

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS DECISÕES DE TOMBAMENTO

VIVIANN ROCHA MUNIZ NOGUEIRA

Rio de Janeiro

2017.2

VIVIANN ROCHA MUNIZ NOGUEIRA

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS DECISÕES DE TOMBAMENTO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

Rio de Janeiro

2017.2

CIP - Catalogação na Publicação

R778d Rocha Muniz Nogueira, Viviann
Discricionarieidade Administrativa nas decisões
de tombamento / Viviann Rocha Muniz Nogueira. --
Rio de Janeiro, 2017.
76 f.

Orientador: Fábio Córrea Souza de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Discricionarieidade Administrativa. 2.
Discricionarieidade Técnica . 3. Controle Judicial.
4. Tombamento. 5. Decisão Administrativa. I. Córrea
Souza de Oliveira, Fábio, orient. II. Título.

VIVIANN ROCHA MUNIZ NOGUEIRA

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS DECISÕES DE TOMBAMENTO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2017.2

*“De todo amor que eu tenho, metade foi tu que me deu.
Salvando minh’alma da vida, sorrindo e fazendo meu eu.*

Se queres partir, ir embora. Me olha da onde estiver.

Que eu vou te mostrar que eu to pronta.

Me colha madura do pé.”

(Dona Cila – Maria Gadú)

Ao meu amor, meu herói.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente eu gostaria de agradecer a Deus pela graça D'ele em minha vida. Se hoje estou aqui, é porque sua misericórdia me acompanha a todo tempo. Obrigada Senhor.

Em especial, gostaria de agradecer ao meu exemplo de ser humano, que em pouco tempo de estadia aqui nesse mundo mudou minha vida por completo, construiu a mulher que sou e a quem eu devo tudo que eu tenho. A quem me ensinou a amar, a cuidar e em quem eu encontro forças, apesar de toda a saudade, para buscar o futuro e atravessar todas as dificuldades. A você, meu herói, tudo de melhor que eu tenho e sou. Obrigada pelo cuidado de sempre, amor. Te amo.

A Faculdade Nacional de Direito, meu Glorioso lar durante os últimos anos. Lugar que eu para sempre terei lindas lembranças e orgulho de carregar na mente e no coração. A todos os profissionais de excelência que dedicam o tempo de seus dias para construir o futuro do direito do nosso país. Apesar da falta de incentivo na nossa educação, nossos mestres dão tudo de si com a esperança da mudança. A eles a minha profunda admiração e respeito.

A minha grande-pequena família pelo apoio diário. Não há no mundo, lógica que nos defina. Somos parte de um todo e em cada diferença nos completamos. A vocês, Mãe, Vó Célia, Vó Nelly, Vô Waldo, Tia Mônica, Tio Sérgio e Nat – pri amada, irmã de coração e colega de profissão –, o meu amor incondicional.

Ao meu amigo e companheiro Alvaro pelo amor, suporte, paciência e respeito durante esses últimos anos. Obrigada por tudo, especialmente por compartilhar comigo essa família linda que você tem e que eu tenho o privilégio do convívio. Amo você.

Àqueles que me acompanharam por toda a jornada. Que me suportaram por muitas vezes que eu precisei de ajuda. Com quem eu compartilhei alegrias e tristezas, preocupações e vitórias. Obrigada pela amizade. As minhas meninas de Niterói, aos meus amores do BMS e, em especial, a Luciana Carneiro, a quem Deus colocou no meu caminho, por toda a paciência e amizade durante todos esses anos de faculdade e por muitos outros que irão de vir.

Por fim, a todos aqueles que de alguma forma contribuíram para minha chegada até aqui. Seja com uma palavra amiga, com um conselho ou pela oração por minha vida. Gratidão sempre.

RESUMO

A presente monografia pretende abordar a discricionariedade administrativa, partindo do princípio, com a criação do Estado de Direito e o surgimento do princípio da legalidade, até o panorama atual do que a doutrina entende como discricionariedade e suas principais questões – especialmente no que toca à controle judicial e interpretação. Após o estudo da discricionariedade, traçamos linhas gerais sobre o instituto do tombamento, com a análise do que a doutrina convencionou de chamar “discricionariedade técnica”. O método adotado é o hipotético-dedutivo com pesquisa bibliográfica. Ao final, concluiu-se que a decisão administrativa que homologa o tombamento trata-se de uma decisão administrativa discricionária, pois nela o Administrador deve levar em conta não só o relevante valor cultural do bem, mas também os interesses públicos conflitantes.

Palavras Chave: Discricionariedade Administrativa; Discricionariedade Técnica; Controle Judicial; Tombamento; Decisão Administrativa.

ABSTRACT

This monograph aims to address administrative discretion, starting with the creation of the rule of law and the emergence of the principle of legality, to the current panorama of what doctrine understands as discretion and its main issues - especially with regard to control judicial and interpretation. After the study of discretion, we drew general lines about the national heritage, with the analysis of what the doctrine agreed to call "technical discretion". The method adopted is the hypothetical-deductive method with bibliographic research. In the end, it was concluded that the administrative decision that homologates the national heritage is one of a discretionary administrative decision, because in it the Administrator must take into account not only the relevant cultural value of the property, but also the conflicting public interests.

Keywords: Administrative Discretion; Technical Discretion; Judicial Control; National Heritage; Administrative Decision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E ESTADO DE DIREITO	3
1.1. Princípios estruturadores do Estado Democrático de Direito.....	6
1.1.1. Princípio da Legalidade	7
1.1.2. Princípio da Igualdade	10
1.1.3. Princípio da Separação de Poderes	12
1.2. Estado de Direito e Discricionariedade Administrativa	14
2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	17
2.1. Fundamentos da Discricionariedade Administrativa.....	18
2.2. Localização da Discricionariedade Administrativa.....	21
2.2.1. Atos Administrativos	22
2.2.2. Discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo	24
2.2.3. Discricionariedade na norma jurídica	26
2.2.4. Discricionariedade no momento da prática do ato administrativo	27
2.2.5. Discricionariedade nos elementos do ato administrativo.....	28
2.2.5.1. Sujeito.....	28
2.2.5.2. Objeto ou conteúdo	28
2.2.5.3. Forma	29
2.2.5.4. Motivo	30
2.2.5.5. Finalidade	31
2.3. Limitações à Discricionariedade Administrativa	32
2.3.1. Mérito administrativo	33
2.3.2. Discricionariedade Administrativa e a teoria do Desvio de Poder	35
2.3.3. Discricionariedade Administrativa e a teoria dos Motivos Determinantes	37
2.3.4. Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados	39
2.3.5. Discricionariedade Administrativa e Princípios	42
3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS DECISÕES DE TOMBAMENTO	46
3.1. Tombamento: Linhas Gerais	47
3.1.1. Efeitos do Tombamento.....	51
3.2. Discricionariedade Técnica e Tombamento	53

3.3. Há discricionarieidade nas decisões de tombamento?.....	57
CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

De início, é importante esclarecer que a palavra “decisão” no tema desta monografia diz respeito às decisões em sede administrativa pelo órgão competente. Não importa ao objeto desse trabalho a análise jurisprudencial do conteúdo das decisões de tombamento, nem a coleta das decisões em sede judicial, mas tão somente a investigação doutrinária acerca da existência da discricionariedade nas decisões que determinam o tombamento de um bem.

A presente monografia pretende abordar a discricionariedade administrativa, partindo do princípio, com a criação do Estado de Direito e o surgimento do princípio da legalidade, aspecto que será abordado no Capítulo 1, até o panorama atual do que a doutrina entende como discricionariedade e suas principais questões – especialmente no que toca à controle judicial e interpretação, objeto do Capítulo 2. Após o estudo da discricionariedade, traçamos, no terceiro e último capítulo, linhas gerais sobre o instituto do tombamento, com a análise do que a doutrina convencionou de chamar “discricionariedade técnica”. Tal noção serve de base para alcançar o objetivo final: responder, segundo a doutrina especializada, se há discricionariedade nas decisões administrativas que homologam o tombamento.

A importância do tema reside em suas consequências quanto à qualidade do ato administrativo, ao delimitar, se discricionário ou vinculado, a extensão do controle jurisdicional da esfera administrativa para além da legalidade.

No Capítulo 1 abordaremos as principais características do Estado de Direito, com a posterior análise de seus princípios estruturadores (1.1.), o princípio da legalidade (1.1.1.), princípio da igualdade (1.1.2.) e o princípio da separação de poderes (1.1.3.). Ao final, explicaremos em que contexto se insere a discricionariedade no Estado de Direito, introduzindo o leitor à posterior análise da discricionariedade.

O Capítulo 2 tratará do tema da discricionariedade administrativa, contrapondo, de início, a ideia de discricionariedade e vinculação. Em momento posterior, trataremos dos fundamentos da discricionariedade administrativa (2.1.), para, em seguida, investigar sua localização (2.2.), apresentando, para melhor clareza, o breve conceito do que a doutrina entende por atos administrativos (2.2.1.). Por fim, abordaremos a importante questão da

limitação à discricionariedade administrativa (2.3.), apresentando o conceito de mérito administrativo (2.3.1.) e apontando, a partir da evolução do controle judicial dos atos discricionários, o que a doutrina entende como as principais teorias que justificam sua restrição.

O Capítulo 3 buscará delimitar os principais pontos acerca do procedimento de tombamento (3.1.), instituto jurídico que busca a conservação de bens com relevante valor cultural, traçando uma conexão com o que a doutrina convencionou em chamar de discricionariedade técnica, com sua posterior análise (3.2.). Por fim, responderemos a questão delimitada, entendendo, com base no exame da melhor doutrina, pela existência da discricionariedade técnica na decisão que efetiva o tombamento (3.3).

1. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E ESTADO DE DIREITO

Poder discricionário, segundo MEIRELLES, “*é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo*”.¹ No mesmo sentido conceitua MELLO:

Fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-à preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.²

Ressalte-se que, embora não seja propósito desse trabalho aprofundar sobre as raízes e fundamentos da criação da discricionariedade administrativa, cumpre tão somente visitar, a fim de localizar o leitor, tais aspectos, dando-lhe maior base para compreender posteriormente a cerne deste trabalho.

Desta feita, a discricionariedade administrativa tem como pressuposto a existência do Estado, mais precisamente o Estado de Direito, também nomeado como “*Estado da razão, Estado do entendimento ou Estado em que se governa segundo a vontade geral racional e somente se busca o que é melhor para todos*”.³

Este possui como uma de suas características principais a primazia da razão, abandonando o regime monarquista absoluto resumido pelo brocardo “*L' État c' est moi*”⁴ e passando à ideia de Estado como não só o sujeito criador das leis, mas também aquele que está subordinado as suas próprias leis. Assim entende MELLO, apontando o Estado de Direito como “*resultante da confluência de duas vertentes do pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau*”.⁵

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, Pág. 139.

² MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 949.

³ FERREIRA MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso De Direito Constitucional**, 4 ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31 ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Atlas, 2017, p 42

⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p 11.

Segundo o autor, a visão igualitária de ROSSEAU, apoiada na ideia de soberania popular, delega todo o poder ao ente Estatal justificado pela vontade geral, que seria, junto à concepção de separação de poderes de MONTESQUIEU, o ponto inicial do Estado de Direito.⁶ Também advoga QUEIRÓ ser o Estado de Direito a conjunção das duas ideias, com predominância da noção de ROSSEAU.⁷

Da mesma forma, DI PIETRO apresenta como princípio basilar do Estado de Direito o princípio da separação dos poderes⁸. Fundamentado na teoria de MONTESQUIEU, o Estado permitiu a distribuição de seu poder político (legislativo, executivo e judiciário), se tornando, simultaneamente, o sujeito ativo e passivo do controle público. Em consequência, deu-se início à criação de órgãos específicos para o exercício da Administração Pública e novas normas disciplinadoras para as relações internas e suas relações com os subordinados começaram a surgir.⁹

Com efeito, MORAES caracteriza o Estado de Direito ao apresentar as seguintes premissas para sua existência:

(1) primazia da lei; (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.¹⁰

Evidencia-se, portanto, a conexão entre Estado de Direito, primazia da razão e princípio da legalidade, não sendo possível a existência de um sem o outro.¹¹

⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p 11.

⁷ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: v. 6, p. 47, 1946.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 30 ed. ver., atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p 35.

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p 42.

¹⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, Pág. 5.

¹¹ *Ibidem*, p 5.

DA SILVA aponta que o Estado de Direito sofreu severas deformações em seu conceito inicial, uma delas tendo como exemplo KELSEN e sua Teoria Pura do Direito. Para KELSEN, Estado e Direito são conceitos idênticos e indissociáveis. Assim, para o Autor, que entende o conceito de Direito como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo externo, o Estado que tiver suas leis, ainda que distante da realidade política, econômica e social da comunidade, será Estado de Direito.¹²

Para DA SILVA, tal visão dura e fria de Estado e Direito, serve a interesses ditatoriais, uma vez que não há qualquer compromisso entre a norma e as concepções sociológicas, morais, políticas, econômicas, ideológicas de seu povo. Em suas palavras, “*essa doutrina converte o Estado de Direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer concepção de Estado de Direito*”.¹³

A Constituição de 1988 formalizou em terras brasileiras um novo modelo de Estado, o chamado Estado Democrático de Direito, modelo de Estado vigente até hoje. Esta concepção de Estado foi anteriormente adotada pelas Constituições alemã de 1949, espanhola de 1978 e portuguesa de 1976.¹⁴

Este novo modelo de Estado veio trazendo ao texto constitucional novas concepções buscando atingir justiça social e a participação popular no processo político. Difere-se do anterior modelo – Estado de Direito - por submeter o Estado não apenas à lei de maneira puramente formal. Há uma preocupação por parte do Estado não mais com a mera criação de leis, mas com o conteúdo dessas leis, principalmente aquele que busca alcançar a justiça material.¹⁵ O Estado Democrático de Direito demanda de seus representantes uma maior responsabilidade quanto à execução das leis propostas, dando também aos administrandos maiores mecanismos de controle da atuação estatal.

Destacam-se dois aspectos relevantes neste novo modelo, ensina DI PIETRO; O primeiro, relativo à constitucionalização do direito administrativo, marca a previsão de diversos princípios no texto constitucional. Estes princípios limitam a discricionariedade

¹² DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 37 ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p 117.

¹³ *Ibidem*, p 117.

¹⁴ *Ibidem*, p 117

¹⁵ *Ibidem*, p 117.

administrativa, ampliando a legalidade. O segundo diz respeito ao papel protagonista da pessoa humana na constituição. Quanto a esse, a importância é latente, sendo o princípio da dignidade humana um dos princípios fundamentais do Estado Democrático.¹⁶

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:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.¹⁷

1.1. Princípios estruturadores do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito estrutura-se em certos princípios a fim de que lhe seja conferido ordem e harmonia necessária para seu funcionamento junto à máquina jurídica.¹⁸

Estes princípios dos quais iremos destrinchar, objetivam assegurar a proteção dos direitos individuais frente ao Estado, conferindo a sociedade autonomia e poder para fiscalizar a Administração Pública. Estabelecem padrões rígidos de condutas estatais, sendo seu descumprimento violação à ordem social e jurídica por força dos princípios a seguir.

A relevância dos princípios como criador de direitos e balizadores à conduta estatal também vem exposta na Carta Constitucional de 1988, com o reforço da chamada “constitucionalização do direito administrativo”.¹⁹ É o que preceitua o §2 do artigo 5º, o qual dispõe sobre os princípios nos seguintes termos:

¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1998**, 3º ed., São Paulo: Atlas, 2012, p 31.

