de uma possibilidade de ação dentre as várias conformes as leis, classificam-se os atos administrativos em *vinculados* e *discricionários*. Esta tipologia e a inclusão dos atos mencionados em uma de suas vertentes é importante para a compreensão do *controle jurisdicional* dos atos administrativos em sua amplitude e profundidade, isto é, em sua extensão e intensão, bem como em seu modo de efetivação ou exercício.

Tradicionalmente, se tem dito que o *ato vinculado* é aquele em que não há margem para qualquer apreciação subjetiva por parte do administrador, haja vista existir prévia e objetiva tipificação legal do único comportamento possível da Administração Pública em determinada situação, sob pena de invalidade do ato em questão. Em decorrência, também é corrente a afirmação segundo a qual, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de certo ato, sob pena de, em não o fazendo, sujeitar-se à revisão corretiva da Justiça²⁹.

Todavia, faz-se necessário reconhecer, na esteira de Lúcia Valle Figueiredo e seguindo tese de Philipppo Satta, existir, em certa medida, uma *crise no conceito de ato vinculado*. Afinal, mesmo os atos denominados vinculados têm necessidade de interpretação, e muita vez faz-se necessária avaliação técnica para aferir estar-se ou não diante da hipótese descrita na norma³⁰. Não é só. Em diversas ocasiões, constata-se a existência de momentos de escolha livre, obedecidos os parâmetros dados pelo sistema jurídico, no tocante a elementos constitutivo-integrantes do ato tido por vinculado. Assim, os atos verdadeira e cabalmente vinculados estão cada vez mais escassos. Exemplos conhecidos de tais atos são encontrados na aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade, bem como na concessão de licença para edificar.

Ademais, o âmbito de discricionariedade administrativa tem sido reduzido nos últimos tempos, em decorrência da solidificação do Estado Democrático de Direito, sendo possível falar, então, em aparecimento e intensificação de elementos vinculativos no exercício das competências discricionárias. Aliás, como bem o coloca Celso Antônio, “não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião de certos atos. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme

29 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 203.

30 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 208; SATTA, Philipppo. *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*. 2. ed. Pádua: Cedam, 1980. p. 216.

afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos³¹.

Também se tem dito que, em determinadas hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, deixando a lei certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito, nesse caso, havendo o ato administrativo discricionário.

Celso Antônio conceitua a discricionariedade como “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal³². Já Lúcia Valle define a discricionariedade como a “competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios *standards* ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma³³.”

Há que se frisar, ademais, na esteira da unânime doutrina brasileira, haver distinção entre discricionariedade e arbitrariedade. Afinal, ao agir arbitrariamente o agente estará a agredir a ordem jurídica já que sua conduta é desconforme à lei, enquanto aquele que age discricionariamente está a usar poder-dever de escolha livre, cumprindo determinação da norma para que utilize o raciocínio e opte sobre o melhor meio de satisfazer o interesse público no caso concreto.

Outrossim, Celso Antônio aponta ser possível a discricionariedade na estática e na dinâmica da norma, afirmando ser possível existir discricionariedade na norma reguladora, pois: ou ela “não descreve antecipadamente a situação em vista da qual será suscitado o comportamento administrativo [...]”; ou a situação é descrita por palavras que recobrem conceitos vagos, dotados de certa imprecisão e por isso irredutíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável [...]”; ou a norma confere no próprio mandamento uma liberdade decisória, que envolve exame de conveniência, de oportunidade, ao invés de um dever de praticar um ato específico³⁴.

31 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 401. Nesse sentido, ver, também, DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (op. cit., p. 206), com a ressalva de que a vinculação quanto à finalidade no ato administrativo discricionário se daria apenas na acepção estrita (resultado específico que decorre da lei para cada ato) e não na acepção ampla (interesse público) do vocábulo “finalidade”.

32 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 401.

33 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 211.

34 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., p. 404-405.

Parece ser preferível, contudo, nesta questão, o posicionamento de Lúcia Valle, para quem só há falar em discricionariedade na dinâmica da aplicação da norma, uma vez que apenas haverá liberdade de escolha de conduta concretizadora do fim normativo por parte do administrador público após a realização da interpretação, ou seja, quando da valoração sobre qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma³⁵. Em adição, exprima-se ser ainda discutível a decorrência da competência discricionária dos conceitos jurídicos indeterminados, porque determináveis, como adiante se verá.

