



Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"

CARLOS EDUARDO PAIVA JUNIOR

**O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS**

Assis
2015

CARLOS EDUARDO PAIVA JUNIOR

**O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS**

Trabalho de conclusão de curso para obtenção do título de graduação de Bacharel em Direito, apresentado à Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA.

Orientador: Eduardo Augusto Vella Gonçalves
Examinador: Edson Fernando Pícolo de Oliveira

ASSIS
2015

FICHA CATALOGRÁFICA

Paiva Junior, Carlos Eduardo

O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários / Carlos Eduardo Paiva Junior. Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA – Assis, 2015. 52p.

Orientador: Eduardo Augusto Vella Gonçalves

Trabalho de conclusão de curso – Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA

1.

CDD:

Biblioteca da

FEMA

“É muito melhor lançar-se em busca de conquistas grandiosas, mesmo expondo-se ao fracasso, do que alinhar-se com os pobres de espírito, que nem gozam muito nem sofrem muito, porque vivem numa penumbra cinzenta, onde não conhecem nem vitória, nem derrota. ”

Theodore Roosevelt

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, minha rocha, porto seguro nas dificuldades, em especial minha mãe Sandra Mara Moraes Paiva, minhas avós Nair de Lima Paiva e Ordália Diniz Moraes, bem como meus avôs Sidney de Moraes e Valdemar Guazelli de Paiva, ainda que em caráter póstumo, sempre me serviram de exemplo de chefes de família perseverantes e provedores e com todo amor e carinho sempre me apoiaram em todos os momentos.

AGRADECIMENTOS

Aos professores que doaram um pouco de si para que fosse possível a construção do conhecimento e a conclusão desse trabalho.

Quero agradecer especialmente ao orientador Eduardo Augusto Vella Gonçalves e ao Supervisor Edson Fernando Pícolo de Oliveira por propiciarem todas as experiências que vivenciei durante o período de estágio, bem como pelo apoio e incentivo.

RESUMO

Durante muito tempo, a apreciação dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário foi considerada intangível tendo em vista o mérito administrativo, ou seja, os critérios de conveniência e oportunidade utilizados pelo administrador. Entretanto, ao se conferir uma ampla discricionariedade ao administrador cria-se uma abertura para a ocorrência de que sejam praticados abusos de poder, busca de interesses pessoais, injustiças e corrupção. Nesse sentido, tornam-se necessárias maiores medidas de controle, que possibilitem ao Judiciário condições de assegurar de forma efetiva o Direito consagrado pela Constituição. Tal importe constitui-se fruto do contexto histórico da constitucionalização do direito administrativo e do processo de judicialização, tendo em vista que a via judicial se tornou o principal meio para sejam concretizadas as regras e princípios constitucionais. Pretende-se, portanto, demonstrar a possibilidade de atuação do Judiciário na análise dos atos discricionários tanto no aspecto da legalidade, como no Direito, coibindo assim, a prática de atos administrativos em contraposição à legislação ou aos princípios constitucionais.

Palavras-chave: ato administrativo discricionário; controle judicial; administração pública, conveniência e oportunidade.

ABSTRACT

For a long time, the appreciation of discretionary administrative acts by the judiciary was considered intangible considering the administrative merit, ie the criteria of convenience and opportunity used by the administrator. However, by conferring a broad discretion to the administrator creates an opening for the occurrence of which are practiced abuse of power, pursuit of personal interests, injustice and corruption. In this sense, become necessary greater control measures that enable the judiciary able to ensure effectively the rights enshrined in the Constitution. Such care constitutes the fruit of the historical context of a constitution of administrative law and the legalization process, given that the judicial process has become the primary means for the constitutional rules and principles are implemented. It is intended, therefore, demonstrate the possibility of the Judiciary acting in analyzing the discretionary acts both in the aspect of legality, as in law, curbing thus the practice of administrative acts in opposition to the legislation or constitutional principles

Keywords: discretionary administrative act; judicial control; public administration, convenience and opportunity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E QUESTÕES ATINENTES ..	12
1.1 Da compatibilidade entre os princípios da separação de poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional	16
2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEU REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO E A FUNÇÃO POR ELA DESENVOLVIDA	18
3. DO ATO ADMINISTRATIVO	23
3.1 Elementos do ato administrativo.....	25
3.2 Modalidades de ato administrativo: vinculado e discricionário.....	29
3.2.1 Conceito de ato administrativo vinculado	29
3.2.2. Do conceito tradicional de ato administrativo discricionário	31
4. ASPECTOS RELEVANTES DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: MÉRITO E DISCRICIONARIEDADE	33
4.1. Mérito administrativo	33
4.2 Discricionariedade administrativa.....	35
5. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO JUDICIÁRIO	38
5.1 Teorias: do desvio de poder e dos motivos determinantes.....	39
5.2 Controle dos atos administrativos discricionários	43
6. JURISPRUDÊNCIA	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

Atualmente tanto as instituições políticas como o Poder Público no Brasil passam por um período de grande descrédito por parte da sociedade. Todos os dias, observamos nos noticiários a divulgação de atos de corrupção, desvio de poder e inúmeros outros problemas, pelos diversos meios de comunicação.

Todavia não se pode atribuir apenas aos grandes administradores a ocorrência de irregularidades, tendo em vista também ser possível observarmos servidores públicos, no exercício de funções públicas, valendo-se do cargo que ocupam para obterem vantagens para si mesmo. Frequentemente são noticiados recebimentos de propinas em troca da concessão de privilégios em processos licitatórios, venda de sentenças judiciais, atos secretos e até mesmo para o recebimento de indenizações indevidas, dentre inúmeros outros atos indevidos praticados durante o exercício da função pública.

Os fatos mencionados constituem apenas os eventos que chegam ao conhecimento da sociedade, entretanto o que entristece é constatarmos a existência de um número cada vez maior de arbitrariedades praticadas pelos agentes públicos diariamente sem que as mesmas sejam divulgadas para a sociedade.

Embora sejamos um dos países com a maior arrecadação tributária, o fato é que o dinheiro público tem sido mal utilizado. A legislação atual determina a receita arrecadada seja empregada em investimentos em políticas sociais e em atividades de fomento, conforme o estabelecido no orçamento anual, porém sua utilização ocorre de forma indevida sem que seja respeitada a finalidade à qual se encontra atrelado.

Assim sendo, faz-se necessária uma reflexão no intuito de se repensar o controle jurisdicional dos atos administrativos. Nesse sentido, o presente trabalho tem por objetivo investigar como ocorre esse controle, demonstrando a necessidade de que mérito administrativo seja apreciado de forma articulada com os princípios jurídicos.

Considerando-se o princípio da separação dos poderes a atuação do Poder Judiciário limita-se à efetivação do controle da legalidade dos atos da administração pública, ou seja, limita-se a adequar esse controle à legislação vigente. Quanto ao mérito administrativo, observamos que o administrador público possui uma ampla liberdade decisória para sua atuação, tendo em vista o fato de que o magistrado não tem o poder de realizar o controle jurisdicional.

Não se pretende questionar a apreciação por parte do Poder Público dos aspectos legais dos atos praticados, mas sim refletir sobre a nova amplitude que tal exame tem recebido atualmente.

Sendo assim, os atos administrativos discricionários devem ser apreciados pelo Judiciário, de forma consistente, considerando o crescente aumento de atos arbitrários, para que assim seja resguardado o interesse público. Vale ressaltar que tal controle deve obedecer aos parâmetros estabelecidos pelo direito.

1. DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E QUESTÕES ATINENTES

A Constituição Federal constitui o principal instrumento do sistema normativo. Nele encontra-se disposta tanto a organização como a estrutura jurídico-administrativa do Estado brasileiro. Todas as demais normas jurídicas devem a ela obediência e nela buscam sua fundamentação e validade.

O art. 1º da Carta Constitucional de 1988 estabelece o Brasil como Estado Democrático de Direito e dispõe sobre as bases sobre as quais o Estado tem o dever de desenvolver todas as suas atividades.

Nesse sentido, José Cretella Júnior (1997, p.135) destaca que:

“A frase ‘Estado Democrático de Direito’ é pleonástica, redundante, porque é da essência da democracia, onde impera soberano o princípio da legalidade, a inviolabilidade do direito, a vigência do denominado Estado de direito (...) que se contrapõe ao Estado de força, Estado policial ou ditatorial (...). O exercício da democracia é dominado pelo princípio da legalidade (...).”

A concepção de Estado de Direito surgiu na época em que imperava o liberalismo e por esse motivo apresentava uma versão diferente da atual, tendo em vista que predominavam anseios individualistas e imperava a lei apenas em sentido formal. Com o passar dos anos esse conceito passou por inúmeras modificações resultando na compreensão que temos atualmente, cuja base consiste em assegurar o bem comum da coletividade em detrimento do individual.

Na Constituição Federal também se destaca a adoção do princípio da separação de poderes em seu artigo 2º, sendo considerado como um princípio fundamental, elevado à categoria de cláusula pétrea conforme o estabelecido no art. 60, § 4º, III, da CF/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

Nesse sentido, José Cretella Júnior (1997, p. 149) defende que

“A pessoa jurídica pública política é o ‘centro de irradiação’ dos três poderes, independentes, porque um não interfere no outro, no desempenho de suas funções específicas, embora possa controlar as funções anômalas do outro, desde que a Constituição assim o permita; harmônicos, porque cada um deles é, na realidade, a União, que se desnaturaria, quebrando-se, fracionando-se, se os poderes se desarmonizassem.”

