



COORDENAÇÃO GERAL

Celso Fernandes Campilongo

Alvaro de Azevedo Gonzaga

André Luiz Freire

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP

TOMO 5

DIREITO TRIBUTÁRIO

COORDENAÇÃO DO TOMO 5

Paulo de Barros Carvalho

Maria Leonor Leite Vieira

Robson Maia Lins

Editora PUCSP

São Paulo

2019

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP
DIREITO TRIBUTÁRIO

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA
DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

DIRETOR
Pedro Paulo Teixeira Manus
DIRETOR ADJUNTO
Vidal Serrano Nunes Júnior

ENCICLOPÉDIA JURÍDICA DA PUCSP | ISBN 978-85-60453-35-1

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br>

CONSELHO EDITORIAL

Celso Antônio Bandeira de Mello
Elizabeth Nazar Carrazza
Fábio Ulhoa Coelho
Fernando Menezes de Almeida
Guilherme Nucci
José Manoel de Arruda Alvim
Luiz Alberto David Araújo
Luiz Edson Fachin
Marco Antonio Marques da Silva
Maria Helena Diniz

Nelson Nery Júnior
Oswaldo Duek Marques
Paulo de Barros Carvalho
Raffaele De Giorgi
Ronaldo Porto Macedo Júnior
Roque Antonio Carrazza
Rosa Maria de Andrade Nery
Rui da Cunha Martins
Tercio Sampaio Ferraz Junior
Teresa Celina de Arruda Alvim
Wagner Balera

TOMO DE DIREITO TRIBUTÁRIO | ISBN 978-85-60453-48-1

A Enciclopédia Jurídica é editada pela PUCSP

Enciclopédia Jurídica da PUCSP, tomo V (recurso eletrônico)

: direito tributário / coords. Paulo de Barros Carvalho, Maria Leonor Leite Vieira, Robson Maia Lins - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2018

Recurso eletrônico World Wide Web

Bibliografia.

O Projeto Enciclopédia Jurídica da PUCSP propõe a elaboração de dez tomos.

1. Direito - Enciclopédia. I. Campilongo, Celso Fernandes. II. Gonzaga, Alvaro. III. Freire, André Luiz. IV. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

PODER DISCRICIONÁRIO

Íris Vânia Santos Rosa

INTRODUÇÃO

Frente ao contexto econômico e social atual muito se questiona em relação ao agir da administração pública, e esta, quando analisada, traz sempre consigo a importância de considerar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado inclusive por sua função de princípio implícito do Direito Administrativo.

Em contraponto, por ser composta por pessoas e que estas possuem interesses individuais, valores próprios, suas convicções podem colidir com o propósito do bem comum tão preservado pela Constituição de 1988.

Todavia, em que pese esta análise, vive-se em um Estado Democrático de Direito em que as Leis são criadas para regular as condutas intersubjetivas organizando a sociedade. Nesse sentido, cumpre verificar os mecanismos de efetivação do interesse público nas formas de manifestação da Administração perpassando pela discricionariedade administrativa, a qual consiste em liberdade de escolha do Administrador bem como pelo entendimento dos conceitos jurídicos indeterminados presentes também nesta margem de liberdade.

Este verbete elucidará o Poder Discricionário esclarecendo que seja qual for o agir do administrador público, este não se exime da obediência à norma legal, posto que até mesmo quando proporcionada a possibilidade de escolha esta deve constar na lei para que não implique em arbitrariedade.

Trataremos também de demonstrar, de forma comparativa, em que consiste o poder vinculado para a compreensão de como deve prosseguir a atividade administrativa.

No segundo momento, abordaremos os limites do poder discricionário partindo do controle dos atos administrativos pelo poder judiciário, discorrendo sobre a Teoria dos motivos determinantes, para então, finalizarmos com a revogação e a anulação desses atos administrativos em um panorama geral das informações dispostas a fim de construir um entendimento de como os elementos abordados concretizam o alcance do interesse

público, conforme segue.

SUMÁRIO

Introdução.....	2
1. Dos atos da administração pública e suas formas de manifestação	3
1.1. Poder discricionário da administração pública.....	6
1.1.1. Poder discricionário técnico	10
1.1.1.1. Conceitos jurídicos indeterminados.....	11
1.2. Poder vinculado da administração pública.....	14
2. Limites do poder discricionário	16
2.1. Controle do poder discricionário pelo judiciário.....	17
2.2. Teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos.....	23
2.2.1. Da revogação do ato discricionário	26
2.2.1.1. Da anulação do ato discricionário.....	27
Referências	30

1. DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E SUAS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO

A Administração Pública deve proteger o interesse público. Adquire esse conceito grande importância quando os órgãos da administração sob o comando do Poder Executivo emanam atos com vistas à efetivação dos anseios sociais, concretizando, por meio da máquina administrativa, essas realizações.

Como sujeito de direito o Estado pode pessoalmente por meio do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal, diretamente, ou por intermédio de sua malha administrativa, editar atos pelos quais é expressa sua vontade, todavia esses atos não podem ser considerados de regra não só como atos administrativos, pois existem outras nomenclaturas que em nada guardam similitude àqueles.

Dessa forma, será importante considerar a relação entre o ato jurídico e o ato administrativo, sendo aquele o sucedâneo necessário deste, pois um ato administrativo não pode sê-lo se não preencher os requisitos e pressupostos do ato jurídico lato sensu.

Neste momento adentra-se então na seara em que se estabelece controvérsia sobre os atos emanados pela Administração Pública, mas sem o caráter de atos administrativos. São aqueles os quais decorrem do exercício das funções administrativas, mas não necessariamente podem ser considerados como atos administrativos, por seguirem regras de Direito Privado, ou por serem atos de governo-políticos.

Prosseguindo no entendimento acerca dos atos administrativos, importa lembrar que não se pode desconsiderar os atos oriundos das funções anômalas dos Poderes Judiciário e Legislativo, que são atos administrativos. Não podem ser confundidos com os oriundos do Poder Executivo, por serem esses mais específicos e aqueles voltados para âmbito de atuação de cada esfera de poder em atividade atípica.

Sobre as manifestações da Administração, Bandeira de Mello¹ explica que:

“a noção de ato administrativo não deve depender, isto é, não deve ser tributária, da noção de Administração Pública (conjunto de órgãos do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta), porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo, e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública”.

E a Professora Maria Sylvania Zanella Di Pietro,² define ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime jurídico de direito privado e sujeita ao controle pelo Poder Judiciário”.

E ainda, Odete Medauar³ complementa que:

“o ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade”.