Finalmente, há que se colocar existir limites à discricionariedade administrativa, os quais são encontrados na interpretação sistemática do ordenamento jurídico, notadamente nos princípios constitucionais, em especial, na explicitação daqueles denominados *da eficiência, proporcionalidade, boa-fé, lealdade e igualdade*. Isto porque, mediante a técnica interpretativa sistemática do conjunto jurídico referido ao Direito posto, sobretudo na harmonização do ato administrativo e sua concretização aos princípios administrativo-constitucionais, é que o Judiciário poderá controlar e delimitar a discricionariedade administrativa, sem adentrar o mérito do ato concretizado.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Como já dado a conhecer, o ato administrativo, mesmo aquele ligado ao exercício de competência discricionária, é passível de controle jurisdicional. Aliás, entenda-se por *controle jurisdicional* o resultante de decisão proferida por órgão do Estado no exercício da *função jurisdicional*.

A função jurisdicional implica a atividade de decidir em questões concretas sobre a conformidade de ações e atos ao direito positivo, em especial às suas leis, visto sistemicamente, confirmando-os ou ordenando-lhes a extinção, bem como ensejando eventual reparação dos danos decorrentes de tais atos e ações. Daí servir o exercício da função jurisdicional para se evitar abusos e ilegalidades no exercício das funções legislativa e administrativa, de modo a proteger as pessoas pela efetivação de direitos fundamentais e pela concretização de sistema de pesos e contrapesos que forcem à harmonia dos Poderes do Estado.

Neste item, buscar-se-á resumir a evolução e intensificação do controle jurisdicional, bem como abordar algumas questões tidas por polêmicas atualmente, tais quais aquelas a respeito do conceito jurídico indeterminado

35 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 211.

e seus aparentados, da aplicação direta dos princípios administrativo-constitucionais e da noção da “reserva do possível”.

3.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O surgimento e aprimoramento evolutivo do Direito Administrativo e, por conseguinte, do controle jurisdicional dos atos da Administração, em geral segundo concebido hoje, está intimamente ligado à história do aparecimento e afirmação dos elementos conceituais possibilitadores da configuração e concretização *do Estado Democrático de Direito*, a partir da Europa continental, sobretudo, uma vez que nos países de cultura anglo-saxônica a maior preocupação era com o direito constitucional, afirma Hely Meirelles³⁶. Daí por que se abordar o *controle jurisdicional* sob o prisma histórico-evolutivo principalmente nos países do continente europeu, salvo no que tange às *garantias* constitucionais do indivíduo, aplicáveis aos administrados.

Parece que a evolução do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários deve ser analisada de *dois ângulos* que, concomitantemente, *contribuíram para a afirmação do Estado Democrático de Direito* como hoje se conhece: o das *garantias e direitos fundamentais* e aquele da *estrutura do Estado* em si mesma.

Do ponto de vista da *estrutura do Estado*, diga-se que inexistia um controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários nas monarquias absolutistas européias. Nelas nem mesmo a idéia doutrinária de tal controle era corrente. Assim, com Hely Meirelles³⁷, é possível afirmar ter sido um marco decisivo na temática ora em destaque o aparecimento da teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu em *O espírito das leis*, no ano 1748, livro este inspirado na observação da colaboração dos Poderes Legislativo e Executivo no Reino Unido, em especial instuída pelo *Bill of Rights*, de 1689.

Outro passo histórico importante aconteceu após a Revolução Francesa de 1789 com a retirada do Poder Judiciário da órbita de influência absoluta do Executivo em consequência da concretização da tripartição dos Poderes do Estado na França. Neste tempo, no citado país, passou-se a buscar a profissionalização dos juízes, os quais deveriam agora ser imparciais.

Cite-se, também, no tocante à estrutura do Estado Democrático de Direito, como etapas eficientes no aperfeiçoamento do controle jurisdicional

36 MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 41.

37 Idem, p. 40.

dos atos administrativos discricionários na Europa continental, ainda que com algumas crises absolutistas intermitentes, a criação dos tribunais constitucionais nacionais (Áustria, Alemanha, etc.) e da jurisdição administrativa em separado daquela comum, seja ela exercida por órgão do Judiciário (como na Itália e na Espanha), seja ela exercida por órgão integrante de outro poder (como na França).

Sob a ótica dos *direitos e das garantias fundamentais*, há que se colocar alguns documentos e suas circunstâncias efetivados, sucessivamente, na Inglaterra, nos Estados Unidos, na França e na Alemanha, acrescentando-se o papel desempenhado na segunda parte do século vinte pela ONU – Organização das Nações Unidas.

