

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

Beatriz Spindler de Oliveira Leite

O controle jurisdicional do ato administrativo
discricionário

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.
Orientador: Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini.

CURITIBA

2005

Beatriz Spindler de Oliveira Leite

**O controle jurisdicional do ato administrativo
discricionário**

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.
Orientador: Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini.

CURITIBA

2005

TERMO DE APROVAÇÃO

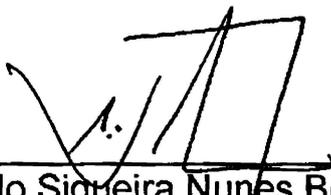
O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário

Por

Beatriz Spindler de Oliveira Leite

Monografia apresentada ao Curso de Pós Graduação em Direito Público com ênfase em Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo.

Orientador:


Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoni

Nota do Orientador: 9,0 (not)

SUMÁRIO

TERMO DE APROVAÇÃO.....	ii
SUMÁRIO.....	iii
1. INTRODUÇÃO.....	01
2. O ato administrativo.....	03
2.1. Noção de ato administrativo.....	03
2.2. Requisitos do ato administrativo.....	06
2.3. Classificação dos atos administrativos.....	14
2.4. Âmbito de incidência da discricionariedade.....	20
2.5. Legalidade e mérito do ato administrativo.....	24
2.6. Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.....	28
3. Controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.....	34
3.1 O controle jurisdicional.....	34
3.2. Justificação do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.....	37
3.3. O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.....	41
3.4. Enfoque jurisprudencial sobre o controle jurisprudencial do ato administrativo discricionário.....	49
4. Considerações finais.....	60
5. Ementas jurisprudenciais.....	63
6. Referências.....	70

1. Introdução

A República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito que possui como poderes independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A estes órgãos, a Constituição confiou parcela de autoridade, garantindo-lhes autonomia e independência.

Ao Poder legislativo cabe a função típica de legislar e fiscalizar. Ao Executivo cabem as funções de chefia de estado, de governo e de administração. E ao Judiciário, com crescente importância no Estado Democrático de Direito, consiste a administração da justiça e a função principal de guarda da Constituição, preservando os princípios do ordenamento jurídico.

No campo da atuação administrativa, exercida pelo Poder Executivo encontra-se o ato administrativo que é o instrumento pelo qual a Administração Pública emite suas decisões, visando a produção de efeitos jurídicos que atendam ao interesse público.

Dentre os atos administrativos, destacam-se os atos administrativos discricionários, que são resultado de atuação da administração com margem de escolha dentre os critérios da lei e dos princípios que regem o direito administrativo, visando à emanção da decisão que melhor atenda ao interesse público, o que justifica a inserção do capítulo – O Ato Administrativo – na presente monografia.

Considerando que a margem de liberdade de escolha conferida ao administrador – discricionariedade – leva, por muitas vezes, à excessos e desvios por parte da Administração Pública, surge a necessidade do controle judicial sobre os atos administrativos como instrumento de defesa do Estado Democrático de Direito, o que conduz à imperiosa necessidade de se discorrer sobre o controle judicial do ato administrativo discricionário, o que é feito no segundo capítulo do presente trabalho.

A mera indicação da possibilidade da Administração Pública ofender aos princípios e fundamentos do Estado Democrático de Direito, através da prática de atos administrativos discricionários é significativa para se avaliar a dimensão que o problema acarreta no mundo jurídico.

Os aspectos que justificam a existência do ato discricionário, que limitam-no e que decorrem do seu desrespeito à ordem jurídica são suficientes a justificar um estudo dessa natureza.

2. O ato administrativo

A definição do ato administrativo, de seus requisitos e sua classificação é de grande relevância para o trabalho, por apresentar a noção de uma declaração unilateral de vontade, oriunda de autoridade administrativa, visando produção de efeitos no campo jurídico.

2.1. Noção de ato administrativo

O ato administrativo, assim é chamado, em razão do regime jurídico especial a que está submetido, sendo o meio pelo qual a Administração Pública vai atuar e fazer valer a vontade da sociedade.

Como é cediço na doutrina, a Administração Pública tem como objetivo fundamental atender aos interesses da sociedade, sendo sua atuação guiada pela necessidade de atendimento ao interesse público.