Atualmente, é possível compreendermos o Poder Político do Estado como um poder único, onde são divididas apenas as funções para que seja possível exercê-lo. Assim sendo, José Afonso da Silva (2003, p.108), de forma pertinente ressalta que “o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção das funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional”.

Alexandre de Moraes (2000, p. 360) apresenta uma concepção moderna acerca do tema

“(…) dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito se assenta na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes públicos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

Depreende-se, por conseguinte, que embora o poder político do Estado seja entendido como indivisível, indelegável, único, o princípio da separação de poderes foi adotado pelo Brasil, em virtude de ser entendido como uma verdadeira distribuição de funções específicas e primordiais entre os órgãos estatais supremos, para o funcionamento e desempenho concreto das atribuições do Estado.”

Na Constituição Federal, também é possível observarmos a adoção do termo “poderes” como uma referência às estruturas internas do Estado, ou seja, órgãos que apresentam funções específicas, criadas no intuito de possibilitar a execução de determinadas funções administrativa, legislativa e jurisdicional para a contenção da concentração do poder nas mãos de uma única pessoa.

“Compõe-se o Estado de Poderes, seguimentos estruturais em que se divide o poder geral e abstrato decorrente de sua soberania. Os Poderes de Estado, como estruturas internas destinadas à execução de certas funções, foram concebidos por Montesquieu em sua clássica obra, pregando o grande filósofo, com notável sensibilidade política para a época (século XVIII), que entre eles deveria haver necessário equilíbrio, de forma a ser evitada a supremacia de qualquer deles sobre outro (Carvalho Filho, 2005, p. 2).”

Tanto Aristóteles como Montesquieu, cada um em sua época, estabeleceram as bases do princípio da separação de poderes nas obras Política e O Espírito das Leis respectivamente, sustentando de forma bastante clara nesta última não haver

uma supremacia de poderes, ou seja, um não prevalece sobre o outro, mas sim se equilibram entre si.

Em sua obra Política, Aristóteles já defendia a existência de três funções estatais distintas, todavia estavam concentradas nas mãos do “soberano”, enquanto representante do Estado, devido ao contexto histórico vivenciado. Mais tarde, Montesquieu enquadrou os ensinamentos de Aristóteles ao seu momento histórico, desenvolvendo-os.

Atualmente a Constituição Federal possibilita uma verdadeira interpenetração entre os poderes que são concebidos através de funções próprias, típicas. Nela também se encontra prevista a possibilidade de prática de funções atípicas, contanto que haja autorização expressa por parte do ordenamento jurídico pátrio.

De acordo com essa linha de raciocínio, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 2) ressalta que “os Poderes estatais, embora tenham suas funções normais (funções típicas), desempenham também funções que materialmente deveriam pertencer a poder diverso (funções atípicas), sempre, é óbvio, que a Constituição o autorize”. Na prática, tal afirmação consiste em dizer que a função legislativa fica a cargo do Poder Legislativo, a execução dos comandos legais fica a cargo do Poder Executivo e ao Poder Judiciário compete a função jurisdicional.

Sendo assim, é possível afirmar que de acordo com a Constituição Federal brasileira o sistema de separação de poderes apresenta funções independentes e harmônicas entre si, e a distribuição dessas funções é realizada entre três órgãos independentes do Estado, onde cada um deles possuirá atribuições específicas, porém não exclusivas, com atuação independente entre si, ou seja, cada uma das esferas do poder apresenta atribuições próprias que são delineadas pela Constituição.

Equivale a dizer que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário funcionarão de acordo com desígnios e estrutura próprios, sem que se encontre subordinado ou venha a interferir na organização estrutural dos demais, no intuito de atender ao que se encontra estabelecido pela Carta Magna.

Com relação à independência dos poderes, José Cretella Júnior (1997, p. 153) destaca que “a independência é relativa, porque cada Poder, na medida em que o poder constituinte o determina, serve de freio e contrapeso a outro Poder”.

Além da independência, a harmonia entre os poderes constitui uma das características representadas através de um sistema de freios e contrapesos no ordenamento jurídico, que promove o respeito mútuo entre os órgãos do poder, mas também possibilita pequenas interferências, no intuito de manter o equilíbrio entre os poderes.

A harmonia entre os poderes encontra-se prevista na Constituição Federal através de normas jurídicas. Como exemplo, podemos citar o processo de elaboração das leis, onde os três órgãos do poder atuam de forma restrita na Carta Constitucional, promovendo um verdadeiro sistema de equilíbrio. Tal equilíbrio torna-se possível, pois ao se estabelecer regras jurídicas possibilita-se um efetivo controle de um poder sobre o outro, sem, contudo, existir qualquer interferência nas atribuições próprias de cada um, inviabilizando tanto a usurpação do poder, como a ocorrência de arbitrariedades.

Nesse sentido, José Afonso da Silva (2003, p. 111) defende que,

“(…) os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que aliás integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos.”

Sendo assim, podemos concluir que os poderes não apresentam uma independência irrestrita, pois se faz necessário que exista uma harmonia entre os poderes, para que assim seja estabelecido o equilíbrio.

Frente ao exposto, é possível observarmos que a manutenção da independência entre os poderes do Estado estende-se até o ponto onde a harmonia entre eles permaneça preservada, equivalendo a dizer que a independência existe desde que não haja o abuso de um poder sobre o outro, tendo em vista o fato desses três poderes apresentarem grau de importância equivalentes para o exercício das finalidades do Estado. Nesse sentido Cretella Júnior, (1997, p. 158)

afirma que “Embora ‘independentes’, os Poderes devem ser harmônicos, isto é não devem conflitar entre si, no desempenho das respectivas funções. A harmonia dos Poderes é imprescindível para o bom funcionamento do Estado”

1.1 Da compatibilidade entre os princípios da separação de poderes e da inafastabilidade do controle jurisdicional

A existência de um sistema de freios e contrapesos estabelecido no Estado Democrático de Direito pode ser observado através da possibilidade de atuação do Judiciário na análise dos atos administrativos praticados ao valer-se da competência discricionária.

Para que seja possível realizar uma análise do tema, faz-se extremamente necessário o estabelecimento de um paralelo entre o princípio fundamental da separação dos poderes, presente na Constituição Federal de 1988 em seu art. 2º e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que se encontra expresso no art. 5º, XXXV, da mesma Carta Magna da seguinte forma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Com relação ao assunto, José Afonso da Silva (2006, p.131) destaca que,

“(...) o princípio da proteção judiciária, também chamado ‘princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional’ constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais.”

Considerando as características do sistema de separação dos poderes, podemos inferir, por exemplo, que no caso do Poder Executivo, o administrador público possui autonomia para o exercício de suas atribuições específicas com relação aos demais poderes, desde que seja fiel às suas competências, no intuito de atender o interesse público, assim como suas finalidades legais.

Entretanto é preciso considerar a necessidade de harmonia entre os poderes, ou seja, o administrador público não pode se valer da independência como um instrumento para o abuso de poder. Cada poder deve se limitar às suas competências, que se encontram previamente estabelecidas pela Constituição Federal, respeitando seus limites. Todavia, quando os limites de atuação deixam de

ser respeitados, faz-se necessário que um poder interfira sobre o outro, para que seja possível restabelecer o equilíbrio e a harmonia entre os poderes estatais.

Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, estabelece que nos casos onde haja lesão ou ameaça a direito, o Judiciário poderá apreciar a situação, e assim efetivar o controle jurisdicional. Ou seja, caso um administrador público pratique um ato administrativo que represente uma ameaça ou lesão a um direito, a parte interessada poderá recorrer ao Poder Judiciário para que o mesmo aprecie o caso, nos estritos termos estabelecidos pelo direito.

2. DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, SEU REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO E A FUNÇÃO POR ELA DESENVOLVIDA

José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 3) compreende a função administrativa como “(...) aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional e legal, sob o regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica. ”

O atendimento aos interesses da coletividade constitui a essência da função administrativa. Dentre os inúmeros interesses coletivos podem ser destacados a prestação de serviços públicos, a atividade de fomento e a organização da máquina administrativa. Nesse sentido, Diógenes Gasparini (2003, p. 53), destaca que a atividade administrativa possui natureza de *múnus público* e “é encargo de guarda, conservação e aprimoramento dos bens, interesses e serviços da coletividade, que se desenvolve segundo a lei e a moralidade administrativa. (...) O fim é sempre o interesse público ou o bem da coletividade”.

Todas as funções da Administração Pública devem ser executadas obedecendo estritamente às normas jurídicas, princípios gerais e, ainda, as especificidades previstas em lei, e nos casos em que não sejam observadas as disposições normativas e as regras de orientação de conduta propostas pelos princípios, deverão ser considerados nulos todos os atos administrativos executados dessa maneira.

Seguindo essa linha de pensamento, Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 112), destaca que “(...)ocorreu, no Brasil, a partir da Carta Política de 1988, a constitucionalização dos princípios da Administração Pública”. Ou seja, a promulgação da Constituição ampliou a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, tendo em vista que a ação administrativa deve subordinar-se não apenas às leis, mas também aos princípios norteadores do sistema positivo brasileiro. A ainda conclui que:

“A constitucionalização desses princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do Direito gerou para o Poder Judiciário, a possibilidade de verificar além da conformidade dos atos administrativos com a lei, ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, também aspectos não vinculados desses atos, em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, da publicidade, da impessoalidade e de moralidade, do princípio constitucional a igualdade e dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade (Moraes, 2004, p. 112).”

