

IZABELLA GIULIANA ZANARDO DE FRANÇA

**CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE/
ADMINISTRATIVA**

CURITIBA

2004

IZABELLA GIULIANA ZANARDO DE FRANÇA

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello

CURITIBA

2004

Dedico este trabalho a minha mãe Izanete,
por todo amor e incentivo em todos estes
anos de estudo.

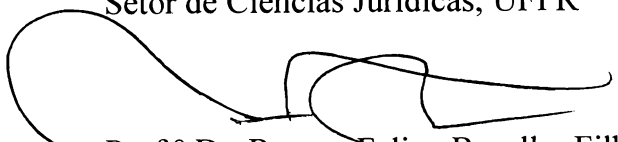
TERMO DE APROVAÇÃO

IZABELLA GIULIANA ZANARDO DE FRANÇA

O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Monografia aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.


Orientadora: Prof.^a Dr.^a Angela Cassia Costaldello
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof.^o Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR


Prof.^o Ana Claudia Finger
Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, 08 de dezembro de 2004

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	1
2 ATO ADMINISTRATIVO	2
2.1 PANORAMA GERAL	2
2.2 ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS	5
2.3 EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	10
3 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE	13
3.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS	13
3.2 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO	17
3.3 CONTROLE APLICÁVEL	21
3.3.1 Desvio de Poder	21
3.3.2 Motivos Determinantes	23
3.3.3 Conceitos Técnicos e Empíricos	26
3.4 CONTROLE PRINCIPIOLÓGICO	29
3.4.1 Princípio da Legalidade	29
3.4.2 Princípio da Moralidade	32
3.4.3 Princípio da Razoabilidade	34
4 CONCLUSÃO	39
REFERÊNCIAS	42

RESUMO

O controle judicial da discricionariedade administrativa é analisado no presente trabalho, sob enfoque crítico e no contexto atual, a partir das mais diversas opiniões doutrinárias a respeito do tema. Discorre, essencialmente, a respeito da atuação da Administração Pública dentro dos princípios da legalidade, moralidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, e dos vícios decorrentes da produção dos atos administrativos discricionários. A conclusão da pesquisa discute a possibilidade de análise profunda dos atos administrativos praticados mediante uso da competência discricionária, e as hipóteses de revisão, por parte do Poder Judiciário, em casos de desvios.

Palavras-chave: Ato Administrativo; Discricionariedade; Controle Judicial.

1 INTRODUÇÃO

A Administração Pública tem como finalidade a satisfação do interesse público, o bem comum e o melhor atendimento possível das necessidades sociais. Para atingir estes fins, a mesma exerce suas atividades e pratica seus atos dentro dos princípios constitucionais vigentes, dentre outros, legalidade, moralidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

O ato administrativo é o instrumento para o exercício das atividades da Administração. Pode ser vinculado ou discricionário, de acordo com o ordenamento jurídico regulador da prática do ato.

A discricionariedade é um dos aspectos relevantes do ato administrativo e consiste, basicamente, em uma esfera de liberdade de decisão que é colocada, legalmente, à disposição do administrador para execução das atividades administrativas.

Como a discricção está associada à possibilidade de valoração de determinada situação por parte do administrador, pode, muitas vezes, conduzir a uma ação estatal danosa em função da substituição da discricionariedade pela arbitrariedade. Nestes casos, é cabível o controle e a revisão do ato dentro da própria Administração Pública, visto que a mesma goza da prerrogativa da autotutela.

Entretanto, se persiste a violação a direito, a única via para postulação de revisão, com atribuição de função jurisdicional, seria o Poder Judiciário, visto que o Brasil, constitucionalmente, adota a jurisdição única, exercida como função independente e autônoma do Estado.

Assim, com o presente trabalho, pretende-se analisar a possibilidade e os limites do controle judicial da discricionariedade nos atos administrativos, através do estudo do ato, dos aspectos constitucionais relativos à separação de Poderes, do mérito, do exame aplicável e do controle principiológico que podem ser realizados pelo Judiciário.

2 ATO ADMINISTRATIVO

2.1 PANORAMA GERAL

O ato administrativo pode ser entendido como manifestação do Estado, no exercício das funções públicas, mediante declarações que se traduzem como comandos concretos, que buscam dar cumprimento às leis e que geram efeitos jurídicos.

Para DI PIETRO, o ato administrativo é “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”¹

A Administração opera através de agentes, que nas esferas de suas competências, praticam atos no interesse da sociedade, segundo regras previstas em lei, manifestações concretas da vontade da Administração.

As relações jurídicas estabelecidas no ato administrativo têm como sujeitos o Estado e o administrado e, conforme leciona FIGUEIREDO, “sempre existirá quem determina, constitui, extingue ou modifica relações jurídicas e quem se beneficia (atos ampliativos) ou deve se comportar (atos restritivos ou ordens) dentro dos parâmetros da norma individual, norma concreta.”² Na Administração Pública, o primeiro papel corresponde ao administrador, e o segundo, ao administrado.

O ato administrativo pode ser estudado a partir de suas características, elementos e atributos. O conhecimento dos mesmos facilita o trabalho de verificação da existência de vícios que levam a invalidade.

O ato administrativo tem como características a perfeição, a validade e a eficácia. A perfeição está ligada a conclusão de todas as fases de produção do ato. Esclarece FIGUEIREDO que “o ato perfeito poderá, desde logo, deflagrar os efeitos a

¹ DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 189.

² FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 163.

que se preordena, se não estiver sujeito a controle, quer de legalidade, quer de mérito, e também não se encontrar pendente de condição suspensiva, termo ou encargo.”³

A validade se refere à perfeita adequação do ato ao ordenamento jurídico que o regula. Somente o ato que foi praticado de acordo com o ordenamento jurídico pode ser considerado válido.

Por fim, a eficácia que significa a possibilidade de produção imediata dos efeitos jurídicos inerentes ao ato, a partir de sua entrada no universo jurídico-administrativo. Não corresponde a aptidão para produzir efeitos, mas a efetiva geração dos mesmos.

Com relação aos elementos do ato administrativo, os mesmos são o sujeito, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade.

O sujeito é aquele que produz o ato e deve estar munido dos poderes jurídico-administrativos que autorizam sua ação. Para MELLO, “sob este tópico – atinente ao sujeito – deve-se estudar a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto.”⁴

Outro elemento é o objeto ou conteúdo que é aquilo que se estabelece através da declaração, o que é enunciado, prescrito ou determinado através do ato. Segundo MEIRELLES, “o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes.”⁵

A forma é o modo como o ato é exteriorizado e abrange também a questão das formalidades. Pode ser obrigatória, quando necessita atender a uma prescrição legal, ou livre, se independe de determinação estabelecida em lei. Este requisito visa, muitas vezes,

³ *ibid.*, p. 164.

⁴ MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 363.

⁵ MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 137.

simplesmente padronizar e organizar as atividades estatais, podendo em caso de defeito material, acarretar mera irregularidade, sem maiores transtornos para a Administração.

O motivo é o pressuposto de fato ou de direito que leva à necessidade da produção do ato. A ausência de motivo ou a indicação de um motivo falso são causas para invalidação do ato. Para MEIRELLES, “o motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.”⁶

A finalidade basicamente se traduz naquilo que se busca atender, no resultado que é esperado e determinado legalmente, em função da expedição do ato administrativo. Trata-se da diretriz indispensável, de toda a atividade administrativa pública, voltada ao interesse público, estando este explícito ou implícito nas normas.⁷

Parte da doutrina ainda cita como elemento a causa, que é a relação pertinente necessária entre o motivo e o conteúdo do ato, com vistas ao atendimento da finalidade. Ensina FIGUEIREDO que “a relação entre o pressuposto e o conteúdo do ato deverá estar adequada, ter pertinência lógica, para que se esteja diante de ato válido.”⁸

Os atributos mais comuns dos atos administrativos, ou seja, as características que os distinguem dos atos do direito privado e que permitem a sua sujeição a um regime jurídico de direito público, são a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade.

A presunção de legitimidade é o atributo de se considerarem verdadeiros e legais os atos administrativos, até que se prove em contrário. A veracidade está relacionada à fé pública que é característica da atividade estatal. A legitimidade se refere à observância à lei, em função de só ser permitido à Administração Pública realizar aquilo que está previsto legalmente.

⁶ *ibid.*, p. 136.

⁷ MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 92.

⁸ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 188.

A imperatividade é a imposição dos atos aos administrados, independente de aceitação, e existe apenas naqueles atos que decretam alguma obrigação. Como destaca MORAES, “imperatividade é o atributo do ato administrativo que garante seu integral cumprimento, a terceiros, independentemente de sua concordância, inclusive, se necessário for, com exigibilidade coercitiva.”⁹

A exigibilidade se relaciona com a possibilidade do Estado exigir o atendimento, pelos administrados, dos comandos administrativos, sem necessitar de ordem judicial. Corresponde a coerção indireta, que pode ser feita, por exemplo, através de multas. Para ser exigível, o ato deve também estar dotado de eficácia, gerando efeitos imediatos.