Observados os conceitos mencionados, para a edição destes atos se faz

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 356.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, p. 189.

³ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 164.

necessário o preenchimento de alguns requisitos,⁴ como: a competência, forma, finalidade, objeto, motivo e o mérito administrativo como componentes de implicações em certos atos.

Registre-se, que são requisitos: a forma, que por falar-se de Administração Pública deve ser aquela prescrita em lei; a finalidade, que também é fixada por lei, mas está, ainda, intimamente ligada ao interesse público; a competência a qual consiste na atribuição legal para prática do ato, a norma diz quem será competente, o objeto que é o que se pretende com o ato, identificando-se com o conteúdo ou mérito, atrelados à motivação que o justifica.

Com os requisitos desses atos se torna possível indicar uma classificação básica que representa as várias formas da Administração Pública se manifestar, iniciando quanto às prerrogativas de atuação, sua posição jurídica ou ao seu objeto. Assim os atos podem ser de império onde a Administração se vale de suas prerrogativas ou de gestão, onde os atos são praticados em igualdade com os particulares pela Administração.

Quanto ao alcance dos seus efeitos ou à situação de terceiros, pode-se classificar os atos em internos, aqueles os quais os efeitos são produzidos no interior da Administração e os atos externos, que produzem seus efeitos fora da Administração. Ampliando a classificação anterior os atos podem ser quanto aos destinatários: individuais com destinatários certos, ou gerais onde os destinatários são incertos.

Quanto à natureza da atividade, segundo Bandeira de Mello⁵ será composta pelos atos de administração ativa (licenças e autorizações), consultiva (pareceres), controladora (homologações), verificadora (certificações) e contenciosa (julgamentos e decisões administrativas).

A penúltima classificação que cumpre consignar é quanto à formação, função ou composição da vontade administrativa: atos simples onde a declaração de vontade é unitária, ou seja, somente de um órgão; complexos, onde é imperativa a conjugação de vontade de mais de um órgão e os compostos, onde a eficácia fica condicionada a

⁴ No tocante aos pressupostos, Celso Antônio analisa-o em dois planos, o da validade e da existência. Sendo pressupostos de existência, o objeto e a pertinência ou imputação da atuação ao Estado e de validade, o sujeito (subjetivo), os motivos e requisitos procedimentais (objetivo), a finalidade (teleológico); a causa (lógico) e a formalização (formalístico). Como elementos, Bandeira de Mello nos apresenta: o conteúdo e a forma, caracterizando como realidades intrínsecas do ato. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 365-370.

⁵ *Idem*, pp. 391-392.

ratificação posterior de outro órgão, tem-se assim dois atos, um principal e outro acessório.

Conforme a classificação fundamental, as espécies de atos administrativos se dividem em duas categorias. Quanto ao conteúdo: autorização, licença, admissão, permissão, aprovação e homologação. Quanto à forma: decreto, portaria, resolução, alvará, circular, despacho.

Por fim, a doutrina classifica os atos quanto ao seu regimento ou grau de liberdade da Administração em decidir, neste momento tem-se a divisão entre os atos vinculados, onde a lei tipifica o comportamento e os atos discricionários, onde a lei dá certa margem de decisão. Devido à importância dessa classificação para a presente pesquisa serão abordados mais detidamente no avançar do estudo.

1.1. Poder discricionário da administração pública

Historicamente, a noção de discricionariedade remonta às antigas monarquias europeias e seus Estados de Polícia, onde o soberano era o detentor de todas as funções estatais; editava leis, fiscalizava e executava-as.

Quando da separação dos poderes após a Revolução Francesa, as prerrogativas monárquicas não foram de todo conferidas ao Poder Executivo, asseverando assim a distinção entre o conceito embrionário de Governo e de Administração Pública, e, crescente a ideia de limitar o agir administrativo, reduzindo ao máximo as liberdades de opção do gestor na lida da coisa pública.

As ações administrativas deveriam ser reguladas quase que plenamente, prevendo todas as situações, e ainda, sujeitas ao controle jurisdicional. Todo esse contexto aumenta a confusão gerada pela falta de um conceito preciso de discricionariedade, o qual muitos assemelhavam à arbitrariedade imposta pelos déspotas.

Na verdade, a discricionariedade e arbitrariedade em muito se distinguem tanto que Bandeira de Mello⁶ acerca do agir discricionário e do agir arbitrário explica cuidadosamente:

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 401.

“não se confundem discricionariedade e arbitrariedade. Ao agir arbitrariamente o agente está agredindo a ordem jurídica, pois terá se comportado fora do que lhe permite a lei. Seu ato, em consequência, é ilícito e por isso mesmo corrigível judicialmente. Ao agir discricionariamente o agente estará, quando a lei lhe outorgar tal faculdade (que é simultaneamente um dever), cumprindo a determinação normativa de ajuizar sobre o melhor meio de dar satisfação ao interesse público por força da indeterminação quanto ao comportamento adequado à satisfação do interesse público no caso concreto”.

Durante décadas houve debates tanto no plano jurídico como no plano político na tentativa de exclusão da discricionariedade. Todavia restou reconhecida a necessidade desta para um sistema administrativo com mais agilidade e presteza nos serviços públicos. Esse reconhecimento é fruto da modernidade, pois é impossível ao legislador, mesmo o mais árduo e capacitado, consignar na norma todas as situações do cotidiano detalhadamente.

Neste sentido, o pensador John Locke citado por Andreas J. Krell⁷ afirma que “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discricção daquele que detenha nas mãos o poder executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público”.

Este é o fundamento para a existência da discricionariedade, que se caracteriza por uma parcela de liberdade concedida à administração, para realizar a melhor opção no caso concreto, em nome do interesse público.

O Estado foi evoluindo, primeiramente para um Estado de Direito, em que a Administração norteava suas ações baseadas na lei. Porém, mesmo com embasamento legal, o individualismo se sobrepunha ao interesse público, o agir administrativo-estatal nas questões sociais era ínfimo. Neste momento histórico o Princípio da Legalidade⁸ recebia a interpretação conforme a orientação de um Estado Liberal, por consequência afastava-se do controle jurisdicional.

⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*, p. 18.

⁸ O Princípio da Legalidade, previsto na Constituição Federal, nos arts. 5º, II e XXXV, 37 e 84, IV, é considerado pela doutrina majoritária como o mais importante princípio da Administração, pois dele decorrem os demais, e por via de consequência o agir da Administração e do agente público. Regulando de forma direta onde há ou não liberdade à conveniência e oportunidade.