¹⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 29 out. 2017.

¹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, 16. ed. rev. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 2014.

¹⁹ Em seu livro, Di Pietro explica que, embora a constitucionalização do direito administrativo tenha tomado maior proporção na Constituição de 1988 – tendo aumentado ainda mais por força de Emendas à Constituição - esta não apresenta dado novo, pois, em menor ou maior grau, *sempre existiu*, especialmente a partir da Constituição de 1934. (grifo nosso) Vide: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1998**, 3º ed., São Paulo: Atlas, 2012, p 39.

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem** outros decorrentes do regime e **dos princípios** por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte²⁰.

Com efeito, assim dispõe MELLO acerca da relevância dos princípios:

Princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.²¹

Em seu livro “Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988”, DI PIETRO estrutura o Estado de Direito sob três princípios, o princípio da legalidade, igualdade e separação de poderes. Para a jurista, esses três princípios visam assegurar a proteção dos direitos individuais não apenas nas relações entre particulares, mas nas relações entre esses e a Administração.²²

1.1.1. Princípio da Legalidade

Inicialmente, é necessário esclarecer a diferença entre autonomia da vontade e princípio da legalidade. O primeiro, aplicado às relações privadas, tem sua essência no direito privado e permite aos particulares que possam agir até onde a lei não proíba. Por sua vez, o princípio da legalidade, essencial à Administração Pública, cria um vínculo necessário entre a norma e a atuação administrativa, obrigando o agente à realizar determinados interesses outorgados à ele.²³ Em outras palavras, “*o poder só é exercido de forma legítima quando resulta da lei*”.

24

²⁰BRASIL. **Constituição** (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 29 out. 2017.

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 948-949.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p 8.

²³ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: v. 6, p. 53, 1946.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 9.

É como estabelece o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

a liberdade consiste em fazer tudo aquilo que não prejudica a outrem; assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem outros limites que os que asseguram aos membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos. Esses limites somente podem ser estabelecidos em lei.²⁵

Da mesma forma conceitua tradicionalmente MEIRELLES, apontando que “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que lei autoriza*”.²⁶

Na esteira desse entendimento, MELLO aduz sobre a natureza das relações da Administração e dos indivíduos com a lei. Segundo o autor, “*a relação existente entre um indivíduo e a lei, é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção*”.²⁷

A legalidade administrativa, segundo MELLO, específica do Estado de Direito, confere identidade própria a este, sendo elemento central para sua caracterização.²⁸ Diretriz básica para a atuação da Administração Pública, a figura desse princípio representa garantia aos direitos individuais, facultando ao indivíduo a verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei, tendo a existência da segunda como fundamento de validade da primeira.²⁹

Em contrapartida, BINEMBOJM entende que o início do Direito Administrativo não teve nenhum cunho garantista da sociedade, servindo somente apenas aos interesses da própria Administração. Segundo o autor, a ideia do princípio da legalidade como precursor do

²⁵ DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Universidade de São Paulo – Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso: 27 out. 2017.

²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, Pág. 92.

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 13.

²⁸ *Idem*, **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 99-100.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**, 30 ed. ver., atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 134.

direito administrativo é mito, sendo a Administração Pública desvinculada, em sua gênese, de tal fundamento.³⁰

O jurista ainda dispõe sobre a crise dos paradigmas no Direito Administrativo, entre eles, o princípio da legalidade administrativa com vinculação positiva à lei, que estaria em xeque no cenário atual, especialmente após o Estado Democrático de Direito. Para o jurista, a legalidade administrativa não deve ser entendida como uma submissão total do agir administrativo à prévia legislação, mas diretamente à Constituição.

Prescinde a chamada *deslegalização*, corolário da *constitucionalização do direito administrativo*. Com esse fenômeno, o cerne da atuação administrativa deixa de ser a lei, estando a Constituição, seus princípios e os direitos fundamentais como balizas à ação estatal. Suprime-se a ligação legislativa para ter uma ligação direta com a Lei Magna, com vinculação direta e imediata. Não haveria mais a necessidade do legislador pra mediar os efeitos contidos na Constituição, uma vez que esta seria “norma diretamente habilitadora da competência administrativa e como critério imediato de fundamentação e legitimação da decisão administrativa”.³¹

Por meio desse processo há preponderância da ideia da *juridicidade administrativa*, com o respeito aos princípios e regras constitucionais englobando o campo de legalidade administrativa como um de seus princípios internos, não mais preso àquela rigidez de outrora. Isto significa que a Administração ainda pode realizar-se (i) por meio de lei, desde que esta encontre respaldo constitucional, (ii) encontrar fundamento na Constituição, independente ou para além da lei (*praeter legem*), ou (iii) em certos casos, legitimar-se, ainda que contra lei, em ponderações da legalidade feita através de princípios constitucionais.³²

Respeitada a visão do autor, há entendimento majoritário pela criação do Estado de Direito com seu cunho garantista pautado pelo princípio da legalidade. Em outras palavras, entende-se que a eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento

³⁰ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 2ª Ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 12-13.

³¹ *Ibidem*, pp. 36-37.

³² *Ibidem*, pp. 37-38.

da Lei e do Direito, conforme preconiza o inciso I do parágrafo único do artigo 2º da Lei 9.784/99 (Lei de Procedimento Administrativo).

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

I - atuação conforme a lei e o Direito ³³

Nota-se a fundamental importância desse princípio para o ordenamento jurídico pela sua superioridade legislativa. Com status constitucional, está na Carta Magna de 1988, em dois artigos, quais seja o artigo 5º, inciso II (autonomia da vontade), posto como cláusula pétrea e direito fundamental e no artigo 37, *caput*, expressamente eleito pelo legislador originário como princípio regente da Administração Pública.

Vale mencionar que, no Estado Democrático de Direito, este princípio toma novo significado. A lei apresenta dois aspectos: o formal ou e o material. O primeiro, produto da separação de poderes, é caracterizada por ter sua criação advinda, em regra, do Poder Legislativo. Sob prisma material, fundamenta-se pela instrumentalização das leis, a fim de que por essas sejam consagrados valores pertencentes à Constituição sob a forma de princípios fundamentais. ³⁴

Brevemente, o princípio da legalidade é o elemento caracterizador do Estado como Estado de Direito. Sua existência consagra um novo Estado, adstrito às leis e atuante na defesa dos direitos fundamentais do indivíduo estando presente na Carta Magna atual como um dos princípios fundamentais de todo ordenamento jurídico brasileiro.

1.1.2. Princípio da Igualdade

O princípio da igualdade foi adotado na Constituição de 1988, estando presente no *caput* do artigo 5º com a seguinte redação “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de*

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 92.

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 29.

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade".³⁵

Contudo, esta igualdade não deve ser vista de forma endurecida, visto que um aspecto da igualdade é exatamente tratar os iguais de forma igual e os desiguais na medida de sua desigualdade. Deve-se entender, portanto, o que significa a igualdade no plano jurídico.

Pelo princípio da igualdade, busca-se reprimir as atuações arbitrárias onde há tratamentos desiguais em indivíduos em situações iguais. *“É evidente que a realização da isonomia pressupõe a discriminação, porque tratar a todos indistintamente da mesma maneira é afrontar a igualdade”*³⁶, escreveu OLIVEIRA.

Com efeito, nas palavras de MORAES:

A atuação desigual nos casos desiguais, na medida em que se desigualam, mais do que lícito, é exigência do próprio conceito de justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressalvado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser alcançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal.³⁷

Também não se deve presumir que toda lei atende às exigências da isonomia, pois esta não deve ser considerada assim só pelo fato de ser lei. É necessário atentar-se ao conteúdo material da lei, a fim de que não haja em nosso ordenamento normas que manifestamente ferem ao princípio isonômico. A isonomia deve ser mantida, portanto, não apenas no momento de sua aplicação das leis, mas também no momento de sua criação.³⁸

No tocante à aplicação do princípio da isonomia, faz-se mister a ponderação de valores, porquanto estamos falando de princípios³⁹. Para tanto, OLIVEIRA atenta para a importância

³⁵ BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 26 out. 2017.

³⁶ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios: O princípio constitucional da razoabilidade**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 279.

³⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 29 ed. São Paulo: Atlas, 2013, Pág. 48.

³⁸ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios: O princípio constitucional da razoabilidade**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 279.

³⁹ “Segundo o pensamento de Alexy, enquanto as regras contemplam uma solução única que deve ser cumprida exatamente como prevista, os princípios seriam mandamentos de otimização, que podem ser aplicados de

de observar o princípio da razoabilidade no momento de verificar a medida de desigualdade, ou, conforme o autor, a *lógica da igualdade*.⁴⁰ Deste modo, por meio da ponderação entre estes dois princípios, o aplicador da norma encontrará, no caso concreto, a medida do tratamento a ser disposto àquela situação.

1.1.3. Princípio da Separação de Poderes

Figurando como um dos princípios fundamentais adotados pela Constituição de 1988, esta dispõe em seu artigo 2º: “*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”.⁴¹

Como já prevê a Constituição Brasileira, são três as funções básicas do Estado, autônomas entre si: legislativa, executiva e judiciária. A primeira é responsável pela elaboração de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica⁴² que são impostas coercitivamente aos demais e ao próprio Estado. A segunda, executiva, não só executa as leis elaboradas pelo legislativo, mas também detém prerrogativas específicas de sua função para Administrar o Estado. A função judiciária é responsável pela atividade jurisdicional do Estado. Aplica-se a lei ao caso concreto como forma de distribuição da justiça em situações de litígios.

O fundamento da teoria, que teve como ponto inicial a doutrina política de MONTESQUIEU, é evitar a concentração de poder nas mãos de uma só pessoa ou órgão, prática comum ao Estado Absolutista, assim evitando situações de arbitrariedades. Por isso podemos dizer que, com a ideia de Separação de Poderes, nasceu o Estado de Direito.

Na esteira da doutrina de DA SILVA, BARROSO setoriza o princípio da separação de poderes em duas concepções básicas, quais sejam, “as funções estatais devem ser divididas e

diferentes maneiras, conforme as circunstâncias de cada caso. Ocorrendo conflito entre princípios, deve ser aplicada a técnica da ponderação, pela qual se decidirá qual princípio deve ter peso maior.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 30 ed. ver., atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017, Pág 135.

⁴⁰ OLIVEIRA, Fábio de. **Por uma teoria dos princípios: O princípio constitucional da razoabilidade**, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 279.

⁴¹ BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30 out. 2017.

⁴² DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 37 ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 110.

atribuídas a órgãos diversos e devem existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto”.⁴³

Nesta linha de pensamento, o autor ainda dispõe sobre os meios que a doutrina brasileira tem chegado nessas duas concepções. A primeira diz respeito ao que ele chama de especialização funcional. Isto é, cada poder detém certas competências que lhe são privativas. O segundo meio apresentado é a necessidade de uma independência de forma orgânica entre esses Poderes. Esse aspecto – afirma o constitucionalista - apresenta três requisitos frente à atual experiência presidencialista:

(i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.⁴⁴

Para BINEMBOJM, o princípio da separação de poderes foi utilizado, diferentemente do que entendido pela majoritária doutrina, como “mero pretexto” para a criação da jurisdição administrativa, alcançando, com a gênese da organização da administração em funções e órgãos independentes, a almejada liberdade decisória da Administração – livre de qualquer controle judicial. Segundo o autor:

É curioso notar como a separação de poderes serviu, contraditoriamente, a esse processo de *imunização* decisória dos órgãos do Poder Executivo. O mesmo princípio que justificara a criação do contencioso administrativo, intestino ao Executivo, será invocado para impedir que os órgãos de controle exerçam sobre os outros órgãos da Administração poderes de injunção e substituição, em princípios legítimos e até naturais entre órgãos da mesma estrutura de Poder. Em outras palavras, criou-se no interior da Administração um contencioso que não oferecia ao administrado as mesmas garantias processuais dos tribunais judiciais, mas estranhamente, estava sujeito aos mesmos limites externos de atuação, como se tratasse do próprio Poder Judiciário.⁴⁵

No cenário atual, a Constituição Brasileira dá particular protagonismo a essa teoria, uma vez que a separação de poderes é apresentada como uma das cláusulas pétreas. Há notória

⁴³BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 205.

⁴⁴*Ibidem*, p. 206

⁴⁵ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 2ª Ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 14.

proteção por parte do legislador originário com a mencionada teoria, resguardando-a de eventuais emendas, conforme se depreende da simples leitura do dispositivo constitucional.

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
III - a separação dos Poderes;

1.2. Estado de Direito e Discricionariedade Administrativa

Nesse contexto se insere o poder discricionário. Há uma ordem jurídica e administrativa conferida pela ideia de legalidade e separação dos poderes. Nesta seara, para que o Estado possa desempenhar suas funções, a Administração está em posição de supremacia frente aos seus administrados a fim de atingir aos fins por eles determinados. Cabe ressaltar que essa posição de soberania está intimamente ligada à ideia de ROUSSEAU de soberania popular exposta anteriormente.

A Administração detém certas prerrogativas que lhe conferem posição superior aos particulares: são os chamados “poderes administrativos”.⁴⁶ Seus agentes – ensina MEIRELLES⁴⁷ - são dotados de *poder público* à ser usado como atributo de cargo ou função. “*É esse poder que empresta autoridade ao agente público quando recebe da lei competência decisória e força para impor suas decisões aos administrados*”, explica o administrativista.

Há ainda o chamado “*poder-dever*” de agir. Tal conceito fundamenta-se no dever da Administração Pública para com a comunidade. É mínimo o campo de liberdade do administrador público para deixar de praticar atos de sua competência, vez que a ele não cabe negociar o interesse público. Este deve agir adstrito à sua jurisdição, sob pena de responsabilização do agente pela falta aos seus deveres.⁴⁸ Desta forma doutrina MEIRELLES:

⁴⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 31 ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Atlas, 2017, p. 65

⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 114.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 115.

Assim, se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um *dever* para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem sua atuação. (...) Se para o particular o *poder de agir* é uma faculdade, para o administrador público é uma *obrigação de atuar*, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade. É que o Direito Público ajunta ao *poder* do administrador o *dever* de administrar.⁴⁹

Assim entende MELLO ao enfatizar o caráter funcional dado à atividade administrativa, motivo pelo qual o dito “poder discricionário” na verdade seria um “dever discricionário”. Tomando por essencial a submissão administrativa à lei, o “poder discricionário” deve ser visto como o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal. Explica o autor que não há outros meios *“para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever”*.⁵⁰

Sublinha-se que a posição de supremacia encontra limites na ideia de legalidade, estando a Administração adstrita ao texto legal para atuar em suas funções. Tal limitação se dá com o objetivo de impedir arbitrariedades ou abusos ao poder de governar pelas autoridades legitimadas pelo Estado. Criam-se mecanismos disciplinares para detectar e punir os infratores, retornando à ordem legal.

Essas limitações, frutos do advento do Estado de Direito, segundo QUEIRÓ geram aos particulares os chamados direitos subjetivos público, isto é, garantias individuais contra o Estado que diminuem as faculdades discricionárias do poder público. Isto se dá uma vez que o agente estatal já não pode mais agir conforme seus próprios critérios, devendo seguir um determinado comportamento. Participa o autor que *“onde há direito a um determinado comportamento da administração cessa para esta o poder discricionário. Direito subjetivo e poder discricionário são conceitos antitéticos”*.⁵¹

Contudo, ainda que o Estado de Direito seja pautado pelo princípio da legalidade, a atuação estatal não pode ser engessada. É impossível que o legislador preveja minuciosamente todos os aspectos do complexo dia a dia da Administração. A falta de expressa norma legal

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 114-115.