A excoatoriedade é o atributo que permite coagir materialmente o administrado a cumprir as obrigações determinadas, independente de solicitação por vias judiciais. Ela só acontece quando expressamente prevista em lei ou em caso de necessidade de medida urgente, que se não adotada, pode gerar grave prejuízo para o interesse público. Nestes casos, a prestação é compulsoriamente exigida.

A atividade da Administração Pública está vinculada a limites e prerrogativas que visam determinar o melhor caminho para o atendimento dos fins públicos. As prerrogativas não devem ser entendidas como benefícios, mas sim como instrumentos que são utilizados para garantia do atendimento do interesse da coletividade. Entre estes instrumentos está a discricionariedade.

2.2 ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS

Os atos administrativos podem ser classificados, para fins da presente pesquisa, em atos discricionários e atos vinculados. A medida desta classificação é o grau de liberdade que é atribuído à Administração para o desenvolvimento de suas atividades.

⁹ MORAES, A. de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 125.

Os atos vinculados são aqueles onde não há liberdade de decisão, visto que o comportamento esperado já está prescrito no ordenamento. Somente em função do estabelecido legalmente o ato pode ser produzido. Não resta ao agente margem alguma de liberdade de decisão visto que a norma já prevê os pressupostos para emanção do ato, seu conteúdo e objetivos a serem alcançados.

Os atos discricionários são aqueles praticados no exercício da competência discricionária, ou seja, no caso concreto se impõe a adoção de uma esfera de subjetividade para a decisão, dentro dos limites legais estabelecidos para o exercício da atividade da Administração Pública.

Dentro do ato discricionário, destaca-se a questão do mérito do ato, ou seja, a decisão adotada, dentro do campo de liberdade previsto em lei, utilizando critérios de conveniência e oportunidade, onde, entre diversas soluções pertinentes, é escolhida aquela que melhor realiza o interesse da coletividade.

Na realidade a existência de ato propriamente discricionário é questionável, pois, na prática, o que acontece é a produção de determinado ato mediante uso da discricionariedade, que nada mais é que uma certa liberdade de escolha atribuída ao sujeito e que pode ser aplicada sobre alguns elementos do ato administrativo. Nota-se que, com relação ao sujeito produtor do ato, há uma parcela de vinculação obrigatória, resultado da repartição de competências dentro da Administração Pública. Também a finalidade, em sentido estrito, é vinculante, pois à realização do fim específico de cada ato está a Administração submetida em função do ordenamento jurídico.

O poder discricionário se caracteriza como um dever de escolha da alternativa que melhor alcance a finalidade legal do ato. Conforme ensina MELLO:

Atos discricionários (assim impropriamente chamados, porque discricionários, na verdade, são aspectos da competência em seu exercício) são aqueles cuja prática exige do administrador, por força da maneira como a lei regulou a matéria, que sopesse as circunstâncias concretas do caso, de tal modo que seja inevitável uma apresentação subjetiva sua quanto à melhor maneira de proceder para dar correto atendimento à finalidade legal.¹⁰

¹⁰ MELLO, op. cit., p. 343.

A discricionariedade significa liberdade dentro da lei e não se confunde com tomada de decisões que agridem o ordenamento jurídico, que neste caso são entendidas como arbitrariedades. A ação do Estado está totalmente subjugada ao quadro normativo, que obriga a todos, Estado e indivíduos.¹¹ Esta liberdade atribuída está vinculada à análise das alternativas no caso concreto e à escolha daquela que melhor realiza o interesse dos administrados.

A discricção administrativa traduz-se na competência atribuída ao administrador de, no caso concreto, após interpretar e valorar a situação, levando em consideração os princípios de razoabilidade e proporcionalidade, decidir qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública disposta na norma.¹²

A discricção pode atingir alguns elementos do ato administrativo, especialmente, o momento da produção, a forma, o motivo, a finalidade e o conteúdo.

O melhor momento para emanção do ato, se não estiver previsto em lei, pode ser adotado pelo administrador, de acordo com seu juízo de conveniência e oportunidade, incluindo a opção de abster-se de produzir o ato.

Já a forma pode ser atingida pela utilização da competência discricionária quando não estiver prevista em lei. Também nos casos em que o ordenamento prevê mais de uma forma para a prática de um ato, aplica-se a discricionariedade.

A discricção também pode ser encontrada na finalidade em sentido amplo, ou seja, na satisfação do interesse público. Cabe ao administrador analisar a situação fática e decidir se a mesma se amolda ao conceito de interesse público. Esta necessidade resulta da adoção de conceitos legais imprecisos que necessitam ser analisados e esclarecidos pelo administrador.

O motivo e o conteúdo são os elementos onde mais incide a discricionariedade. Em ambos os elementos, a discricionariedade administrativa surge quando a lei não os

¹¹ MELLO, C. A. B. de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 4. tir. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 11.

¹² FIGUEIREDO, op. cit., p. 206.

define, deixando a delimitação a critério da Administração. Também acontece se a norma legal contém em si conceitos vagos ou indeterminados.¹³ Nestes casos, cabe ao agente analisar e decidir, segundo a oportunidade e conveniência, se o motivo é ensejador da produção de determinado ato administrativo e se o conteúdo é adequado.

A discricionariedade deve ser analisada do ponto de vista da regra jurídica que autoriza a utilização desta liberdade e, também, do caso concreto onde a apreciação subjetiva atua.

No ordenamento jurídico, em termos gerais, a discricção pode ser verificada quando a norma não descreve a situação que deverá anteceder a produção de um ato administrativo, quando a situação ou o objetivo legal é descrito por palavras vagas, dotadas de imprecisão e carecedoras de determinação, ou ainda se o próprio mandamento estabelece a possibilidade de liberdade de decisão.¹⁴

Com relação ao caso concreto, só surge a competência discricionária se efetivamente é necessário um juízo de valor que decida a questão visando o respeito aos interesses da coletividade. O melhor atendimento desses interesses só se dará através da escolha da alternativa ótima.

Ressalta-se que a imprecisão de conceitos, que leva a autorização da utilização da competência discricionária no caso concreto, não decorre de mau procedimento por parte do Legislativo, mas da própria necessidade de se proporcionar que o maior número possível de situações fáticas possam ser abarcadas pela norma. A existência de apenas fórmulas rígidas promoveria o engessamento da atuação administrativa, visto que seria impossível o legislador prever todos os casos concretos para prática dos atos da Administração Pública.

A adoção da discricção administrativa busca, portanto, o melhor atendimento do interesse público, conforme observa MELLO:

¹³ MELLO, *Discricionariedade...*, p. 29.

¹⁴ *id.*

Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão-somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. Não se trata, portanto, de uma liberdade para a Administração decidir a seu talante, mas para decidir-se do modo que torne possível o alcance perfeito do desidrata normativo. Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discricção, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. Esta esfera de decisão legítima compreende apenas e tão-somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objetividade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discricção.¹⁵

O ato discricionário é autorizado para evitar a paralisação da Administração Pública, o que fatalmente aconteceria se somente fosse admitida a utilização de atos estritamente vinculados. Assim, confere-se ao administrador um esfera de liberdade que visa unicamente a satisfação das necessidades da coletividade, permitindo com isso que haja uma valoração das diversas hipóteses administrativas, e a conseqüente eleição da alternativa ótima.

A discricionariedade não é um mal inevitável dentro da Administração Pública, tendo, portanto, que ser reduzida à mínima expressão. Trata-se de um instrumento que ajuda no bom funcionamento da Administração, usado cada vez em mais áreas.¹⁶ Não se restringe apenas a um mero juízo de valor, mas em um instrumento conferido pelo ordenamento jurídico, e em última análise, pelo próprio povo através de seus representantes. Só é admitida quando existe mais de um comportamento cabível, dentro de critérios de razoabilidade, no caso concreto onde é impossível estabelecer uma solução unívoca para a situação.

O que o legislador busca com a elaboração da norma é flexibilidade para que, ante a multiplicidade de situações e circunstâncias do mundo fático, possa o administrador escolher o comportamento administrativo ótimo, perfeito e adequado, satisfazendo as finalidades legais. É pressuposto o entendimento de que o ordenamento jurídico sempre busca o melhor atendimento do interesse público, visto que é editado através dos representantes do povo, de onde emana todo o poder estatal.

¹⁵ MELLO, *Curso de...*, p. 399.

¹⁶ MORÓN, M. S. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. 1. ed. Madrid: Tecnos, 1994. p. 113-114.

Também na atribuição da competência discricionária, o que se quer obter é a satisfação das necessidades da coletividade através da decisão pela opção ótima para este fim. A discricionariedade é, pois, um poder que se traduz em dever legal do administrador de escolher o melhor comportamento para a prática de ato administrativo.

Os maiores controladores concretos da discricionariedade administrativa são os motivos, a finalidade estabelecida em lei e a causa do ato, esta última entendida como relação entre os pressupostos de fato e o conteúdo. Toda vez que o administrador agir em desconformidade com o previsto no ordenamento, para cada elemento citado, estará adentrando no terreno da ilegalidade.