Os problemas decorrentes desta postura estatal logo foram sentidos pela parte desfavorecida, dando início ao conflito de classes e o reconhecimento da ineficiência estatal. Desse modo emergiu a necessidade de um Estado Social de Direito como forma de evitar as desigualdades entre ricos e pobres, estabelecendo-se em áreas consideradas de interesse relevante, assumindo o papel de prestador de serviço. É dado um novo sentido ao Princípio da Legalidade, limitando a discricionariedade, estabelecendo certo controle.

Mesmo diante de enormes evoluções sociais, este modelo de Estado coincidiu com as chamadas ditaduras populares, principalmente no Brasil, onde se buscou uma maior participação popular no cenário político e a consequente expressão da sociedade na gestão da coisa pública, acrescentando assim um controle mais efetivo sobre a máquina administrativa.

Esse anseio foi aperfeiçoado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu em seu art. 1º a predileção brasileira de guiar-se como um Estado Democrático de Direito.⁹ Daí decorrendo obrigatoriamente o conceito atual do princípio da legalidade e sua obediência estrita no agir administrativo, estabelecendo em regra os limites da Administração, seja vinculando-a, ou conferindo certa flexibilidade ao administrador.

Esse rápido resgate histórico facilita nossa compreensão sobre o significado atual da discricionariedade administrativa onde não é possível confundi-la com as arbitrariedades anteriores, bem como a inexistência preconizada por alguns pensadores. Desse modo, a discricionariedade administrativa nunca será absoluta e a liberdade conferida estará sempre circunscrita aos limites da lei e dos princípios.

Celso Antônio Bandeira de Mello,¹⁰ melhor conceitua discricionariedade administrativa, concluindo que: “discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade

⁹ Constituição Federal: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos”.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 48.

conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente”.

Ainda sobre o poder discricionário, o vocábulo poder é fruto de grande instabilidade na doutrina, pois conceitualmente não há unanimidade, sendo utilizadas diversas expressões como: competência discricionária, dever discricionário, atividade discricionária, atribuição discricionária, faculdade discricionária ou mesmo discricionariedade. Embora sejam várias as acepções, essas não comprometem o entendimento e podem ser utilizadas como sinônimas.

Contudo, Odete Medauar,¹¹ esclarece o sentido de algumas:

“se considerado, de modo rigoroso, o sentido desses vocábulos, o poder discricionário seria a atribuição legal de decidir com possibilidade de escolha; atividade discricionária refere-se ao exercício de funções com utilização do poder discricionário, enquanto discricionariedade é a própria possibilidade de escolha”.

Superadas divergências, o poder discricionário consiste na faculdade concedida pela norma jurídica à Administração para que esta emane os atos administrativos, gozando de liberdade na escolha da conveniência e oportunidade. Essa liberdade, não reside no ato por completo, pois quanto à competência, à forma e à finalidade, a Administração está vinculada ao disposto em lei.

Ademais, a discricionariedade apresenta também vinculação aos princípios, pois, assim as decisões administrativas estarão adstritas ao interesse público, objetivando finalisticamente o agir congruente da Administração Pública. Embora, existam situações em que diversos interesses circundam o contexto fático, o gestor deve estabelecer critérios justos com vistas a ponderar de forma equitativa a decisão tomada.

Quando a Administração observa essas situações e a lei autoriza o juízo de conveniência e oportunidade, a ação resulta em ato discricionário, ou melhor, um ato abrigado pela competência discricionária. Isso porque o ato em si não é discricionário, só é assim classificado para fins didáticos, classificação por sua qualidade.

Bandeira de Mello¹² ainda faz considerações importantes sobre o assunto:

¹¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 131.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 18.

“cabe observar que embora seja comum falar-se em ‘ato discricionário’, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns aspectos que condicionam ou que o compõem’. Com efeito, o que é discricionária é a competência do agente quanto ao aspecto ou aspectos tais ou quais, conforme se viu. O ato será apenas o ‘produto’ do exercício dela. Então, a discricião não está no ato, não é uma qualidade dele; logo não é ele que é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”.

No mesmo sentido Hely Lopes Meirelles¹³ afirma que:

“a rigor, a discricionariade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Daí a justa observação de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois certo é falar-se em poder discricionário da Administração. Com essa ressalva conceitual, continuaremos a nos referir a atos discricionários, porque, embora inadequada, a expressão está consagrada na doutrina e na jurisprudência”.

Identifica-se o poder discricionário como uma necessidade da Administração Pública moderna, porquanto não seja possível detalhar todos os aspectos da vida cotidiana, onde o Estado atua.

Destaca-se, ainda, que a discricionariade está presente cada vez mais na esfera ambiental, motivo pelo qual, a discricionariade técnica¹⁴ será tratada abaixo, como o campo de exercício do poder discricionário que tem grande importância a esse verbete.

1.1.1. Poder discricionário técnico

Trata-se não de outra forma ou classificação dentro dos poderes da Administração, mas da utilização de critérios técnicos decorrentes na maior parte dos casos de pessoas ou entidades especializadas, para preenchimento de normas muito genéricas que ensejam o exercício de discricionariade pelo Poder Público.

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 168.

¹⁴ KRELL, Andreas J. *Discricionariade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*.

O Poder discricionário técnico surgiu por criação doutrinária e jurisprudencial de alguns países, tendo seu principal defensor o Estado Italiano, mas vale consignar os Estados da Espanha e de Portugal como integrantes dessa construção. Os ditos critérios técnicos de um modo geral são decorrentes da ciência e das técnicas-profissionais amplamente aceitas pela sociedade, contudo essas não implicam em uma aceitação irrestrita, pois, como em qualquer área do conhecimento existem divergências. Não se pode pensar que quando a Administração utiliza o parecer “A” favorável ao caso hipotético, rejeitou o “B” por ser contrário. A tecnicidade da questão conduz o ato administrativo a ser praticado.

Justamente neste ponto que permanece a margem discricionária dentro dos limites técnico-científicos. Todavia não ocorrendo situações divergentes ou mesmo díspares em grau inferior, a atividade administrativa permanecerá vinculada, não à lei, mas aos critérios técnicos os quais estabeleceram ditames claros e de aceitação unânime pela comunidade científica.

Por fim, cabe salientar que concomitantemente com a discricionariedade técnica outro tema vem adquirindo importância na doutrina nacional, causando uma cisão entre os autores, principalmente com os autores modernos. Trata-se da incorporação pelo Direito Administrativo pátrio da Teoria dos Conceitos jurídicos indeterminados, na qual a expressão interesse público faz parte integrante.