Na Inglaterra, os aludidos direitos e garantias têm por gênese remota o conteúdo da *Magna Carta Libertatum*, de 1215, que, no dizer de Konder Comparato³⁸, pela primeira vez na história européia medieval deixa implícito que o rei – supremo administrador público – acha-se vinculado pelas leis que ele edita.

Ainda na Inglaterra, merecem destaque a Lei de *Habeas Corpus*, de 1679, e a Declaração de Direitos (*Bill of Rights*), de 1689, as quais, respectivamente, instituíram a proteção ao direito à liberdade do preso que o fora injustamente e a instituir ou reafirmar vários direitos do cidadão, tais como o direito de petição, a vedação à cobrança de impostos sem autorização legislativa, a proibição de penas cruéis, o fortalecimento do júri e a concepção do instituto da formação de culpa do acusado para sua punição.

Após, já nos Estados Unidos da América do Norte, em 1776 e 1787, tiveram lugar, respectivamente, a Declaração de Independência e a Constituição Federal, que representaram uma afirmação nacional dos direitos e das garantias libertárias ou de primeira geração.

Então, em 1789, na França, deu-se uma afirmação dos direitos fundamentais do ser humano que teve um caráter universalista e que já apontava para a futura expressão dos direitos sociais ou fundamentais de segunda geração, dados a conhecer pela Constituição Mexicana de 1917 e, sobretudo, pela Constituição Alemã de 1919, também apelidada Constituição de Weimar.

A partir de 1948, com a Declaração dos Direitos Humanos, realizada pela ONU, representando seus países-membros, iniciou-se o reconhecimento e a afirmação dos direitos de solidariedade ou de terceira geração. E, assim, de modo concomitante, aspectos estruturais delimitadores do poder do Estado e essenciais de proteção à pessoa ensejaram a concretização de rudi-

mentos, hoje possibilitadores do controle jurisdicional dos atos administrativos, inclusive daqueles tidos por discricionários.

Como não poderia deixar de ser, o Brasil, em linhas gerais e com algum tempo de atraso, segue o caminho europeu rumo ao crescente controle dos atos administrativos. De um início absolutista e no qual inexistia controle dos mencionados atos, passou-se a um controle moderado do que hoje se denomina e conhece por ato administrativo, ainda no Segundo Império, por meio do então Supremo Tribunal de Justiça.

Com o advento da Constituição de 1891, sob a liderança de Ruy Barbosa, ganhou vulto a função protetora do *habeas corpus*, o qual, então, fazia também parte da função do mandado de segurança, trazido este a lume pela Constituição de 1934, hoje estando regulado principalmente pela Lei nº 1.533/1951. Não é só. Desde a Constituição de 1891, por seus arts. 59 e 60, ficava claro que inexistiria uma justiça especializada em julgar questões administrativas, prevalecendo sempre a existência de jurisdição única.

Igualmente, em todo o período republicano, salvo por ocasião da discutível existência da Constituição de 1937 (art. 94), tem sido possível, em tese, o controle dos atos políticos ou de governo, desde que estes infrinjam alguma norma constitucional direta e inequivocamente.

Outras medidas atuais garantidoras de proteção aos administrados são a Ação Popular, já prevista na Constituição de 1946 (art. 141, § 38) e atualmente regulada pela Lei nº 4.717/1965, cuja base de apoio é o art. 5º, LXXIII, da Constituição de 1988, além de *habeas data*, Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Ação Civil Pública, todas estas garantias contempladas na Constituição brasileira atual (vide arts. 5º, LXXII, LXX e LXXI; 129, III, respectivamente). Quanto ao âmbito de análise estrutural do Estado brasileiro, há que se lembrar o papel importante dos tribunais de contas e o papel decisivo do Judiciário, agora menos enfraquecido, para o efetivo controle dos atos administrativos em geral.

Segundo se pode ver, a imbricação dos fatores objetivo e subjetivo, isto é, da estrutura estatal e dos direitos e das garantias da pessoa humana, ensejou a formação e constante melhoria da concepção e concretização do Estado Democrático de Direito, o qual, por seu turno, permitiu o desenho conceitual e a concretização do controle jurisdicional dos atos administrativos, em especial aqueles ditos discricionários, como se percebe, em regra, na atualidade, nos países desenvolvidos e mesmo no Brasil.

3.2 INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Conforme se verá nos tópicos a seguir, desde aquela origem objetiva (fundada na estrutura) e subjetiva (embasada nos direitos e nas garantias da

38 COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 77.

peessoa), configuradora do Estado Democrático de Direito e neste configurada, o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários tem sido alvo de esforços de aprimoramento.