⁵⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

⁵¹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: v. 6, p. 42, 1946.

para cada ato administrativo não representa violação ao princípio da legalidade, pois este tem diferentes amplitudes, com graus de rigidez distintos. Por essa razão a doutrina faz a distinção de legalidade (sentido amplo) e reserva de lei (sentido restrito), tendo a segunda margem de discricionariedade administrativa muito menor, uma vez que a própria Constituição reserva a matéria à competência do legislador.⁵²

A Carta Magna de 1988 e o início do fenômeno da constitucionalização do direito administrativo reforçaram a limitação da atuação estatal por meio das balizas conferidas pelos princípios constitucionais. Estes são responsáveis por direcionar a liberdade do agente no espaço de seus valores, para que estes possam encontrar a melhor resposta quando os princípios não os guiam, mas sempre em consonância com a Carta Magna. Esses marcadores devem alcançar as três esferas de poder, com sua observância imposta de modo cogente dentre os agentes públicos, sendo sua desobediência “*ofensa a não só um mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos*”.⁵³

A Constituição de 1988 trouxe intensos reflexos sobre o princípio da legalidade e discricionariedade, sendo o primeiro consideravelmente ampliado e o segundo, na mesma proporção reduzida. DI PIETRO apresenta vários fatores como sendo os responsáveis para essa paulatina redução, como a já dita constitucionalização do direito administrativo – entendido nesse contexto como a inclusão dos princípios e valores na questão da legalidade e interferência do judiciário nas políticas públicas- e a influência das teorias do desvio de poder, dos motivos determinantes, e dos conceitos jurídicos indeterminados⁵⁴, teorias que serão mais bem desenvolvidas no próximo capítulo.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 55

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 949.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 40-42.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Conforme depreendido, é possível afirmar que no Estado Democrático de Direito, a atuação administrativa é pautada por diversas regras e princípios com as quais o administrador está comprometido, sob pena de atentar aos valores do sistema constitucional.⁵⁵ Para que seus atos sejam validos, é necessário que estejam em conformidade com as regras e princípios do ordenamento jurídico. No entanto, a ausência de leis específicas não deve ser motivo para que o agente se abstenha de atuar, pois tal fato também constitui grave transgressão ao sistema jurídico, uma vez que estaria rompendo com seu “*poder-dever*”⁵⁶ de ação.

Em verdade, todos os poderes da Administração Pública são regidos por lei, em afinação ao princípio da legalidade administrativa. No entanto, em alguns casos o legislador prevê todos os aspectos pelos quais o agente deve passar para chegar a determinado objetivo. Nestes casos diz-se que o poder da Administração é vinculado, pois a lei já estabeleceu todos os pressupostos necessários para a atuação administrativa, não havendo margem de liberdade de decisão para que atue o Administrador.⁵⁷

De modo contrário, quando o legislador não estabelece todos os aspectos da atuação administrativa, é necessário que o agente, com o objetivo de cumprir com seu *poder-dever*, opte por uma das várias soluções possíveis, desde que estas estejam em conformidade com o sistema jurídico. Nesses casos o poder da Administração é discricionário, visto que cabe ao Administrador, mediante juízo subjetivo, a escolha da melhor opção a alcançar o resultado pretendido.⁵⁸

Porém, mesmo no poder discricionário, a dita esfera de liberdade do administrador não é ilimitada, havendo o agente que se restringir em limites traçados em lei, sob pena de ser taxado como arbitrário. Pode-se dizer que a discricionariedade dá ao agente a multiplicidade de escolhas, desde que essas estejam pautadas sobre o princípio da legalidade.

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 949.

⁵⁶ Ver nota de rodapé nº 47

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 61.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 61.

Para BINEMBOJM, essa dicotomia rígida dos atos vinculados e atos discricionários está em crise. A discricionariedade não seria uma esfera de liberdade, mas somente um “*espaço carecedor de legitimação*”. Ou seja, um espaço onde não haveria uma infinidade de escolhas subjetivas, mas um campo carente de escolhas pautadas dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.⁵⁹

Com a noção de *juridicidade*, não haveria mais que se falar em atos vinculados ou discricionários, mas tão somente em graus de vinculação ou de discricionariedade dos atos administrativos à juridicidade - em vez dos critérios estáticos de vinculação vs. discricionariedade. Tal noção traria à tona a ideia de graduabilidade da limitação judicial, isto é, conforme crescesse a vinculação no ponto de vista dos critérios “*jurídico-funcionalmente adequados*”, cresceria a esfera de controle judiciária.⁶⁰

Passado a visão geral sobre o conceito de discricionariedade, cumpre nesse capítulo analisar os fundamentos e a localização da discricionariedade no ordenamento jurídico. Por fim, estudar as limitações à discricionariedade administrativa e seus teorias legitimadoras do controle.

2.1. Fundamentos da Discricionariedade Administrativa

Segundo o dicionário MICHAELIS, fundamento é um “*conjunto de princípios básicos que regem a organização e o funcionamento de uma atividade, uma instituição, um ramo do conhecimento etc (...)*” ou “*aquilo que confere a alguma coisa a sua existência ou a sua razão de ser*”⁶¹. Portanto, cumpre inicialmente justificar a existência do instituto da discricionariedade administrativa no ordenamento brasileiro, a razão pela qual foi criado.

MELLO apresenta como razões para sua criação no ordenamento jurídico: (i) a discricionariedade como produto apto a garantir liberdade para a administração agir conforme melhor interesse diante do caso concreto; (ii) discricionariedade como resultado da

⁵⁹ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 2ª Ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38-41 .

⁶⁰ *Ibidem*, p. 40.

⁶¹ DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fundamento/>>. Acesso em 10 nov. 2017.

impossibilidade material do legislador prever todas as coisas, necessitando, para o cumprimento de seu dever, de uma fórmula mais flexível; (iii) na esteira de QUEIRÓ, a discricionariedade é elemento imprescindível para a garantia da efetividade da norma. Segundo o autor, por força do princípio da separação de poderes, o legislador não consegue individualizar cada conduta sem adentrar aos limites impostos ao poder Executivo, ferindo a poder tripartida e o *objetivo do próprio Estado de Direito*.⁶²

Leciona QUEIRÓ sobre uma quarta linha fundamental, (iv) a impossibilidade lógica da inexistência da discricionariedade. Considerando que a matéria legislativa deve ser abstrata sob pena de individualização da norma, se torna impossível que o legislador determine todos os conceitos utilizados. Há um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, *“não sendo possível o legislador usar, em todas as normas, conceitos precisos, unissignificativos, que possibilitem interpretação única e indubitosa”*.⁶³

Uma vez que a abstração é necessária para que exista a condição de legislador, ensina o autor *“O legislador, para se manter como tal, tem, pois, que deixar à Administração uma certa margem de discricionariedade. Pode, sim, fazê-la desaparecer, mas, para isso, tem de sacrificar... a sua própria qualidade de legislador!”*⁶⁴

Por fim, MELLO resume o entendimento da justificação da discricionariedade sobre dois conceitos: o dever jurídico do Administrador em buscar o resultado jurídico para o caso concreto, perfazendo a vontade da lei e a necessidade do legislador utilizar dos conceitos abstratos, vagos, fluidos.

Já para DI PIETRO, a discricionariedade justifica-se sob dois critérios: o prático e o jurídico. Quanto ao primeiro critério, há três aspectos importantes a se destacar. (i) a discricionariedade evita o automatismo da mera aplicação da lei pelos agentes, (ii) a discricionariedade também supre a impossibilidade do legislador em prever todas as situações

⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 955-958.

⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 64.

⁶⁴ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: v. 6, p. 59, 1946. *Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 956.

pelas quais o administrador terá que enfrentar e; (iii) por fim, a discricionariedade permite que a Administração resolva de forma autônoma as demandas coletivas sem que, para isso, necessite de intermédios, o que traria excessiva burocracia.⁶⁵

Quanto ao critério jurídico, DI PIETRO apresenta como respostas as ideias de QUEIRÓ, já analisadas anteriormente e a ideia de HANS KELSEN e sua chamada teoria da formação do direito por degraus normativos.⁶⁶

Segundo raciocínio do jurista austríaco, parte-se do princípio que a ordem jurídica não é um sistema de igual hierarquia, mas um sistema onde cada norma está posicionada assimetricamente à outra. Desta feita, o fundamento de validade de uma norma está na norma diretamente superior a esta, assim sucedendo até chegar na norma superior a todas: a Constituição. Destarte, KELSEN explica que a maior parte dos atos jurídicos são, simultaneamente, atos jurídicos de produção e atos jurídicos de execução, sendo cada um executado por uma norma superior e produzido por norma de graus mais baixos. Assim explica o autor:

Desta sorte, o primeiro ato constituinte- o mais elevado da produção jurídica – se apresenta como execução da norma fundamental; a legislação, que é produção de normas gerais, como a execução da Constituição; a sentença judicial e o ato administrativo, por meio dos quais se estabelecem as normas individuais, como execução da lei; e a realização do ato coativo, como execução das ordens administrativas e sentenças judiciais.⁶⁷

No tocante à interpretação, KELSEN entende que a relação entre os graus da ordem jurídica, como o existente entre a Constituição e a Lei, é uma relação de determinação ou vinculação. No entanto, essa determinação não é completa, havendo sempre uma margem mais ou menos ampla de livre apreciação, de maneira que a norma de grau superior sempre contenha algum resquício de liberdade de escolha para agir conforme o caso concreto. Exemplifica KELSEN, “*se o órgão A dispõe que o órgão B detenha o súdito C, o órgão B há de decidir, segundo seu critério, quando, onde e como realizará a ordem de detenção,*

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 62.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 64-66.

⁶⁷ KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho, 1941, pp. 108 ss. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 65.

*decisões estas que dependem de circunstâncias externas que não precisam nem podem tampouco prever em grande parte o órgão que dá ordem”.*⁶⁸

Faz parte, portanto, a interpretação da norma inferior sempre em consonância com o fundamento da norma superior, a qual lhe deu origem. Aplicando ao caso brasileiro, as normas inferiores – como leis e regulamentos- até os atos administrativos e decisões judiciais não de buscar fundamento na norma de grau superior, a Carta Magna. Nas palavras de DI PIETRO:

Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá lícitamente se respeitar os limites que nessa contém. Vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade.⁶⁹

2.2. Localização da Discricionariedade Administrativa

Assim, adotando a ideia de que o fundamento da discricionariedade administrativa se encontra no próprio ordenamento jurídico, isto é, que a própria lei dá o espaço para a Administração agir com discricionariedade, fácil é inferir sua conexão com o princípio da legalidade.

Neste sentido, para melhor estudo, buscam os doutrinadores cumprir a difícil tarefa de definir as hipóteses onde existe discricionariedade. Observa-se que esta é uma questão bastante controvertida entre os autores de Direito Administrativo, razão pela qual se optou por expor algumas formas que os doutrinadores têm proposto para a localização da discricionariedade.

Na esteira dos ensinamentos de DI PIETRO, a discricionariedade está presente em quatro situações: (i) quando a lei confere expressamente à Administração através da norma legal, (ii) quando a lei é insuficiente, em decorrência da impossibilidade da previsão de todas as situações; (iii) quando a lei prevê determinada competência mas não estabelece a conduta a

⁶⁸ KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho, 1941, pp. 108 ss. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 65.

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

ser adotada; e, por fim, (iv) quando a lei usa conceitos indeterminados ou fluidos que inserem valores axiológicos à normas, a espera do juízo de valoração do agente aplicador.⁷⁰

Da mesma forma se posiciona MELLO afirmando que a discricionariedade administrativa pode ocorrer em três situações: (i) da hipótese da norma, ou seja, da descrição imprecisa ou omissiva da norma; (ii) do comando da norma, quando há neste alternativas de condutas a serem tomadas pelo agente - seja por expedir ou não o ato, seja por facultar o momento escolhido para a apreciação do ato, seja por conferir forma jurídica livre ao ato ou seja por atribuir competência ao agente para solucionar conforme medida mais satisfatória perante o caso concreto. Finalmente, segundo o jurista, (iii) a discricionariedade pode ocorrer da finalidade da norma. Explica que *“a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas (...)) ao se reportarem a um conceito de valor, (...) estão se reportando a conceitos plurissignificativos”*.⁷¹

Em sua obra “Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”, DI PIETRO ainda expõe acerca da existência de outras formas de localização da discricionariedade. São elas: a discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo, a discricionariedade na norma jurídica, discricionariedade no momento da prática do ato e, finalmente, discricionariedade nos elementos do ato administrativo.⁷²

2.2.1. Atos Administrativos

Para melhor elucidação do tema em estudo, sedimentarmente é importante trazer de forma breve o conceito sobre os atos administrativos, um dos principais meios pelos quais atuam e se expressam as autoridades e órgãos administrativos.⁷³

De início, cabe fazer a distinção básica dos institutos do ato administrativo e fato administrativo. Para tanto, trazemos à colação a concepção clássica de MEIRELLES, *“ato*

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 70.

⁷¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 19.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

⁷³ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8º ed., rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 158.

*administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”.*⁷⁴

Quanto aos fatos administrativos, esses não se confundem com os atos, visto que estes são *“toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma ponte, a instalação de um serviço público etc”*. Portanto, os dois institutos, ainda que estes estejam correlacionados, não se confundem, visto que um é consequência do outro. *“O fato administrativo resulta sempre do ato administrativo que o determina”*, explica o autor.⁷⁵

MELLO conceitua os atos administrativos como *“declaração do Estado (...), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle mediante órgão jurisdicional”*.⁷⁶

Por sua vez, CARVALHO FILHO apresenta três requisitos imprescindíveis para a caracterização dos atos administrativos: a necessidade da emanção da vontade pela Administração Pública ou agente desta, que o conteúdo deve proporcionar efeitos jurídicos com fim público e, finalmente, que a categoria desses atos seja regida pelo direito público.⁷⁷

De maneira próxima entende DI PIETRO ao apresentar cinco fatos fundamentais para a existência dos atos administrativos: (i) constituir declaração do Estado; (ii) sujeitar-se a regime jurídico administrativo; (iii) produzir efeitos jurídicos imediatos; (iv) ser passível de controle judicial e; (v) sujeitar-se a lei.

Quanto aos elementos do ato administrativo, também chamado por alguns autores como requisitos do ato, mostra-se como o ponto mais controvertido do tema, pretende-se contrapor,

⁷⁴ Hely ensina que este conceito é restrito aos atos administrativos unilaterais, sendo estes atos administrativos típicos, os que nos interessam para fim desse trabalho. Ver mais em: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, Pág. 173.

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, Pág. 174.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 380.

⁷⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p 99.

com perdão das demais doutrinas, a visão dada por autores como Maria Sylvia DI PIETRO, Hely Lopes MEIRELLES, Odete MEDAUAR e Celso Antônio Bandeira de MELLO.⁷⁸

Destarte, de acordo com esses doutrinadores, são cinco os elementos do ato administrativo: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade. De forma breve, MELLO os descreve da seguinte forma:

Sujeito é o autor do ato; quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo; **forma** é o revestimento externo do ato: sua exteriorização; **objeto** é a disposição jurídica expressada pelo ato: o que ele estabelece. (...) **motivo** é a situação objetiva que autoriza ou exige a prática do ato; **finalidade** é o bem jurídico que o ato deve atender (...) ⁷⁹ (grifo nosso)

Pretende-se decompor a melhor qualificação dos atos administrativos mais a frente, quando falarmos da localização da discricionariedade nos elementos do ato administrativos, motivo pelo qual, por ora, a enunciação dos elementos tratados nos basta.