Assim sendo, podemos dizer que atualmente estes princípios assumiram grande relevância e possibilitaram aos administrados uma maior segurança jurídica, pois ao ponderar os interesses e valores, o administrador público tomará sua decisão baseando-se na finalidade a que se encontra vinculado. E caso tal ponderação corresponda aos interesses públicos, a parte interessada poderá recorrer ao Judiciário para que seja restaurada a licitude, pois encontra-se amparado pelo princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Nesse sentido, podemos dizer que os princípios jurídicos apresentam grande relevância para o sistema jurídico brasileiro, conforme expressa o texto a seguir:

“A juspublicização dos princípios, e sua posterior constitucionalização, emprestou-lhe novas funções. Assumem função fundamentadora da ordem jurídica, interpretativa, supletiva, diretiva e limitativa. Passam a ser, na feliz expressão cunhada por Paulo Bonavides, ‘normas-chaves de todo o sistema jurídico’, seja pela carga de normatividade que apresentam, seja pelas novas formulações conceituais desenvolvidas, assumindo, nas Constituições, feição de fundamentos da ordem jurídica. Além disso, cabe aos princípios a definição e a cristalização de determinados valores sociais que adquirem força vinculante para toda a atividade de interpretação e aplicação do Direito (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2005, p. 26).”

Assim, faz-se necessário que o princípio da legalidade seja examinado e compreendido de forma ampla, considerando sempre as inovações jurídicas que surgiram ao longo do tempo. Sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, deve obedecer estritamente a todas às disposições normativas, pois as leis constituem a manifestação do povo, além de serem responsáveis pela regência dos diversos âmbitos de atuação da atividade administrativa.

Considera-se Estado de Direito aquele que apresenta como pressuposto o princípio da legalidade, no intuito de assegurar uma maior segurança jurídica aos administrados, além de evitar desmandos por parte dos detentores do poder, e coibir

atitudes que possam ser consideradas arbitrárias ou atentatórias às liberdades dos indivíduos.

Por essa razão encontra-se expresso na Constituição o princípio da legalidade que deve ser observado pelo administrador público para o desenvolvimento das atividades administrativas. Vale ressaltar que tanto as disposições legais como os princípios expressos e implícitos no ordenamento jurídico devem ser observados, tendo em vista o fato de que aliados às normas jurídicas, é que irão compor o direito. Seu crescimento no jurídico brasileiro contribui para que seja possível tanto a superação do individualismo como para a formação do Estado do Bem-Estar Social.

Devido às mudanças observadas ao longo do tempo, o Estado passou a assumir atribuições e a desempenhar atividades no intuito de atender as necessidades coletivas, o que se confirma considerando que, atualmente, as atividades administrativas passam a ser desempenhadas visando o atendimento dos interesses públicos cujo destinatário final é a coletividade.

Ainda que não haja uma normatização expressa deste princípio no Texto Constitucional, ele constitui a base da Administração Pública, tendo em vista, sua finalidade suprema consistir no atendimento dos interesses públicos, e sendo assim, é possível observarmos sua presença implícita em todo o ordenamento jurídico, devendo toda e qualquer atuação administrativa deve se voltar-se para o atendimento do interesse público.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 23) defende que “as atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público”.

Portanto, todo agente público deve desempenhar suas atribuições no intuito de atender aos interesses públicos. Nos casos em que a atuação for motivada por anseios particulares, caracteriza-se o desvio de finalidade e o ato administrativo praticado torna-se nulo, tendo em vista contrariar o direito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 68) destaca que a Administração Pública deve desenvolver suas atividades no intuito de atender ao princípio da

supremacia do interesse público, também denominado como princípio da finalidade pública e proporcionar uma reflexão acerca da melhor estratégia para o atendimento dos anseios da coletividade.

Finalmente, com relação aos princípios que regem a função administrativa, vale ressaltar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são bastante similares e de acordo com José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 28), “é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes”. Tais princípios encontram-se previstos na Lei de Processo Administrativo Federal e também podem ser observados de forma implícita nas normas constitucionais.

De acordo com o Princípio da Razoabilidade, as ações desenvolvidas pela Administração Pública devem basear-se em padrões normais de aceitabilidade. Ou seja, o administrador público não deve basear sua atuação apenas no juízo de oportunidade e conveniência, antes deve operar segundo a norma jurídica, obedecendo a padrões de normalidade. Nos casos em que sua atuação ocorra fora dos modelos passíveis de aceitação, caracteriza-se o vício e o ato administrativo deverá ser excluído do mundo fático.

É dever do agente público atender às finalidades públicas, e, sendo assim, sua atuação deve basear-se na razoabilidade, buscando a melhor escolha possível entre as opções que dispõe para o atendimento do interesse público. Esse princípio é considerado de grande relevância, a ponto de a Emenda Constitucional 45/04 em seu art. 5º, LXXVIII acrescentar entre os direitos e garantias fundamentais o direito à duração razoável do processo. Estabelecendo que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O principal objetivo do princípio da proporcionalidade consiste na contenção do excesso de poder, obrigando o administrador público a desempenhar suas funções cumprindo todas as finalidades legais, valendo-se para tanto dos meios adequados e suficientes, para assim proporcionar o maior número de vantagens possível.

“O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado (Carvalho Filho, 2005, p. 28).”

Sendo assim, é possível afirmar que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade possibilitam um maior controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, tendo em vista propiciarem a verificação da pertinência do ato.

Nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 390), ressalta que

“(…) a proporcionalidade não é senão uma faceta da razoabilidade, pois através do exame da proporcionalidade o que se quer verificar é se a providência tomada (conteúdo do ato) perante certo evento (motivo) manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou mais extensa do que o necessário. Ora, um ato que exceder ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.”

Vale ressaltar que o magistrado não possui autonomia para modificar o juízo administrativo, e sendo assim, sua atuação deverá possuir o objetivo único de evitar a abuso dos atos estatais. Seguindo essa linha de pensamento, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 29) ressalta que o magistrado “não pode, porém, interferir no critério discricionário de escolha do administrador público, quando este tiver à sua disposição mais de uma forma lícita de atuar, oportunidade em que estará exercendo legitimamente seu poder de administração pública”.

Qualquer excesso cometido por agente público, bem como a adoção de medidas que não se enquadrem nos padrões normais de aceitabilidade mediante a um caso concreto, ao valer-se de suas atribuições devem ser corrigidos, pois, constituem ato ilícito e, portanto, pertencem ao campo da ilegalidade.

3. DO ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo constitui o instrumento utilizado pelo Estado para cumprir as finalidades estabelecidas através de disposição legal para o atendimento do interesse público. Não há uma definição legal de ato administrativo no ordenamento jurídico brasileiro, ocasionando uma grande divergência doutrinária, acerca do seu conceito. Trata-se de uma espécie do gênero ato jurídico, que apresentam prerrogativas de direito público que compreendem uma manifestação de vontade que resulta na produção de efeitos jurídicos.

Em se tratando de ato administrativo cada autor utiliza critérios e elementos próprios para tratar do assunto, tendo em vista a falta de sistematização normativa. No entanto podem ser identificados alguns elementos utilizados frequentemente na composição do ato administrativo através da doutrina, considerados elementos básicos, dentre os quais podemos destacar: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.

De acordo com Fernanda Marinela (2005, p. 165-166),

“(...) são atos da administração os praticados pela Administração, assim entendidos os atos praticados por órgãos do Poder Executivo e entes da Administração Indireta, que podem ser regidos pelo direito público ou pelo privado. Quando regido pelo direito público, estes atos são, ao mesmo tempo, atos administrativos e atos da administração. Entretanto, os atos administrativos também podem ser praticados fora da Administração, ficando claro que atos da administração e atos administrativos são conceitos coincidentes, mas não sobreponíveis.”

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 175) defende que “ato da Administração – tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa”.

De acordo com o exposto até então, podemos definir ato da administração como qualquer ato jurídico executado pela Administração Pública, no exercício de sua função e cuja regência pode ser realizada pelo direito público ou privado. Já o ato administrativo possui um campo de atuação mais restrito, tendo em vista o fato

de sua regência ocorrer apenas pelo direito público; e entes excluídos do Poder Executivo, bem como particulares, desde que estejam no exercício de função administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 366) o conceito do ato administrativo, pode ser apresentado a partir de duas acepções distintas:

Uma ampla que consiste na

“(...) declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.”

E no sentido estrito, onde acrescenta as características de concreção e unilateralidade.

“(...) declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (Mello, 07-2006, p. 368).”

Resumindo, o ato administrativo em sentido amplo abrange os atos gerais e abstratos. Já no sentido estrito, exclui os atos abstratos e os convencionais ou bilaterais, como, por exemplo, os contratos administrativos.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini (2003, p. 58), apresenta um conceito amplo do ato administrativo:

“(...) toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.”

Enfim, podemos conceituar o ato administrativo como uma manifestação de vontade, emitida tanto pelo Estado como por seu representante, obedecendo o regime de direito público, no intuito de criar, extinguir ou modificar os direitos, para que seja possível satisfazer os interesses coletivos.