A natureza da atividade administrativa é a de um *"munus público"*, que se "desenvolve segundo a lei e a moralidade administrativa, visando a guarda, conservação e aprimoramento de bens, interesses e serviços da coletividade"¹ sempre visando ao interesse público.

E, é através do ato administrativo que a Administração Pública materializa o exercício da atividade administrativa, sendo ele "toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria"², conforme conceituação de Hely Lopes MEIRELLES.

A partir da definição de MEIRELLES, pode-se concluir que o ato administrativo seja uma modalidade de ato jurídico.

No entanto a conceituação acima não é suficiente. Celso BASTOS, após esclarecer a dificuldade em conceituar-se o ato administrativo³, define que

¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, p. 38.

² MEIRELLES, Hely, Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 132.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, p. 90.

pode ser ele entendido "como o ato jurídico que produza efeitos num caso concreto, praticado pela Administração Pública, enquanto Poder Público, isto é, fazendo valer sua autoridade, porém, atendendo aos interesses determinados pela lei e individualizado por características próprias"⁴, e, ressalta que não se trata de ato peculiar ao exercício da atividade administrativa exercida pelo poder executivo, mas trata-se também de ato praticado pelos poderes legislativo e judiciário, no exercício de suas funções administrativas internas.⁵

Desse modo, pode-se vislumbrar que o ato administrativo é todo ato praticado pela Administração, com a finalidade de atender ao interesse comum, no exercício da atividade administrativa, seja ela a pratica pelo poder executivo, seja ela praticado pelos poderes legislativos ou judiciário.

Em sentido similar, ensina Celso Antônio Bandeira de MELLO, que o ato administrativo "é a declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas ao controle de legitimidade por órgão jurisdicional"⁶.

Diante do conceito apresentando, nota-se que o ato administrativo traz uma declaração jurídica, que essa declaração provém do Estado ou de quem esteja investido de prerrogativas públicas, bem como é medida complementar à lei, e, principalmente, sujeita-se ao controle judicial em razão de estar atrelado à lei.

Ademais, apresentando conceituação mais específica sobre o ato administrativo, Maria Sylvia Zanella di PIETRO, ressalva que há "inúmeros critérios ...adotados para definir o ato administrativo"⁷, merecendo destaque os critérios subjetivo e objetivo, que levam em consideração o órgão que pratica o ato e o tipo de atividade exercida, respectivamente.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*, p. 91.

⁵ BASTOS, C. R. Obra citada, p. 90. E , ainda acrescenta o referido autor: " Embora a função administrativa seja atividade precípua do Poder Executivo, tanto o Legislativo quanto o Judiciário exercem essa atividade respeitante aos seus funcionários e ao funcionamento interno de seus órgãos. Nesse mister praticam atos administrativos.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 343-344.

⁷ PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, p. 184.

Pelo critério subjetivo, "ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos"⁸e, pelo critério objetivo, "ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa"⁹.

Aliado aos critérios apontados, a autora ressalva que para definir-se o ato administrativo, vários dados devem ser considerados¹⁰, o que leva a definir-se o ato administrativo " como 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"¹¹.

Em verdade, o ato administrativo é o meio jurídico pelo qual a Administração Pública desenvolve suas atividades para atingir os fins do Estado Brasileiro. Esse ato produz efeitos jurídicos e é fruto de decisões tomadas por autoridades administrativas, as quais devem observância à lei.

Extrai-se, da gama de conceitos apresentados, que o ato administrativo é uma declaração de vontade da administração, no exercício da consecução de seus fins, devendo respeito à lei, o que o sujeita ao controle judicial.

Nesse sentido, Régis Fernandes de OLIVEIRA, na obra intitulada, "Ato Administrativo", aponta o ato administrativo como " declaração unilateral do Estado, ou de quem faça suas vezes, no exercício de função administrativa, que produza efeitos jurídicos individuais e imediatos"¹²

Vislumbra-se que a doutrina nacional administrativa é uníssona no sentido de indicar que o ato administrativo deve respeitar à lei, e por conseqüência, é passível de controle judicial. Isso se deve ao fato da atuação da Administração Pública estar pautada na busca do interesse público, na busca da consecução de um Estado Democrático de Direito que tem sua atuação pautada na lei.

Essa característica do ato administrativo é de suma importância, pois em razão da atuação da Administração estar pautada na lei é que se permite o

⁸ PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 185.