A arbitrariedade disfarçada de discricionariedade pode e deve ser combatida dentro da Administração Pública, através de instrumentos capazes de eliminar atos provenientes de decisões que somente favorecem interesses particulares. Esta prerrogativa de revisão se caracteriza pelo princípio da autotutela, onde o controle se apresenta admitindo a possibilidade de anular os atos ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de solicitação ao Poder Judiciário.¹⁷

As formas de extinção dos atos administrativos, baseadas no princípio da autotutela, serão analisadas na seqüência do trabalho.

2.3 EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A extinção dos atos administrativos se dá através da revogação e da invalidação. A diferença fundamental entre as duas é que a revogação é uma prerrogativa da Administração Pública, que deve ter como motivos a inconveniência ou inoportunidade do ato, com efeitos *ex nunc*, ou seja, que não retroagem. Já no caso da invalidação, a mesma pode ser promovida tanto pela Administração quanto pelo Judiciário, o motivo gira em torno da ilegitimidade do ato, e seus efeitos são *ex tunc*, retroagindo à época da produção do comando.

¹⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 73.

A revogação é um ato administrativo que extingue outro ato administrativo ou seus efeitos, por razões de conveniência ou oportunidade, respeitando-se e preservando-se os efeitos gerados durante o período entre a expedição e a extinção. Pode ser explícita quando é declarada, ou implícita quando simplesmente é expedido um ato administrativo incompatível com o anterior e que lhe retira os efeitos. Também pode ser total ou parcial. É privativa da Administração, pois não se trata de legalidade do ato, mas sim, de oportunidade e conveniência, apreciação subjetiva que é conferida à autoridade competente no exercício de suas funções.¹⁸

A invalidade pode ser declarada quando o ato administrativo foi praticado em desconformidade com o estabelecido no ordenamento jurídico, sendo necessária a extinção de seus efeitos, a partir do momento em que começaram a ser produzidos. A invalidação pode ser dividida, essencialmente, em nulidade e anulabilidade. Os atos nulos tem como característica principal o fato de não serem convalidáveis, ou seja, não haver modo de corrigir o vício. Os atos anuláveis podem ser convalidados, corrigindo-se seu defeito retroativamente.¹⁹

A determinação do ato como nulo ou anulável depende do tipo de ilegitimidade, da possibilidade de ser sanada, e da determinação da opção que melhor satisfaz o interesse dos administrados.

A convalidação proporciona o refazimento do ato administrativo anulável, recompondo a legalidade agredida, garantindo segurança jurídica e social aos administrados, que vêem apaziguadas as relações constituídas em função de ato administrativo que embora viciado, não ofende o interesse público, podendo, deste modo, ser corrigido. É, portanto, o principal critério estabelecido para classificação dos atos inválidos em anuláveis ou nulos, e se caracteriza pela atividade de suprir a invalidade de determinado ato, com efeitos retroativos. Se é realizada pelo próprio agente que produziu o ato inválido denomina-se ratificação. No caso de correção por outra autoridade, recebe o nome de confirmação.²⁰

¹⁸ MELLO, *Curso de...*, p. 412.

¹⁹ *Ibid.*, p. 420.

²⁰ *Ibid.*, p. 423.

A escolha entre convalidar ou invalidar não é considerada discricionária visto, que existindo os pressupostos para convalidação, a mesma é obrigatória. Se a situação comporta a restauração da legalidade através do refazimento do ato viciado, esta é a alternativa que se impõe à Administração e a que melhor realiza os princípios da segurança jurídica e o da boa-fé.

Como pode-se notar, a Administração possui instrumentos capazes de corrigir seus atos defeituosos, entre eles, aqueles que apresentam vícios relativos a discricionariedade, utilizando o princípio da autotutela e os remédios estabelecidos no ordenamento jurídico.* Se não o faz, mantendo a situação de ilegalidade do ato administrativo, está sujeita a questionamento por via judicial.

* Inclusive é este o entendimento do Supremo Tribunal Federal, estabelecido na Súmula 473: “A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

3 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE

3.1 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

O art. 1º, da Constituição Federal, dispõe a respeito da formação e fundamentos da República Federativa do Brasil. O parágrafo único do referido artigo estabelece que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, nos termos constitucionais.

O Art. 2º, do Diploma Constitucional, determina que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. A Lei Maior explicitamente decreta que, para atingir os fins a que se propõe, o Estado desenvolve suas atividades através de três funções, a legislativa, a executiva e a judiciária, conferindo independência e determinando a necessidade de atuação harmônica das mesmas.

A combinação do art. 1º, parágrafo único, e do art. 2º, da Constituição Federal, estabelece a obrigatoriedade do exercício das atividades estatais dentro do determinado pela vontade geral expressa no ordenamento jurídico. Desta forma, no caso da Administração Pública, a mesma tem suas ações submetidas de forma indeclinável ao primado da lei. O poder que ao administrador público é conferido, é proveniente da atividade legislativa que tem como característica ser executada através dos representantes do povo, em benefício da coletividade. Este poder administrativo de proporcionar concretude à lei se traduz em dever de cumprir o ordenamento jurídico estabelecido legislativamente.

Com relação à tripartição de funções, destaca BASTOS que, “ao contemplar tal princípio o constituinte teve por objetivo – tirante as funções atípicas previstas pela própria Constituição – não permitir que um dos ‘poderes’ se arrogue o direito de interferir nas competências alheias, portanto não permitindo, por exemplo, que o

Executivo passe a legislar e também a julgar ou que o Legislativo, que tem por competência a produção normativa, aplique a lei ao caso concreto.”²¹

À função legislativa compete a formação do direito, com o estabelecimento das normas que regem o convívio social em todos os seus aspectos. No caso das funções administrativa e judiciária, embora separadas, ambas dizem respeito à execução das leis. À Administração Pública compete administrar e governar, o que requer, em muitas ocasiões, boas doses de discricionariedade. Outra função é julgar, que comporta o controle dos aspectos jurídicos da competência discricionária por juízes e tribunais.²²

Entretanto, a distribuição de funções entre os três Poderes não é feita de forma rígida, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário tem, cada um, uma incumbência principal, mas podem, esporadicamente, desempenhar funções que não são próprias de suas atribuições. Este é o caso do ato administrativo que, originalmente é emanado pelos órgãos do Executivo, mas que pode ser usado por Legislativo e Judiciário para desempenho das atividades administrativas.

Comentando a função administrativa, observa MORAES:

A clássica teoria da repartição de funções estatais entre vários órgãos independentes, cujos contornos iniciais surgiram com Aristóteles, reservou ao Poder Executivo as funções de gerenciamento da *res* pública e prestação de serviços à comunidade.

Ocorre que para o bom desempenho dessas funções e o alcance de suas finalidades, sempre em prol do interesse público, a Administração Pública tem assegurado uma posição de supremacia em relação aos administrados, com a existência de diversos poderes da Administração. Saliente-se que essa posição hierarquicamente superior da Administração Pública deve coadunar-se com as regras básicas de um Estado de Direito e vislumbra, sempre, o interesse público, e não podem confundir-se com arbítrio.²³

Com relação ao Poder Judiciário, o Direito brasileiro adota a unidade da jurisdição como sistema de resolução de conflitos. A Constituição de 1988 determina

²¹ BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 167.

²² MORÓN, op. cit., p. 92-93.

²³ MORAES, op. cit., p. 131.

em seu art. 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Desta forma, como não existem órgãos jurisdicionais fora do Poder Judiciário, é a ele que se recorre no caso de conflitos, mesmo os estabelecidos entre Administração Pública e administrados. Em casos de violação da lei, o Estado, através do Poder Judiciário, desde que provocado, estabelece as conseqüências da violação, decidindo e concluindo o litígio entre particulares ou entre particulares e o próprio Estado.²⁴

Com relação à discricionariedade, a independência de poderes é considerada, muitas vezes, motivo para não apreciação pelo Poder Judiciário dos atos discricionários da Administração Pública.

A questão toda está no mérito do ato administrativo, ou seja, na decisão do administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, sobre a solução ótima para emanação de determinado ato. Esta prerrogativa é parte do domínio específico da Administração Pública, função independente do Estado. No ordenamento jurídico brasileiro, não há previsão da existência de órgãos jurisdicionais administrativos, embora possa se aplicar o princípio da autotutela para revisão de atos.

A possibilidade de revisão do ato administrativo por parte do poder Judiciário existe, e está contemplada no art. 5º, XXXV, da Carta Magna. Na verdade, é a decisão judicial que proporciona um caráter de definitividade à solução dada ao conflito. Ressalta-se que o controle jurisdicional exige a provocação do interessado ou prejudicado. Com relação ao ato administrativo, atua verificando a legalidade.