3.1 Elementos do ato administrativo

Com relação à terminologia relacionada ao tema em questão não é possível estabelecer uma uniformidade doutrinária tendo em vista que enquanto para alguns autores constitui o elemento outros a consideram como requisitos, todavia o termo elemento será adotado, considerando ser este o mais utilizado no Brasil.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001), tomando por base o artigo 2º da Lei de Ação Popular (n. 4.717/65), estabeleceu como elementos básicos: sujeito competente, finalidade pública, forma prescrita em lei motivo e objeto.

Por sujeito compreende-se aquele que realiza o ato. Todavia não basta, que o ente ou o agente público esteja no exercício de função pública; faz-se necessário que o mesmo possua tanto a capacidade jurídica e a competência, considerando que a lei estabelece antecipadamente as funções e os atos que deverão ser executados para que seja possível o bom funcionamento da Administração.

Sendo assim, o sujeito deve ser titular de direito, encontrar-se apto a assumir obrigações e possuir competência legal. Já o ato administrativo que deverá ser concretizado deve integrar as atribuições fixadas pelo ordenamento jurídico à pessoa jurídica, ao órgão ou agente competente.

Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 97) ressalta que “para a expedição do ato administrativo é necessário um agente público competente. Isto é, não basta a presença da Administração Pública, precisando haver também um agente público que detenha competência jurídica para tanto”. Enquanto Maria Sylvia Zanella Di Pietro defende que “sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática de um ato” (2001 p. 188).

Forma constitui o elemento do ato administrativo responsável por representar a exteriorização do ato e sua realização deve obedecer aos ditames legais, sob pena de nulidade. Como os atos administrativos são regidos pelo direito público, sua finalidade consiste em atender o interesse público, e para tanto, para a execução do ato, as disposições legais devem ser respeitadas, incluindo o princípio da solenidade

das formas, o que possibilita um maior nível de segurança jurídica aos administrados.

De uma forma geral, a formalização dos atos administrativos deve ocorrer por escrito, independentemente de qualquer previsão legal, tendo em vista o princípio aludido e o interesse público a ser adotado. Entretanto há exceções previstas em lei, onde esses atos podem ser praticados de forma diversa, como por exemplo, no constante no art. 60, parágrafo único, da Lei 8.666/93, representando uma garantia jurídica tanto para o administrado como para a administração.

Diógenes Gasparini (2003, p. 61), define forma como “o revestimento do ato administrativo. É o modo pelo qual o ato aparece, revela sua existência. É necessária à validade do ato. A inexistência da forma leva à inexistência do ato, enquanto a sua inobservância leva à nulidade”.

Fernanda Marinela (2005, p. 182-183), apresenta o conceito de motivo:

“É a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente, quando da prática do ato administrativo. Pode ser dividido em: pressuposto de fato, enquanto conjunto de circunstâncias fáticas que levam à prática do ato, e pressuposto de direito que é a norma do ordenamento jurídico e que vem a justificar a prática do ato.”

Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 99) define motivo como a “razão ou circunstância de fato ou de direito que autoriza ou determina a prática do ato administrativo”. Já Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 377), define motivo como o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato, considerando-o como condição para validade ou ainda como objetivo pressuposto de validade.

Podemos dizer que o motivo precede a execução do ato, conduzindo o agente em sua prática. Constitui o elemento que justificativa o ato administrativo, podendo ser compreendido como a situação fática, a norma legal que serve de base para que o agente administrativo possa expedir um ato administrativo, no intuito de atender ao bem comum.

Para que o motivo seja considerado legal é preciso que ele não seja falso e que possua existência material. Nos casos em que ocorrer a expedição de um ato

administrativo cuja motivação declarada for considerada inverídica; o ato administrativo torna-se ilegal e deverá ser retirado do mundo jurídico.

Também há casos em que o motivo declarado irá depender do critério subjetivo de valoração do administrador. Nesses casos deve-se obedecer tanto aos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, como aos princípios constitucionais expressos e implícitos, da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de ilegalidade dos atos executados.

Portanto, para que um ato administrativo não corra risco de nulidade por basear-se em motivo ilegal ou inexistente, faz-se necessário que o agente demonstre sua verdadeira motivação e que o mesmo esteja em conformidade com a legislação vigente. Além disso, o agente público, deve obedecer aos limites legais estabelecidos e aos princípios que norteiam o sistema positivo pátrio em casos de valoração subjetiva acerca do motivo.

É preciso ressaltar que existe uma tênue diferença entre motivo e motivação. Por motivo compreende-se o conjunto de fatos concretos e normas jurídicas que servem como justificativa ou fundamento para a prática de um ato administrativo. Já a motivação consiste na forma pela qual o agente público demonstra que a expedição do ato administrativo se deu em conformidade com a lei. Trata-se de uma justificativa complexa, cujo objetivo é fornecer tanto aos administrados como ao Poder Público todas as informações relacionadas ao ato praticado, expressando assim sua adequação à realidade concreta e ao ordenamento jurídico.

Sendo assim, a motivação consiste na exposição de que o motivo declarado encontra-se em conformidade com a legalidade e que foi possível produzir os resultados esperados.

De acordo com Fernanda Marinela (2005, p. 185)

“A motivação exige da Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato ocorridos, assim como a correlação lógica entre estes fatos ocorridos e o ato praticado, demonstrando a compatibilidade da conduta com a lei.”

Diógenes Gasparini (2003, p. 63) resume esses conceitos ressaltando que “tampouco confundem-se o motivo e a motivação do ato administrativo. O motivo (...)

é a situação fática ou legal, objetiva, real, empírica, que levou o agente à prática do ato. A motivação é a enunciação, descrição ou explicitação do motivo”.

Com relação ao objeto e conteúdo de um ato administrativo, torna-se de extrema relevância informar que a doutrina os considera sinônimos. Portanto, cabe informar os conceitos fornecidos pela doutrina, para que seja possível formar um convencimento acerca do tema.

Há autores que defendem a existência de uma distinção de sentidos entre os termos, considerando que o objeto se encontra inserido no conceito de conteúdo, enquanto o conteúdo dispõe sobre o objeto. Nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior (2004, p. 100-101) defende que:

“Objeto é aquilo sobre o que o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo a que ele esteja reportado. (...) Conteúdo é aquilo que o ato dispõe. Isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. O conteúdo dispõe sobre alguma coisa, sendo esta – aqui sim – o próprio objeto do ato.”

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006) também apresenta uma diferenciação entre os termos, valendo-se de um sistema didático para tal. O conteúdo consiste em um elemento do ato administrativo, tendo em vista ser considerado um aspecto interno, indissociável do ato, enquanto o objeto constitui um pressuposto existencial, externo.

“Conteúdo – normalmente designado objeto, por muitos doutrinadores – é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma, a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência. (...) Preferimos a expressão ‘conteúdo’ à expressão ‘objeto’, acolhendo o ensinamento de ZANOBINI, segundo quem o conteúdo dispõe sobre alguma coisa, que é, esta sim, o objeto do ato. Com efeito, quem decide, decide alguma coisa a respeito de outra coisa. O conteúdo e o objeto seriam duas realidades perfeitamente distintas (MELLO, 2006, p. 374).”

Podemos definir finalidade como o que se pretende alcançar com a execução de um ato administrativo. Da mesma forma, o ato administrativo é executado pelo agente público no intuito de atender aos interesses da sociedade. Já o atributo do ato administrativo denominado de tipicidade, constitui o propósito que a

Administração Pública pretende alcançar, existindo para cada atributo um ato administrativo definido previamente em lei.

De uma forma geral, os atos administrativos devem atender o interesse público e ao bem comum, e os atos praticados de forma incompatível com tal finalidade, caracteriza-se o vício de finalidade, e vale ressaltar que a legislação apresenta uma finalidade específica para cada ato administrativo. Sendo assim, caracteriza-se por uma finalidade geral e uma específica, que não podem ser contraditórias entre si.

3.2 Modalidades de ato administrativo: vinculado e discricionário

As funções desempenhadas pelo Poder Público são concretizadas através de atos administrativos cuja limitação encontra-se prevista em lei, tendo em vista que a Administração se encontra vinculada ao princípio constitucional da legalidade estrita, impossibilitando assim que os administradores públicos cometam abusos. Sendo assim, é possível observarmos uma nítida divisão entre os atos administrativos, conforme o grau de liberdade concedido pelas normas jurídicas: são os atos administrativos vinculados e os atos administrativos discricionários.

Os atos administrativos são constituídos por elementos que, via de regra, deverão ser vinculados à legislação (sujeito, forma e finalidades) e outros cuja predominância é discricionária (motivo e objeto). É através da análise desses elementos que se torna possível a realização de uma classificação quanto ao tipo de ato administrativo.

Nos casos em que todos os elementos encontram-se disciplinados por normas jurídicas claras, estabelecidas através de conceitos determinados, trata-se de um ato vinculado. Entretanto, nos casos em que o legislador possibilita à autoridade administrativa liberdade de atuação, trata-se de um ato discricionário.

3.2.1 Conceito de ato administrativo vinculado

A expressão “ato administrativo vinculado” remete-nos a uma ideia de sujeição. Trata-se de um ato administrativo que se submete a certas condições, e para que seja considerado válido deve observar os preceitos legais. Sobre o assunto Diógenes Gasparini (2003, p. 76) define que:

“São vinculados os atos praticados pela Administração Pública sem a menor margem de liberdade. A Administração Pública edita-os sem qualquer avaliação subjetiva. A lei, nesses casos, encarrega-se, em tese de prescrever, com detalhes, se, quando e como a Administração Pública deve agir.”