Eis porque, na atualidade, quer no estrangeiro, quer no Brasil, a doutrina e as autoridades exercentes da função jurisdicional cada vez mais tendem a reconhecer a possibilidade de se submeter ao crivo do Direito posto interpretado e aplicado, por exemplo, muitos dos atos dantes considerados discricionários – em oposição àqueles vinculados – porque fundados ou expressos em conceitos jurídicos indeterminados, melhor dizendo, determináveis, ou porque apoiados na antiga concepção de norma programática, donde veio a atual “reserva do possível”. Ao exposto nas assertivas acima adiante se abordará.

3.2.1 Os conceitos jurídicos indeterminados, a integração normativa e a aplicação direta dos princípios administrativo-constitucionais

Inicialmente, seguindo Larenz³⁹, é preciso lembrar ser necessário interpretar as normas criadas a partir dos dispositivos do ordenamento jurídico e tidas por constitutivo-integrantes do sistema que aquele se refere, uma vez que a linguagem jurídica é inexacta porque indissociável da linguagem natural. Mais que isto, a interpretação deve ser adequada para a realidade existencial situada no aqui e no agora, tendo sempre uma referência de sentido (vinculada) à totalidade do ordenamento jurídico respectivo e às pautas de valoração que lhe são subjacentes.

Também se faz necessário que o intérprete se não subtraia à *consciência valorativa geral* da sociedade, haja vista servir essa como bússola que aponta o caminho a seguir na compreensão e aplicação das normas, inclusive em casos de antinomias ou veiculação de conceitos indeterminados (determináveis), e se prestar funcionalmente à imposição de limite intransponível pelo intérprete e aplicador de regra ou princípio jurídico, sobretudo ao se buscar efetuar integração normativa e a aplicação dos princípios constitucionais sem a intermediação de regra legal.

Os *conceitos jurídicos indeterminados* são contrapostos tipologicamente àqueles ditos determinados por García de Enterría e Fernandez⁴⁰. Os conceitos determinados são os que desde o início estão delimitados em seu conteúdo quanto ao alcance e a intensidade, havendo precisão em seu sentido. Já aqueles indeterminados são passíveis de condução a um âmbito de

39 LARENZ, Karl. *Metodología da ciência do direito*. 2. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988. p. 378 e 385-386.

40 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, v. I, 1977. p. 267-276.

certeza – semântico-pragmática, diga-se –, sendo, por conseguinte, determináveis na verdade.

Ao serem os conceitos indeterminados, abordados por García de Enterría, este esclarece sobre os referidos que neles “a indeterminação lógica do enunciado não se traduz em uma indeterminação absoluta de sua aplicação, que permita qualquer interpretação e a contrarie, ou uma invocação meramente caprichosa capaz de legitimar qualquer solução. Pelo contrário, resulta manifesto que a utilização que a Lei faz destes conceitos aponta inequivocamente a uma realidade concreta, perfeitamente indicada como determinável. [...] Há, pois um limite à indeterminação, e um limite manifesto e patente, nada impreciso, ambíguo ou vago, um limite exato e categórico”⁴¹.

García de Enterría⁴² continua, afirmando que os conceitos indeterminados devem ser entendidos e obedecidos, em sua teoria, de um modo só, cabendo aí juízos disjuntivos (é/não é). Todavia, ao se concretizar tais conceitos, ao se determiná-los empiricamente, é possível pluralidade de condutas passíveis de efetivação correta dos seus conteúdos e, portanto, havendo certa liberdade na escolha de um comportamento dentre os possíveis, por ocasião da atividade de determinação conceitual.

Mais que isto, todo conceito jurídico indeterminado (boa-fé, interesse público, solução justa) é detentor de um núcleo de certeza absoluta, abarcado ou envolvido, a seguir, por um halo de imprecisão ou incerteza, ao qual se segue uma zona circundante de certeza negativa. A extensão da zona de incerteza equivale a uma região de penumbra, na qual os raios de luz ainda incidem, mesmo que fracamente, sendo tal realidade de incidência empiricamente indubitável e determinável, ainda que, inicialmente, tal delimitação fosse inviável, considerada apenas a teoria, sabendo-se necessário o advento da realidade empírica ou concreta para tal efetivação.