Assim, é cabível que o Poder Judiciário, por meio da ação, exerça um controle da atividade administrativa, como salienta HENTZ: “Não é demais lembrar que a função controladora pode, e deve, ser exercitada pelo próprio ente que movimentou a ação estatal danosa, sem delongas e sem ônus para o prejudicado. Mas

²⁴ BRAZ, P. *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999. p. 50-51.

se o ato atacado persiste ante a resistência da administração, a única via revisional é a postulação em órgão dotado de função jurisdicional, necessariamente integrante da estrutura constitucionalmente assegurado ao Poder Judiciário.”²⁵

Entretanto, até mesmo o controle jurisdicional sofre restrições. A Constituição de 1988 as estabelece nos arts. 52, I e II, 49, IX, 71, II e 75. Estas limitações visam principalmente manter o equilíbrio e a harmonia na atuação dos três Poderes, e instituem regras para julgamento de detentores de determinados cargos públicos e das contas dos administradores.

Com relação à amplitude do controle judicial sobre a Administração Pública, o princípio da separação dos Poderes, contido no art. 2º do Texto Constitucional, acaba diminuindo o âmbito de atuação do Judiciário, visto que é defeso ao mesmo substituir qualquer decisão constitucionalmente reservada a outro Poder. O juiz só pode exercer controle verificando a regularidade da decisão administrativa, a partir da interpretação e aplicação das regras jurídicas.²⁶

Desta forma, fica, portanto, vedada a substituição de uma decisão administrativa viciada, por outra que parecer mais oportuna ou conveniente segundo os critérios de um órgão judicial. Se uma opção administrativa discricionária for substituída por outra adotada pelo Poder Judiciário, este passa a administrar, ofendendo o princípio da separação dos poderes, consagrado constitucionalmente.

Esta parece ser a maior dificuldade para a atuação do Poder Judiciário perante os atos discricionários. A polêmica se instala quando o assunto é até que ponto pode chegar o exame judicial de ato emanado através da competência discricionária, sem ofender a decisão do administrador, no tocante à oportunidade e conveniência.

²⁵ HENTZ, L. A. S. *Direito Administrativo e Judiciário*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1998. p. 78.

²⁶ MORÓN, op. cit., p. 33.

3.2 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

O mérito do ato administrativo é a opção do administrador dentre dois ou mais comportamentos cabíveis de serem adotados segundo a norma aplicada, escolhidos através de análise da oportunidade e conveniência da prática do ato. É exclusivamente um aspecto do ato discricionário visto que só a este, é conferido pela lei, esta margem de liberdade de decisão.

Conforme esclarece MEIRELLES:

O conceito de mérito administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato. O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração, incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.²⁷

A conveniência se caracteriza pelo interesse ou satisfação ao interesse público. A oportunidade se estabelece quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público.²⁸ A avaliação desses elementos é feita pelo administrador no exercício diário de suas funções, reconhecendo e decidindo o que é mais adequado para a satisfação do interesse da coletividade.

Para MUKAY, com relação ao exame judicial do mérito do ato discricionário, “sempre que há prática desses atos, descabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo agente administrativo, salvo se comprovar abuso ou desvio de poder deste, porque se se admitisse tal revisão, o Poder Judiciário estaria administrando no lugar do Poder Executivo, e isto ofenderia o princípio da independência e harmonia dos Poderes, inscrito no art. 2º da Constituição Federal.”²⁹

²⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 138.

²⁸ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 92.

²⁹ MUKAY, T. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 211-212.

Assim, o controle judicial do mérito se restringe a análise do fim perseguido pela prática do ato. Se o mesmo se desviou do interesse público, o ato está eivado do vício do desvio de poder, e portanto é ilegal. A ilegalidade é sempre passível de ser examinada pelo Judiciário, desde que questionada pelo indivíduo lesado pela opção do administrador.

Nas demais situações, onde efetivamente a questão principal é a decisão do administrador, que possuía várias alternativas abarcadas pela lei reguladora da prática do ato, onde efetivamente o objetivo perseguido foi a satisfação do interesse público prevista no ordenamento, compete a própria Administração Pública verificar a correção das opções e da decisão do administrador, mesmo porque é através da revogação que o ato pode ser retirado do mundo jurídico, e esse instrumento não é admitido para o Poder Judiciário. Decisão relativa a atividade de administrar é atribuição da função executiva do Estado. Assim, caso não sejam considerados válidos os requisitos, cabe a própria Administração resolver o problema, revogando o ato.

A proibição da apreciação do mérito administrativo pelo Judiciário, a título de lembrança histórica, inclusive já foi objeto de legislação através da Lei nº 221, de 20.11.1894, que em seu art. 13, § 9º, *a*, estabelecia: “Consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não-aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade”.

Como destaca MORAES, “em regra, será defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo pelo aspecto de sua legalidade e moralidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente ao ordenamento jurídico.”³⁰

Entretanto, além do desvio de finalidade, outra problemática que surge é se também a inobservância da oportunidade e conveniência do ato administrativo pode

³⁰ MORAES, op. cit., 136.

ser analisada segundo a possibilidade da ilegitimidade e da desarrazoabilidade. Como já citado na presente pesquisa, é dever do administrador, dentre diversos comportamentos considerados aplicáveis legalmente, decidir por aquele considerado ótimo para a situação, em outras palavras, não pode a Administração, sem critério algum, escolher qualquer solução, simplesmente porque todas são compatíveis com o ordenamento jurídico. O agente tem que analisar e decidir de modo a atender de forma excelente a finalidade legal.

É oportuno lembrar que a legalidade é a vontade juridicamente positivada e legitimidade é a vontade democraticamente definida, portanto um campo mais vasto que o da primeira, intimamente ligado ao princípio democrático, informando a relação entre a vontade geral do povo e as suas expressões políticas, administrativas e judiciárias, e captada através dos instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica.³¹

Se a oportunidade e a conveniência do ato não é satisfatoriamente atendida pelo administrador, haverá um vício de legitimidade, pois é óbvia a intenção da sociedade de que esse dois requisitos sejam utilizados para a melhor realização do interesse público. Haverá, portanto, um defeito de mérito do ato emanado, uma errônea valoração dos fatos, em relação aos objetivos legais. Só resta saber se esse defeito é passível de ser corrigido pelo Judiciário, ou se sua arguição deveria se dar dentro da própria Administração Pública.

Ainda, se oportunidade e a conveniência forem relacionadas à legitimidade, que pode ser entendida dentro da legalidade em sentido amplo, desta forma, existiria uma esfera do mérito que poderia ser analisada judicialmente. Pode-se assinalar ainda que os critérios de controle do ato discricionário estão também vinculados à moralidade administrativa e a razoabilidade, que norteiam a boa administração. Dentro deste entendimento, é cabível a idéia de que quando o administrador se afasta do bem

³¹ MOREIRA NETO, op. cit., p. 80.

administrar, ferindo a legitimidade, a moralidade e a razoabilidade, a questão se traduz em exame da legalidade do mérito do ato.

Segundo lembra MORAES, “com a finalidade de afastar arbitrariedades praticadas pela Administração, no exercício de seu poder discricionário, a evolução da doutrina constitucional administrativista mostra a redução interpretativa do sentido da palavra ‘mérito’, adequando-a ao moderno sentido de um Estado de Direito.”³²

Para a maior parte da doutrina, quando se trata apenas da decisão do administrador, afastando-se a existência de ilegalidades na prática do ato, a efetiva opção administrativa, fruto da vontade do agente, segundo critérios de oportunidade e conveniência, estaria resguardada da apreciação judicial.

Neste sentido, observa CRETELLA JÚNIOR:

Na prática, *in concreto*, o mérito apresenta-se como ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos que a levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, de não decidir.

A apreciação do que é oportuno e conveniente, ou, então, só oportuno ou só conveniente, abrange um *mare magnum* de reflexões do agente ao apreciar o motivo do ato administrativo para depois editá-lo, ou abster-se disso, ponderando sobre a hora, dia, lugar, equidade, razoabilidade, justiça, moderação, economia, boa gestão, acerto, utilidade, moralidade. Ao ato administrativo oportuno, opõe-se o ato administrativo inoportuno, assim como ao administrativo conveniente se contrapõe o ato administrativo inconveniente.³³

Entretanto, assevera MEIRELLES, “ainda que se trate de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo Judiciário, desde que, sob o rótulo de mérito administrativo, se aninhe qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder.”³⁴

O entendimento caminha para a possibilidade de exame judicial do mérito, do ponto de vista da legalidade, contudo sendo indesejável a substituição da decisão discricionária administrativa por outra adotada mediante valoração do Judiciário.

³² MORAES, op. cit., p. 137.

³³ CRETELLA JÚNIOR, J. *O “desvio de poder” na Administração Pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.75.

³⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 138.