2.2.2. Discricionariedade nas etapas de formação do ato administrativo

Dentre os autores que entendem a existência da discricionariedade nas etapas iniciais do ato administrativo, DI PIETRO ressalta a doutrina de SARRIA. Para a administrativista colombiana, o processo de tomada de decisão se dá pela autoridade administrativa por meio de um processo intelectual dividido em três etapas. Inicia-se pela análise de sua competência para o caso, com a posterior observação e valoração jurídica da situação fática tendo fim na apreciação das medidas adequadas à situação do caso concreto, variando o poder discricionário em casa uma dessas situações.⁸⁰

⁷⁸ Não é pretensão desse trabalho adentrar às minúcias do debate sobre os elementos do ato administrativo, mas é imperioso ressaltar que Celso Antônio Bandeira de Mello entende que os requisitos do ato administrativo devem ser separados em elementos do ato e pressupostos do ato, subdividindo o último em pressupostos de existência e pressupostos de validade. Portanto, na visão do doutrinador, são elementos dos atos o conteúdo e a forma. São pressupostos de existência do ato o objeto e pressupostos de validade o sujeito (pressuposto subjetivo), o motivo (pressuposto objetivo) e a finalidade (pressuposto teleológico). Ver mais em: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 384-407.

⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 386.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 70-71.

Não há discricionariedade, no entanto, na etapa da competência, uma vez que a autoridade administrativa só pode atuar nas medidas que lhe foram atribuídas por lei. Do mesmo modo não há discricionariedade na observação e valoração dos fatos quando a lei simplesmente estabelece a medida de existência do caso concreto e sua conformidade com aquilo já definido pelo ordenamento preestabelecido.

A discricionariedade aparecerá da análise das consequências produzidas em razão das referidas etapas – competência e observação e valoração dos fatos. Também haverá discricionariedade quanto ao último estágio da formação do ato administrativo, na apreciação das medidas adequadas ao contexto fático. Há atividade discricionária no momento em que o agente usar de seu juízo de valor para estabelecer quais são as circunstâncias cabíveis naquele fato, atividades sempre pautadas pelo princípio da legalidade.

A análise da consequência dos fatos e das medidas pertinentes nada mais é do que o agente administrativo utilizando de sua competência e finalidade preestabelecidas para avaliar a oportunidade, conveniência e o mérito da decisão, utilizando-se, para tanto, a discricionariedade administrativa.

Na doutrina brasileira também podemos citar as lições de TÁCITO, distinguindo a formação do ato administrativo em quatro etapas: (i) verificação de competência específica; (ii) constatação dos motivos, ou seja, das situações de fato ou de direito que ensejaram a competência; (iii) apreciação do valor dos motivos e; (iv) concretização do objeto comissivo ou omissivo. Para o autor, a discricionariedade encontra-se somente nas duas últimas etapas, com sua maior amplitude na concretização do objeto. Assim expõe:

É este, por excelência, o seu terreno próprio. Não existindo norma legal que vincule obrigatoriamente a autoridade a praticar determinado ato, ou a se abster de praticá-lo, pertence, livremente, à Administração a faculdade de decidir, segundo sua convicção, da oportunidade, da justiça, da conveniência ou da necessidade do ato administrativo.⁸¹

⁸¹ TÁCITO, Caio. **Desvio de poder em matéria administrativa**. Tese, 1951:24 ss *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 71-72.

Concluindo, “o poder discricionário é a faculdade concedida à administração de apreciar o valor dos motivos e determinar o objeto do ato administrativo, quando não o preestabeleça a regra de direito positivo”.⁸²

2.2.3. Discricionariedade na norma jurídica

Diversa linha de autores busca a teoria de KELSEN sobre a diferença entre Direito e Natureza como fundamento para localizar a discricionariedade administrativa no ordenamento jurídico, sobressaindo entre estes as doutrinas de Celso Antonio Bandeira de MELLO e Régis Fernandes de OLIVEIRA.

De acordo com esse pensamento, o conceito de Direito e Natureza, embora dificilmente distinguível, são coisas diversas, estando o Direito em predomínio da Natureza. Da análise das coisas consideradas pelo direito como, por exemplo, os atos administrativos, decisões judiciais ou normas jurídicas, distinguem-se dois elementos: um ato sensorialmente perceptível, exterior, normalmente ligado à conduta humana e o segundo uma significação específica aderente ao primeiro, que seria a significação da conduta perante o direito.⁸³

Daí reconhece-se a teoria da norma jurídica, dividida em *hipótese da norma* e *mandamento da norma*. Na primeira, descrevem-se os fatos que podem ocorrer para, na segunda, se definir as consequências jurídicas dos fatos descritos. Trata-se de uma *relação de fato-consequência*.

Para MELLO, a discricionariedade, além de presente na hipótese e no mandamento na norma, ainda pode estar na finalidade desta. Segundo o administrativista, estará na hipótese quando os conceitos por ela enunciados são descritos por meio de palavras vagas, imprecisas, os chamados “conceitos práticos”. Do mesmo modo, a discricionariedade estará no mandamento quando a norma facultar, ao invés de exigir, um comportamento ao agente. E

⁸² TÁCITO, Caio. **Desvio de poder em matéria administrativa**. Tese, 1951:24 ss *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 71-72

⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 73.

estará na finalidade quando a norma expressa seus fins usando os chamados conceitos práticos, noções plurissignificativas como “moralidade pública” ou “bem estar social”.⁸⁴

Convém sublinhar a especial relevância dada por QUEIRÓ à relação entre discricionariedade e norma jurídica, para quem “*o poder discricionário aparece, assim, como necessário elemento na gradual formação do direito, ou das normas jurídicas; é ele que as torna sucessivamente mais concretas*”.⁸⁵

2.2.4. Discricionariedade no momento da prática do ato administrativo

Quanto ao momento da prática dos atos, em regra, a discricionariedade alcança até mesmo aos chamados atos vinculados. Se a lei não estabelece o momento exato à ser praticado determinado ato vinculado, o administrador pode escolher a oportunidade que ele será praticado, sem que isso interfira na legalidade do ato.⁸⁶

Isto porque dificilmente o legislador tem condições de preestabelecer o momento da prática do ato, o que com frequência se faz é estabelecer um prazo a ser cumprido para que a Administração adote determinadas medidas, com ou sem sanção para seu descumprimento. Para melhor elucidação, dá-se o exemplo do artigo 66, §3º da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.
§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

No exemplo em tela, o momento do ato administrativo aparece limitado, mas note-se que ainda sim há discricionariedade, uma vez que, dentro do tempo preestabelecido, o agente pode eleger o período que irá cumprir o ato.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 73.

⁸⁵ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: v. 6, p. 44, 1946.

⁸⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 73

2.2.5. Discricionariedade nos elementos do ato administrativo

Retomando o tópico sobre os elementos do ato administrativo, é objetivo do presente trabalho analisar a existência ou não existência da discricionariedade em cada requisito: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

2.2.5.1. Sujeito

Primeiramente, quanto ao sujeito do administrativo, também chamado por MEDAUAR como *agente competente*⁸⁷, já se presume, por sua nomenclatura já se presume o ponto caracterizador do elemento: sua competência. Assim, segundo DI PIETRO, sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.⁸⁸

Segundo MEDAUAR, a competência se efetua com base em três pontos: (i) quando à matéria – competência *ratione materiae*; (ii) quanto ao âmbito territorial que estas são desempenhadas – competência *ratione loci* e; (iii) quanto ao limite de tempo para o exercício das funções pelo agente, com início na investidura legal e término na exoneração, demissão, morte etc – competência *ratione temporis*.

Destarte, não existe discricionariedade quando ao sujeito do ato administrativo, uma vez que suas competências já estão pré determinadas, sendo irrenunciáveis e inderrogáveis, uma vez que conferidas em benefício do interesse público.

2.2.5.2. Objeto ou conteúdo

Excetuando-se a diferenciação dada por MELLO e OLIVEIRA, a doutrina, em geral, usa como sinônimos as expressões objeto ou conteúdo para definir o efeito jurídico imediato que o ato produz ou ainda a modificação trazida por ele ao ordenamento jurídico.⁸⁹

⁸⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8º ed., rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 74.

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8º ed., rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.

A regra jurídica, ao estabelecer os efeitos jurídicos decorrentes de determinada conduta ou ato, pode ou não deixar certa margem de discricionariedade à Administração. Bons exemplos são aqueles em que o legislador confere a faculdade de agir ou quando dá mais de uma opção pela qual o agente possa chegar aos fins pretendidos pela norma. Nas palavras de DI PIETRO, “*pode ocorrer que a lei preveja dois ou mais efeitos jurídicos (objetos) possíveis, à escolha da Administração, segundo critérios puramente administrativos, ou seja, de oportunidade e conveniência*”.⁹⁰

Frise-se que quanto ao objeto a discricionariedade depende do comando da norma jurídica, havendo vezes que a lei irá obrigar ao administrador, situação na qual o objeto do ato será vinculado. No entanto, também haverá oportunidades em que a lei deixará que a Administração decida conforme critérios de conveniência e oportunidade, razão pela qual o objeto será discricionário.

2.2.5.3. Forma

MELLO aponta o formalismo como uma das características que distinguem o ato administrativo dos atos particulares. Para os particulares, de acordo com o artigo 107 do Código Civil⁹¹, a forma do negócio jurídico⁹², em regra, não dependerá de forma especial. De forma contrária, o ato administrativo é caracterizado por sua rigidez formal.⁹³

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 74.

⁹¹ BRASIL. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 12 nov. 2017.

⁹² “Outra inovação reside na adoção, pelo vigente Código Civil, da doutrina alemã do *negócio jurídico*. Segundo esse pensamento doutrinário, é preciso distinguir o ato jurídico e o negócio jurídico. A noção central do ato jurídico repousa na manifestação de vontade em conformidade com o ordenamento jurídico, ao passo que a do negócio jurídico reside na declaração de vontade dirigida no sentido da obtenção de um resultado perseguido pelo emitente. O ato jurídico, portanto, é gênero do qual o negócio jurídico é espécie. Toda vontade legítima preordenada à produção de efeitos jurídicos constitui um ato jurídico, mas há várias manifestações volitivas produzidas *ex lege*, vale dizer, declarações de vontade que visam a uma consequência jurídica, desejada ou não pelo emitente. Outras, ao contrário, buscam finalidade jurídica própria, ou seja, uma consequência jurídica alvitada pelo manifestante. Estas, e não as anteriores, é que propiciam a configuração de negócios jurídicos. (...) Na sistemática do Código, por conseguinte, devem os atos administrativos (assim como os atos jurisdicionais e legislativos) enquadrar-se como atos jurídicos, porquanto a vontade jurígena será emitida pelos agentes da Administração em conformidade com a lei, mas não poderão ser qualificados como negócios jurídicos, porque a emissão volitiva decorre diretamente da lei, independentemente de o agente desejar, ou não, a finalidade a ser alcançada pelo ato.” **Ver mais em:** CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017, p 98.

⁹³ MELLO, Celso Antônio. **Ato administrativo e direitos dos administrados**, 1981:19-20 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 75.

Contudo, ainda que se pese a solenidade formal dos atos administrativos, há divergência doutrinária quanto à discricionariedade na forma. DI PIETRO, por sua vez, aponta que o formalismo do ato administrativo restringe-se à necessidade que este seja expresso e escrito – em razão da garantia de controle do ato por todos os níveis do ordenamento jurídico e pelos administrados - salvo hipóteses excepcionais de ato verbais ou tácitos. O formalismo não implica na falta de discricionariedade do administrador em escolher qual a melhor forma que a vontade da administração será representada.⁹⁴

Dispõe a administrativista, *“a não ser que a lei imponha à Administração a obrigatoriedade de obediência a determinada forma (como decreto, resolução, portaria), o ato pode ser praticado pela forma que lhe parecer mais adequada”*.

2.2.5.4. Motivo

Motivo são as circunstâncias fáticas e os elementos do direito que ensejam o ato administrativo. Como sintetiza MELLO, *“é a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato”*.⁹⁵ Define-se ainda, motivo como o pressuposto de direito e de fato que fundamenta o ato jurídico. São pressupostos de direito os fatos descritos na hipótese da norma, de modo contrário, são pressupostos de fato o conjunto de circunstâncias que levam a Administração à prática do ato.

A discricionariedade administrativa quanto ao motivo do ato está relacionada com a definição dos fatos ensejadores de determinada conduta Estatal, podendo haver situações de discricionariedade ou vinculação. Haverá vinculação sempre que o legislador, ao descrever o motivo, utilizar vocábulos unissignificativos, conceitos exatos que não dependam de margem de apreciação subjetiva pelo agente.

De maneira oposta, na esteira da doutrina de DI PIETRO, haverá discricionariedade quando: (i) a lei não definir o motivo, deixando-o ao critério da Administração a escolha,

⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 75.

⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 391.

dentro dos parâmetros da legalidade – é o que ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado a cargo de comissão e; (ii) *à contrario sensu* da vinculação, quando o legislador fizer uso dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, utilizando-se de noções vagas e vocábulos plurissignificativos, deixando à Administração margem de liberdade para que os preencham com critérios de conveniência e oportunidade – é o exemplo da punição dos servidores que praticarem “falta grave” ou quando exigem o “notável saber” para o preenchimento de determinados cargos.⁹⁶

2.2.5.5. Finalidade

Da análise do último elemento do ato administrativo, a finalidade, podemos conceitua-la como o resultado que busca a Administração com a prática do ato administrativo. Nas palavras de MEDAUAR, “*o agente competente, em vista circunstâncias de fato e de razões de direito, edita um ato administrativo que produzirá um efeito prático, com o objetivo de obter uma consequência final, o fim, traduzido como o interesse público*”.⁹⁷

Quanto à finalidade de todo ato administrativo ser o interesse público não há divergência na doutrina. De fato, está presente o interesse público em toda etapa da atuação estatal, desde a elaboração da lei como no momento de sua atuação, uma vez que, como sabido, a autoridade administrativa está vinculada à este conceito. No entanto, ainda que a finalidade do ato administrativa seja sempre o interesse público, é o necessário para que se diga que não há discricionariedade na finalidade do ato?

Para alguns autores como MEIRELLES, apoiado na doutrina de TÁCITO, tal fato é o suficiente para que se diga que o fim está vinculado ao interesse público, uma vez que “*não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado – porque o direito positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de finalidade específica*”.⁹⁸

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 77-78.

⁹⁷ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8º ed., rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp. 162-163.

⁹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, Pág. 176.

No entanto, adota-se aqui a posição de DI PIETRO que entende de modo contrário. Assim como MELLO, a discricionariedade também pode ser encontrada no campo da finalidade e esta decorre, assim como no motivo, da subjetividade dos conceitos utilizados pelo legislador ao se referir à finalidade do ato. Quando a lei lança mão dos conceitos jurídicos indeterminados para referir-se à finalidade – tais como ordem pública, moralidade, bem estar, interesse público, bem comum – não há critérios objetivos que possam ser utilizados para sua aferição ao caso concreto.⁹⁹

Ainda que existam balizas interpretativas como competência, forma, motivação, proporcionalidade dos meios aos fins e razoabilidade, não há uma única solução válida perante o direito, ficando à cargo da Administração a decisão entre o agir ou não agir, momento no qual terá discricionariedade em relação aos fins.