Em António Francisco de Sousa⁴³, são encontrados, a título de exemplo, alguns limites à interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados pela Administração e pelos órgãos jurisdicionais, ou seja, obstáculos a sua classificação como permissionários de discricionariedade, restando eles mais próximos do que se conhece como vinculatividade e, por conseguinte, sendo alvo de amplo e seguro controle jurisdicional. Igualmente, porque a lei desempenha o duplo papel de servir de bitola ou padrão de conduta simultaneamente da atuação da Administração e do controle dos órgãos

41 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, jueces y control de la Administración*. 5. ed. Madrid: Civitas, 2000. p. 243.

42 GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 247 e 444.

43 SOUSA, António Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994. p. 223-224.

jurisdicionais, resta incontestemente servirem os conceitos indeterminados para limitar e não para ampliar a atuação administrativa.

O Judiciário poderá exercer controle sobre a interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados, ensina Sousa⁴⁴, sobretudo pela aplicação das doutrinas da sustentabilidade da decisão, do erro manifesto de apreciação, da autovinculação da Administração em seus atos ante o rol dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais e daqueles gerais de direito, bem como em face daquelas idéias da valoração pela opinião média da sociedade (senso comum), pelos juízos de experiência comum e de experiência ou conhecimento técnico.

Entenda-se por *erro manifesto de apreciação* “o erro grosseiro, evidente, grave ou flagrante cometido por um órgão ou agente da Administração Pública na apreciação de fatos que estiveram na origem da sua decisão”. Já a *sustentabilidade da decisão* implica a ilegalidade da decisão indefensável juridicamente.

Já a *autovinculação da Administração* em seus atos impõe-lhe o dever de agir somente em conformidade ao direito positivo e às pautas valorativas sociais. Integram o ordenamento jurídico os direitos fundamentais, os princípios constitucionais e aqueles gerais de direito bem como em face daquelas idéias da valoração pela opinião média da sociedade (senso comum), pelos juízos de experiência comum e de experiência ou conhecimento técnico.

Por *direitos fundamentais* há que se compreender, por um lado, os que são basilares a todo o sistema de construção do arcabouço de direitos e deveres de um dado ordenamento, e, por outro, os que se prestam a configurar o conceito constitucional de pessoa humana.

Por *princípios constitucionais* vislumbrem-se aqueles havidos, implícita ou explicitamente, na Constituição, enquanto por *princípios gerais de direito* vejam-se os sacáveis do ordenamento jurídico e que nele estão expressos ou são dele inferíveis. Dentre os princípios limitadores da ação e dos atos administrativos há que se destacar aqueles da *legalidade* – configurado por princípios como aqueles do controle jurisdicional dos atos administrativos, do devido processo legal –, *igualdade* – desdobrável, por exemplo, em impessoalidade, razoabilidade e proporcionalidade – e *segurança* – integrado, dentre outros pelo princípio da confiança no legislador e no administrador – e da supremacia ou indisponibilidade do interesse público.

A *opinião média da sociedade* (senso comum), os *juízos de experiência comum* e os *juízos de experiência ou conhecimento técnico* são, respec-

44 Idem, ibidem, p. 226-234.

tivamente, aquela tida em geral pelos seres humanos de inteligência normal ou mediana, os derivados da própria existência no tempo e no espaço, e os expostos por especialistas cujo conhecimento foi adquirido acadêmica ou cientificamente. Em todos estes casos ou situações, lembre-se que estes critérios de controle jurisdicional dos conceitos indeterminados são utilizáveis em conjunto com todos os demais expressos no parágrafo.

Quanto à *integração normativa*, com Linares⁴⁵ e Lúcia Valle⁴⁶ se aceita sua possibilidade⁴⁷, obedecidos os seguintes requisitos: inexistência de norma específica aplicável ao caso concreto; ser a integração benéfica ao administrado referido, não trazendo para este imposições ou sanções; ocorrer a integração por analogia *legis* – não por analogia *juris* – e por aplicação de princípio geral de direito, jamais sendo possível a integração por intermédio de costume.

Acerca da *aplicação direta dos princípios*⁴⁸ constitucionais, defende-se nesta monografia poder dar-se ela, ou seja, ser plausível a concretização de princípios constitucionais diretamente, sem a intermediação de regra legal e, com a dispensabilidade da regra judicial, que somente surgirá no exercício de papel intermediador e caso de conflito que provoque a intervenção do Judiciário⁴⁹.

Aliás, esclareça-se que o princípio, porque verdadeiramente o é, veicula conceito jurídico determinável, decorrendo daí seu alto grau de abstração, qualidade que o diferencia das regras. Portanto, uma vez que seu conteúdo basilar resta aglutinado em torno de um conceito determinável, ou inicialmente indeterminado, o tratamento interpretativo a ser-lhe outorgado não pode diferir, quanto à essência, daquele dispensado às demais normas veiculadoras de conceitos jurídicos de idêntica natureza.