Ainda sobre o tema, Juarez Freitas (1997, p. 132) ressalta que “o ato administrativo vinculado é aquele em que o agente público, no âmbito da Administração direta ou indireta, não goza de qualquer liberdade, estando jungido a cumprir os comandos legais”.

Com relação à submissão do ato vinculado à lei, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 16), destaca que,

“(...) a lei ao regular as várias possíveis situações a ocorrerem no mundo real, pode disciplinar a conduta do agente público estabelecendo de antemão e em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta e determinando, em seguida, de modo completo, qual o comportamento único que, perante aquela situação de fato, tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente. Neste caso diz-se que existe vinculação.”

Nesse sentido, nos casos em que o ordenamento jurídico não deixa margem de escolha para a atuação do agente público em um caso concreto, definindo previamente todos os aspectos do ato administrativo, trata-se de um ato administrativo de competência vinculada. Encontrando-se a hipótese fática estabelecida previamente em lei, devendo apenas realizar-se a sua subsunção no instante de sua ocorrência no mundo real, resta uma ao administrador atuar em conformidade com a legislação vigente, tendo em vista que, nesses casos, a Administração Pública constitui uma mera executora da lei.

Trata-se de situações onde o desempenho do agente público é estabelecido antecipadamente, possibilitando apenas uma forma de proceder. O modo de agir do administrador encontra-se vinculado, assim como os elementos do ato administrativo a serem expedidos estão devidamente prescritos em lei de forma objetiva, de forma

a não restar dúvidas quanto à sua aplicação, e tornando o seu cumprimento uma imposição legal, que se não for cumprida pode incorrer em ilegalidade, tendo em vista que diante de atos vinculados o Poder Judiciário realiza o controle de legalidade.

3.2.2. Do conceito tradicional de ato administrativo discricionário

Considerando que a Administração Pública deve obediência à legislação, bem como o ato administrativo tratar-se de uma modalidade de princípio responsável pela regência da atividade administrativa, conclui-se que a atuação dos agentes públicos deve ocorrer em conformidade com o sistema jurídico positivo, ou seja, não apenas os atos administrativos vinculados, mas também os atos discricionários encontram-se disciplinados pela legislação vigente, porém, vale ressaltar que o princípio da legalidade deve ser compreendido de forma ampla, ainda que a norma jurídica delimite apenas o campo de atuação da discricionariedade, o que pode ocorrer de diversas maneiras.

A ideia de ato discricionário com base no juízo de conveniência e oportunidade consiste no entendimento tradicional acerca dos atos discricionários. Nesse sentido, podem ser destacadas as posições de alguns autores:

“(...) atos discricionários são aqueles em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto. Contudo, há margem de liberdade para que ele possa atuar com base em um juízo de conveniência e oportunidade, porém, sempre dentro dos limites da lei” (MARINELLA, 2005, p. 170).

“(...) a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (Di PIETRO, 2001, p. 197).

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 107) defende que nos atos administrativos discricionários “se defere ao agente o poder de valorar os fatores constitutivos do motivo e do objeto apreciando a conveniência e a oportunidade da conduta”.

Frente ao exposto, conceituaremos o ato administrativo discricionário como aquele onde o legislador confere liberdade de atuação ao agente público, todavia essa liberdade deve obedecer aos limites impostos pela legislação. A discricionariedade ocorre quando a norma jurídica possibilita que o administrador decida em conformidade com a análise da conveniência e oportunidade, as opções estabelecidas pela legislação pertinente aquela que melhor atenderá aos interesses públicos e à finalidade legal, devendo a Administração Pública limitar suas ações a essas opções, correndo o risco de ser penalizada por arbitrariedade, abuso de poder e conseqüente invalidação do ato.

4. ASPECTOS RELEVANTES DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: MÉRITO E DISCRICIONARIEDADE

Nos casos em que a legislação não estabelece integralmente as formas de atuar da Administração Pública, possibilitando uma liberdade limitada pelo sistema normativo, diz-se que o administrador encontra-se praticando o exercício de competência discricionária.

Tal denominação é utilizada por doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Mello, que possuem o entendimento de que a liberdade de atuação se encontra relacionada ao exercício da competência e não no ato em si mesmo. Também é bastante comum na doutrina encontrarmos a expressão “ato administrativo discricionário”. Todavia, trata-se simplesmente de formas diferentes de acepções para a matéria em análise.

Sendo assim, existirá um ato discricionário sempre que a legislação atribuir à Administração Pública a opção de atuar em conformidade com os critérios de conveniência e oportunidade, possibilitando a escolha por mais de um comportamento permitidos pelo direito, compreendendo direito como o conjunto de regras e princípios, frente a um caso concreto.

Esse conceito é o mais utilizado pela doutrina brasileira, relacionando-se ao mérito administrativo.

4.1. Mérito administrativo

Os autores brasileiros que escrevem sobre o mérito administrativo, é bastante comum que ele seja relacionado às noções de conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 201), destaca que:

“(...) o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.”

Para José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 106) “pode-se então considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário”.

Já para Gasparini (2003, p. 92) o mérito administrativo é “a indagação da oportunidade e conveniência do ato; é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público; é a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade”.

Sendo assim, o mérito administrativo pode ser conceituado como a análise da conveniência e oportunidade de um ato administrativo, no intuito de se conquistar as finalidades previstas na legislação.

Fernanda Marinela conceitua o mérito administrativo sob o enfoque da descrição dos elementos dos atos administrativos. Ou seja, o motivo e objeto, em conjunto, constituem o mérito administrativo, e é a partir deles que deve ser analisada a conveniência e a oportunidade para a execução do ato. A autora ainda destaca que:

“(…) nestes atos, o motivo e o objeto são discricionários. É na análise desses elementos que o administrador deve avaliar a conveniência e a oportunidade, realizando um juízo de valor, sem desprezar os limites previstos pela lei. (...) A soma do motivo e do objeto denomina-se mérito do ato administrativo, que consiste na análise da conveniência do ato. Sendo assim, pode-se concluir que a discricionariedade do ato discricionário está no mérito do ato administrativo” (2005, p. 196).

O mérito do ato administrativo consiste na liberdade proporcionada pelo ordenamento jurídico para que o administrador público realize uma ponderação de interesses, analisando o melhor procedimento deverá ser praticado para o atendimento do interesse público. Para tanto, devem ser consideradas tanto regras para uma boa administração, como parâmetros estabelecidos pela legislação e pelos princípios, devendo ser avaliado se o momento é oportuno para a prática do ato, ou seja, se é útil ao atendimento do interesse público e da finalidade específica do ato.

De acordo com Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 500);

“O mérito consiste (...) nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados. (...). Esses critérios não positivados, atualmente, resumem-se aos cânones de conveniência e oportunidade acerca da prática do ato administrativo, os quais significam, em síntese, a idoneidade do ato para concretizar o interesse público.”

Portanto, o mérito do ato administrativo constitui a parte do ato onde o agente utiliza apenas noções de conveniência e oportunidade, sendo possível observar a prática do ato, em conformidade com seu juízo subjetivo para o atendimento do interesse público específico. Nessas situações o judiciário não poderá realizar a apreciação do ato, tendo em vista se tratar apenas de opções realizadas pelo administrador com base em regras de boa conduta que não positivadas.

Assim, o entendimento jurisprudencial e doutrinário predominante se dá no sentido de que o Judiciário não poderá realizar o controle do mérito, pois ao se conferir liberdade para que o administrador tome suas decisões baseando-se nos critérios de conveniência e oportunidade abdica-se desse controle. Deve-se, portanto, realizar uma ponderação dos interesses, observando em que situações o ato deverá ser praticado, para que seja possível atender fielmente a finalidade específica, que constitui insindicável pelo Judiciário.

4.2 Discricionariedade administrativa

É bastante comum a compreensão da discricionariedade como a possibilidade de atuação do agente público em conformidade com um juízo de conveniência e oportunidade com relação à prática de determinados atos administrativos. Sendo assim, de acordo com a apreciação que se realiza de um caso concreto, mediante a inexistência de qualquer vinculação imposta pela legislação, o administrador poderá avaliar, através da ponderação de interesses e necessidades públicas, se a prática de determinado ato atenderá efetivamente ao interesse público específico.

A discricionariedade do ato administrativo ou de sua competência não ocorre obedecendo o mesmo padrão para todos os casos. Geralmente, compreende-se que

relação se limita apenas ao mérito administrativo. Nesse sentido, apenas nos casos em que a legislação possibilita ao agente público a liberdade de atuação, valendo-se do juízo de conveniência e oportunidade, frente a um caso concreto, existirá a discricionariedade administrativa, como uma opção realizada pelo administrador com base nas premissas indicadas.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006), ressalta ser de grande relevância o estudo da real extensão do termo ato discricionário, sendo necessária uma ressignificação do conceito conhecido tradicionalmente, tendo em vista o fato dos doutrinadores apenas atrelarem tal conceito ao de mérito administrativo. Dessa maneira, a realização de um estudo com base apenas no mérito administrativo torna-se suficiente, assim como não possibilita uma correta apreensão do seu significado, tendo em vista a subsunção da norma jurídica ao caso concreto.