⁹ PIETRO, M. S. Z. Idem, ibidem.

¹⁰ Maria Sylvia Zanella di PIETRO, ressalva que "para definir o ato administrativo, é necessário considerar: 1. ele constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes;...2. sujeita-se a regime jurídico administrativo, pois a Administração aparece com todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público; com isto, afastam-se os atos de direito privado praticados pelo Estado; 3. Produz efeitos jurídicos imediatos...; 4. é sempre passível de controle judicial." (*Direito Administrativo*, p. 187-188).

¹¹ PIETRO, M. S. Z. Obra citada, p. 188.

¹² OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*, p. 60.

controle judicial da atividade administrativa, pois de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei, se seus atos não pudessem ser controlados por órgão dotado de independência e imparcialidade.

Destaca-se, tão somente o ato administrativo, deixando-se de traçar comentários sobre os demais atos praticados pela Administração Pública, em vista do interesse específico de se ressaltar os atos ditados por um regime jurídico de direito público.

O interesse, deve-se também ao fato dos atos praticados pela Administração, em um regime de direito público, gozarem de supremacia no ordenamento jurídico, apresentando prerrogativas particulares à Administração, o que permite o desrespeito aos limites previstos em lei e o abuso da condição de supremacia.

2.2. Requisitos dos Atos Administrativos

Superada a questão afeta à definição do ato administrativo, necessário é analisar-se seus requisitos ou elementos, como apontado por parte da doutrina.

Na análise das obras de autores renomados de direito administrativo, vislumbra-se não haver consenso na definição de requisitos ou elementos do ato administrativo. Em verdade, falar-se em “requisitos” do ato administrativo, ou em “elementos”, trata-se de mera questão gramatical. O que se quer é definir a “anatomia”¹³ do ato administrativo, de modo que se possa eventualmente analisar-se os vícios que apresentam¹⁴.

Como se não bastasse a diversidade da adoção do termo “elementos” e “requisitos”, conforme já afirmou Celso Antônio Bandeira de MELLO,

“não há concordância entre os autores sobre a identificação e o número de elementos, porém, freqüentemente, a divergência (ou

¹³ A expressão é de Umberto Fragola (Fragolla, Umberto. *Gli Atti Admministrativi*. 2.ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964, p. 12 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, p. 347.)

¹⁴ Fragolla, Umberto. *Gli Atti Admministrativi*. 2.ed. Nápoles: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1964, p. 12 *apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, p. 347.

pelo menos, parte dela) proceda ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados. Apesar das desavenças aludidas, poder-se-ia relacionar como elementos habitualmente referidos os seguintes: sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade.”¹⁵

Adotando também a terminologia de “anatomia” para se analisar os requisitos ou elementos do ato administrativo, CRETELLA JUNIOR, assevera que “ a estrutura do ato administrativo é o conjunto dos cinco elementos básicos, constitutivos da manifestação da vontade da administração, ou seja, o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim”, podendo ser enumerados também os elementos “causa” e mérito”.¹⁶

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella di PIETRO, visando esclarecer a diferença entre elementos e requisitos do ato administrativo, assevera que os elementos “dizem respeito à existência do ato, enquanto são indispensáveis para sua validade. Nesse caso, agente, forma e objeto seriam elementos de existência do ato, enquanto os requisitos seriam esses mesmos elementos acrescidos de caracteres que lhe dariam condições para produzir efeitos jurídicos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei”¹⁷. E, mais adiante sentencia que, “ no entanto, a maioria dos autores, preferem empregar os vocábulos como sinônimos”¹⁸.

Em que pese a diferença de entendimentos sobre a terminologia da “anatomia” do ato administrativo, têm-se que a Lei 4.717, de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular), em seu artigo 2º, indicou os atos nulos e acabou por mencionar os cinco elementos ou requisitos do ato administrativo: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Com vistas a facilitar o estudo da temática, tratar-se-á do sujeito e da competência de forma conjunta, eis que tratam-se de elementos intimamente

¹⁵ MELLO, C. A. B. de. Obra citada, p. 347-348.

¹⁶ CRETELLA JUNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*, p. 213.

¹⁷ PIETRO, M. S. Z. di. Obra citada, p. 194.