2.3. Limitações à Discricionariedade Administrativa

A discricionariedade, ainda que seja conceituada como “margem de liberdade que remanesça ao administrador (...)”¹⁰⁰, não está longe das limitações impostas como um todo à Administração Pública. No entanto, há intenso debate doutrinário sobre quais seriam esses limites e qual sua extensão, ainda não havendo consenso sobre até que ponto é legal a análise do Poder Judiciário acerca dos atos discricionários.

Com efeito, somente há dúvida quando a Administração exerce atividade discricionária, uma vez que a atividade vinculada é pautada por parâmetros objetivos – a lei – restando ao judiciário apenas verificar a conformidade entre o ato e a norma. Na atividade discricionária, majoritária doutrina entende que há a possibilidade do controle judicial dos atos, desde que sejam respeitados os da discricionariedade definidos em lei.¹⁰¹

Uma vez que a discricionariedade é fruto do espaço dado pelo legislador no momento da criação da norma, não pode o judiciário intervir no espaço reservado por lei ao

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 79-80.

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 961.

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 148.

administrador público. Pode o judiciário, no entanto, verificar a **legalidade** do ato discricionário, sem que para isso adentre ao mérito da questão. Há um simples cotejo entre a análise do administrador do ato em questão e da legislação; caso haja desconformidade, há a anulação do ato administrativo.¹⁰²

Assim, diz-se que o “limite fundamental é a legalidade administrativa” vez que a própria discricionariedade só existe nos espaços em que a lei a confere, quando o legislador habilita ao agente para que este possa apreciar, avaliar e valorar as circunstâncias ensejadoras do ato administrativo.¹⁰³

Acerca da evolução histórica da limitação à atividade administrativa discricionária, interessa-nos colacionar a perspectiva do direito francês, porquanto é o que mais influencia o direito brasileiro. Ensina DI PIETRO:

Inicia-se com uma fase de imunidade judicial da discricionariedade, que era considerada inerente aos atos de império da Administração Pública. No início do século XIX, o Conselho do Estado francês já admite o recurso por excesso de poder como uma exceção à regra da imunidade jurisdicional, primeiro nos casos de vícios de incompetência, depois com relação aos vícios de forma. Posteriormente, elaborou-se a doutrina do desvio de poder, que torna ilegal o ato quando a Administração se afasta da finalidade legal. Chega-se, depois, a uma fase em que o Judiciário passa a examinar os fatos, pela construção da teoria dos motivos determinantes. Finalmente, no momento atual, já tem plena aplicação a possibilidade de controle por meio do recurso aos princípios gerais do direito, como o da boa fé,¹⁰⁴ o da proporcionalidade dos meios aos fins, o da igualdade, o do direito de defesa.

2.3.1. Mérito administrativo

Ao afirmar que a análise do poder judiciário encontra barreiras ao adentrar ao mérito administrativo, convém rapidamente traçar linhas gerais sobre esse instituto. Desenvolvido a partir da doutrina italiana, diz-se o mérito parte típica do ato administrativo, dizendo respeito

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 148.

¹⁰³ SARRIA, Consuelo. **Discrecionalidad administrativa**, 1982:115 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 148.

¹⁰⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, pp. 149.

a sua conveniência, utilidade, adequação aos fins do interesse público, gerais e especiais, que se pretendem alcançar com a prática do ato.¹⁰⁵

À luz dos ensinamentos do mestre italiano ALESSI, DI PIETRO aponta dois aspectos diversos do mérito administrativo, como sendo negativo e positivo. Quanto ao aspecto negativo sobressai a limitação ao poder de cognição judicial de mera legitimidade (*strictu sensu*). Quando ao aspecto negativo o mérito está ligado à sua correspondência plena ao concreto interesse público; trata-se ao ajustamento do ato às normas jurídicas pautado em critérios de oportunidade e conveniência. Convém ressaltar que ambos os aspectos do mérito estão correlacionados à legitimidade, sendo o primeiro com a legitimidade em sentido estrito, a aplicação pura e simples da lei – de natureza meramente processual e o segundo em seu sentido *latu*, dotado de valor substancial relativo à adequação efetiva, plena e perfeita à norma jurídica.

Da aproximação do mérito com a legitimidade em sentido lato – a exigência da apreciação por parte da Administração Pública daquilo que seja concretamente de interesse público – surge a ideia de vício de mérito do ato discricionário, podendo ser entendido como afronta à consecução dos fins aos quais o ato pretende atingir.

Correlaciona-se, em regra, o mérito à discricionariedade, pois a valoração do interesse público por parte do Administrador constitui poder discricionário, incontrolável pelo Poder Judiciário, correspondendo à zona do mérito administrativo. Assim entende FAGUNDES, para quem o mérito “*constitui fatos apenas pertinente aos atos discricionários*”.¹⁰⁶

Ainda que por longos anos o vocábulo “mérito” tenha tido o condão de afastar o controle judicial do ato administrativo, não é razoável afastá-lo nos casos em que a discussão do mérito versa sobre legalidade e moralidade administrativa. Em tais casos há de sopesar a discricionariedade frente a arbitrariedade praticada pela Administração Pública da prática do ato ilegal sob pretexto de fazê-lo em seu poder discricionário.¹⁰⁷

¹⁰⁵ ALESSI, Renato. **Direito administrativo**, 1949:135-136 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 128.

¹⁰⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 181

¹⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 133.

É inegável a evolução no controle judicial em matéria de mérito administrativo. Isso se deu pela elaboração de inúmeras teorias para que se justificasse a extensão do controle judicial sobre os aspectos antes abrangidos pelo controle de mérito, cada uma contribuindo especificamente para sua evolução, com a conseqüente diminuição do mérito administrativo. Nas palavras de DI PIETRO:

A **teoria do desvio de poder** permitiu o exame da finalidade do ato, inclusive sob o aspecto do atendimento ao interesse público; a **teoria dos motivos determinantes** permitiu o exame dos fatos ou motivos que levaram a prática do ato; a **teoria dos conceitos jurídicos indeterminados** e a sua aceitação como conceitos jurídicos permitiu que o Judiciário passasse a examiná-los e a entrar em aspectos que também eram considerados de mérito; a chamada **constitucionalização dos princípios da Administração Pública** também veio limitar a discricionariedade administrativa e possibilitar a ampliação do controle judicial sob os atos discricionários. (grifo nosso)

2.3.2. Discricionariedade Administrativa e a teoria do Desvio de Poder

O Estado de Direito como hoje se vê está alicerçado aos princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes, bem como no princípio da soberania popular, podendo-se afirmar que a função administrativa, exercida pelo Poder Executivo, deverá obedecer às regras gerais elaboradas previamente de modo a concretizar o desejo dos indivíduos.¹⁰⁸

Nesse sentido, entende-se o uso do poder como prerrogativa da autoridade administrativa, acentuando que a atuação regular da Administração prescinde da fiel observância legal.¹⁰⁹ Em outras palavras, “*abusar do poder é emprega-lo fora da lei, sem utilidade pública*”, esclarece MEIRELLES. Prossegue o autor:

O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado, constituem formas abusivas do uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram.¹¹⁰

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 50.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, Pág. 176.

Deste modo, “*entende-se como desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição*”.¹¹¹ A teoria, com berço no Conselho de Estado Francês, consiste no manejo da competência para o alcance de outros fins que não àqueles previstos em lei, motivo pelo qual seu controle de judicial passa pelo simples exame da legalidade. Importa comentar que o desvio de poder somente é configurado caso a autoridade que lhe cometeu tenha, em tese, poderes para fazê-lo. Caso contrário, trata-se de vício formal de incompetência.

Subdivide-se o desvio de poder em duas diversas modalidades, cada uma com seus aspectos particulares. A primeira – excesso de poder – ocorre quando o administrador pratica atos fora dos limites de sua competência; a segunda diz respeito ao desvio de poder, quando o administrador utiliza da competência que efetivamente possui para perseguir fins alheios ao interesse público.¹¹²

O excesso de poder ocorre quando uma autoridade, embora competente para a prática dos atos administrativos, exorbite dos seus poderes, com culpa ou dolo, a fim de chegar a determinado resultado legal. Tal conduta gera a nulidade do ato, não sendo possível conceber a existência de ato administrativo fruto de arbitrariedade e ilegalidade.

Dois pontos se destacam na referida modalidade: O primeiro ponto é a prescindibilidade do dolo na conduta faltosa do agente. Para a configuração do excesso de poder, basta o agente ter exorbitado de sua competência legal, podendo ter feito isso por descumprimento à lei ou querendo mascarar no ato, competência que este sabia ser alheia às dele. O segundo ponto salientado é exatamente o da competência. Nota-se que nessa modalidade aquele que pratica o ato tem, de início, competência para tanto. Essa competência somente é deslegitimada quando este excede de sua competência legal – com a prática de ato eivado do abuso do poder – impondo ao agente a prática do crime de abuso de autoridade, prevista na Lei nº 4.898/1965.

113

¹¹¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56.

¹¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 31 ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Atlas, 2017, p. 67.

¹¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, pp.122-123.

Quanto ao desvio de finalidade, conduta mais visível nos atos discricionários ¹¹⁴, esta consiste na busca do agente por fim diverso àquele pretendido pela norma ou alheio ao interesse público. Segundo MELLO “a autoridade, invocando sua descrição administrativa, arroja-se à busca de objetivos inconfessáveis”. ¹¹⁵

Assevera que na presente modalidade o agente em nada exorbita sua esfera de competência na prática do ato condenável. Aqui, o vício, o elemento caracterizador da conduta praticada como desvio de finalidade é exatamente a violação moral da lei, o que dificulta ainda mais o reconhecimento dos atos maculados – eis que consumados às escondidas ou disfarçados “sob o capuz da legalidade e do interesse público”. ¹¹⁶

Convém a abordagem de um último tópico sobre a teoria do desvio de poder: é possível sua prática por via omissiva do agente? De acordo com o artigo 48 da Lei nº 9784/1999, “a Administração tem o dever de explicitamente emitir decisão nos processos administrativos e sobre solicitações ou reclamações, em matéria de sua competência” ¹¹⁷, razão pela qual podemos inferir que o silêncio pode ser considerado abuso de poder, sendo conduta omissiva da Administração Pública, que, quando ofende o direito dos administrados é passível de correção judicial e indenização decorrente de sua inércia, podendo o agente até mesmo ser responsabilizado por improbidade administrativa. ¹¹⁸

Pertinente, portanto, é a colocação de QUEIRÓ, para quem “não agir é também agir (não autorizar é **decidir** não autorizar)”. ¹¹⁹

2.3.3. Discricionabilidade Administrativa e a teoria dos Motivos Determinantes

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 31 ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Atlas, 2017, p. 67.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionabilidade e controle jurisdicional**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 63.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 123.

¹¹⁷ BRASIL. **Lei nº 9.784/99 (Lei de Procedimento Administrativo)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

¹¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 123.

¹¹⁹ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, v. 6, Rio de Janeiro, 1946, p. 59.

Resultado do direito francês, a teoria dos motivos determinantes tem seu fundamento na correlação entre a motivação dos atos discricionários – entendida aqui como a divulgação dos motivos que levaram à prática do ato – e a existência dos fatos narrados. Sendo o motivo a situação fática pela qual o ato foi criado, sem a sua existência o ato é inválido.¹²⁰

A teoria tem especial relevância quando se trata dos atos discricionários, que, se motivados – obrigatória ou facultativamente – ficam vinculados a estes motivos como resultado para sua prática. O Poder Judiciário fica autorizado, nos casos em que não há correspondência entre o motivo e o fato a analisar o ato administrativo e, se comprovado, invalidar o ato.

CARVALHO FILHO expõe sobre a *relação de congruência* entre o motivo, de um lado e o objeto e finalidade do lado oposto. Destarte, a própria lei que regulamenta a ação popular, a Lei nº 4.717/1965 em seu artigo 2º, alínea ‘d’ considera nulo os atos que contenham o vício da inexistência de motivos. Explica ainda o diploma legal que “*a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido*”.¹²¹

Para o autor, ao se referir à inexistência de motivos, a lei agrupou em um mesmo sentido duas situações diversas. A primeira hipótese diz respeito sob a inexistência dos motivos, que, de acordo com a lei, são inexistentes quando a matéria de fato ou de direito é materialmente inexistente. Hipótese diversa é a da chamada *falta de congruência* entre o motivo e o resultado do ato. Nesta hipótese há motivação no ato administrativo, no entanto, esta não condiz com o resultado do ato – ou seja, com seu objeto e finalidade.

Vale ressaltar a intrínseca relação entre a congruência dos fatos e os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que não havendo congruência entre a razão e o objeto fático, o ato será eivado de ilegalidade por violação aos princípios aludidos, já que ambos cobram da Administração uma conduta pautada nos parâmetros

¹²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 31 ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Atlas, 2017, p. 108.

¹²¹ *Ibidem*, p. 108.

lógicos que regem a sociedade como um todo e a adequação entre os fundamentos utilizados para sua prática e os fins pretendidos pela norma autorizadora.¹²²

2.3.4. Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados

Há quem entenda que, ao serem aplicados ao caso concreto, os conceitos fluidos perdem seu caráter abstrato. Ainda que se admita tal visão, não se deve tê-la como absoluta, pois haverá ocasiões em o conceito não ganhará densidade o suficiente para que se conclua totalmente o significado daquele termo.¹²³

Noções como, por exemplo, “pobre”, “velhice”, “muito”, “pouco”, “má reputação” e “urgência” são existentes em graus e medidas diferentes, havendo casos em que se terá absoluta certeza de sua interpretação, embora isso não seja uma regra. É como já prenuncia MELLO “*é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha que ser havida como incorreta, desde quaisquer delas sejam igualmente razoáveis*”.¹²⁴

Aí reside a discricionariedade. A cada vez que o Administrador estiver em situação de dúvida acerca de um conceito fluido e aplicar o entendimento razoável – ainda que sua outra opção fosse igualmente sustentável – no caso concreto, não poderá imputar violação à lei por seus atos. Claramente no caso em comento o administrador agiu no campo de liberdade que o cabia para concretizar os fins de uma norma, não havendo transgressão alguma em sua conduta.

Se, de modo contrário, restarem dúvidas sobre a correta subsunção da noção aplicada ao caso concreto, caberá ao Poder Judiciário a análise do fato, resolvendo se houve ou não irrazoabilidade na escolha aplicada. Caso não se mostre ilegalidade, desistirá o Judiciário de rever o ato, faculdade dada ao órgão controlador somente nos casos onde houver comprovada ilegalidade na interpretação.¹²⁵

¹²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 31 ed. rev., atual. e ampl, São Paulo: Atlas, 2017, p. 108.

¹²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 22.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 23-24.