1.1.1.1. Conceitos jurídicos indeterminados

A doutrina nacional não costumava tratar o tema com muita intensidade, consequência de não existir por hora um posicionamento unânime ou pelo menos majoritário. Diferentemente ocorre no Direito Alemão, que utiliza a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, mas não como antagonismo à discricionariedade como afirmam alguns doutrinadores nacionais.

Os conceitos jurídicos indeterminados, que parecem tão distantes na doutrina e jurisprudência administrativa, há muito circundam o Direito Privado ou mesmo o Público, pois quem nunca leu um artigo ou decisão onde as expressões mulher honesta, bem comum, boa-fé estavam presentes? O que na verdade nunca causou tanta estranheza para os intérpretes do Direito.

A problemática sobre o tema deriva principalmente do estudo das legislações e doutrinas alienígenas – a germânica, principalmente – que possuem outra concepção administrativa, pois vivenciaram historicamente regimes de opressão da Administração, e que necessitava de um maior controle judicial para extirpar os fantasmas do nazismo.

Os doutrinadores brasileiros desenvolveram inicialmente duas linhas de pensamento em relação ao exercício da discricionariedade e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados. Existem aqueles que defendem não existir distinção alguma entre as atividades, considerando que quando se está na presença de um conceito impreciso, este levará à competência discricionária.

A segunda corrente estabelece a distinção rígida entre ambos, pois não haveria margem alguma de escolha para o administrador quanto à interpretação dos conceitos legais, pois este ficaria adstrito como ocorre nos atos vinculados. Nesta linha de pensamento ficaria afastada a ideia de que há discricionariedade na interpretação dos conceitos imprecisos, devendo esta derivar de construções intelectuais ou cognitivas, enquanto aquela de atuação volitiva.

Thêmis Limberger¹⁵ parafraseando Eduardo García Enterría, explica que:

“a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou seja, entre critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não previstos na lei e conferidos ao critério subjetivo do administrador. Os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se em um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal”.

Em sentido contrário Andrés J. Krell¹⁶ afirma que:

“parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles. A

¹⁵ LIMBERGER, Thêmis. *Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*, p. 111.

¹⁶ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*, p.35.

extensão da liberdade discricionária atribuída à Administração mediante o uso de conceitos indeterminados depende, preponderantemente, do tipo de conceito utilizado pelo texto legal”.

E, sintetizando o tema, a professora Odete Medauar¹⁷ explica que:

“havendo parâmetros de objetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há que se falar em discricionariedade. Se a fórmula ampla, aplicada a uma situação fática, admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas e fundadas na noção, o poder discricionário se exerce”.

Desta análise sobre os conceitos imprecisos, depreende-se que embora o tema seja ainda controverso, tanto na doutrina nacional como estrangeira, parece acertada a posição temperada da doutrinadora em tela. Isto porque, a presença desta teoria no Direito Brasileiro é cada vez maior, extravasando o limite do Direito Administrativo e adentrando em seu braço protetor do meio ambiente, o Direito Ambiental.

Analisando o que foi apresentado até o momento, resta claro que a presença dos conceitos jurídicos indeterminados está relacionada intimamente com a discricionariedade, contudo, se faz necessário estabelecer o elo entre estes dois conceitos com o de interesse público.

Tendo em vista que o Estado deve voltar-se ao atendimento do bem comum, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, a fim de manter-se a coerência, obviamente os atos discricionários, diante da realidade de um conceito jurídico indeterminado previsto em lei, deverá atingir a noção de interesse público.

Segundo o Professor Marcelo Alexandrino:¹⁸

“quando a lei emprega conceitos jurídicos indeterminados na descrição do motivo determinante da prática de um ato administrativo e, no caso concreto, a administração se depara com uma situação em que não existe possibilidade de afirmar, com certeza, se o fato está ou não abrangido pelo conteúdo da norma; nessas situações a administração, conforme o seu juízo privativo de oportunidade e conveniência administrativas, tendo em conta o interesse público, decidirá se considera, ou não, que o fato está enquadrado no conteúdo

¹⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, pp. 138-139.

¹⁸ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*, p.217.

do conceito indeterminado empregado no descritor da hipótese normativa e, conforme essa decisão praticará, ou não, o ato previsto no comando legal”.

Assim, conforme destacado anteriormente, a atuação da administração pública está restrita à submissão das normas, podendo realizar apenas o que está definido em lei. Neste contexto, algumas normas permitem pequena margem de liberdade para o administrador público na tomada de decisões frente aos casos concretos do dia a dia administrativo, a qual se denomina discricionariedade. Entretanto, a norma pode apresentar escolhas claras e definidas ou escolhas que abrangem conceitos jurídicos indeterminados.

Ao se deparar com os mencionados conceitos, o administrador deverá exercer o poder-dever discricionário, calcado nos princípios inerentes à administração pública, explícitos no art. 37 da Constituição Federal e implícitos no texto da Lei Maior e nas leis que amparam a atividade administrativa, com a finalidade única de atender ao interesse público cujo conceito importa sobremaneira a presente discussão.

1.2. Poder vinculado da administração pública

Mais que uma faculdade, os poderes da Administração Pública são reconhecidamente uma maneira de satisfazer as necessidades administrativas, sempre dentro dos limites legais e principiológicos, pois devem buscar a satisfação do interesse público, e por consequência, são irrenunciáveis pelo ente administrativo.

A característica de dever, impressa nos poderes administrativos, é mais nítida no chamado poder vinculado, que embora não reconhecido como poder autônomo por muitos doutrinadores faz o contraponto necessário ao presente estudo. Aqueles que negam sua autonomia o fazem justificando que este serviria como atributo aos demais poderes da administração, bem como acontece com o poder discricionário.

Distanciando-se de quaisquer controvérsias, pode-se caracterizar o poder vinculado como uma imposição, uma restrição à administração, pois o legislador prevê todas ou quase todas as situações e exigências para atuação do Poder Público. Desta forma não é permitida a análise da oportunidade e conveniência, devido aos valores terem sido observados na edição da norma vinculante.

Todavia, a regra não é absoluta, pois no agir da administração, a vinculação é

relativizada, sendo mínimas as situações de vinculação extrema, sem a presença da competência discricionária. A distinção rígida à classificação não subsiste; esta relação deve-se deter na análise do comando legal para auferir a predominância do poder vinculado ou discricionário a fim de caracterizar o ato resultante deste como vinculado – aquele que sofre a influência determinante do poder vinculado –, ou discricionário como será estudado na sequência.