3.3 CONTROLE APLICÁVEL

3.3.1 Desvio de Poder

O desvio de poder está relacionado com o atendimento do princípio da finalidade. Surge quando o agente viola, na prática do ato administrativo, o previsto pelo legislador, frustrando o interesse que teve em vista ao autorizar ao administrador público o uso da discricionariedade.³⁵

A finalidade é o bem jurídico que deve ser atingido com a emanção do ato, lembrando-se que, em função da característica de tipicidade dos atos administrativos, a cada ato corresponde legalmente um objetivo específico a ser alcançado. O uso de um ato para alcançar finalidade diversa daquela que lhe é inerente leva ao desvio de poder ou de finalidade. Conforme o entendimento de FIGUEIREDO, o desvio de poder “consiste na utilização desautorizada da competência legal.”³⁶

Nesta espécie de defeito do ato, a tônica é questão da finalidade. A distorção, o afastamento, a decisão por fim diverso daquele estabelecido legalmente, com favorecimento de interesses particulares ao invés de públicos, conduz ao vício.

Na Administração Pública, o poder concedido aos agentes tem feição de instrumentos para o exercício de deveres, se considerarmos que sempre a prática de um ato estará vinculada ao atingimento de um fim previsto em lei. As autoridades administrativas podem contar e contam, com a discricionariedade, não para o cumprimento de qualquer finalidade, mas sim para o atingimento da finalidade considerada pela lei, e em todos os casos, o atendimento do interesse público.³⁷

Os principais elementos que constituem um ato eivado de desvio de poder são a competência, o uso de poder discricionário e o fim diverso do fixado em lei. Os

³⁵ HENTZ, op. cit., p. 85.

³⁶ FIGUEIREDO, op. cit., p. 182.

³⁷ ENTERRÍA, E. G. de. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983. p. 27.

três fatores combinados levam ao desvio de poder. A competência é requisito para o reconhecimento da existência do vício do desvio de finalidade, pois se o administrador não possui atribuição para a prática do ato, trata-se de uma irregularidade formal, ou seja, o agente é incompetente.

O desvio de poder pode se manifestar de forma genérica, quando o agente busca um objetivo diverso do interesse público, ou de modo específico, quando o administrador tenta alcançar um fim que não é inerente ao ato administrativo escolhido, independente da moralidade do resultado.

Necessariamente, também não é obrigatória a existência de uma intenção viciada, embora seja mais comum na prática o desvio de poder de forma consciente. Entretanto, independente da intenção ser defeituosa ou não, não é isso que invalida o ato mas sim, o desacordo em relação a finalidade estabelecida no ordenamento jurídico.

A autoridade administrativa incorre em desvio de poder quando faz mau uso da discricionariedade, desviando-se do fim público estabelecido em lei. Se o agente público, no uso da competência discricionária, pretere o fim legal estabelecido, é óbvio que ultrapassa o limite do poder a ele conferido. A finalidade corrompida, no desvio de poder, é a prova da arbitrariedade administrativa.

Desta forma, ato emanado em contrariedade com seu fim é ilegal, portanto passível de exame e de invalidação em caso de desconformidade com o ordenamento.

O motivo também é relevante no desvio de poder. A ação maliciosa do administrador pode estar camuflada de forma a induzir o entendimento de que o bem que se quer alcançar é a satisfação do interesse público. O exame judicial dos atos administrativos, nestas situações, pode evitar graves lesões aos direitos dos administrados. A respeito do tema, MELLO observa:

Trata-se, pois de um vício particularmente censurável, já que se traduz em comportamento insidioso. A autoridade atua embuçada em pretensão interesse público, ocultando dessarte seu malicioso desígnio. Sob a máscara da legalidade, procura, à esconsa, alcançar finalidade estranha à competência que possui. Em outras palavras: atua à falsa-fé. Enquanto de público o ato se apresenta escorreito, na verdade possui uma outra face que se forceja por ocultar, já que é constituída de má-sorte e orientada para escopos subalternos.³⁸

³⁸ MELLO, *Discricionariedade...*, p. 63.

Sempre que o agente pratica ato ocultando o verdadeiro sentido de sua intenção, privilegiando a consecução de interesses particulares, a forma de exame do ato viciado só pode se dar através do mergulho a fundo nas intenções do administrador, pois só elas podem escancarar a falta cometida.

Como já citado, o desvio de finalidade também pode acontecer quando o ato praticado tem um fim diverso do pretendido pelo agente. O administrador maneja um instrumento que, legalmente, não tem como escopo alcançar a finalidade pública que quer satisfazer. Mesmo buscando atender ao interesse público, a Administração está vinculada aos instrumentos adequados e previstos em lei, para o exercício de cada uma de suas atividades.

Se o administrador se afasta do fim legal, transgride a lei. Para controle da legalidade da atuação administrativa discricionária com relação à finalidade, pode ser acionado o Poder Judiciário, visto que o mesmo é o guardião deste princípio basilar do Estado de Direito. A finalidade é um dos limites do poder discricionário: se o agente se afasta do fim público, se estabelece lesão aos direitos do administrado. Não se trata de agressão à margem de liberdade conferida pela lei à Administração Pública, mas de necessidade de adequação ao ordenamento jurídico.

3.3.2 Motivos Determinantes

A teoria dos motivos determinantes estabelece que as razões que serviram de suporte à decisão do agente, em determinado ato administrativo, integram a validade deste ato, ou seja, para se considerar o ato válido, os motivos indicados como fundamento não podem ser falsos ou inexistentes. Entende-se motivos como os pressupostos de fato ou de direito determinadores da vontade do administrador. Para MEIRELLES, “a teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos.”³⁹

³⁹ MEIRELLES, op. cit., p. 181.

O ato administrativo é praticado quando existe a convicção de que uma situação de fato ou de direito impõe a sua produção, e é este o motivo determinante, que deve efetivamente existir e ser o verdadeiro autorizador da atividade administrativa. Se o motivo não tem fundamento, se é inexistente ou invocado de má-fé, resta clara a impossibilidade de se considerar válido o ato praticado.

O motivo pode ser perfeito, imperfeito ou inexistente. O motivo perfeito é aquele que efetivamente justifica a edição do ato administrativo, é inquestionável e insuscetível de revisão. É imperfeito quando existe no mundo fático mas é desproporcional para justificar a medida, ou ilegal, ou cercado de circunstâncias que não autorizam a prática. Por fim, o motivo inexistente é o fundamentado em fato que não aconteceu na realidade.⁴⁰

Nos casos de competência discricionária, o motivo pode ser de ordem subjetiva, escolha pessoal do administrador, manifestação da vontade da Administração, vinculada entretanto à legalidade e à moralidade, além, é claro, da obrigatoriedade da observância da oportunidade e conveniência. Se a Administração declara a razão que ensejou a produção do ato, esta deve ser suficiente, verdadeira e realmente justificar a prática do mesmo.

O motivo legal é aquele previsto na norma e o motivo de fato é a situação ocorrida no mundo real. É a perfeita correlação entre o determinado na regra e o acontecido na esfera fática que mantém o ato dentro da legalidade. A realidade como tal, não pode ser objeto de discricionabilidade administrativa.⁴¹

A validade do ato discricionário depende, entre outros, da verificação dos motivos e é cabível que o Poder Judiciário analise a legitimidade e a veracidade dos mesmos. Os motivos são pressupostos de existência do ato administrativo e a atuação da Administração Pública está vinculada ao respeito à legalidade. O controle judicial é um dos garantidores do respeito ao princípio e por isso, não pode deixar de agir.

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, J. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 267.

⁴¹ ENTERRÍA, op. cit., p. 31-32.

Basicamente, a primeira verificação diz respeito à materialidade do motivo apontado, ou seja, examinar a existência fática dos eventos alegados pela Administração. Uma vez existentes, a análise parte para a questão da subsunção do fato ao motivo legal. É imprescindível a perfeita correspondência entre o motivo de fato e o determinado na norma.

Reconhece-se a possibilidade da existência de uma esfera onde, à determinada situação de fato correspondam diversos juízos razoáveis e plenamente aceitáveis legalmente. Neste casos, a adoção de determinado entendimento, para qualificação do motivo, depende da valoração feita por parte do administrador segundo critérios de oportunidade e conveniência. Modificar judicialmente esta decisão seria substituir a escolha da Administração pela do Judiciário, o que é questionável do ponto de vista da separação e independência dos Poderes.

Sempre é cabível a análise partindo da legitimidade, conforme ressalta MELLO:

Nota-se, pois (seja qual for a posição que se adote na matéria) que, de toda sorte, ao Judiciário caberá, quando menos, verificar se a inteligência administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo.⁴²

Ainda que a lei mantenha implícito o motivo para a prática de determinado ato, ainda assim o legislador não está autorizando o agente a atuar fora dos ambientes da legalidade, da moralidade e da razoabilidade. A Administração continua, portanto, vinculada ao fim previsto no ordenamento, e a agir dentro de critérios razoáveis de oportunidade e conveniência. Se não houver correlação entre o motivo apontado e a finalidade prevista, resta clara a impossibilidade do pressuposto de fato ser aquele implícito na lei.