¹⁸ PIETRO, M. S. Z. di. *Idem*, *ibidem*.

relacionados, es que se falar em sujeito do ato sem competência, não haverá ato, e, falar-se em competência sem sujeito, não possuir razão de ser, visto que a competência é conjunto de atribuições entregues a um ente administrativo.

O sujeito é o autor do ato administrativo, é a autoridade ou ente que pratica o ato e manifesta a vontade da Administração, visando a produção de efeitos. Para que o ato administrativo seja válido, é preciso que o sujeito do ato tenha competência para realizá-lo, ou seja, é preciso que o sujeito tenha atribuído em seu favor a competência para a prática do ato.¹⁹

Na lição de Odete MEDAUAR, fala-se em "agente competente"²⁰, que significa "o representante do poder público a quem o texto legal confere atribuições que o habilitam a editar determinados atos administrativos", devendo a competência do agente ser verificada no âmbito das matérias incluídas entre suas atribuições, no âmbito territorial em que as funções são desempenhadas e no limite temporal para o exercício das atribuições.²¹

Já o requisito objeto refere-se ao conteúdo do que o ato determina, ou seja, "o que o ato cria, modifica, resguarda ou extingue na ordem jurídica"²², ou como explica MEDAUAR, "objeto significa o resultado prático pretendido com a edição do ato administrativo ou a modificação por ele trazida ao ordenamento jurídico"²³.

Assim, o objeto do ato administrativo é a modificação ou criação de situação jurídica pretendida. É aquilo sobre o que o ato dispõe.

A forma do ato administrativo, por sua vez, é a maneira pelo qual deve ser exteriorizada a vontade da Administração, para produzir efeitos no direito, o que leva a doutrina a afirmar que "todo ato administrativo possui alguma forma, já que não pode consubstanciar-se sem ao mesmo tempo estar adotando alguma expressão que materialize a vontade administrativa"²⁴.

¹⁹ Hely Lopes MEIRELLES explica que "para a prática do ato administrativo a competência é a condição primeira de sua validade"... sendo que nenhum ato "pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo." (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 134).

²⁰ A expressão é empregada por Odete MEDAUAR (*Direito administrativo moderno*, p. 160).

²¹ MEDAUAR, Odete. *Idem*, *ibidem*.

²² BASTOS, C. R. *Obra citada*, p. 93.

²³ MEDAUAR, O. *Obra citada*, p. 161.

²⁴ BASTOS, C. R. *Obra citada*, p. 94.

No mesmo sentido, Diogenes GASPARINI, dispõe que a forma " é o revestimento substancial do ato administrativo. É o modo através do qual o ato aparece, revela sua existência. É necessária a validade do ato. A inexistência de forma leva à inexistência do ato, enquanto sua inobservância pode levar à nulidade. O usual é a forma escrita. ...Além dos escritos existem, excepcionalmente, atos orais, atos pictóricos, atos eletrônicos e atos mímicos"²⁵

Portanto, a forma tem como finalidade possibilitar o exame do ato praticado, verificando-se se ele foi editado de modo adequado aos seus legítimos fins, assim, "a inobservância da forma torna nulo o ato ou até mesmo inexistente"²⁶.

A finalidade é um dos elementos mais significativos do ato administrativo, eis que é a razão de ser da Administração Pública. Todo ato administrativo deve ter como finalidade o atendimento ao interesse público, visto que a Administração Pública destina-se a atender aos interesses da coletividade.

Pode-se conceituar a finalidade como "o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato"²⁷, sendo o efeito mediato pretendido pela Administração.

A finalidade do ato administrativo sempre é estabelecida em lei, não havendo opção para a autoridade administrativa determinar qual seja a finalidade, eis que, repete-se, esta sempre estará definida em lei.

Ressalvando a necessidade de que todo ato administrativo tenha finalidade pública, juntamente com a finalidade em sentido estrito de que se revestirá o ato, Hely Lopes MEIRELLES considera:

"Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo – discricionário ou regrado -, porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica. Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos hão de se dirigir sempre e sempre para um *fim público*, sendo nulos quando

²⁵ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*, p. 56-57.

²⁶ COSTA, José Armando. *Anatomia Jurídica do ato disciplinar*, p. 2163-2175.

satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo²⁸.

Conclui-se que o atendimento ao interesse da coletividade, o atendimento ao bem comum é dever inafastável da Administração Pública, a qual por ele deve estar guiada em sua atuação, na prática dos atos administrativos, sob pena de em não o observando ter anulados os atos que não satisfaçam o interesse público.