De acordo com o autor

“(…) que 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 do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do “mérito” do ato administrativo, isto é, da “conveniência ou oportunidade do ato” (MELLO, 2006, p. 27-28).

Portanto, o ato discricionário deve ser compreendido em sua amplitude, não se restringindo apenas à ideia de mérito administrativo, pois haverá a ocorrência da discricionariedade administrativa, quando se fizer necessária a apreensão do significado de determinada norma jurídica frente à sua disposição através de conceitos fluidos, vagos, indeterminados, que possibilitem múltiplos entendimentos, nos casos de situações fáticas, bem como nos casos em que se fizer necessário decidir dentre duas ou mais opções apontadas pela norma jurídica, com igualdade possibilidade, frente ao direito.

Dessa maneira, para que seja possível uma correta compreensão da discricionariedade, faz-se necessário o entendimento de que a mesma se encontra relacionada ao mérito administrativo, todavia não se esgota com o seu entendimento.

Conclui-se, portanto, que atualmente a discricionariedade deve ser compreendida como uma liberdade decisória atribuída ao administrador público através da norma jurídica tendo como foco a satisfação dos interesses públicos. Da mesma forma, a legislação possibilita liberdade de atuação ao agente público, entretanto essa liberdade é limitada e o mesmo deverá desempenhar suas funções observando as limitações impostas pelo ordenamento jurídico, especialmente pelos princípios jurídicos.

5. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO JUDICIÁRIO

Depois de compreendida a separação dos poderes e as bases necessária para a atuação do Agente Público, faz-se necessária a compreensão de que a legislação vigente possibilita que o Poder Judiciário analise os atos administrativos discricionários de forma densa, todavia sem que haja a substituição do mérito administrativo.

Esse controle dos atos administrativos exercido pelo Judiciário é realizado a partir da observação da pertinência entre a previsão abstrata da norma e a execução do ato, ou seja, trata-se de um exame da legalidade. Nesse sentido, para que seja possível realizar tal apreciação faz-se necessário que a legalidade seja considerada em seu sentido amplo, incluindo leis, atos normativos, normas constitucionais e princípios jurídicos. Assim, considera-se que a função administrativa deverá ser exercida com base no respeito tanto ao ordenamento jurídico como em seus princípios informadores.

A Administração Pública encontra-se ligada ao princípio da legalidade por meio de disposição constitucional presente no caput do art. 37. Nesse sentido, a legalidade a ser observada acerca do controle jurisdicional abarca em seu sentido tanto as normas jurídicas e normas-princípios, como também os princípios implícitos, informadores do sistema jurídico brasileiro. Resumindo: a atuação administrativa deve ocorrer em conformidade com as disposições previstas no sistema jurídico como um todo.

O ato administrativo vinculado possui todos os seus aspectos regulados pelo sistema normativo, abrangendo seus requisitos ou elementos. Dessa maneira, assegura-se aos administrados e à Administração Pública que os agentes públicos não atuarão de forma contrária às finalidades legais por favoritismo ou perseguição, além de proporcionar um maior controle dos atos administrativos.

Portanto, a pertinência do controle jurisdicional se deve ao fato dos atos administrativos vinculados, possuir seus elementos previamente disciplinados pela legislação. Não havendo o conhecimento prévio do ato, e o mesmo estando em subsunção à lei, surge a expectativa de sua prática para o administrado tendo em

vista sua previsão e nos casos em que o mesmo não é praticado, possibilita-se que o administrado exija sua execução em conformidade com os dispositivos legais, junto à Administração ou ainda ao Judiciário.

Já nos atos administrativos discricionários o controle jurisdicional não é questionado, pois os aspectos legais possibilitam sua execução. Todavia, tanto a doutrina como a jurisprudência pátria, impossibilitam a apreciação do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

Em contrapartida, cresce entre os doutrinadores brasileiros o entendimento quanto à possibilidade de uma análise profunda dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário sem que haja a interferência de um poder em competência típica de outro.

Vale ressaltar que os atos administrativos, enquanto instrumentos utilizados para o fiel cumprimento das finalidades públicas, devem ocorrer em conformidade com o que estabelece o direito, tendo em vista não ser dado ao magistrado autonomia para substituir o juízo de conveniência e oportunidade do administrador público pelo seu, mas a obrigatoriedade de que cada ato administrativo seja executado obedecendo estritamente os termos dispostos pela norma jurídica, tendo em vista que, mesmo os atos administrativos discricionários apresentam limitações previamente estabelecidas pelo sistema normativo em decorrência dos princípios adotados pela Constituição Federal Brasileira.

Assim, conclui-se que, tanto os atos vinculados como os discricionários se dão em decorrência da lei, tendo em vista que os atos vinculados apresentam todos os seus elementos dispostos pelo ordenamento jurídico, vinculando o agente público à sua execução; enquanto que nos atos administrativos discricionários a sua compreensão como decorrente da lei torna-se difícil tendo em vista o fato de se conferir ao administrador público maior liberdade para atuação.

5.1 Teorias: do desvio de poder e dos motivos determinantes

Frente ao disposto até então, tona-se de grande relevância uma reflexão acerca de questões como desvio de poder, veracidade e existência dos motivos indicados pelo agente como justificativa dos atos praticados.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 202) destaca o surgimento de teorias que fundamentem um maior controle do Judiciário frente aos atos administrativos. Tais teorias encontram-se relacionadas aos motivos determinantes e ao desvio de poder.

É fato a necessidade de uma maior atuação por parte do Judiciário sobre os atos administrativos, no intuito de verificar questões como:

- Os motivos indicados correspondem efetivamente à situação fática concreta?
- O resultado obtido com a prática do ato atendeu à finalidade a que estava direcionado?

Nos casos em que a atuação ocorra em desacordo com essas especificações, o ato administrativo é considerado invalidado, caracterizando-se como ilegal.

Entretanto, quando o agente público exerce a função administrativa no intuito de atingir uma finalidade que não seja a disposta pela legislação acerca de um interesse público específico, mesmo se tratando de um interesse público, caracteriza-se o desvio de finalidade, ou de poder, pois o administrador terá atuado de forma contrária ao direito. Também haverá desvio de poder nos casos em que a autoridade pública, no uso de função administrativa, buscar a satisfação de interesses pessoais em detrimento do que se encontra estabelecido pela legislação.

Vale ressaltar que o vício pode ser constatado através da verificação de compatibilidade entre o fim a que o ato administrativo se encontra vinculado e a finalidade alcançada. A atuação do Poder Judiciário consistirá na investigação da ocorrência ou não, na prática, da pertinência referida, no intuito de que o direito seja resguardado. Há situações concretas em que se torna muito difícil realizar a identificação do desvio de poder, fazendo-se necessária a utilização por parte de magistrado tanto dos princípios gerais do direito como dos parâmetros de normalidade estabelecidos na sociedade, ou seja, deverá ser realizada uma

apreciação subjetiva da situação para que seja possível verificar se houve o atendimento da finalidade legal.

Faz-se necessária uma análise profunda dos atos administrativos discricionários por parte do Judiciário, pois há situações em que os atos praticados pelo administrador aparentemente encontram-se em conformidade com o ordenamento jurídico, todavia, um estudo aprofundado apontará o real descompasso entre a finalidade perseguida e a prevista na legislação, tendo em vista o fato de que a finalidade a ser alcançada não apresentar um conceito objetivo, exigindo assim, uma avaliação subjetiva do administrador.

O resultado do ato administrativo deverá ser apreciado pelo magistrado, no intuito de examinar se o agente público realizou o ato em conformidade com o estabelecido pelo ordenamento jurídico, considerando a época e o local em que o ato foi expedido.

Nesse sentido, ao apreciar o ato administrativo discricionário espera-se que o Judiciário verifique:

- Se o ato foi praticado de acordo com os ditames legais;
- Se foram empregados os devidos esforços, para o fiel atendimento da finalidade específica do ato;
- Se a atividade administrativa atendeu adequadamente o fim esperado e;
- Se sua ocorrência se deu a partir de comportamentos normalmente adotados pela Administração Pública para o exercício de sua função.

Enfim, o magistrado deverá constatar se há pertinência da atividade administrativa com o ordenamento jurídico brasileiro e o interesse público.

Também se faz necessário que o Judiciário realize uma apreciação minuciosa do ato discricionário acerca do motivo indicado como justificativa da atividade administrativa, pois há atos administrativos em que o legislador não realiza ao menos a indicação da situação fática ou jurídica que enseja sua prática ou a faz através palavras que recobrem conceitos indeterminados. Cabe então ao Judiciário, para garantir a segurança jurídica dos administrados, verificar se a justificativa

indicada pelo agente administrativo encontra-se em conformidade com o que dispõe a legislação que rege o ato executado.

É possível encontrarmos na doutrina pátria uma grande divergência acerca da necessidade de motivação para os atos administrativos. Há o entendimento de que a motivação é indispensável, configurando-se como uma garantia para a manutenção do Estado Democrático de Direito, como Celso Antônio Bandeira de Mello (2006). Da mesma forma, há os que defendem sua dispensabilidade, tendo em vista não existir a previsão nem na lei, nem na Constituição, qualquer determinação expressa nesse sentido, como José dos Santos Carvalho Filho (2005). Todavia, não se pretende promover uma discussão acerca de tal divergência de entendimento.