Destaca-se ainda que o esclarecimento do motivo determinante em um ato discricionário está intimamente ligado à verificação do desvio de poder. O

⁴² MELLO, *Discricionariedade...*, p. 92.

estabelecimento de um pressuposto de fato falso para a prática de uma ato pode, muitas vezes, levar a busca de uma finalidade distante do interesse público.

Portanto, o Judiciário pode e deve fiscalizar os motivos. Entretanto, esta análise é feita do ponto de vista da legalidade, de não ter o administrador ultrapassado a competência a ele conferida e as finalidades legalmente determinadas. Verificar a materialidade dos fatos, nestes casos, não se confunde com a substituição do mérito do ato administrativo, pois a ação judicial está atrelada à idéia de confirmar se o motivo determinante, alegado para a prática do ato, corresponde a realidade da situação apresentada ao Judiciário.

3.3.3 Conceitos Técnicos e Empíricos

Outra análise que pode ser feita pelo Judiciário, para exame dos atos administrativos discricionários, é a respeito dos conceitos técnicos ou empíricos.

Os conceitos técnicos ou empíricos podem ser confundidos com aqueles que necessitam de valoração para sua determinação. Entretanto, quando a Administração se depara com estes conceitos no exercício de sua atividade, nem sempre é preciso a competência discricionária para sua determinação.

Certos enunciados, embora tenham aparência de imprecisão, podem, com uma análise mais apurada, corresponder a uma única alternativa para o administrador, afastando portanto o uso da discricionariedade. O caminho a ser seguido diante da imprecisão é a classificação e interpretação dos conceitos.

Os enunciados técnicos são aqueles que demandam a atuação de peritos para sua elucidação, ou seja, não será realizada uma apreciação subjetiva da matéria, mas sim, uma delimitação segundo critérios objetivos, muitas vezes através de laudos, que uma vez produzidos, evidenciam uma única possibilidade de decisão para a prática do ato administrativo, afastando a discricionariedade.

Os conceitos de experiência ou empíricos também seguem a orientação dos técnicos, visto que correspondem a enunciados retirados da experiência comum, amplamente aceitos e reconhecidos na sociedade. Nestes casos, também não resta

espaço para o agir discricionário do administrador, pois o mesmo está atrelado a definição do conceito impreciso, que já existe no seio das relações sociais. Sobre os conceitos empíricos, MELLO observa:

Deveras, a palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria um ruído. Logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica que, mesmo que vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (situação fática por ela descrita, isto é, no “motivo legal”) ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro na qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que o designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada.⁴³

Os conceitos técnicos e empíricos são, portanto, objetos de interpretação e não de discricionariiedade. A interpretação estabelece em que sentido deve ser entendido o conceito indeterminado contido na lei, dentro do contexto do caso concreto, surgindo portanto como um grande limitador da atividade discricionária. Se a interpretação determina que é através de critérios objetivos e reconhecidos que se definirá o enunciado impreciso, a discricionariiedade fica afastada e haverá uma única alternativa possível para fins da prática de um ato administrativo.

É reconhecível que a sociedade pode estabelecer uma significação mínima para cada enunciado previsto em lei, logo, não pode o administrador estabelecer um entendimento a respeito do conceito nem mesmo sequer cogitado socialmente. A coletividade, em determinado tempo e lugar, tem que ver reconhecido minimamente o conteúdo de um conceito impreciso adotado pelo administrador, tratando-se, até mesmo, de uma questão de segurança jurídica.

A qualificação dos conceitos jurídicos indeterminados, em uma situação concreta, não pode ser mais que uma, ou seja, ou há utilidade pública ou não há, ou se dá uma perturbação pública ou não se dá.⁴⁴

⁴³ *ibid.*, p. 29.

⁴⁴ ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 35.

A verificação da significação atribuída pela Administração, através de seus agentes, para os enunciados vagos, indeterminados, não significa avaliação do mérito do ato, pois não acontece o exame da decisão tomada segundo critérios de conveniência e oportunidade. Permite-se, portanto, o controle por parte do Judiciário, e admite-se a possibilidade de invalidação do ato. A adoção de significação destoante daquela admitida pela técnica ou pela sociedade, conduz a ato desarrazoado, desproporcional, portanto, ilegal.

O controle judicial destes enunciados indeterminados pode acontecer, conforme assevera MELLO: “Induvidosamente, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu.”⁴⁵

Também é correto afirmar que, muitas vezes, no caso concreto, devido a variações de valoração de determinados conceitos, de acordo com o agente que irá analisar as possibilidades do ato administrativo, fica difícil estabelecer uma única solução para a elucidação do enunciado impreciso. Nestes casos sim, a discricção poderá atuar determinando qual a opção ótima que atenderá, da melhor forma imaginável, a finalidade específica e genérica do ato. Qualquer valoração administrativa que exceda claramente os limites de determinado conceito será contrária ao direito.⁴⁶

A discricionabilidade, do ponto de vista da norma ou do caso concreto, pode assumir feições distintas. No caso da norma, *in abstracto*, é adotado um conceito impreciso para que um plexo de situações possam ser abarcadas pelo regramento legal. Já com relação ao caso concreto, muitas vezes, apenas um entendimento é comportado no conceito, desaparecendo a discricionabilidade, visto que uma só solução impõe-se à

⁴⁵ MELLO, *Discricionabilidade...*, p. 24.

⁴⁶ MORÓN, *op. cit.*, p. 120.

Administração Pública. Ao Poder Judiciário cabe a verificação do caso concreto e o exame da interpretação do conceito realizada pelo administrador, defendendo a correta e legal aplicação da norma em função da finalidade pretendida.

3.4 CONTROLE PRINCIPIOLÓGICO

A atividade da Administração Pública está vinculada a certos princípios, entre outros, a legalidade, a moralidade e a razoabilidade. O estudo destes princípios é importante, principalmente, para verificação de desvios na prática dos atos administrativos e possibilidade de invalidação judicial. Serão, portanto, objeto de análise a seguir.

3.4.1 Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade é a base do Estado de Direito, é aquele que lhe dá contorno e identidade. É o princípio maior do sistema jurídico-administrativo. A Administração Pública está a ele vinculado de forma definitiva, tendo toda a sua atuação estabelecida no ordenamento jurídico.

Enquanto aos particulares é permitido fazer tudo aquilo que não ofende aos dispositivos legais, a Administração Pública somente pode agir conforme estabelecido em lei. Para o administrador público não existe liberdade nem vontade pessoal. Conforme observa MEIRELLES, os “poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa.”⁴⁷

O princípio da legalidade impede o uso da arbitrariedade e do abuso de poder nas funções público-administrativas, deve ser entendido em sentido amplo,

⁴⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 83.

abrangendo não só o texto da lei, mas os princípios informadores do Direito.

A Constituição Federal em seu art. 1º, parágrafo único, estabelece que: “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Assim, sendo o Legislativo o responsável pela produção das leis a que todos estão obrigados, poder este exercido através da representação popular, tem-se claro que a Administração Pública está totalmente vinculada ao cumprimento destas disposições estabelecidas pelos representantes do povo. Desta forma, a Administração só pode agir *secundum legem*.

A respeito do princípio em tela, leciona MOREIRA NETO, “com relação aos administrados, o princípio atua como uma reserva legal absoluta, à qual está adstrito todo o Estado, por quaisquer de seus entes, órgãos e agentes, mesmo delegados, de só agir quando exista uma lei que a isso o determine, tal como se contém no princípio geral expresso no art. 5º, II, da Constituição.”⁴⁸

No ordenamento brasileiro, o princípio da legalidade está expressamente disposto nos arts. 5º, II e 37, caput, da Constituição Federal. O art. 37 mencionado, determina que a legalidade é cânone regente da Administração Pública, e dessa forma leva ao entendimento que o ato administrativo é efetivamente complementar à lei no sentido de proporcionar concretude a mesma. O ato administrativo não tem o poder de estabelecer regras para os administrados. Se a lei nada dispuser, não pode a Administração Pública agir, salvo em situações excepcionais, como nos casos de grave perturbação e guerra, quando irrompem inopinadamente.⁴⁹

Uma das decorrências do princípio da legalidade é a tipicidade do ato administrativo. Segundo DI PIETRO, “a tipicidade é o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende

⁴⁸ MOREIRA NETO, op. cit., p. 80.

⁴⁹ GASPARINI, op. cit., p. 8.

alcançar existe um ato definido em lei.”⁵⁰

O controle da legalidade visa, essencialmente, a proteção das liberdades e dos direitos dos administrados, e não deve ser entendido apenas segundo seu aspecto formal, ou seja, o respeito a legalidade não significa simplesmente o atendimento de formalidades legais. O conceito é bem mais amplo e está ligado a atuação efetiva do Estado para proteção de princípios, regramento, espírito e finalidade do ordenamento.