Odete Medauar¹⁹ faz considerações importantes sobre a insubsistência da distinção rígida entre os atos citados, considerando que:

“a doutrina contemporânea vem afirmando que, no geral, no cotidiano das atividades administrativas, são poucas as situações de vinculação pura e de discricionariedade pura, daí ser insustentável a oposição rígida entre poder vinculado e poder discricionário”.

O ato vinculado como expressão material da competência vinculada é dotado das características mencionadas, observando as peculiaridades de praxe dos atos administrativos. É possível definir o ato vinculado como aquele que a lei expressamente prevê qual a solução possível a ser adotada, especificando em regra “como” e “quando”, o administrador deve editar o ato.

Sobre o assunto Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰ explica que:

“atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma”.

A aposentadoria compulsória, onde o gestor não pode julgar a conveniência de permanecer com o excelente funcionário, pois só resta a ele uma conduta, desligá-lo, pois está limitado ao preenchimento dos pressupostos legais, mostra-se o melhor exemplo da vinculação.

Em síntese nos atos vinculados, as leis estreitam a atuação da administração pública, precisamente do gestor, que deve respeitar o estatuído na norma. A doutrina não estende longas considerações sobre esses atos, reservando-se em demonstrar o

¹⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p.130.

²⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p.391.

antagonismo aos atos discricionários. Assim como nos atos vinculados, no Direito Administrativo atual, a doutrina vem incorporando a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados que também estreitam a atuação administrativa, limitando a ação discricionária.

2. LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO

Discricionariedade é a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, ou seja, a lei deixa 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, porém, válidas perante o direito.

É, portanto, um poder que o direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos, com a liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência, oportunidade e justiça, próprios da autoridade, observando sempre os limites estabelecidos em lei, pois estes critérios não estão definidos em lei.

Tem-se que o poder discricionário da Administração Pública não é ilimitado, encontrando seu pressuposto de validade na lei e, ainda, na prática de atos de boa gestão.

Os requisitos mínimos para a conveniência à discricionariedade estão ligados aos princípios da realidade e da razoabilidade, para que o ato satisfaça a sua finalidade.

No que tange a realidade o objeto deve ser possível, ou seja, lícito. Deve estar dentro do ordenamento jurídico, não podendo o objeto violar qualquer norma constitucional, sob pena de caracterizar vício de finalidade. O objeto deve ser compatível com a finalidade a ser atingida. As decisões devem ser eficientes para satisfazer a finalidade da lei que é o interesse público. A Administração está obrigada a sempre escolher os melhores meios para satisfazer o interesse público e não pode arriscar, devem escolher a melhor maneira para praticar tais atos. A eficiência deve ser considerada um limite da discricionariedade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹ aponta que a discricionariedade administrativa pode resultar:

²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, p.48.

“1) de disposição expressa em lei conferindo à Administração a possibilidade do seu exercício; 2) da insuficiência da lei em prever todas as situações possíveis; 3) da previsão de determinada competência pela lei, sendo ausente à previsão da conduta a ser adotada, que é o que ocorre muitas vezes no exercício do Poder de Polícia; e 4) do uso pela lei dos chamados conceitos indeterminados (e.g. bem comum, urgência, moralidade pública)”.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello²² diz que a discricionariedade pode decorrer:

“1) da hipótese da norma, quando esta define os motivos para a prática do ato de forma insuficiente ou se omite; 2) do comando da norma, quando esta possibilite ao administrador público a adoção de condutas variadas; e ainda 3) da finalidade da norma, pois muitas vezes esta é definida através de expressões que contêm conceitos indeterminados, plurissignificativos”.

Verifica-se que a lei sempre irá fundamentar a existência da discricionariedade, de forma que seu exercício, quando não autorizado pela lei, constituirá pura arbitrariedade, isso porque, a discricionariedade deverá ser exercida nos limites contidos na lei e levando sempre em consideração o princípio da juridicidade, de forma que a discricionariedade não constitui um cheque em branco dado ao gestor público.

A importância na determinação dos limites da discricionariedade administrativa se dá na medida em que possibilita definir a extensão do controle a ser realizado pelo Judiciário. Dessa forma, os atos discricionários que não observem seus respectivos limites devem ser fulminados do mundo jurídico, posto que são eivados de vícios.

2.1. Controle do poder discricionário pelo judiciário

A doutrina administrativista tem manifestado grande preocupação com o controle dos atos administrativos discricionários.

Tal preocupação coincide, em termos jurídico-políticos, com as ideias, valores e princípios positivados pela Constituição de 1988, que não só consagrou e revitalizou princípios antigos (república, federação, autonomia administrativa, igualdade), como inovou em muitos aspectos (princípio da moralidade, da legalidade, da publicidade), no

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p.19.

propósito de fazer de suas coordenadas, principalmente aquelas norteadoras da atividade administrativa, um marco referencial concreto para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput).

A positivação do princípio da eficiência, pela amplitude de suas repercussões, principalmente como mais um referencial de controle da atividade administrativa discricionária, constitui-se, no âmbito do direito administrativo, um inequívoco avanço institucional. A perseguição ao interesse público também é controlada pelo princípio da eficiência.

É pacífico o entendimento de ser possível que os atos administrativos discricionários sejam controlados pelo Judiciário, no que tange a sua legalidade e a sua legitimidade.

A divergência se dá, no entanto, quando se fala da extensão desse controle, sobretudo a partir da introdução de uma nova concepção do princípio da legalidade, que passa a abranger não só a conformidade com a lei, mas também com os princípios norteadores do ordenamento jurídico, caracterizando o chamado de princípio da juridicidade, que restringe o campo do chamado mérito administrativo.

O princípio da juridicidade consiste na conformidade do ato não só com as leis, decretos, atos normativos inferiores (regulamentos, portarias), como também com os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico. Engloba o princípio da legalidade e acrescenta a este a necessidade de observância ao ordenamento jurídico como um todo.

No Brasil, verificamos a introdução do princípio da juridicidade com a positivação dos princípios informadores da Administração Pública no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988: “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”.

Carmem Lúcia Antunes Rocha²³ trata do princípio da juridicidade, ressaltando sua importância para se atingir à justiça material:

“o Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de “legalidade administrativa” e, agora, mais propriamente rotulada de “juridicidade administrativa”, adquiriu elementos

²³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*, pp. 79-80.

novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social”.

Verifica-se, pois, que os doutrinadores pátrios já reconhecem a necessidade de que a atividade administrativa não seja norteadas tão-somente pela ideia de legalidade formal, mas por um valor mais amplo que é a justiça, consubstanciada em todo ordenamento jurídico.