Também não se diga que a aplicação direta e sem regra legal ou judicial necessariamente intermediária abalará a segurança jurídica. Afinal, a

45 LINARES, Juan Francisco. *Caso administrativo no previsto*. Buenos Aires: Astrea, 1976. p. 54 ss.

46 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Op. cit., p. 43-46.

47 Em sentido similar vide Ronald Dworkin (1978:44), que afirma que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra estabelecida podem impor uma obrigação normativa, porquanto são espécies do gênero norma jurídica.

48 Celso Antônio Bandeira de Mello (2005:888-889) define o princípio jurídico como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia por diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”.

J. J. Gomes Canotilho (*Direito constitucional e teoria da constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1087-1088), após distinguir princípios de regras, enquanto espécies do gênero norma, afirma que, diferentemente das regras, os princípios: em conflito são passíveis de harmonização; em aplicação são abertos a uma otimização (diferentes graus de concretização); restam ligados a questões não apenas de validade, mas, também, de peso (importância, ponderação, valia).

49 Esta concepção da aplicação e concretização direta do princípio, logo, sem a intermediação necessária de regra legal, é combatida pela doutrina dominante, devendo-se conferir neste sentido: ESSER, Josef. *Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Bosch, 1961. p. 60 ss.; LARENZ, Karl. Op. cit., p. 584.

lei e sua interpretação não detêm maior grau de tal segurança, até porque a lei, que após a Revolução Francesa de 1789 era elaborada para proteção do indivíduo (administrado), hoje é usada para atacá-lo e cercar-lhe os direitos. Não é só: a aproximação dos ordenamentos pertencentes às famílias anglo-saxônica e romano-germânica poderá estimular o Direito brasileiro, pertencente a esta última, a atribuir maior eficácia aos ditos princípios e a seus valores, permitindo-lhe, ademais, atualização jurisprudencial, sem que assim haja agravamento do descrédito da lei pela afronta à confiança do cidadão.

Em adição, diga-se haver diferença entre a integração normativa e a aplicação direta de princípio constitucional regulador da Administração, uma vez que esta, ao contrário daquela, não pressupõe a inexistência de norma aplicável ao caso concreto já que o princípio existe e é norma, e, por conseguinte, não implica a necessidade de analogia.

Igualmente, há que se distinguir a idéia de princípio enquanto pertencente à tipologia norma da noção de princípio geral de direito enquanto pauta ou parâmetro axiológico que se presta a ser diretriz na intelecção de normas, mas não é norma tipológica *per se* e *ipso facto*⁵⁰. Ademais, frise-se que o juiz, ao interpretar e aplicar um princípio há de levar em conta o primado de concretização do legislador, ou seja: se o princípio admite várias concretizações, está vinculado à que foi escolhida pelo legislador, caso exista tal concretização legislativa. Todavia, inexistindo esta, entende-se neste artigo ser possível a aplicação de princípio constitucional com ou sem intermediação de regra judicial (veiculada por sentença ou acórdão)⁵¹.

3.2.2 Eficácia das normas programáticas e “reserva do possível”

Muito se tem dito sobre a “reserva do possível”, expressão essa que tem por sentido *somente ser possível obrigar à Administração a cumprir os planos e metas onerosas aos cofres públicos caso ela tenha condição fática de fazê-lo*. Por outras palavras, o que for, em dado momento, comprovadamente impossível de realização por descompasso entre a hipótese normativa e a situação cotidiana da vida, não há como ser exigido judicialmente.

No dizer de Canotilho:

“Quer as imposições constitucionais sejam ‘derivadas’ de diretivas de socialidade e de normas de competência, ou estejam integradas em preceitos consagradores de direitos subjetivos, econômicos, sociais e culturais, sempre o problema da sua

efetivação [...] terá de confrontar-se com o que, hoje, se designa, em teoria da constituição como *reserva do possível* (sobretudo do desenvolvimento econômico).

É que, independentemente das ‘teorias dos direitos fundamentais’ e das ‘teorias da constituição’, a efetivação dos direitos a prestações não pode fugir à dificuldade de conceber direitos subjetivos insuscetíveis de serem derivados normativamente da constituição como direitos imediatamente realizáveis, correndo-se o risco de os transformar em ‘cláusulas vazias’ ao sabor das decisões do governo.”⁵²

Logo, a concepção da “reserva do possível”, parece, é conseqüência lógica da antiga conceituação das normas ditas programáticas. Em Canotilho⁵³ encontra-se a evolução do conceito da *norma programática*, que inicialmente significava mera declaração quase utópica de um programa a ser um dia alcançado.