As condições de legalidade impostas ao ato administrativo, pelo direito objetivo, são diferentes e podem conduzir a ilegalidades de várias espécies, recaindo sobre os elementos constitutivos do ato, manifestação da vontade, motivo, objeto e fim, visto que, para cada um desses elementos há uma legalidade prescrita.⁵¹

Como uma parcela da função de administrar é exercida com a autorizada discricção, mesmo esta tem que estar submetida à ordem legal estabelecida. Se a lei confere ao administrador o poder de escolha entre alternativas válidas e pertinentes perante o Direito, não significa que o agente é totalmente livre, o mesmo ainda estará submetido aos pilares da atividade pública: moralidade e legalidade. Conforme observa MELLO:

... o poder discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admite atuação administrativa que não seja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente arbítrio, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas.⁵²

A modalidade de controle exercida pelo Poder Judiciário, relativo aos atos administrativos ilegais, é a invalidação do ato ofensivo ao ordenamento jurídico. A legalidade é ponto fundamental da análise judicial dos atos administrativos emanados através de competência discricionária, embora, nem sempre os contornos legais da discricção sejam fáceis de serem delineados.

⁵⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 194.

⁵¹ CRETELLA JÚNIOR, *Controle...*, p. 255.

⁵² MELLO, *Discricionariedade...*, p. 13.

A ilegalidade é defeito que desnatura o ato administrativo, e permite ao prejudicado o socorro tanto através da via administrativa, quanto mediante ação judicial. Para MEIRELLES, “convém esclarecer que poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei, arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.”⁵³

Portanto, arbitrariedade camuflada de discricionariedade pode levar a decretação da invalidação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

3.4.2 Princípio da Moralidade

O princípio da moralidade está relacionado com a necessidade de atuação em conformidade com a moral e a ética estabelecidas no convívio social da coletividade. No caso da Administração Pública, a moral é aquela retirada da disciplina administrativa que privilegia os fins públicos, a honestidade e o bom comportamento.

Para BRAZ, “a moral (do latim, *moralis*) inscreve-se como uma parte da filosofia que trata dos costumes, bem assim, dos deveres e do modo de proceder das pessoas quando em sociedade. Tem ela um conjunto de preceitos que obrigam os homens a agirem segundo a justiça e a equidade, vista esta de forma natural. Incluem-se, nas leis da Moral, a honestidade nos atos administrativos.”⁵⁴

A moralidade está disposta no art. 37, caput, da Constituição Federal, e compreende os princípios da boa-fé e da lealdade, determinando que a Administração deve agir de forma sincera, leal e honesta para com o verdadeiro titular do poder do Estado, o povo. Segundo MOREIRA NETO, “a moralidade administrativa é orientada por uma diferença prática entre boa e má administração.”⁵⁵

Se a moralidade administrativa está estampada na Constituição Federal que,

⁵³ MEIRELLES, op. cit., p. 103.

⁵⁴ BRAZ, op. cit., p. 147-148.

⁵⁵ MOREIRA NETO, op. cit., p. 94.

inclusive, prevê o cabimento de ação popular para anulação de atos que a infrinjam, resta claro que os atos administrativos discricionários devem ter como limitador o presente princípio. A apreciação judicial da imoralidade está consagrada no art. 5º, LXXIII, do Texto Constitucional. Implicitamente, também está nos arts. 15, V, 37, § 4º, e 85, V, da Lei Maior, que se referem a questões de improbidade administrativa.

A partir da Constituição de 1988, a moralidade administrativa tornou-se princípio regente para o administrador público. Assim, o mesmo deve, no desempenho de suas funções, agir com boa-fé e de acordo com o senso comum administrativo de honestidade e justiça, de forma adequada e conveniente, preservando sempre os legítimos interesses da coletividade. Inclusive, a moralidade administrativa está prevista no Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil Federal, estabelecido mediante o Decreto nº 1.171/94, que afirma a necessidade da conduta do servidor dentro de critérios técnicos e éticos, com ênfase sobre a valoração do que é honesto ou desonesto.

A moralidade administrativa, portanto, está relacionada com a atuação consciente do agente público e voltada para os padrões morais exigíveis em dado momento histórico, amplamente reconhecidos dentro da sociedade. Leciona MEIRELLES: “O poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. Não é carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais. Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público. Sem esses requisitos o ato administrativo expõe-se a nulidade.”⁵⁶

Se a moral estabelece um agir dentro das esferas da boa-fé e da lealdade, no caso da competência discricionária, se o administrador, diante de soluções para determinada ação administrativa, não escolhe aquela que obviamente seria a melhor para a situação fática, resta claro que, além de violar o princípio da legalidade, também ofende a moralidade. A respeito do tema, destaca BRAZ: “A discricionariedade

⁵⁶ MEIRELLES, op. cit., p. 93-94.

atribuída à Administração não leva ao livre arbítrio para o exercício de suas atribuições, cabendo, contudo, à Administração a análise livre da conveniência e da oportunidade da prática de qualquer ato, obedecidas as regras vinculativas definidas pelo direito positivo. A discricionariedade encontra limites na lei, nos princípios gerais do direito e nos preceitos da moralidade administrativa.”⁵⁷

A observância da moralidade pelo administrador público é princípio indeclinável. A Lei Federal nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe sobre os principais aspectos da moralidade no art. 2º, parágrafo único, IV, exigindo “atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé” por parte do Administração.

A adoção do princípio da moralidade ampliou a possibilidade de controle jurisdicional sobre a atividade administrativa.⁵⁸ O princípio aparece no ordenamento jurídico como importante limitador dos atos administrativos discricionários, protegendo os cidadãos da improbidade, deslealdade e da má-fé na Administração Pública.

3.4.3 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade, e um de seus aspectos, a proporcionalidade, guardam em si plena pertinência com o tema da discricionariedade. Ele estabelece a necessidade de, no uso da discricionariedade administrativa, obedecer a critérios de racionalidade e agir de acordo com os padrões sociais vigentes. Assim, o fato da lei conferir aos administradores certa margem de liberdade não autoriza desmandos e atitudes desarrazoadas. A escolha de critérios e soluções razoáveis é algo imposto à Administração Pública pelo ordenamento jurídico nacional.

Segundo BARROSO, “o princípio da razoabilidade é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor

⁵⁷ BRAZ, op. cit., p. 138.

⁵⁸ BASTOS, op. cit., p. 337.

superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.”⁵⁹ A aplicação do princípio é fundamental para afastar a arbitrariedade que anda lado a lado com a discricção, trata-se de um critério limitador que privilegia a adequabilidade e proporcionalidade entre motivos, meios e fins.

Para FIGUEIREDO, “a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência.”⁶⁰

Embora não explicitamente disposta na Constituição de 1988, a razoabilidade decorre dos princípios da legalidade e da finalidade, e dentro da Administração provoca a necessidade de comportamentos razoáveis e sensatos por parte dos agentes públicos no exercício de suas funções.

A razoabilidade deve ser verificada, primeiramente, dentro da lei infraconstitucional. É o que se pode chamar de razoabilidade interna, que se traduz pela existência de uma relação proporcional e racional entre motivos, fins e meios determinados legalmente. Em um segundo momento, se faz a análise da razoabilidade externa que pode ser considerada a adequação entre meios e fins de acordo com valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional.⁶¹

Mas a análise da possibilidade da correção de ato administrativo através da via judicial em caso de desarrazoabilidade, pode suscitar discussão a respeito da invasão da liberdade do administrador de decidir de acordo com critérios de oportunidade e conveniência. O juiz, ao analisar se um ato é razoável ou não, estará fatalmente utilizando seus próprios critérios de valoração. Para BARROSO: “No Brasil, o apego excessivo a certos dogmas da separação de Poderes impôs ao princípio da razoabilidade uma trajetória relativamente acanhada. Há uma renitente resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, aos quais se reserva um

⁵⁹ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 219.

⁶⁰ FIGUEIREDO, op. cit., p. 50.

⁶¹ BARROSO, op. cit., p. 221.

amplo espaço para atuação autônoma, discricionária, onde as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade.”⁶²

Na realidade, um ato administrativo emanado em desconformidade com o princípio da razoabilidade, entendendo a mesma como comportamentos e comandos padronizados e aceitos pelo homem dotado de prudência e sensatez, não pode ser considerado compatível com a lei, e portanto, não se trata de mérito do ato administrativo, mas sim, de legalidade.

Analisar alternativas plausíveis e escolher entre as mesmas a providência ótima para o caso concreto é prerrogativa do administrador, e somente a este cabe a determinação da decisão ideal, entretanto, é possível reconhecer quando um ato administrativo traz em si o vício do desmando e da desarrazoabilidade, e assim também da ilegalidade. Conforme salienta BARROSO:

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: a) não haja relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.⁶³

A proporcionalidade, um dos aspectos da razoabilidade, é, da mesma forma, limite para o uso da discricionariedade nos atos administrativos. Ela indica a necessidade de utilização da competência na forma e extensão proporcionais àquilo que se precisa para atendimento do fim coletivo. É basicamente uma medida de equilíbrio entre meios e fins. Atos desproporcionais podem ser considerados em desconformidade com os ditames legais. Para MORAES, “o que se exige do Poder Público, portanto, é uma coerência lógica nas decisões e medidas administrativas e legislativas, bem como a

⁶² *ibid.*, p. 228.