Em se tratando de atos vinculados, basta que a sua prática ocorra em conformidade com a disciplina legal, resultando na compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, o que em tese, dispensa uma motivação. Todavia, a motivação é extremamente importante para o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 98), ressalta que a motivação é “a exteriorização das razões que justificam o ato”.

A importância da motivação para os atos discricionários, avulta aos olhos, se deve ao fato de que ela representa uma garantia do Estado Democrático de Direito, tendo em vista possibilitar através da verificação de pertinência entre as situações fáticas indicadas e a medida adotada, a compreensão de sua legitimidade frente à finalidade legal. Através da motivação, percebe-se as razões pelas quais o ato foi praticado, além de possibilitar tanto a constatação de que a medida adotada se encontra em conformidade com o direito e a finalidade específica como a verificar a validade do ato administrativo, através do conhecimento das bases em que o mesmo se encontra apoiado.

A teoria dos motivos determinantes, estabelece que o Judiciário poderá apreciar o ato administrativo, no intuito de constatar se os motivos indicados pela autoridade pública como inspiração para que o ato aconteça efetivamente no mundo fático são verdadeiros, sob pena de invalidação, tendo em vista que o motivo indicado pelo administrador, este vincula-se à sua existência no caso concreto. Não

ocorrendo a situação fática ou jurídica indicada pela autoridade pública, caracteriza-se a ilegalidade e o ato administrativo deve obrigatoriamente ser retirado do mundo jurídico. Nesse caso, a atuação do Poder Judiciário, consiste em aferir essa compatibilização e, caso seja constatada a inexistência, o ato deverá por ele ser invalidado.

5.2 Controle dos atos administrativos discricionários

Como já mencionado anteriormente, todo ato administrativo deve ser praticado obedecendo a normatização pertinente e o direito, devendo ser invalidado todo ato que porventura desobedeça à legalidade ampla e, conseqüentemente, não corresponda ao disposto pela normatização brasileira, seja pela Administração Pública ao editar o ato, ou ainda mediante o controle jurisdicional.

Ao conferir a competência discricionária, o legislador possibilita à Administração proceder em conformidade com um juízo subjetivo, na busca pela melhor decisão a ser tomada, para o atendimento das finalidades legais em um caso concreto. Todavia, vale ressaltar que tal liberdade de atuação apresenta limites devidamente expressos no sistema positivo brasileiro, e sendo assim, o administrador está livre para atuar diante de competências discricionárias, obedecendo os devidos parâmetros do direito, evitando prejuízos e desrespeito aos direitos dos administrados.

A doutrina moderna apresenta um entendimento amplo da discricionariedade administrativa, englobando tanto a ideia de mérito administrativo, como conceitos indeterminados, além da compreensão a partir de princípios. Assim, o significado acerca atribuído para discricionariedade administrativa assume um novo enfoque.

Nesse sentido, Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 33-34), destaca que a discricionariedade administrativa:

“Nunca deixou (...) de ser vista, por alguns, tradicionalmente como a barreira para a sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, estigma que ainda acompanha inclusive em modernas compreensões teóricas da categoria. (...). Observa-se, não obstante, nos dias de hoje, a consagração doutrinária da admissibilidade de uma esfera de “discricionariedade justiciável”, graças ao reconhecimento dos princípios jurídicos como fonte normativa.”

Se consideramos o fato de que não compete ao Judiciário uma apreciação profunda acerca dos atos administrativos discricionários, e a impossibilidade de reapreciação do mérito administrativo, surge o pensamento de que o administrador público pode atuar como bem entender sem que seja coibido, criando uma sensação de poder incontrastável, viabilizando assim a ocorrência de arbitrariedades, sob a justificativa do exercício de um poder discricionário. Valendo desse argumento, decisões são tomadas visando o favoritismo ou a perseguição política, o que não aconteceria se o controle dos atos administrativos se desse de forma mais efetiva, possibilitando uma maior credibilidade ao setor público.

Nesse sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 204) contribuir para uma melhor compreensão:

“Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.”

Sendo assim, para exercer o controle jurisdicional sobre atos administrativos o Poder Judiciário deve apreciar cada um dos seus elementos buscando identificar o tipo de ato praticado (vinculado ou discricionário), possibilitando assim, uma compreensão exata acerca do trabalho que deverá ser desenvolvido.

Encontrando-se o magistrado diante de um ato administrativo vinculado, o controle jurisdicional deverá ser efetivado tendo a legalidade como base. Avalia-se a existência da compatibilidade da prática administrativa com a legislação vigente, promovendo um verdadeiro exame externo do ato, de forma superficial, pois o administrador encontra-se totalmente ligado à norma jurídica pertinente.

Já nos casos relacionados aos atos administrativos discricionários, deve-se apreciar sua correspondência com a norma jurídica e o mérito, buscando identificar a possibilidade de atuação do Judiciário na apreciação do referido ato acerca dos aspectos indicados, tendo em vista que, quanto à legalidade, não há dúvidas quanto à sua pertinência.

De acordo com o ordenamento jurídico, não pode ser realizada uma análise ampla dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário, tendo em vista o fato de os mesmos terem sido expedidos obedecendo a um juízo de conveniência e oportunidade do administrador e fazerem referência ao mérito administrativo. Assim, entende-se que apenas o próprio poder responsável pela expedição do ato poderá apreciá-lo, em obediência ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Neste sentido, Fernanda Marinela (2005) argumenta que Poder Judiciário deve se ater ao exame da legalidade, mostrando-se contrária à possibilidade de controle do mérito administrativo pelo magistrado.

“Quanto à possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos pelo Judiciário, encontram-se inúmeras orientações doutrinárias e jurisprudenciais. Entretanto, segue-se, aqui, a orientação de que este controle não é possível. Na verdade, ao Poder Judiciário cabe o controle da legalidade, devendo esta ser compreendida, em seu sentido amplo, incluindo-se a análise de obediência à lei propriamente dita, como também à Constituição e todos os seus princípios. (...). Desta forma, o Poder Judiciário poderá, inclusive, analisar a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão-somente quando esta for incompatível com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal (Marinela, 2005, p.197).”

Nessa mesma linha de raciocínio Germana de Oliveira Moraes (2004, p. 45) ressalta que “a discricionariedade contém um núcleo insindicável pelo Poder Judiciário – o mérito, reduto no qual a complementação do motivo e do objeto do ato administrativo se opera mediante recurso a critérios não positivados.”

Também contrário à invasão do mérito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 40) aponta que “(...) é possível ao órgão controlador, em exame de legitimidade, portanto, sem invadir o mérito do ato, verificar se o plexo de circunstâncias fáticas afunilou ou não afunilou, e até que ponto afunilou o campo de liberdade administrativa.”

Com relação à jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ressalta que:

“Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Precedentes. [...] (RMS 2048 / MT, Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento no dia 17/08/2006, Órgão julgador a quinta turma – T5, publicado no Diário de Justiça do dia 11/09/2006, na página 316).”

O Supremo Tribunal Federal também já apresentou o seguinte entendimento acerca do tema:

“Mandado de Segurança. Procedimento administrativo. Contraditório e ampla defesa. 1. O art. 5º, LV, da CF ampliou o direito de defesa dos litigantes, para assegurar, em processo judicial e administrativo, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. Precedentes. 2. Cumpre ao Poder Judiciário, sem que tenha de apreciar necessariamente o mérito administrativo e examinar fatos e provas, exercer o controle jurisdicional do cumprimento desses princípios. 3. Recurso provido (RMS 24823, DF, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgamento dia 18/04/2006, Órgão julgador segunda turma, publicado no Diário de Justiça do dia 19/05/2006).”

Tanto a doutrina como a jurisprudência entendem não ser competência do Judiciário a apreciação do mérito administrativo. Todavia, desponta o entendimento que possibilita uma análise profunda pelo Poder Judiciário de atos expedidos no uso de competência discricionária, através dos princípios explícitos e implícitos do ordenamento jurídico, no intuito de se evitar que sejam cometidas arbitrariedades, contanto que o mérito administrativo não sofra modificações.

“Decerto, a vedada inquirição quanto à oportunidade e à conveniência não se confunde com o necessário exame da finalidade (invariavelmente vinculante), porém se avizinham a ponto de se dever afirmar, na busca de uma imprescindível delimitação técnica das fronteiras conceituais, que o controle haverá de ser o de ‘administrador negativo’, em analogia com o de ‘legislador negativo’, exercido no controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Porque, se é certo que o Judiciário não pode dizer substitutiva e positivamente, como o julgador deveria ter julgado ou positivamente agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, ao emitir juízos guiados por aquela discricção sempre vinculada aos princípios superiores da Administração Pública (FREITAS, 1997, p. 143-144).”

A posição assumida pelo presente estudo consiste na possibilidade de que o Judiciário verifique a legalidade dos atos através das normas e dos princípios constitucionais a validade dos atos administrativos discricionários.

Assim sendo, o Judiciário poderá apreciar o mérito administrativo de forma limitada, ou seja, apenas no que se relaciona à adequação ao sistema normativo brasileiro e seus princípios informadores.

Portanto, o Direito passa a ser compreendido como o conjunto de regras e princípios, nos quais as atividades administrativas devem se embasar. Juarez Freitas, defende que o sistema jurídico deve ser compreendido

“(...) como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição (Freitas, 1997, p. 142).”