Desta forma, inseparável é, para MELLO, a noção de discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, pois “a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito administrativo”, mas também engloba a noção de interpretação dos conceitos práticos. Dessa forma, “as próprias opções fundadas em conveniência e oportunidade se entrelaçam de tal modo com a questão dos conceitos indeterminados residentes no pressuposto legal que não podem ser dela desprendidas”.¹²⁶

No mesmo sentido dispõe DI PIETRO, calcada nos ensinamentos de Regina Helena COSTA, para quem a mera interpretação do conceito jurídico indeterminado não leva à uma única resposta correta ou a completa determinação do conceito, tendo a Administração – como aplicadora do direito – o dever de optar entre uma das significações possíveis, desde que pautadas pela razoabilidade.¹²⁷

COSTA parte da distinção entre *conceitos de experiência* – aqueles que, após processo interpretativo, são eleitos como precisos, não havendo margem de liberdade na escolha de seu significado – e *conceitos de valor* – os que, de modo contrário, ainda resta dúvida quanto a sua definição, tendo que optar por um dos significados usando da discricionariedade – para delimitar quais são os limites do controle judicial de cada caso.¹²⁸

Quanto aos primeiros, determináveis por interpretação, cabe controle judicial amplo, pois cabe ao próprio Judiciário a interpretação das normas, como função típica, para sua justa aplicação. Já quanto aos conceitos de valor, aqueles que têm seu significado dado por interpretação subjetiva da Administração, o controle judicial é limitado, figurando como um “controle de contornos” a fim de não se subsumir no lugar da Administração ao exercer seu poder discricionário.

¹²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 28.

¹²⁷ COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 29, São Paulo: p. 79 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 115

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 133.

Por fim, adverte COSTA, que, para algumas situações há apenas uma solução a ser tomada, ainda que a lei preveja duas ou mais opções. Isso porquê pela observância do princípio da razoabilidade é possível, no caso concreto, chegar a uma única opção válida e aceitável pela comunidade. Nesses casos também incide o controle judicial como forma de retomada da legalidade.

FIGUEIREDO, de modo contrário, utiliza-se do conceito de núcleo de certeza positiva, núcleo de certeza negativa e zona de penumbra para afastar a possibilidade de a discricionariedade residir nos conceitos jurídicos indeterminados. Para esta, a existência dos referidos conceitos não quer dizer necessariamente que haja competência ‘discricionária’. É como explica:

Viu-se que, diante de um conceito, inicialmente, tem-se o problema de interpretação. Interpretado o conceito, tem-se o problema da subsunção. Na subsunção tem-se a premissa maior, a norma geral ou o conjunto de normas. Este é o grande problema, pois pode ser que apenas a norma não seja suficiente, e se tenha de usar as premissas maiores complementares, exatamente para que se consiga fazer subsunção (note-se que é possível haver apenas subsunção, mesmo diante de conceitos imprecisos).¹²⁹

Por sua vez, DI PIETRO comenta que a maior dificuldade encontrada na doutrina brasileira é a definição de todas as hipóteses em que os conceitos práticos implicam em discricionariedade para o administrador. Conforme a jurista, somente pelo exame da lei, em caso concreto, pode-se aferir as conclusões, apresentando, para tanto, algumas hipóteses.¹³⁰

A primeira diz respeito ao uso pela lei de conceitos que dependem de manifestação de órgão técnico. Neste caso, a Administração fica vinculada a laudo técnico fornecido por órgão competente; não há qualquer margem discricionária nessa decisão. É o que ocorre, por exemplo, na lei que assegura o direito à aposentadoria por invalidez.

Outra situação a ser considerada é quando a autoridade, ainda que dependa de manifestação de órgão técnico, não fica vinculada. Esta hipótese, que será melhor abordada no capítulo seguinte, acontece, por exemplo, no caso do tombamento. Em suma, para que este

¹²⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionariedade: poder ou dever? **Curso de Direito Administrativo**. Vários autores, 1986, p. 127-134 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 116.

¹³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 118.

se concretize, é necessário o laudo do órgão técnico afirmando que o bem possui valor cultural para fins de proteção, contudo, este não obriga a Administração a fazê-lo, pois podem haver outros interesses públicos em jogo como segurança, saúde, urbanização etc. Há, nesse caso, *discricionariedade administrativa ligada a dados de ordem técnica*, mas não há a vinculação a esses laudos. Não é forçoso ressaltar que a decisão que denega deve ser motivada de forma adequada.

Há, ainda, hipóteses em que a lei, porá utilize conceitos técnicos, a própria manifestação técnica terá que ser apreciada pela Administração. No caso dos conceitos de experiência – aqueles que contêm critérios objetivos extraídos da experiência comum – a discricionariedade fica afastada, pois estes permitem concluir qual a única solução possível. É o caso do uso de expressões como ‘caso fortuito’, ‘força maior’ e ‘bons antecedentes’. Pode a Administração se recusar a aceitar, por exemplo, a alegação de força maior para liberar um particular da obrigatoriedade de cumprir um contrato. Nesse caso, não há dúvida que é matéria de pura interpretação e sua decisão pode ser revista pelo Poder Judiciário, pois está fora do âmbito de discricionariedade do agente.

Quando, por sua vez, usa-se os chamados conceitos de valor - que dependem de interpretação subjetiva da Administração – a discricionariedade pode existir ou não. Isto se dá pois em alguns casos é possível que, embora feito todo o trabalho de interpretação, não se chegue a uma zona de certeza, seja ela positiva ou negativa. Estará o agente diante de uma zona cinzenta, cabendo ao agente a eleição de uma das soluções. Dá-se como exemplo o uso do vocábulo ‘notório saber jurídico’ para o provimento em determinados cargos.

Assim, conclui DI PIETRO, “*onde houver simples interpretação, caberá ao Poder Judiciário a palavra final; onde houver discricionariedade, a decisão administrativa será definitiva e não poderá ser invalidada judicialmente*”.¹³¹

2.3.5. Discricionariedade Administrativa e Princípios

¹³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 119.

Inicialmente, MELLO, inspirado pela doutrina de ALEXY e DWORKIN, define a acepção de princípio:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Para BARROSO, na esteira dos ensinamentos de Paulo BONAVIDES, normas jurídicas é um gênero que comporta, em meio há outras classificações, duas maiores espécies: as regras e os princípios. Segundo ele, os princípios, em especial os princípios constitucionais, “são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico”. Objetivando a diferenciação das duas espécies da norma jurídica, o autor destaca três critérios de distinção entre regras e princípios, levando em conta: o conteúdo, a estrutura normativa e, por fim, o modo de aplicação.¹³²

Segundo o critério de conteúdo, os princípios são identificados por expressar: decisões políticas fundamentais – como República ou Estado Democrático de Direito –, valores a serem observados em razão de sua dimensão ética – dignidade da pessoa humana, razoabilidade – ou fins públicos a serem realizados – desenvolvimento nacional ou erradicação da pobreza. De modo contrário, as regras são comandos objetivos, que expressam diretamente um preceito, uma permissão ou uma proibição. Não remetem a valores ou fins públicos, pois já são o meio para sua concretização.

Com relação à estrutura normativa, os princípios são normas predominantemente finalísticas – estes apontam ideais a serem buscados sem que haja uma determinada conduta a ser seguida, aspecto singular dos princípios. Quanto às regras, essas são normas predominantemente descritivas, uma vez que dispõe ao intérprete menos grau de ingerência sobre seu resultado e sua aplicação.

No tocante ao modo de aplicação, critério de maior distinção entre as normas, pode-se dizer que as regras aplicam-se na modalidade tudo ou nada – mediante técnica de subsunção –

¹³² BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204.

enquanto os princípios são aplicados conforme técnica de ponderação, estabelecendo a dimensão do peso que tomam em cada caso específico. Quanto a este aspecto podemos ressaltar que, enquanto às regras, enquanto comandos definitivos, somente deixam de ser aplicadas se outra regra a excepcionar ou a invalidar; já os princípios, enquanto mandados de otimização, podem coexistir simultaneamente. A existência de um princípio não interfere na existência de outro, desde que ponderados para tanto.

Um segundo ponto de vista, ressaltado por DI PIETRO, é aquele quanto à diferenciação entre regras e princípios, adotado por autores como MELLO e CRETELLA JÚNIOR, no qual os distingue conforme os graus de fundamentalidade da norma. Enquanto estes são superiores nos princípios, conceituados aqui como “mandamentos nuclear de um sistema”, em razão dos valores essenciais da sociedade e sua estrutura orgânico-normativa, por consequência, nas regras o grau de fundamentalidade é reduzido. Isto se dá pelo caráter funcional da regra, que apenas retratariam a densificação dos princípios, conferindo-lhes maior concretude ao dar interpretação e aplicação aos mesmos.¹³³

No tocante ao papel dos princípios como balizas à Discricionariedade Administrativa, estes tem papel protagonista porquanto, com a superação do Estado legal de Direito – que aqui compreende à fase inicial do Estado de Direito, apegado ao positivismo jurídico – pode-se afirmar que a discricionariedade é a margem de liberdade de apreciação limitada pelo direito e pela moral.

Os princípios, que têm observância obrigatória por parte da Administração Pública, correspondem a valores consagrados por toda a Constituição, presentes principalmente em seu preâmbulo, podendo, ainda decorrerem implica ou explicitamente de suas normas. Ainda que não dotados de status constitucional, mas de legislação ordinária ou da teoria geral do direito, ainda devem ser cumpridos, sob pena de invalidade do ato, passível de correção pelo Poder Judiciário. Salienta-se que só apenas no embate entre princípio geral do direito, sem valor constitucional, e norma expressa em lei, a norma deve prevalecer por força do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

¹³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 154 ss.

Segundo DI PIETRO, embora no juízo brasileiro o juiz não tenha a mesma tradição francesa da limitação dos tribunais administrativos pelo uso dos princípios gerais do direito, não significa que o Judiciário não possa apreciar os atos discricionários segundo sua aplicação, reduzindo, por conseguinte, a discricionariedade.¹³⁴

Por essa razão se afirma que a discricionariedade não é liberdade de ação limitada pela lei, mas sim pelo Direito. Há de se observar, neste sentido, o princípio da legalidade em seu sentido amplo, que abrangem o sistema jurídico como um todo – princípios e regras. Sempre que a Administração se depare com diversas opções para atingir os mesmos fins, esta deve, obrigatoriamente, optar pela solução que esteja em consonância com os princípios informadores do direito administrativo – como os da moralidade administrativa, o da razoabilidade e o da supremacia do interesse público –, grande parte deles com fundamento constitucional.

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 161.

3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NAS DECISÕES DE TOMBAMENTO

A Constituição de 1988 contemplou, em sua redação, diversos interesses difusos à serem protegidos pelo Estado, figurando entre eles a proteção ao patrimônio histórico, artístico e cultural. Entre os meios de postulação possíveis da proteção ao patrimônio, figuram a Ação Civil Pública (artigo 129, II, da Constituição Federal c/c artigo 1º, III da Lei nº 7.348/85) e a Ação Popular (art. 5º, LXXIII da Constituição Federal).¹³⁵

Desta feita, o artigo 216 traçou diretrizes para a definição de “patrimônio cultural” da seguinte maneira: “Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”, enumerando em seus incisos, rol exemplificativo do que poderia ser considerado esse patrimônio.¹³⁶

Por sua vez, é no parágrafo primeiro do referido artigo que o legislador incumbe ao Poder Público, com o apoio da comunidade, a tarefa de promover e proteger o patrimônio público por meio dos instrumentos jurídicos lá enumerados - “*inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação*”.¹³⁷

Neste contexto, o presente capítulo busca esclarecer aspectos gerais quanto ao instituto do tombamento que, segundo RABELLO “é a forma pela qual o poder público seleciona coisas – bens materiais – que, por seus atributos culturais, devem ser preservadas contra mutilações e destruição”¹³⁸ com o exame dos principais pontos do assunto, em especial quanto à análise da discricionariedade no tocante às decisões que buscam identificar o bem apto a ser tombado.

¹³⁵ FERREIRA, Patrícia Baptista. Discricionariedade e Controle na Tutela do Patrimônio Histórico e Cultural: Reserva da Administração na Escolha Entre Interesses Públicos Concorrentes e os Limites da Intervenção dos Poderes Judiciário e Legislativo. **Revista De Direito Da Administração Pública**, v. 2, n. 1, jan/jun, 2016, p. 60.

¹³⁶ BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 18 nov. 2017.

¹³⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 18 nov. 2017.

¹³⁸ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 7.

3.1. Tombamento: Linhas Gerais

O tombamento, instrumento jurídico criado pelo Decreto-Lei nº 25 de 1937 e recepcionado pela Constituição Federal de 1988, figura no ordenamento jurídico contemporâneo como norma geral nacional sobre o tombamento e tem como objetivo a proteção e conservação de bens materiais, móveis ou imóveis, públicos ou privados, aos quais se atribui valor cultural para a comunidade na qual estão inseridos.¹³⁹

Por sua vez, coube à Constituição Federal a especificação das competências legislativas e executivas em relação à preservação do patrimônio cultural. Quanto à competência legislativa, esta pode ser encontrada da leitura dos artigos 24, incisos VII e VIII e §2 – que trata da competência da União para legislar sobre normas gerais para a proteção do patrimônio cultural e dos Estados para legislar complementarmente. Dispõe, ainda, o artigo 30 do Diploma Constitucional que o Município também tem competência para legislar sobre a proteção dos bens, no entanto, há de serem observadas as normas federais e estaduais.¹⁴⁰

Em relação à competência executiva, estas foram estabelecidas pelo artigo 23 e incisos III e IV da Constituição Federal, onde mostra o regime de competência comum entre os entes federativos. Nesse sentido, tanto a União, quanto os Estados ou os Municípios deverão o patrimônio que lhe forem conferidos como cultural. Nesta esfera de responsabilidade, cabe aos referidos entes a organização de órgãos especiais competentes para regular o processo administrativo específico, com a observância das normas editadas pelo poder legislativo.

A delimitação física da competência, portanto, será feita de acordo com o âmbito do valor cultural do bem. Nas palavras de RABELLO:

Assim, o valor cultural atribuído ao bem pode ter como referência a comunidade nacional, estadual ou municipal. E, em função do respectivo âmbito do valor cultural será também estabelecida a correspondente competência do poder público para o

¹³⁹ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1ed°. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 2.

¹⁴⁰ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1ed°. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 5.

reconhecimento do valor cultural do bem, e a consequente imposição da tutela pelo poder público.¹⁴¹

No entanto, há a possibilidade de o mesmo bem ter seu valor cultural atribuído a mais de uma esfera federativa. Neste caso, em que o bem tiver interesse cultural nas três esferas, o bem terá restrições de preservação impostas aos três níveis, devendo se adequar a mais restritiva. No entanto, se as regras estabelecidas forem incompatíveis entre si, prevalecerá a de maior grau de hierarquia de interesses: “*o interesse nacional sobre o estadual e o estadual sobre o municipal*”.¹⁴²

O Decreto Lei nº 25/37 ainda confere ao Poder Executivo a avaliação dos bens que merecem a proteção federal por meio de processo administrativo. Tal disposição abriu ao Executivo espaço legal para que exerça seu Poder de Polícia nessa área, uma vez que, após o processo administrativo competente, os bens tombados estarão sob a tutela do Estado, que pode vir a restringir direitos de particulares para a preservação dos interesses culturais da sociedade.¹⁴³

Segundo RABELLO, há dois pressupostos legais para a imposição do tombamento: o primeiro, disposto no artigo 1º do DL 25/37 é que ele seja materializado em bens materiais ou físicos, sejam eles móveis ou imóveis. O segundo pressuposto é que a imposição do tombamento deve ser feita visando à manutenção das características materiais do bem, através das quais se podem reconhecer o valor cultural que lhe foi atribuído.¹⁴⁴

Embora cada ente político possa estabelecer critérios e procedimentos específicos para a incidência do tombamento, para RABELLO certos aspectos formais são imutáveis, pois são decorrentes do Decreto-Lei 25/37 e dos princípios da Constituição de 1988, como diretrizes para a atuação administrativa.¹⁴⁵

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 6.