A redefinição no conteúdo da legalidade com o aparecimento do princípio da juridicidade acarreta alguns reflexos no âmbito da discricionariedade administrativa. Observa-se uma redução do conteúdo do mérito administrativo, elemento livre de apreciação por meio do controle jurisdicional.

É que, com a positivação dos princípios administrativos, aspectos que antes eram pertinentes ao mérito, agora dizem respeito à juridicidade do ato. Permite-se ao julgador examinar o ato à luz dos princípios não só da legalidade, mas também da impessoalidade, da igualdade, da eficiência, da publicidade, da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade.

Amplia-se, portanto, a possibilidade de controle judicial da administração, na medida em que se permite ao julgador examinar aspectos antes impenetráveis do ato administrativo.

A dificuldade existente seria traçar limites quando do exercício do controle judicial dos atos administrativos discricionários, principalmente quando da verificação de sua conformidade com o princípio da juridicidade, de forma que este controle não implique numa invasão da esfera de competência do administrador pelo órgão julgante, tendo em vista, por outro lado, a importância da sua realização como forma de conter possíveis arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa.

Contudo, defende-se aqui que não pode a discricionariedade administrativa ser invocada para afastar o controle jurisdicional quando há indícios de violação a princípios administrativos.

A doutrina apresenta certa divergência sobre a natureza da discricionariedade. A grande maioria dos doutrinadores entende que se trata de um poder. Não obstante, há opinião contrária no sentido de que a discricionariedade consiste num dever. Celso

Antônio²⁴ nos informa que, devido ao caráter funcional da atividade administrativa, o que se chama de poder é, na verdade, um instrumento para realização de certos deveres impostos pela lei: “surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento imposterável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público”.

Daí pode-se concluir que quando o ato administrativo discricionário viola direito subjetivo de outrem, cabe proteção judicial, ao passo que, se o ato administrativo estiver de acordo com as leis e os princípios que o regem o controle jurisdicional em nada interferirá.

Essa assertiva enquadra-se perfeitamente nas disposições Jurisprudenciais atuais, reflexo da decisão abaixo ementada pelo Superior Tribunal de Justiça, Temas Repetitivos 238, Recurso Especial 1.021.263/SP,²⁵ que trata o controle judicial dos atos discricionários dentro do contexto largamente disposto nesse verbete:

“EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. OPÇÃO PELO SIMPLES. INSTITUIÇÕES DE ENSINO MÉDIO QUE SE DEDIQUEM EXCLUSIVAMENTE ÀS ATIVIDADES DE CRECHE, PRÉ-ESCOLAS E ENSINO FUNDAMENTAL. ART. 9º, XIII, DA LEI 9.317/1996. ART. 1º, DA LEI 10.034/2000. LEI 10.684/2003.

1. A Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), dispunha sobre o regime tributário das microempresas e das empresas de pequeno porte, instituindo o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES.

2. O art. 9º, XIII, do aludido diploma legal, ostentava o seguinte teor: “Art. 9º Não poderá optar pelo SIMPLES, a pessoa jurídica:(...) XIII - que preste serviços profissionais de corretor, representante comercial, despachante, ator, empresário, diretor ou produtor de espetáculos, cantor, músico, dançarino,

²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p.15.

²⁵ Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PODER+DISCRICIONARIO+CONTROLE&repetitivos=REPETITIVOS&&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em 20.04.2019.

médico, dentista, enfermeiro, veterinário, engenheiro, arquiteto, físico, químico, economista, contador, auditor, consultor, estatístico, administrador, programador, analista de sistema, advogado, psicólogo, professor, jornalista, publicitário, fisicultor, ou assemelhados, e de qualquer outra profissão cujo exercício dependa de habilitação profissional legalmente exigida”

3. A constitucionalidade do art. 9º, XIII, da Lei 9.317/1996, uma vez não vislumbrada ofensa ao princípio da isonomia tributária, restou assentada pelo Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, quando do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.643-DF, oportunidade em que asseverou: “a lei tributária - esse é o caráter da Lei 9.317/1996 - pode discriminar por motivo extrafiscal entre ramos de atividade econômica, desde que a distinção seja razoável, como na hipótese vertente, derivada de uma finalidade objetiva e se aplique a todas as pessoas da mesma classe ou categoria. A razoabilidade da Lei 9.317/1996 consiste em beneficiar as pessoas que não possuem habilitação profissional exigida por lei, seguramente as de menor capacidade contributiva e sem estrutura bastante para atender a complexidade burocrática comum aos empresários de maior porte e os profissionais liberais. Essa desigualdade factual justifica tratamento desigual no âmbito tributário, em favor do mais fraco, de modo a atender também à norma contida no § 1º, do art. 145, da Constituição Federal, tendo-se em vista que esse favor fiscal decorre do implemento da política fiscal e econômica, visando o interesse social. Portanto, é ato discricionário que foge ao controle do Poder Judiciário, envolvendo juízo de mera conveniência e oportunidade do Poder Executivo” (ADI-MC 1643/UF, rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. em 30.10.1997).

4. A Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, alterou a norma inserta na Lei 9.317/1996, determinando que: “Art. 1º. Ficam excetuadas da restrição de que trata o art. 9º, XIII, da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem às seguintes atividades: creches, pré-escolas e estabelecimentos de ensino fundamental”.

5. A Lei 10.684, de 30 de maio de 2003, em seu art. 24, assim dispôs: “Art. 24. Os arts. 1º e 2º da Lei 10.034, de 24 de outubro de 2000, passam a vigorar

com a seguinte redação: “Art. 1º Ficam excetuadas da restrição de que trata o art. 9º, XIII, da Lei no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, as pessoas jurídicas que se dediquem exclusivamente às seguintes atividades:

I – creches e pré-escolas;

II – estabelecimentos de ensino fundamental;

III – centros de formação de condutores de veículos automotores de transporte terrestre de passageiros e de carga;

IV – agências lotéricas;

V – agências terceirizadas de correios;

VI – (VETADO)

VII – (VETADO)' (NR) (...)”

6. A irretroatividade da Lei 10.034/2000, que excluiu as pessoas jurídicas dedicadas às atividades de creche, pré-escola e ensino fundamental das restrições à opção pelo SIMPLES, impostas pelo art. 9º, da Lei 9.317/1996, restou sedimentada pelas Turmas de Direito Público desta Corte consolidaram o entendimento da irretroatividade da Lei uma vez inexistente a subsunção a quaisquer das hipóteses previstas no art. 106, do CTN, *verbis*: “Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I – em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II – tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

7. Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp 1056956/MG, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. em 26.05.2009; AgRg no REsp 1043154/SP, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 18.12.2008; AgRg no REsp 611.294/PB, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 26.08.2008; REsp 1.042.793/RJ, rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, j. em 22.04.2008; REsp 829.059/RJ, rel.