Assim, os atos discricionários passam a dever obediência tanto às regras jurídicas, como aos princípios (implícitos e explícitos) que orientam o sistema positivo, possibilitando uma maior apreciação dos elementos do ato discricionário, por meio de uma noção principiológica.

Embora não se admita a invasão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, torna-se indispensável uma análise dos limites desta discricionariedade, tendo em vista que tais limites correspondem à legalidade (em sentido amplo).

6. JURISPRUDÊNCIA

Om relação ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, a jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros sempre foi considerada tímida, defendendo a impossibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários praticados pela Administração Pública, tendo em vista o entendimento de que o mérito de tais atos – cuja formação ocorre através do juízo de conveniência e oportunidade do poder público – constituía-se insindicável, e, sendo assim, impossibilitando a fiscalização pelo poder Judiciário.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, expressa sua posição através dos seguintes julgados, disponíveis no sítio eletrônico de referido tribunal:

"MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. I - O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades. II - O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes. Segurança denegada"

"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA. - Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público - Recurso ordinário desprovido".

No entanto, paulatinamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a admitir o controle judicial da atividade não vinculada da Administração Pública:

"[...] 2. Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade. Lições doutrinárias. 3. Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, caput) [...]".

"[...] 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

"[...] 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de critérios de moralidade e razoabilidade [...]"

Acerca do último julgado citado, torna-se relevante apresentar a transcrição do trecho do voto da relatora do caso, Excelentíssima Senhora Ministra Eliana Calmon:

“No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário. A partir da última década do Século XX, o Brasil, com grande atraso, promoveu a sua revisão crítica do Direito, que consistiu em retirar do Legislador a supremacia de super poder, ao dar nova interpretação ao princípio da legalidade. Em verdade, é inconcebível que se submeta a Administração, de forma absoluta e total, à lei. Muitas vezes, o vínculo de legalidade significa só a atribuição de competência, deixando zonas de ampla liberdade ao administrador, com o cuidado de não fomentar o arbítrio. Para tanto, deu-se ao Poder Judiciário maior atribuição para imiscuir-se no âmago do ato administrativo, a fim de, mesmo nesse íntimo campo, exercer o juízo de legalidade, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento. A tendência, portanto, é a de manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração, espaço este gerado pela discricionariedade, chamado de "Cavalo de Tróia" pelo alemão Huber, transcrito em "Direito Administrativo em Evolução", de Odete Medauar. Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública”.

Nele é possível observarmos de forma clara a preocupação da Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon com a utilização inadequada da competência discricionária pela Administração Pública.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, também passou a se pronunciar em favor do controle dos atos administrativos discricionários, considerando a aplicação do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, que se

encontra previsto no art. 5º, XXXV da CF, destacando-se os seguintes julgados, que se encontram disponíveis no sítio eletrônico do tribunal:

"AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ATO ADMINISTRATIVO. CONTROLE JUDICIAL. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SÚMULA 279 DO STF. 1. É legítima a verificação, pelo Poder Judiciário, de regularidade do ato discricionário quanto às suas causas, motivos e finalidade. 2. A hipótese dos autos impõe o reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula n. 279 do STF. Agravos regimentais aos quais se nega provimento".

"[...] 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração [...]".

Sendo assim, vale ressaltar o trecho do voto do relator do caso, Excelentíssimo Senhor Ministro Eros Grau:

"[...] 3. Cumpre deitarmos atenção, neste passo, sobre o tema dos limites de atuação do Judiciário nos casos que envolvem o exercício do poder disciplinar por parte da Administração. Impõe-se para tanto apartarmos apura discricionariedade, em cuja seara não caberia ao Judiciário interferir, eo domínio da legalidade. 4. A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades --- em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade ---, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito' (art. 5º, XXXV, CB/88). 5. O sistema que o direito compreende princípios e regras. A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle. 6. De mais a mais, como tenho observado, a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de 'conceitos indeterminados'. Só há efetivamente discricionariedade quando expressamente atribuída, pela norma jurídica válida, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar discricionariamente apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito. 7. A Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração

vier a fazer. Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos hão de ser objeto de controle judicial. Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição [...]”.

É possível observarmos seu claro posicionamento favorável à possibilidade do controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários, no momento em que seus limites são ultrapassados, colocados por sua finalidade.

Frente ao exposto, observa-se que o tema em questão vem assumindo contornos jurisprudenciais cada vez mais definidos, vez que, ainda que exista divergência tanto nos tribunais como na doutrina para a aplicação da tese de que o poder Judiciário pode controlar os atos discricionários da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora a doutrina e a jurisprudência pátria apresentem uma compreensão contrária acerca do tema, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar que o Judiciário somente poderá apreciar os limites do mérito administrativo de forma limitada e com a finalidade de verificar a sua correspondência ao ordenamento jurídico como um todo. Todavia, prevalece na doutrina e na jurisprudência o entendimento de intangibilidade do mérito do ato administrativo pelo Judiciário.

Entretanto, assume grande relevância a necessidade de apreciação das atividades administrativas com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, dentre outros, assim como na normatização existente. Dessa forma, possibilita-se uma maior apreciação dos atos administrativos de uma forma geral e englobando até mesmo os que antes apresentavam impossibilidade de apreciação pelo Judiciário, pois a discricionariedade não pode ser utilizada como um instrumento para a prática de atos abusivos pelos administradores públicos.

O sistema normativo brasileiro constitui um todo indissociável, e sendo assim, os atos administrativos devem estar em conformidade tanto com as leis que devem estar em sintonia com os preceitos impostos pela Constituição Federal. Assim, não se possibilita que a autoridade administrativa atue de acordo com a sua vontade e desejos, tendo em vista encontrar-se no exercício de atribuições públicas e, portanto, assume o dever de buscar sempre o melhor caminho para o atendimento do interesse público.

A princípio da legalidade constitui a base do ordenamento jurídico pátrio e, sendo assim, o agente público encontra-se obrigado a pautar suas atividades nos estritos termos expressos no direito. Sendo assim, mesmo no caso de uma competência discricionária do administrador público, sua atuação deve ocorrer em conformidade com a legislação, pois ainda que lhe seja conferida certa liberdade de atuação, existem limites previamente delineados pelo ordenamento jurídico que não podem ser ultrapassados, sob pena de ilegalidade ou abuso de poder.

Trata-se de uma competência do Poder Judiciário, a constatação se o ato administrativo foi ou não praticado em conformidade com o sistema normativo, obedecendo aos critérios de razoabilidade vigentes, em determinado momento histórico; se a atuação do administrador foi proporcional ao atendimento da finalidade estabelecida pela legislação, ou seja, se o ato administrativo foi praticado nos estritos termos previstos em lei assim como atendeu ao interesse público e à sua finalidade específica.

Caso seja de entendimento do magistrado que os critérios utilizados para o desenvolvimento de sua prática não foram os mais corretos, deverá avaliar se eles estão de acordo com o direito. Caso afirmativo, os mesmos deverão ser considerados válidos, pois apenas o ato não foi praticado de acordo com o entendimento de razoabilidade ou proporcionalidade do magistrado. Sendo assim, deve prevalecer as decisões e os critérios usados pelo administrador público, tendo em vista encontrar-se no uso de função administrativa típica e em conformidade com o sistema normativo brasileiro.

Torna-se crescente na doutrina brasileira, o entendimento a favor de uma apreciação mais ampla pelo Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários, no intuito de coibir a ocorrência de ilegalidades. Todavia, a atuação do judiciário deve limitar-se à verificação de que se os atos estes foram emitidos em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio. Portanto, para que um ato administrativo discricionário seja considerado legal, faz-se necessária uma avaliação do seu mérito, observando a sua adequação ao sistema positivo brasileiro como um todo, incluindo os atos normativos, as normas jurídicas, os princípios e as disposições constitucionais.

REFERÊNCIAS

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. **O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz da jurisprudência do STF e do STJ**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8508>>. Acesso em 20/08/2015..

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. 3. ed., vol I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Direito Administrativo. 3. ed. Salvador: JusPODIUM, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. Estudos de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 9. ed. São Paulo: Método, 2005.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. Direito Ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. 1a. ed. vol I. Salvador: Jus PODIUM, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 07-2006.

_____. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 01-2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/>>. Acesso em 20/08/2015.

STJ, MS 12629 / DF, Relator: Ministro Felix Fischer, Órgão Julgador: Terceira Seção, Data do Julgamento: 22/08/2007, Data da Publicação: DJ 24/08/2015 p. 244

STJ, RMS 14967 / SP, Relator: Ministro Vicente Leal, Órgão Julgador: Sexta Turma, Data do Julgamento: 25/03/2003, Data da Publicação: DJ 22/04/2003 p. 272

STJ, REsp 778648 / PE, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 06/11/2008, Data da Publicação: DJe 01/12/2008

STJ, REsp 429570 / GO, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 11/11/2003, Data da Publicação: DJ 22/03/2004 p. 277

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 20/08/2015.

STF, RE-AgR 505439 / MA, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Segunda Turma, Data do Julgamento: 12/08/2008, Data da Publicação: DJe-162 DIVULG 28-08-2008 PUBLIC 29-08-2008

STF, RMS 24699 / DF, Relator: Ministro Eros Grau, Órgão Julgador: Primeira Turma, Data do Julgamento: 30/11/2004, Data da Publicação: DJ 01-07-2005 PP-00056