Por fim, apresenta-se como elemento do ato administrativo o motivo.

O motivo do ato administrativo corresponde à indicação das razões que levaram o administrador à prática do ato.

Como explica Odete MEDAUAR, " no âmbito do direito administrativo, motivo significa as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocaram e precederam a edição do ato administrativo"²⁹.

O estudo do motivo é de suma importância, eis que através da motivação do ato é possível perquirir se houve atendimento à finalidade pública antes da prática do ato, eis que verifica-se o que ensejou a prática do ato administrativo, bem como é possível verificar-se, *a posteriori* se o ato administrativo está atendendo à causa que ensejou sua realização.

Como muito bem ressalta CRETELLA JUNIOR, o "motivo do ato administrativo é importantíssimo, no direito administrativo, porque na motivação, ou explicitação do motivo, pode ocorrer ilegalidade, abuso de poder ou desvio de poder"³⁰.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1998 que veio a consagrar o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito³¹ é possível afirmar-se que a necessidade de motivação dos atos administrativos, sejam eles discricionários ou vinculados, trata-se de necessidade determinada constitucionalmente.

²⁷ Conforme ensina Maria Sylvia Zanella di PIETRO (*Direito Administrativo*, p. 201).

²⁸ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 134-135.

²⁹ MEDAUAR, O. Obra citada, p. 163.

³⁰ CRETELLA JUNIOR, J. Obra citada, p. 227.

³¹ A Constituição Federal de 1998, dispõe em seu artigo 1º: "Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito".

Citando-se Bandeira de MELLO, "Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo, ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por uma medida"³².

Ressaltando a importância da motivação do ato administrativo, Florisvaldo DUTRA, em obra destinada a discutir a motivação e o controle do ato administrativo, ao traçar paralelos da motivação com o princípio da moralidade, pondera que toda a atuação da Administração Pública deve demonstrar sua conformidade com a lei, já que esta é que norteia a atuação do administrador e não sua vontade própria, com vistas a atender ao interesse da coletividade. E, se assim deve atuar a administração, atendendo à lei, é por meio da motivação do ato administrativo que se pode verificar se o ato atende ao interesse da coletividade.³³

E, ao tratar do princípio da moralidade administrativa, DUTRA faz alusão à necessidade de motivação do ato administrativo expondo que:

"O administrador no exercício de sua própria competência, pode utilizar-se de um meio legalmente previsto para alcançar um fim vedado pelo ordenamento jurídico...E, é nesse sentido que ressalta a importância da motivação do ato administrativo em correlação com o princípio da moralidade, pois aquela se constitui em meio dos mais relevantes, aptos a denunciar práticas imorais da Administração. Ela é capaz de denotar, com efeito, a não-correspondência entre meios e fins, que informa o exercício ético da competência administrativa"³⁴.

Diante da correlação apresentada por Florisvaldo DUTRA, acima citada, é possível afirmar-se que o motivo do ato administrativo é meio eficaz para se

³² MELLO, C. A. Obra citada, p. 71.

³³ Nesse sentido é que se manifesta Florisvaldo DUTRA (*Motivação e controle do ato administrativo*, p. 98), afirmando que: " se o ato administrativo não tivesse como requisito procedimental a explanação daquilo que o justificasse, a vontade do administrador 'explicar-se-ia' por si própria. Com efeito, o ato representa o querer de alguém (a coletividade, não mais de seus mandatários), medida por algo (a lei ou os princípios informativos do ordenamento). E necessário, pois demonstrar que esse querer é o mesmo da coletividade, o que só será possível por meio da motivação."

³⁴ DUTRA, Florisvaldo. *Motivação e controle do ato administrativo*, p. 101-102.

verificar a legalidade e moralidade de um ato administrativo, ou seja, é meio hábil a determinar a correspondência de um ato administrativo com o ordenamento jurídico vigente, não somente no plano da existência, como no plano da validade.

Isso quer significar que a indicação de motivos do ato administrativo é requisito de existência do ato, eis que sem a indicação dos motivos de fato e de direito que levaram o administrador a praticá-lo, o ato inexistirá. Uma vez verificada a presença de motivação do ato administrativo, é através de sua fundamentação que se pode analisar se o ato possui validade no mundo jurídico, a qual somente será alcançada se além de motivação, as razões que levaram a sua prática atenderem à lei, e atenderem também a moralidade administrativa. Pode-se, em verdade, afirmar que o ato administrativo somente terá validade se obedecer, não somente à legalidade e moralidade administrativas, mas, atender sim, à principiologia administrativa atual³⁵.