⁶³ *ibid.*, p. 239.

aplicação de medidas restritivas e sancionadoras; estão, pois, absolutamente interligados, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.”⁶⁴

O binômio razoabilidade-proporcionalidade estabelece também a necessidade de que os meios escolhidos para atingimento de determinados fins sejam os menos onerosos para o administrado, proibindo-se assim, o excesso. Também a questão da verificação da relação custo-benefício, podendo-se os danos causados e o resultados a serem obtidos, é afeta a proporcionalidade dos atos administrativos.⁶⁵

Sobre o desequilíbrio na relação entre meios e fins, esclarece MOREIRA NETO:

Quando esta relação for desequilibrada, seja na própria formulação da lei (legislativa), seja na sua aplicação concreta (desproporcionalidade administrativa), a ponto de tornar demasiadamente onerosa a prestação do administrado, seja ela positiva ou negativa, em confronto com o reduzido ou nenhum proveito para a sociedade, fica caracterizado a agressão ao princípio, que se apresenta, assim, como uma derivação do princípio maior da justiça distributiva e da própria legitimidade.⁶⁶

A razoabilidade e sua faceta, a proporcionalidade, estão estampadas na Lei Federal nº 9784/99, como princípio regente da conduta da Administração. Está implicitamente no art. 2º, parágrafo único, VI, que impõe a adequação entre meios e fins, vedando a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse coletivo, e também nos incisos VIII e IX que determinam a obrigatoriedade de observância das formalidades essenciais e adoção de formas simples, capazes de propiciar um adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados. Aparece ainda no art. 29, § 2º, do referido diploma legal, estabelecendo que “os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes”.

Conforme observa BARROSO:

Um certo positivismo arraigado na formação jurídica nacional retardou o ingresso do princípio da razoabilidade na jurisprudência brasileira, por falta de previsão expressa na Constituição. Inequivocadamente, contudo, ele é uma decorrência natural do Estado democrático de direito e do princípio do devido processo legal. O princípio, naturalmente,

⁶⁴ MORAES, op. cit., p. 114.

⁶⁵ BARROSO, op. cit., p. 223.

⁶⁶ MOREIRA NETO, op. cit., p. 99.

não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, no entanto, oferece uma alternativa de atuação construtiva do Judiciário para a produção do melhor resultado, ainda quando seja o único possível ou mesmo aquele que mais obviamente resultaria da aplicação crítica da lei.⁶⁷

Desta forma, o princípio da razoabilidade se impõe como grande controlador da competência discricionária do administrador, lutando contra arbitrariedades e desmandos na produção de atos administrativos.

⁶⁷ BARROSO, op. cit., p. 239.

4 CONCLUSÃO

A discricionariedade administrativa não resulta de ausência de lei, mas sim do próprio ordenamento que a autoriza. Se está prevista é porque, com ela, o atendimento do interesse público pode ser realizado da maneira mais pertinente e adequada a cada situação.

A classificação dos atos administrativos em vinculados e discricionários é importante para a delimitação da competência do controle judicial, para fins da presente pesquisa. Como os atos vinculados tem todas as suas fases previstas nas normas, em caso de conflito, o Poder Judiciário examina a conformidade direta com as mesmas. Já com relação aos atos discricionários, a situação é um pouco diferente, visto que, além da legalidade, a questão da oportunidade e conveniência também são preponderantes.

A discricionariedade proporciona ao administrador a possibilidade da escolha, dentre diversas alternativas cabíveis, daquela ótima para determinada situação concreta. Se é impossível reconhecer uma única solução perfeita para o atendimento da norma, a Administração usa critérios de conveniência e oportunidade, de acordo com o desenvolvimento de suas atividades, para decidir pela melhor opção. É, portanto, uma decorrência da própria função de administrar.

O dispositivo constitucional que determina a atuação do Judiciário no caso de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF), contempla o exame legal dos atos administrativos emanados segundo competência discricionária, sempre que o lesado invocar hipóteses fáticas de abuso de poder ou ofensa a princípios aos quais o ato deveria estar vinculado. Entretanto, em virtude do princípio da separação dos Poderes, que determina a necessidade de atuação harmônica e independente do Legislativo, Executivo e Judiciário, é vedado ao controle jurisdicional substituir a eleição da providência mais adequada feita pela Administração Pública.

O mérito do ato administrativo significa, justamente, o juízo de valor realizado pelo administrador, analisando a conveniência e a oportunidade de alternativas válidas para certo comando. Como o mérito faz parte do ato, também este

pode ser verificado judicialmente, principalmente do ponto de vista principiológico, ou seja, da legalidade, finalidade, moralidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Contudo, não se deve confundir o exame dos aspectos legais do ato com a substituição do administrador pelo juiz, com relação às apreciações subjetivas necessárias. A substituição é inadmissível, se considerado o princípio da independência dos Poderes, estampado no art. 2º, da Constituição Federal. Se o administrador encontra-se diante de hipóteses que igualmente atenderiam de forma excelente o interesse público, que estão em conformidade com a lei, cabe unicamente a ele valorar e decidir a mais conveniente e oportuna alternativa.

O desvio de poder é hipótese reconhecida para invalidação de ato administrativo pelo Judiciário. Toda vez que houver lesão a direitos dos administrados, em função do desvirtuamento das finalidades específicas ou genéricas do ato praticado pela Administração, o controle judicial, desde que provocado, poderá agir, examinando a questão e decidindo o conflito.

Também com relação aos motivos determinantes, a análise judicial é válida, visto que, se a Administração aponta como pressuposto para prática do ato, razão falsa ou inexistente, acaba ferindo o princípio da legalidade.

Ainda, a respeito dos conceitos indeterminados, pode o Judiciário examinar a significação admitida pelo administrador, e considerar o ato inválido se, manifestamente, foi adotado um entendimento nem mesmo minimamente reconhecido pela sociedade.

Portanto, o controle judicial é possível nos atos discricionários, mas deve estar atrelado a verificação da discricionariedade dentro dos limites estabelecidos pela lei, ou seja, somente aquilo que ultrapassa os limites legais pode ser objeto de revisão por parte do Judiciário. Essa revisão é exteriorizada através da invalidação do ato ilegal.

Ao Poder Judiciário, como protetor dos princípios constitucionais, cabe verificar se os atos administrativos foram produzidos e geram efeitos de acordo com o estabelecido no ordenamento, e nesse exame é óbvio que a discricionariedade também é analisada.

Toda vez que um comportamento discricionário da Administração violar a ordem jurídica e ultrapassar os limites da competência discricionária, o controle judicial deve ser acionado para restaurar o ambiente de legalidade. A última palavra com relação a controvérsias legais a respeito da discricionariedade, só pode ser do Judiciário.

Ressalta-se que os princípios norteadores da atividade administrativa pública, dentre outros, a legalidade, a moralidade, a finalidade, a razoabilidade e a proporcionalidade, sempre serão instrumentos para a análise judicial dos casos concretos. Se uma decisão discricionária é indiscutivelmente inadequada para atingir determinada finalidade legal, irrazoável, imoral, resta claro que a Administração terá ofendido os limites da discricionariedade, e dessa forma, será cabível a manifestação do Poder Judiciário sobre o assunto, desde que provocado. Entretanto, o controle judicial pode levar a invalidação do ato ilegal, e não a escolha de uma solução considerada mais adequada pelo Poder Judiciário, cuja função primordial não é a administração.

Concluindo, a contribuição dos tribunais para coibir o mau uso da discricionariedade nos atos administrativos, pode ser extremamente relevante se os mesmos efetivamente assumirem a posição de guardiões da legalidade, analisando a fundo todos os aspectos e elementos dos atos. Quanto maior a força e a determinação do Judiciário em monitorar a atuação da Administração Pública dentro do que determina a lei, maior a garantia da coletividade de que o interesse público será priorizado e adequadamente atendido.

REFERÊNCIAS

- 1 DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- 2 FIGUEIREDO, L. V. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.
- 3 MELLO, C. A. B. de. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- 4 MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- 5 MOREIRA NETO, D. de F. *Curso de Direito Administrativo: Parte Introdutória, Parte Geral, Parte Especial*. 13. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- 6 MORAES, A. de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- 7 MELLO, C. A. B. de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- 8 MORÓN, M. S. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. 1. ed. Madrid: Tecnos, 1994.
- 9 BASTOS, C. R. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- 10 BRAZ, P. *Manual de Direito Administrativo*. 1 ed. São Paulo: Editora de Direito, 1999.
- 11 HENTZ, L. A. S. *Direito Administrativo e Judiciário*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1998.
- 12 GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

13 MUKAY, T. *Direito Administrativo Sistematizado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

14 CRETELLA JÚNIOR, J. *O “desvio de poder” na Administração Pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

15 ENTERRÍA, E. G. de. *La lucha contra las inmunidades del Poder en el derecho administrativo*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1983.

16 CRETELLA JÚNIOR, J. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

17 BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.