¹⁴² RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 6.

¹⁴³ RABELLO, Sonia. O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento. IPHAN, 2009, p. 46.

¹⁴⁴ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 7.

¹⁴⁵ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, pp. 9-11.

O primeiro passo é a identificação do bem cultural sobre o qual incidirá o interesse público, com a exposição de razões pelas quais se preservará aquele bem. A escolha do administrador deverá pautar-se em critérios técnicos razoavelmente reconhecíveis e compreensíveis. Não se trata, portanto, de uma escolha meramente política, – que, por sua natureza, dispensa fundamentação técnica, já que sua legitimação se dá pela escolha democrática de quem faz a lei – mas uma escolha compatível com sua previsão legal. É necessário, ainda, que esses motivos constem do processo administrativo para o resguardo, não só do patrimônio cultural, mas como da razoabilidade, impessoalidade e eficiência da decisão.

Após a motivação do ato, a instrução do procedimento será encaminhada a um Conselho, formado em sede da própria Administração, que decidirá – ou não – sobre o tombamento. Nesse momento, cabe ressaltar que, dependendo do disposto na lei específica de cada ente, o Conselho poderá ou não dar a última palavra sobre o tombamento. RABELLO aponta que no âmbito federal a decisão proferida pelo Conselho será encaminhada para homologação ao ministro de Estado. Já nos âmbitos estaduais e municipais, de modo geral, os pareceres são encaminhados para o chefe do Executivo para que sua efetivação seja feita por meio de decreto.

Quanto à decisão do chefe da autoridade executiva de homologar ou efetivar o parecer do Conselho, RABELLO entende que seja um ato discricionário, e não político. Desta forma, a não efetivação só poderia ocorrer de forma que o agente político motivasse por questão de conflito com outros interesses públicos ou ilegalidade, decisão que, de qualquer modo, é passível de revisão judicial.¹⁴⁶

O terceiro aspecto a se ressaltar é o direito ao contraditório àqueles que sofrerão os impactos do tombamento em sua propriedade. Aqui, embora se entenda que a tramitação do tombamento deve ocorrer independentemente da aquiescência ou concordância dos interessados, há de se respeitar o princípio do contraditório, princípio constitucional e garantia

¹⁴⁶ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 10.

fundamental presente no artigo 5º, inciso LV da Lei Magna e nos artigos 7 e 9 do Decreto-Lei nº 25/37.

Frisa-se, no entanto, que a impugnação do interessado não tem o condão de impedir a preservação do bem, vez que o tombamento, como já havíamos dito, é feito com o objetivo de proteção a direitos difusos, portanto, de interesse público. A impugnação do interessado somente constituirá oposição ao tombamento quando for eivada de ilegalidade – quer seja na fundamentação da decisão, quer seja no procedimento administrativo a ser adotado. Há também a possibilidade de manifestação de terceiros sobre o assunto, pois a Administração consagrou o direito constitucional de petição de qualquer cidadão aos processos da Administração Pública.¹⁴⁷

O quarto e último aspecto ressaltado por RABELLO diz respeito à transcrição do tombamento no Registro de Imóveis, mencionado no artigo 13 do Decreto Lei. Para a autora, assim como para esmagadora doutrina e jurisprudência, a não transcrição no Registro de Imóveis não é o suficiente para a invalidação para o ato administrativo praticado. Isso porque, no referido artigo, o legislador já fala sobre os *efeitos do tombamento*. Portanto, conforme o próprio artigo, se o ato surtiu efeito é porque já é definitivo. Os efeitos pretendidos com a averbação do tombamento são aqueles relativos às restrições de alienabilidades, tratado por todo capítulo III, em especial no artigo 12 do Decreto Lei 25/37.

O processo tem início com a notificação da parte para que possa impugnar o tombamento e seu fim com a inscrição do imóvel no Livro do Tombo. É como diz o artigo 10 do referido Decreto Lei: *“O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo”*.

148

¹⁴⁷ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 11.

¹⁴⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 25/1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em 18 nov. 2017.

3.1.1. Efeitos do Tombamento

Segundo RABELLO, o principal efeito do tombamento é a conservação do bem (art. 1º do DL 25/37), uma vez que o objeto que possui valor histórico cultural integra o patrimônio público, nos termos do artigo 216 da Carta Magna. Esse, portanto, é a finalidade do ato administrativo do tombamento: a conservação da coisa.¹⁴⁹

O controle da preservação do bem é feito a partir da caracterização da coisa ainda no processo de tombamento, motivo pelo qual se trata de um estágio do procedimento de suma importância. Os fundamentos técnicos utilizados por ocasião da caracterização do bem, registrando a relação entre a coisa e o patrimônio cultural preservado, irão servir de parâmetro para as eventuais intervenções que poderão ser feitas no bem tombado.

Ressalta-se que nem com a autorização do órgão técnico poderão ser feitas intervenções que impliquem na destruição, mutilação ou demolição do bem. As demais intervenções, sejam elas de conservação ou restauração, necessitarão de autorização prévia para ocorrer. É determina o artigo 17 do Decreto Lei 25/37:

Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado.¹⁵⁰

Há, no entanto, a discussão acerca do que consistiria a mutilação do bem. Em que medida uma intervenção feita em um bem consistiria em mutilação? Na visão de RABELLO, apesar de caber ao órgão técnico o parecer sobre o que este entende sobre mutilação, inserindo-se no juízo de discricionariedade técnica da Administração Pública, é notória a possibilidade de controle administrativo e judicial sobre tal decisão, resguardando-a de eventuais abusos de poder.¹⁵¹

¹⁴⁹ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 12.

¹⁵⁰ BRASIL. **Decreto-Lei nº 25/1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De10025.htm>. Acesso em 19 nov. 2017.

¹⁵¹ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 13.

Frisa-se que a obrigatoriedade de conservação do bem com a aplicação dos limites à sua intervenção se dá, ainda que não finalizado o tombamento com a sua posterior inscrição no Livro do Tombo, a partir da imposição do tombamento provisório, à luz do artigo 10, parágrafo único do Decreto Lei 25/37.¹⁵² *In verbis*:

Art. 10. O tombamento dos bens, a que se refere o art. 6º desta lei, será considerado provisório ou definitivo, conforme esteja o respectivo processo iniciado pela notificação ou concluído pela inscrição dos referidos bens no competente Livro do Tombo.

Parágrafo único. Para todos os efeitos, salvo a disposição do art. 13 desta lei, o tombamento provisório se equipará ao definitivo.

Ressalta-se que a conservação do bem tombado é responsabilidade do proprietário. No entanto, essa obrigação não excede aos cuidados básicos de conservação do bem tombado. Para RABELLO, não é obrigação do proprietário a restauração voluptuária ou a recuperação das características do bem.¹⁵³

Ainda que, a *contrario sensu* do disposto no artigo 19 do Decreto-Lei, RABELLO entende que a obrigação de conservação de bem imóvel independente do tombamento deste, uma vez que decorre da própria condição de proprietário. Nas palavras da autora:

Comumente, a legislação urbanística determina, motivada por vários interesses públicos (sanitário, de segurança e até estéticos), que os donos de imóveis urbanos os mantenham em bom estado de conservação, assim como as calçadas públicas fronteiriças. Então, a conservação, por motivo de preservação do patrimônio cultural, é apenas mais uma razão do rol de obrigações proprietárias: manutenção do bom estado de conservação dos imóveis em geral. A diferença primordial no exemplo citado é que os imóveis tombados, além de se manterem conservados, não poderão, ao contrário dos demais, terem suas características fundamentais alteradas nem serem mutilados ou demolidos.¹⁵⁴

Caso o proprietário não tenha condições de arcar com a conservação do bem, o artigo 19 é preciso ao indicar qual será o procedimento a ser seguido, sob pena de pedido de destombamento do bem por parte do proprietário. É como se vê da simples leitura do dispositivo legal:

¹⁵² RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 13.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 13-14.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 14.

Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

§ 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa.

§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.¹⁵⁵

RABELLO apresenta um segundo efeito específico do tombamento. Previsto no artigo 18 do referido Decreto Lei, o tombamento de um imóvel constitui uma área de proteção em sua vizinhança a fim de garantir a apreciação do bem como patrimônio cultural daquela comunidade. O entorno do bem tombado – como comumente é chamada essa área – também passa a estar sob a tutela da Administração Pública em razão da existência do bem tombado e para garantir que a sua fruição pela comunidade não seja prejudicada.¹⁵⁶

Salienta a autora que a tutela cedida ao entorno do bem é diferente daquela cedida ao próprio bem. Não se trata de uma tutela direta aos imóveis que estão ao entorno, pois estes não apresentam valor cultural, mas é necessário preservar a ambientação do lugar onde está situado o bem tombado, ajudando a população a compreender o valor cultural do bem e preservar sua visibilidade – não apenas no sentido físico, mas inserido em seu contexto.¹⁵⁷

3.2. Discricionariedade Técnica e Tombamento

Vê-se, portanto, que determinar se um bem está apto ou não para ser tombado, se há nele valor cultural a ser protegido, é decisão que se insere no que a doutrina convencionou em chamar de discricionariedade técnica. No mesmo sentido pensam FERREIRA¹⁵⁸ e DI

¹⁵⁵ BRASIL. **Decreto-Lei nº 25/1937**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em 19 nov. 2017.

¹⁵⁶ RABELLO, Sonia. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). *Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural*. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015, p. 15.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 16.

¹⁵⁸ FERREIRA, Patrícia Baptista. Discricionariedade e Controle na Tutela do Patrimônio Histórico e Cultural: Reserva da Administração na Escolha Entre Interesses Públicos Concorrentes e os Limites da Intervenção dos Poderes Judiciário e Legislativo. *Revista De Direito Da Administração Pública*, v. 2, n. 1, jan/jun, 2016, p. 60.

PIETRO¹⁵⁹. Convém, portanto, uma melhor análise acerca dessa modalidade de discricionariedade.

Segundo DI PIETRO, a expressão discricionariedade técnica foi utilizada pela primeira vez em 1864 por Bernatzik, um dos autores da Escola de Viena. Segundo Antônio Francisco de Souza, “*Bernatzik pretendia, sob o conceito de discricionariedade técnica “englobar todo aquele tipo de decisões que, não sendo discricionárias, deveriam, contudo, ser, pela sua alta complexidade técnica, retiradas do controle jurisdicional, porque, como ele dizia, de administração percebem os administradores, e só eles, pela sua formação técnica.”*”¹⁶⁰

Sobre a distinção entre discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa, DI PIETRO ressalta a doutrina italiana de ALESSI, para quem a discricionariedade administrativa surgirá quando houver casos em que a apreciação do interesse público exigir exclusivamente a utilização de critérios administrativos, como acontece, por exemplo, no caso da concessão da licença para armamento ou certificado de boa conduta.

A discricionariedade técnica, no entanto, surge quando houver a necessidade de critérios e soluções técnicas para a melhor apreciação da questão, como é o caso da ordenação de fechamento de locais insalubres. Para esses casos, a decisão administrativa deverá ser tomada conforme as regras e conhecimentos técnicos, pois não se restringem somente ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração.¹⁶¹

ALESSI delimita duas hipóteses em que os conceitos técnicos estão ligados a critérios administrativos: a primeira corresponde à situação em que, com base nos dados técnicos ofertados pelo órgão técnico responsável, a Administração deve proceder, no caso concreto, com a tomada de decisão, apreciando a situação com base no parecer e em consonância com

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 118.

¹⁶⁰ SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 105-106 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007, p. 4. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/09/>> Acesso em: 19 nov. 2017.

¹⁶¹ ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Bosch, 1970, t. I, p. 195-198. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007, p. 5. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/09/>> Acesso em: 19 nov. 2017.

os critérios administrativos de oportunidade e conveniência. Uma segunda hipótese diz respeito a decisão baseada em critérios administrativos, embora considerados também os aspectos técnicos. Há, nesse caso, uma escolha entre os meios técnicos mais adequados para a satisfação do interesse público.

Em ambos os casos, a discricionariedade técnica constitui verdadeira discricionariedade, pois pela Administração há a responsabilidade da apreciação sempre com base no melhor interesse público. Há, no entanto, a possibilidade dos critérios técnicos não estarem vinculados aos critérios técnicos. É o caso em que a Administração deve decidir se um prédio ameaça ou não cair, se um alimento está ou não deteriorado etc. Nesses casos, não há discricionariedade propriamente dita, pois não cabe à Administração apreciar conforme oportunidade e conveniência do ato.

Aí reside, portanto, para ALESSI, a distinção entre discricionariedade técnica e discricionariedade administrativa. Enquanto na primeira não existe propriamente liberdade ou opção, cabendo à Administração procurar a solução correta conforme os critérios técnicos, na discricionariedade administrativa a escolha entre um ou mais alternativas válidas se faz segundo critérios de oportunidade ou conveniência.¹⁶²

Importa-nos, no entanto, como a discricionariedade técnica é vista na ótica do direito brasileiro. Com efeito, comumente a doutrina analisa o tema sob duplo aspecto: em relação aos atos administrativos propriamente ditos – hipótese a que daremos mais enfoque por se relacionar diretamente ao objetivo desse trabalho – e em relação aos atos normativos de órgãos ou entidades da Administração Pública direta ou indireta, onde a discussão busca esclarecer sobre a possibilidade do Poder Legislativo legislar por meio de *standarts* – normas gerais, diretrizes – e deixar à Administração Pública a possibilidade da regulamentação ser baixada pelos chamados órgãos reguladores.¹⁶³

¹⁶² ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Bosch, 1970, t. I, p. 195-198. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007, p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/09/>> Acesso em: 19 nov. 2017.

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007, p. 6. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/09/>> Acesso em: 19 nov. 2017.

No que se refere ao aspecto dos atos administrativos propriamente ditos e a possibilidade de controle judicial sobre a discricionariedade técnica, pode-se falar em duas grandes correntes. À primeira pertencem aqueles que entendem que, se a lei emprega conceitos fluidos, é possível que a Administração faça um trabalho de interpretação e que este leve a uma única solução válida possível. Nesse caso, por se tratar de mero trabalho interpretativo, cabe ao Poder Judiciário rever e corrigir essa interpretação.¹⁶⁴

De modo contrário, figuram na segunda corrente àqueles que entendem que o emprego na lei dos conceitos práticos pode ou não gerar discricionariedade, dependendo do tipo de conceito e de sua aplicação diante dos casos concretos. Importa, aqui, retomar a distinção dos tipos de conceitos: os de experiência, de valor e os técnicos. Os dois primeiros já foram anteriormente analisados, restando imprescindível a análise do terceiro conceito.¹⁶⁵

Com efeito, do conceito de experiência extraem-se critérios objetivos, práticos, resultado da experiência comum, motivo pelo qual permitem ao Administrador concluir sobre uma única solução possível. Por isso diz-se que esses conceitos afastam a discricionariedade. Os conceitos de valor, por sua vez, podem ou não gerar discricionariedade, a depender do caso concreto. Isto porque alguns conceitos que se apresentam à primeira vista como indeterminados podem ser determinados pelo exame da situação de fato, como é o caso do conceito de moralidade, interesse público ou utilidade pública. Quanto ao conceito técnico, para DI PIETRO este não gera discricionariedade, porque a solução correta pode ser facilmente apontada pela manifestação de órgão técnico.