Posteriormente, a norma programática passou a deter intensa positividade e eficácia, significando fundamentalmente: “a vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização; a vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *diretivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidades, em relação aos atos que as contrariam”.

Por conseguinte, “em virtude da eficácia vinculativa reconhecida às ‘norma programáticas’, deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica atual’ e ‘norma jurídica programática’”, afirma Canotilho⁵⁴. Ora, se a concepção da reserva do possível é fundada em noção já ultrapassada sobre o que é norma programática, há que se reconfigurá-la. Uma das questões a serem solucionadas é: qual a amplitude e a intensidade da idéia da “reserva do possível”?

É possível que uma resposta rudimentar seja abstraível dos seguintes requisitos:

- a) as regras constitucionais não-programáticas devem restar excluídas do âmbito de incidência do argumento da “reserva do possível”, sendo inescusável seu cumprimento em quaisquer circunstâncias, sob pena de inconstitucionalidade;

52 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 172-173.

53 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 1102-1103.

54 Idem.

50 Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 228-266; GUASTINI, Riccardo. Op. cit., p. 185-203.

51 LARENZ, Karl. Op. cit., p. 416.

- b) as normas programáticas vinculam negativamente a Administração, no exercício de suas funções reguladora (normativa), administrativa (gerencial) e jurisdicional (decisional), tal qual vincula Legislativo e Judiciário em suas esferas técnica e política e em seus âmbitos de ação;
- c) as normas programáticas vinculam positivamente a Administração, no exercício de suas funções, não podendo o administrador agir e praticar atos jurídicos que não se prestem direta e indubitavelmente à concretização da dita espécie normativa.

Deste modo, a título de exemplo, será inconstitucional lei orçamentária que não priorize a consecução, no orçamento, de finalidade social imposta pela Constituição, a exemplo dos direitos à educação infantil e ao ensino fundamental, bem como à saúde, destinando os recursos ao alcance de outras finalidades não essenciais. Isto porque, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, a partir de voto do Ministro Celso de Mello, a citada Corte Jurisdicional:

“Não pode demitir-se do [...] encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam [...] com as liberdades positivas, reais ou concretas.

É que se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público.”⁵⁵

Por conseguinte, será passível de controle jurisdicional o ato da Administração, e aquele administrativo, quando houver dúvida sobre sua vinculação positiva ou negativa ao cumprimento de ordem constitucional, não sendo aceitável o uso do conceito da “reserva do possível” para que se exima a Administração de seu dever, devendo ela provar a destinação dos recursos econômicos e financeiros do Estado, sob pena de invalidade de seu ato já praticado, além de cominação de outras sanções.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se ser o método adequado para o estudo do Direito Administrativo aquele *Lingüístico Sistêmico-funcional*, que tem por instrumentos a *estipulação* e a *redefinição* vocabular. Isto porque a este método impregna postura de combate científico ao autoritarismo, que se vale da despico-

logização dogmatizadora da linguagem jurídica de modo a torná-la falsamente neutra sob o prisma axiológico, sobretudo pelo uso de termos e expressões vagos e ambíguos. Igualmente, o aludido método se presta ao combate do propósito autoritário de uso formal e material ilegal de certos veículos normativos (medidas provisórias, decretos autônomos etc.). E tudo isto é realizado por meio de análise lingüística eficiente.

Em todo este objetivo de combate ao autoritarismo, exerce papel fundamental a concretização eficaz dos pesos e contrapesos limitadores do exercício do poder, dentre os quais merecem destaque o princípio da colaboração e harmonia entre os órgãos exercedores das funções legislativa, executiva (governamental e administrativa) e jurisdicional, de natureza estrutural, e o rol dos direitos fundamentais da pessoa, de essência material.

Mais: a Administração Pública realiza o *ato administrativo*. Este, espécie do gênero atos da Administração, tem como pressupostos de validade sujeito, motivo e requisitos procedimentais, e como pressupostos lógico, teleológico e formalístico, respectivamente conhecidos como finalidade, causa e formalização, além de ter por elementos o conteúdo e a forma. Igualmente, há que se conceituar o ato administrativo como a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício de função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre o Estado e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Judiciário.