Min. Denise Arruda, Primeira Turma, j. em 18.12.2007; e REsp 721.675/ES, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. em 23.08.2005).

8. *In casu*, à data da impetração do mandado de segurança (07.07.1999), bem assim da prolação da sentença (11.10.1999), não estava em vigor a Lei 10.034/2000, cuja irretroatividade reveste de legalidade o procedimento administrativo que inadmitiu a opção do SIMPLES pela escola recorrida.

9. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator” (rel. Min. Luiz Fux, j. 25.11.2009).

2.2. Teoria dos motivos determinantes dos atos administrativos

Criada pela jurisprudência do Conselho de Estado Francês e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), esta teoria entende que a validade do ato administrativo está diretamente relacionada à veracidade e a existência dos motivos apresentados. De tal modo, que se o motivo apresentado for falso ou inexistente, o ato será inválido. Aplica-se a todos os atos administrativos discricionários e vinculados.

Neste sentido, faz-se necessário mencionar que o motivo caracteriza-se como as razões de fato e de direito que autorizam a prática de um ato administrativo, sendo externo a ele, o antecedendo e estando necessariamente presente em todos eles.

Contudo, cumpre esclarecer que motivo não se confunde com motivação. A motivação feita pela autoridade administrativa afigura-se como uma exposição dos motivos, a justificação do por que daquele ato, é um requisito de forma do ato administrativo.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:²⁶

“é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado”.

Estabelecidas as diferenças entre motivo e motivação, apresenta-se a teoria dos motivos determinantes, que segundo a qual o motivo é um requisito tão necessário à prática de um ato, que este fica fundamentalmente ligado a ele. Isso significa que se for provado à falsidade ou a inexistência do motivo, por exemplo, seria possível anular totalmente o ato.

Dessa forma, uma vez enunciados os motivos do ato pelo seu agente, mesmo que a lei não tenha estipulado a obrigatoriedade de motivá-los, o ato somente teria validade se estes motivos efetivamente forem verdadeiros e realmente justifiquem o ato.

Nesta esteira, surge a debatida discussão acerca da obrigatoriedade ou não de motivação de um ato administrativo.

Há vários posicionamentos a respeito do assunto: o primeiro seria aquele que alarga a extensão da necessidade de motivação dos atos administrativos; o segundo é o da obrigatoriedade de motivação apenas quando a lei impuser; o terceiro seria aquele que defende a motivação sempre obrigatória; e, por fim, o da necessidade de motivação depender da natureza do ato, exigindo ou não a lei.

Visando sanar a discussão sobre o tema foi criada a Lei 9.784/1999, que estabeleceu no art. 50, as situações em que os atos deverão necessariamente ser motivados:

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

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de reexame de ofício;

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp 366-367.

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”.

Entretanto, embora a lei disponha expressamente os casos em que deve haver motivação, acredita-se que todo o ato discricionário deveria ser necessariamente motivado.

No que tange ao ato vinculado, a lei já definiu qual a única possibilidade de atuação do administrador diante do caso concreto. Assim, nas hipóteses não esculpidas na lei, em não havendo motivação, mas sendo possível se identificar qual o motivo, não há que se falar em vício, não havendo efetiva necessidade de motivação.

Todavia, relativo aos atos discricionários, entende-se pela sua necessária motivação, independente de designados ou não pela lei; caso não motivado estaria eivado de vício, pendendo à conseqüente invalidação.

Os atos discricionários devem ser motivados, isso porque o administrador apesar de possuir uma margem de liberdade de atuação, se encontra na qualidade de mero gestor dos anseios da coletividade, e, assim deve explicação à população como um todo, tem o dever de boa administração.

Celso Antônio²⁷ reforça essa opinião afirmando que:

“o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor, e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que, ante um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal. Em Suma – e antes de precisões maiores -, cumpre, desde logo, suprimir a ideia, muito frequente, de que a outorga de liberdade discricionária na lei significa, inevitavelmente, que a matéria esteja isenta de apreciação judicial quanto à procedência da medida administrativa adotada”.

Importante reforçar que, o fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito confere ao cidadão o direito de saber os fundamentos que justificam o ato tomado pelo administrador.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p.161.

Ressalta-se ainda que, se todas as decisões do Poder Judiciário, bem como as decisões administrativas dos Tribunais, devem necessariamente ser fundamentadas; há de ser motivado também o ato administrativo, principalmente o discricionário.

Ademais, a motivação deve ser sempre anterior ou concomitante a execução do ato, caso contrário, abrir-se-ia margem para a Administração, após a prática do ato imotivado e diante da conseqüente possibilidade de sua invalidação, inventar algum falso motivo para justificá-lo, alegando que este foi considerado no momento de sua prática.

Diante do exposto, defende-se a necessária motivação de todo o ato discricionário, de modo a fazer valer os princípios e valores basilares da Constituição pátria, como a democracia, a moralidade, a probidade administrativa e a publicidade, entre outros.

2.2.1. Da revogação do ato discricionário

Segundo conceitua Hely Lopes Meirelles:²⁸ “revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência”. Ou seja, a revogação é o ato praticado exclusivamente pela Administração Pública, pois envolve a análise da conveniência e oportunidade do ato, que não pode ser feita pelo Judiciário.

O fundamento da revogação é o interesse público. As frequentes mudanças que ocorrem no dia a dia da Administração Pública podem implicar que um determinado ato praticado com vistas ao atendimento do interesse público não mais esteja apto a atingir este fim. A revogação permitirá, portanto, a adequação a esta nova realidade e contribuirá para uma administração mais dinâmica e eficiente.

É necessário mencionar que somente se pode revogar ato administrativo discricionário, ou seja, cuja prática é facultada pela lei à Administração Pública. É que não cabe à mesma decidir sobre a conveniência ou a oportunidade da prática de ato administrativo vinculado, já que este se encontra totalmente disciplinado em lei.

No entanto, a doutrina aponta a possibilidade de um ato administrativo vinculado vir posteriormente a ser disciplinado em lei como ato discricionário, hipótese em que será

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p.195.

possível sua revogação.