Talvez por não haver muita dúvida quanto à possibilidade de haver controle judicial sobre os aspectos técnicos do ato administrativo, o tema da discricionariedade técnica tem sido pouco analisado no direito brasileiro. Com relação aos atos administrativos não há muita dificuldade em sua determinação: quando o conceito contido no mandamento puder ser determinado pela manifestação de órgão técnico, não se pode falar em discricionariedade propriamente dita, sendo possível o controle judicial sobre esses atos.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007, p. 12. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/09/>> Acesso em: 19 nov. 2017.

¹⁶⁵ Abordamos esse assunto de forma mais ampla no tópico 2.3.4. Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados, p. 39.

3.3. Há discricionariedade nas decisões de tombamento?

A questão que guiou o presente trabalho diz respeito a existência ou não de discricionariedade na decisão que constitui o ato de tombamento. Para a resolução dessa questão, debruçamo-nos na doutrina de RABELLO¹⁶⁶ e FERREIRA, que entendem pela existência do juízo discricionário da análise da decisão de tombamento.

Ressalta RABELLO que o interesse do Estado na questão do tombamento reside no reconhecimento jurídico do valor cultural do bem. Vê-se, portanto, a bipartição do bem no que se refere ao bem como objeto, item do direito de propriedade; e o bem não econômico, objeto de interesse público pelo reconhecimento de seu valor cultural, motivo pelo qual são bens jurídicos susceptíveis à tutela do Estado.¹⁶⁷

É exatamente o relevante valor cultural contido na propriedade que o habilita a ser tombado, sendo certo que os valores e interesses coletivos – como os de segurança, saúde, cultura, educação – são o objeto das restrições e limitações tuteladas por meio do Poder de Polícia da Administração. Assim, o Decreto-Lei 25/37 foi o instrumento escolhido pelo Legislador para a proteção de bens de valor cultural.

Ao limitar os direitos de propriedade da sociedade em prol do interesse público, o legislador confere à Administração o exercício do poder de polícia para resguardar o interesse público de conservação de bens de valor cultural que determinadas coisas podem conter. Nas palavras de RABELLO:

O Decreto-lei 25/37 não escolheu o sistema de proteção *ex vi legis*, isto é, decorrente automaticamente da lei. Poderia a lei federal ter escolhido fórmula vigente em alguns países segundo a qual coisas com certo tempo de existência ficam imediatamente protegidas. Entretanto o Decreto-lei 25/37 previu processo administrativo pelo qual **cabe ao órgão do**

¹⁶⁶ Ainda que se adote para fins do presente trabalho a posição de RABELLO quanto a discricionariedade do tombamento, faz-se mister sinalizar a preferência da autora de não classificar o ato administrativo referente ao tombamento como vinculado ou discricionário, pois em sua visão o que deve ser verificado é o poder discricionário contido no ato. Assim, “*discricionário é o poder da administração de escolher o critério técnico para determinação do que entende ser valor cultural de um bem*”. Ver mais em: RABELLO, Sonia. **O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento**. IPHAN, 2009, p. 94.

¹⁶⁷ RABELLO, Sonia. O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento. IPHAN, 2009, p. 45.

Executivo avaliar quais os bens que merecem proteção federal. Com esta previsão legal abriu-se ao Executivo o espaço legal necessário ao exercício de poder de polícia nesta área, já que lhe caberá determinar os bens passíveis de proteção. Outrossim, os bens apontados, após o processo administrativo competente, passarão a estar sob a tutela especial do Estado, integrando seu domínio eminente.

O Decreto-lei 25/37 previu a causa que determinará a proteção do bem, o órgão do Executivo que terá competência para escolher e julgar o valor de determinado bem, alguns aspectos do processo administrativo e os efeitos que irão operar a partir da determinação da tutela especial do Estado. Efeitos esses que criam obrigações tanto para o titular de domínio do bem, quanto para os cidadãos em geral. Trata-se, portanto, de ato do Executivo: ato administrativo decorrente do seu poder de polícia administrativa, já que, por ele, a administração pública restringirá direitos de particulares, com o fim de resguardar o interesse público geral da preservação.¹⁶⁸

Ainda na esteira da doutrina da administrativista, o ato de tombamento configura-se como ato administrativo, podendo ser classificado como ato político.¹⁶⁹ Ainda na classificação dos atos administrativos, convém sinalizar a posição de RABELLO quanto a classificar o tombamento como ato composto – como sendo aquele que “resulta da vontade de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro para se tornar exequível”. Nesse sentido:

Podemos entender que a homologação ministerial consubstancia-se nesta “verificação”, de **caráter discricionário**, aferindo-se com ela a oportunidade e conveniência do tombamento. O ato composto torna-se perfeito com a decisão favorável do Conselho Consultivo. Não obstante a Lei 6.292/75 mencione a expressão “parecer”, este materializa uma deliberação do Conselho.¹⁷⁰

Não é de outra forma como se posiciona FERREIRA, para quem ainda que “o parecer prévio dos técnicos que integram esse serviço deve ser considerado peça indispensável no processo de avaliação quanto à necessidade da preservação do bem”¹⁷¹. Contudo, “à míngua

¹⁶⁸ RABELLO, Sonia. O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento. IPHAN, 2009, p. 46.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 56.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 58-59.

¹⁷¹ FERREIRA, Patrícia Baptista. Discricionariedade e Controle na Tutela do Patrimônio Histórico e Cultural: Reserva da Administração na Escolha Entre Interesses Públicos Concorrentes e os Limites da Intervenção dos Poderes Judiciário e Legislativo. **Revista De Direito Da Administração Pública**, v. 2, n. 1, jan/jun, 2016, p. 61.

de previsão legal específica, deve ser empregado o entendimento geral existente no sentido na não vinculação”.¹⁷²

Destaca-se ainda a contribuição de LEAL, rementendo-se o leitor à discussão acerca da discricionariedade contida no conceito técnico e a discricionariedade da própria decisão de tombamento:

A atribuição de valor ou artístico a um bem não é, pois, atividade discricionária, porque não envolve apreciação de conveniência e oportunidade. Ato discricionário é, por exemplo, o tombamento em si mesmo, ou a ocasião de o efetuar, porque a autoridade, mesmo reconhecendo o valor histórico ou artístico de um bem, tem liberdade de o tomar ou não, como tem a liberdade de escolher a ocasião mais apropriada para praticar esse ato. (...) Mas na qualificação de um bem como compreendido no patrimônio histórico e artístico nacional, o que se tem é a devida ou indevida aplicação da lei, isto é, matéria pertinente como exame da legalidade, segundo o critério assentado na Lei 221, de 1984.¹⁷³

Por fim, há de ressaltar a existência na sociedade contemporânea de mais de um interesse público dependente da tutela do Estado, motivo pelo qual deve a Administração “*verificar se há outros interesses públicos concorrentes que mereçam ser igualmente promovidos pelo Poder Público e que conflitem com a preservação do bem e, se for o caso, escolher qual o melhor instrumento de tutela a ser adotado*”.¹⁷⁴

¹⁷² *Ibidem*, p. 62.

¹⁷³ LEAL, Vitor Nunes. Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível nº 7.377, **Revista Forense**, p. 143 *apud* RABELLO, Sonia. **O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento**. IPHAN, 2009, p. 63.

¹⁷⁴ RABELLO, Sonia. O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento. IPHAN, 2009, p. 63.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, notou-se que o fim do regime absolutista e o surgimento do Estado de Direito, regime caracterizado não mais pela figura do representante como figura legitimadora do direito, mas pela predominância da legalidade, desvinculada à ideia do monarca, trouxeram ao mundo jurídico importante bases para sua construção.

O Estado de Direito, no entanto, deu lugar, com o advento da Constituição de 1988, ao Estado Democrático de Direito. Estes se diferenciam principalmente pelo maior engajamento, por parte do Estado Democrático, no tocante à justiça social, participação popular na política e pela preocupação de não estar apenas formalmente submetido à lei, mas também de concretizar efetivamente o conteúdo legal.

Os princípios também ganharam bastante força com o Estado Democrático de Direito, atuando como balizas à Administração Pública. Três, em especial, são elencados como estruturadores do Estado Democrático de Direito, os princípios da legalidade, igualdade e separação de poderes. Dentre eles, merece destaque a legalidade como elemento caracterizador do Estado de Direito, princípio garantista dos direitos individuais, possibilitando ainda o controle da atuação Estatal pela sociedade.

Nesse contexto insere-se a discricionariedade como margem de liberdade do administrador para escolher, dentre uma das alternativas válidas perante o direito, a que melhor couber ao interesse público. Já que a vinculação é a regra, por força da legalidade administrativa, a discricionariedade só atuará quando o próprio legislador reservar seu espaço. Não implica, portanto, em liberdade infinita, mas sua extensão é limitada pela própria lei.

Justificada a existência da discricionariedade pela impossibilidade do legislador prever cada aspecto da vida em sociedade, também podemos apresentar um outro fundamento para sua existência: a impossibilidade do uso, em todos os casos, de conceitos considerados objetivos. Algumas vezes o legislador usará conceitos fluidos que necessitarão de maior interpretação por parte do Administrador para sua aplicação. Haverá espaço para a discricionariedade no momento em que seu significado for preenchido conforme critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

De toda a forma, os dois aspectos citados caminham a uma mesma conclusão: a discricionariedade administrativa encontra fundamento no próprio ordenamento jurídico, pois nele está o comando para a sua atuação, seja pelo uso dos conceitos jurídicos indeterminados ou pela vontade do legislador a conferir maleabilidade.

Sendo a discricionariedade instituída por lei, é certo que o Poder Judiciário, enquanto intérprete e guardião da lei, interfira na margem de liberdade do Administrador Público para controlar atos discricionários? De certo, o Poder Judiciário não poderia conhecer do dia a dia da Administração Pública, não podendo também, de todo modo, interferir no espaço reservado por lei para a Administração, motivo pelo qual se convencionou que ao Judiciário caberia a análise da legalidade dos atos, não podendo, no entanto, entrar no chamado mérito administrativo – isto é, na parte relativa a oportunidade e conveniência do ato.

Com o passar dos anos a proibição do Judiciário de adentrar no mérito administrativo foi sendo mitigada, em especial pela criação de teorias que justificassem o controle administrativo sob atos que antes seriam considerados proibidos por adentrarem ao mérito da questão. Essas teorias – desvio de poder, motivos determinantes, conceitos jurídicos indeterminados e limitação por princípios – trataram de diminuir, na medida em que foram aparecendo, a margem discricionária do Administrador. Nota-se que com o controle judicial dos atos que antes eram exclusivamente administrativos, aumentou-se a legalidade e restringiu-se, do mesmo modo, a discricionariedade.

Para responder a pergunta sobre a existência de discricionariedade no tocante ao instituto do tombamento, reunimos elementos que pudessem caracteriza-los e nos fossem úteis para que lográssemos compreender um pouco mais sobre esse instituto. Da análise da doutrina, vimos que o tombamento tem como sua principal finalidade a conservação de bens que, por seu elevado valor cultural, podem ser considerados direito subjetivo da sociedade.

Do procedimento de tombamento, o Decreto Lei 25/37 confere ao Poder Executivo a avaliação do bem a ser tombado. Este deve identificar o bem e, fazendo uso de critérios claros, motivar a decisão sobre o porque da necessidade do tombamento do bem. Ato contínuo será instaurado o procedimento administrativo, sendo encaminhado para um

Conselho Técnico, instaurado pela própria administração, que resolverá, com base em critérios técnicos sobre a existência ou não de relevante valor cultural naquele bem.

No entanto, a decisão do Conselho sobre o tombamento, ainda que eivada de *expertise*, não tem o necessário para que haja efetivamente o tombamento do bem, devendo passar pelo crivo da autoridade necessária que, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, homologará ou não o bem, sendo a decisão pela não homologação sempre motivada. Há, portanto, discricionariedade na atuação do Administrador ao resolver pelo tombamento ou não de um bem.

Ressalta-se que não há discricionariedade quanto a análise do conceito – que é determinado pelo Conselho conforme juízo de valor técnico – mas sim na decisão tomada pela autoridade administrativa que determina o tombamento. Isto porque no momento da análise do administrador também leva-se em conta critérios como o conflito entre interesses públicos – relevante valor cultural vs. educação, por exemplo. É possível que um bem que seja considerado de relevante valor cultural não seja tombado em razão do interesse público.

Ficou claro, ao fim de nossa pesquisa, que nas decisões de tombamento há o que a doutrina vem convencionando chamar de discricionariedade técnica, ou seja, um juízo discricionário administrativo por parte do Administrador, ainda que ligado a dados de ordem técnica – no caso, o parecer do Conselho –, sem que haja qualquer vinculação entre eles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Bosch, 1970, t. I.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**, 2ª Ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 25/1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0025.htm>. Acesso em 18 nov. 2017.

_____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. **Constituição (1988)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 29 out. 2017.

_____. **Lei nº 9.784/99 (Lei de Procedimento Administrativo)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. **Código Civil (2002)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em: 12 nov. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 31 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 29, São Paulo.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 37 ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO (1789). Universidade de São Paulo – Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> Acesso em: 27 out. 2017.

DICIONÁRIO BRASILEIRO DA LÍNGUA PORTUGUESA. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/fundamento/>> Acesso em: 10 nov. 2017

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3º ed., São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Discricionariedade Técnica e Discricionariedade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae/edicao/09/>> Acesso em: 14 nov. 2017.

_____. **Direito Administrativo**, 30 ed. ver., atual e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FERREIRA, Patrícia Baptista. Discricionariedade e Controle na Tutela do Patrimônio Histórico e Cultural: Reserva da Administração na Escolha Entre Interesses Públicos Concorrentes e os Limites da Intervenção dos Poderes Judiciário e Legislativo. **Revista De Direito Da Administração Pública**, v. 2, n. 1, jan/jun, 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discricionariedade: poder ou dever? **Curso de Direito Administrativo**. Vários autores, 1986.

KELSEN, Hans. La teoria pura del derecho, 1941, pp. 108 ss. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 3 ed., São Paulo: Atlas, 2012.

LEAL, Vitor Nunes. Comentários ao acórdão proferido na Apelação Cível nº 7.377, **Revista Forense**.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8º ed., rev., atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 42 ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ato administrativo e direitos dos administrados, 1981.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 26 ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martines; BRANCO, Paulo Augusto Gonet. **Curso De Direito Constitucional**, 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 29ª ed., São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial**, 16ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro : Forense, 2014.

OLIVEIRA, Fábio de. Por uma teoria dos princípios: O princípio constitucional da razoabilidade, 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. **Revista de direito administrativo**, Rio de Janeiro: v. 6, 1946.

RABELLO, Sonia. O Estado na preservação de bens culturais: o tombamento. IPHAN, 2009.

_____. O tombamento. In: REZENDE, Maria Beatriz; GRIECO, Bettina; TEIXEIRA, Luciano; THOMPSON, Analucia (Orgs.). **Dicionário IPHAN de Patrimônio Cultural**. 1edº. Rio de Janeiro, Brasília: IPHAN/DAF/Copedoc, 2015.

SARRIA, Consuelo. **Discrecionalidad administrativa**. In: acto administrativo. Vários autores. Tucuman:Unsta, 1982.

SOUSA, Antônio Francisco de. **Conceitos Indeterminados**. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

TÁCITO, Caio. Desvio de poder em matéria administrativa. Tese, 1951.