Quanto ao *controle jurisdicional do ato administrativo discricionário*, deve-se destacar viver este uma crise conceitual porque mesmo ele tem em si elementos de vinculatividade. Frise-se dar-se a discricionariedade, em regra, somente na dinâmica da norma, ou seja, em sua concretização por intermédio da aplicação do conteúdo da hipótese normativa a dada situação fenomênica. Daí o serem os *atos administrativos discricionários controláveis pelo Judiciário quanto a sua conformidade formal e essencial ao Direito*. Outrossim, porque contínuo o *processo de evolução dos elementos estruturais e materiais do conceito de Estado de democrático de direito*, logo, sendo dinâmico o dogma de ato discricionário, há tendência de restrição ao âmbito de existência deste.

Dentre os *obstáculos apontados por parte da doutrina como impeditivos de amplo controle dos atos ditos discricionários*, pontificam o *conceito jurídico indeterminado*, a *vedação à integração normativa* como instrumento para a colmatação de lacunas, a *aplicação direta dos princípios administrativo-constitucionais*, os quais em si não seriam suficientes para a inexistência de lacunas, e a “reserva do possível”. Tais obstáculos são superáveis e, pois, não impedem o controle do ato administrativo discricionário pelo Judiciário no Brasil.

55 BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 436.996-6/SP, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, v.u., 26.10.2005.

Diferentemente do que alguns defendem, o conceito jurídico indeterminado é determinável quando de sua interpretação e posterior aplicação à realidade fática. Afinal, ele detém um núcleo de certeza positiva e um limite intransponível de certeza negativa, entre os quais existe uma zona de incerteza. Isto porque o núcleo, quando estudado pelo intérprete, irradia sua luz semântico-pragmática para a zona de indeterminação determinando-a. Mais: há que se aceitar dever o intérprete e aplicador do conceito determinável na dinâmica da norma, ainda que indeterminado em sua estática, obedecer à consciência valorativa geral havida na sociedade. Igualmente, faz-se necessário defender serem os ditos conceitos entendidos e obedecidos mediante a efetivação de juízos disjuntivos (é/não é).

Lembre-se, ainda, serem, também, mecanismos de controle jurisdicional dos conceitos indeterminados pela aplicação das doutrinas da sustentabilidade da decisão, do erro manifesto de apreciação, da autovinculação da Administração em seus atos ante o rol dos direitos fundamentais, dos princípios constitucionais e daqueles gerais de direito, bem como em face daquelas idéias da valoração pela opinião média da sociedade (senso comum), pelos juízos de experiência comum e de experiência ou conhecimento técnico.

Quanto à *integração normativa*, se aceita sua possibilidade, obedecidos os seguintes requisitos: inexistência de norma específica aplicável ao caso concreto; ser a integração benéfica ao administrado diretamente referido, não trazendo para este imposições ou sanções; ocorrer a integração por analogia *legis* e por aplicação de princípio geral de direito. Acerca da *aplicação direta dos princípios constitucionais*, defende-se poder dar-se ela, sem a intermediação de regra legal e com a dispensabilidade da regra judicial prévia. Afinal, tal regra somente surgirá no exercício de papel intermediador e caso de conflito que provoque a intervenção do Judiciário.

Finalmente, há que se entender a “reserva do possível”, expressão que tem por sentido *somente ser aceitável obrigar a Administração a cumprir os planos e as metas onerosas aos cofres públicos caso ela tenha condição de fazê-lo*, como questionável, seja porque se apóia semanticamente na idéia, hoje superada, da norma programática como norma para o futuro e sem eficácia presente, seja porque solapa toda a eficácia da Constituição, logo do ordenamento jurídico dela decorrente, e, portanto, coloca em risco a paz e a justiça sociais.

Assim, a “reserva do possível” somente será considerada em relação às normas programáticas e desde que se atente para a vinculação negativa a ela por parte da Administração, no exercício de suas funções reguladora (normativa), administrativa (gerencial) e jurisdicional (decisional), tal qual

vincula Legislativo e Judiciário em suas esferas técnica e política e em seus âmbitos de ação. Outrossim, as normas programáticas também vinculam positivamente à Administração, no exercício de suas funções, não podendo o administrador agir e praticar atos jurídicos que não se prestem direta e indubitavelmente à concretização da dita espécie normativa.

Por todo o exposto, resta indubitável ser o verdadeiro âmbito de existência conceitual e fática do ato administrativo discricionário em seu mérito e, pois, não controlável substantivamente pelo Judiciário, menor e menos intenso que o por vezes defendido no Estado Democrático de Direito.