Vale dizer, também, que não se pode revogar ato ilegal, estes devem ser anulados. A revogação diz respeito somente a atos administrativos legais. E por esta mesma razão, seus efeitos serão *ex nunc*, ou seja, devem ser resguardados todos os seus efeitos produzidos até o momento da revogação, posto que resultantes de ato perfeito e legal.

Em relação à competência para revogação dos atos administrativos, em regra, tem-se que é competente para revogar determinado ato aquele que também detém a competência para praticá-lo.

Já no que tange à possibilidade de um ato praticado por um subordinado ser revogado por seu superior hierárquico, tem-se que é perfeitamente aceitável. No entanto, adverte Odete Medauar²⁹ que “se a norma conferir à autoridade subordinada competência exclusiva para editar o ato, descaberá à autoridade superior revogá-lo”.

Há ainda certas limitações impostas à faculdade de revogar atos administrativos. Celso Antônio Bandeira de Mello³⁰ enumera os seguintes atos irrevogáveis:

“1) os atos que a lei declare irrevogáveis; 2) os atos já exauridos, ou seja, que já produziram todos os seus efeitos; 3) os atos vinculados; 4) os meros atos administrativos (e.g. certidões, votos), pois seus efeitos derivam somente da lei; 5) os atos de controle; 6) os atos que integram um procedimento, uma vez que, através da sucessiva edição de atos, opera-se a preclusão com relação aos antecedentes; 7) os atos complexos, pois para sua constituição é necessária a conjugação de vontades de distintos órgãos; 8) os atos que geram direitos adquiridos, conforme dispõe a Súmula 473 do STF”.

Então todo ato legal que se torne inconveniente e inoportuno pode ser revogado somente pela própria Administração Pública que o criou, sendo que o Poder Judiciário nunca poderá se utilizar do instituto da revogação.

2.2.1.1. Da anulação do ato discricionário

Os atos administrativos ainda podem ser divididos em nulos e anuláveis: os

²⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p.195.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 404-405.

primeiros tidos como nulos são aqueles que ofendem norma de ordem pública indisponível, enquanto que os anuláveis seriam aqueles que ofendem normas de interesses privados, portanto disponíveis.

Não se pode aplicar tal tese no direito administrativo, haja vista que as normas de direito administrativo são todas fundadas no interesse público, sendo, portanto, indisponíveis.

No que tange à graduação das nulidades, Hely Lopes Meirelles³¹ considera *sempre nulo o ato eivado de vício*, enquanto Celso Antônio Bandeira de Mello³² propõe *a distinção entre atos nulos, anuláveis e inexistentes*. Segundo o autor, ato inexistente é aquele cujo conteúdo possui um vício de tal gravidade que jamais pode ser objeto de prescrição, uma vez que o ordenamento jurídico expurga sua existência. Cita-se como exemplo aqueles atos cujo objeto seja a prática de algum crime.

O ato nulo é aquele cujo vício é insanável, ou seja, mesmo que a Administração Pública repita a sua prática, o vício persistirá. Já o ato anulável é aquele cujo vício pode ser sanado pela Administração Pública por meio da convalidação. Esta última nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello³³ “*é o suprimento da invalidade de um ato com efeitos retroativos*”. A convalidação só poderá ocorrer se o ato não tiver sido impugnado administrativamente ou judicialmente.

Não sendo possível à convalidação do ato, a Administração Pública deverá proceder à anulação do ato eivado de vício. Essa anulação, também chamada por Odete Medauar³⁴ de invalidação, “*consiste no desfazimento do ato administrativo, por motivo de ilegalidade, efetuada pelo próprio Poder que o editou ou determinada pelo Judiciário*”.

Portanto, a partir do princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), o Judiciário, quando provocado, deverá analisar a legalidade de ato administrativo e se for o caso, anulá-lo.

Além disso, a própria Administração Pública também pode, independentemente de provocação, conhecer da ilegalidade de seu ato e anular seus efeitos. Trata-se do exercício de sua prerrogativa de autotutela. A possibilidade de anulação do ato

³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*.

³² *Ibidem*.

³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p.417.

³⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*, p.191.

administrativo fundamenta-se no princípio da legalidade.

Os efeitos da anulação de ato administrativo ilegal ou ilegítimo são *ex tunc*, diferentemente da revogação. Dessa forma, o ato é comprometido desde a sua origem, uma vez que o vício o macula desde o seu surgimento no mundo jurídico.

Importa ressaltar proteção em relação a terceiros de boa-fé, neste caso os efeitos da anulação *ex tunc* ou retroativos somente atingem as partes.

O prazo para promover a anulação do ato administrativo é objeto de controvérsias na doutrina. Uns sustentam que não há prazo para promovê-la, sendo que, para outros o prazo que se deve utilizar para determinar a preclusão ou decadência do direito que tem o Poder Público de invalidar seus próprios atos seja o mesmo previsto para a Ação Popular, ou seja, 5 (cinco) anos.

Ao tratar do assunto, Odete Medauar³⁵ aduz que *não há prazo para a Administração Pública anular seus atos quando eivados de vício*, fazendo inclusive uma crítica ao entendimento anteriormente exposto:

Contudo, a anulação é grave e matéria de ordem pública, além disso, a limitação temporal ao poder de anular deve estar prevista de modo explícito e não presumido ou deduzido de prazos prescricionais fixados para outros âmbitos.

Atualmente, a tendência é de se flexibilizar tal entendimento para, de acordo com a análise de cada caso concreto, determinar a conveniência de se anular determinado ato já consolidado no tempo, ainda que eivado de vício desde sua origem, em nome dos princípios da boa-fé e da segurança jurídica.

Para concluir, cabe ainda esclarecer acerca da obrigatoriedade da Administração Pública, ao verificar a existência de ilegalidade, proceder à anulação do ato. Odete Medauar³⁶ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁷ defendem que a *Administração Pública tem o dever de anular, posto que deve sempre se nortear pelo princípio da legalidade*, podendo deixar de fazê-lo, porventura, se for mais proveitoso ao interesse público que o ato persista. Já Hely Lopes Meirelles,³⁸ ao tratar do assunto, dispõe acerca de uma faculdade que a Administração tem de anular seus atos.

³⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ MEDAUAR, Odete. *Op. cit.*

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*.

A Administração Pública ao verificar a existência de ilegalidades, deve analisar cada caso em concreto de forma a verificar se a anulação do ato atenderá ao disposto na lei e ao interesse público, ou se acarretará maiores prejuízos, o que justificaria eventual permanência do ato.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 19. ed. São Paulo: Método, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LIMBERGER, Thêmis. *Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.