Citando-se, mais uma vez, os célebres ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de MELLO, sobre a importância da fundamentação dos atos administrativos, ressalva o autor que:

“em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há explicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência dos juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueles outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de acurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível a motivação detalhada”³⁶.

Juarez FREITAS, tratando sobre a necessidade de exposição de motivos nos atos discricionários, afirma:

³⁵ No momento, não se estenderá comentários sobre o respeito à principiologia administrativa, eis que tal matéria será analisada com maior profundidade nos capítulos que seguem.

³⁶ MELLO, C. A. B. de. Obra citada, p. 69.

“ Em sintonia com a mais acertada orientação, sobreleva e se faz inescapável o dever de motivar tratando-se dos atos discricionários, já que os vinculados, em boa parte das vezes, poderão licitamente sobreviver sem o cumprimento estrito de tal regra que influi na lei maior...Mais: ainda que a lei dispensasse a motivação dos atos discricionários, esta seria uma obrigatoriedade descendente diretamente da Constituição, mais precisamente do núcleo fundante de seus princípios. De tal sorte, aplica-se ao administrador, agente do Poder Público, a regra constitucional expressamente atribuída ao juiz no exercício da tutela jurisdicional que impõe o dever de motivar compulsoriamente³⁷ e sob pena de nulidade, os atos de discricionariedade vinculada no intuito de verdadeiramente coibir o desvio de poder³⁸.

Vislumbra-se pois a necessidade inafastável da motivação dos atos administrativos, em especial, dos atos administrativos discricionários, objeto de maior interesse nesse trabalho, como meio de verificação de validade do ato.

Em síntese, diante da análise dos elementos do ato administrativo, tem-se que o sujeito do ato deve ser capaz e possuir competência definida em lei para a prática do ato; o objeto refere-se ao conteúdo do ato administrativo, sendo a finalidade o resultado prático buscado pela administração. A forma, cinge-se ao meio pelo qual é exteriorizado o ato administrativo e os motivos são as razões que levam à prática do ato, possuindo peculiar importância por permitir que se controle a correspondência do ato administrativo com o ordenamento jurídico.

³⁷ A Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe em seu artigo 93, inciso IX: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observando os seguintes princípios: ...IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes”. (Grifo nosso)

³⁸ FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*, p. 135-136 *apud* MACHADO, Hugo de Britto. *Motivação dos atos administrativos e interesse público*. www.datavenia.net/artigos/artigo-motivacaoatosadministrativos.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2005.

2.3. Classificação dos atos administrativos

Conforme já abordado³⁹, o ato administrativo é meio pelo qual a Administração Pública manifesta sua vontade, visando a produção de efeitos jurídicos.

No que se refere à classificação dos atos administrativos, várias são as classificações apresentadas pela doutrina nacional, variando de acordo com os critérios de agrupamento.

Celso Antônio Bandeira de MELLO, que apresenta a classificação mais extensa dos atos administrativos na literatura nacional, classifica-os conforme a natureza da atividade administrativa, conforme a natureza do conteúdo, conforme os destinatários do ato, conforme o grau de liberdade da Administração Pública para decidir, quantos aos efeitos, a abrangência dos efeitos, a composição da vontade e a vontade administrativa⁴⁰, classificação esta que também é adotada por Diogenes GASPARINI⁴¹.

No presente trabalho, a classificação que se faz importante abordar é referente ao grau de liberdade da Administração Pública para decidir sobre a prática do ato.

De acordo com a referida classificação, os atos administrativos podem ser classificados em atos discricionários e atos vinculados, diferenciando-os o grau de liberdade de decisão da Administração, que no primeiro é maior e neste é

³⁹ No tópico 2.1 que trata da noção de ato administrativo.

⁴⁰ Celso Antônio Bandeira de MELLO, afirma que: a) quanto à natureza da atividade, os atos podem ser: de administração ativa, de administração consultiva, de administração controladora, de administração contenciosa; b) quanto à estrutura, os atos podem ser: concretos ou abstratos; c) quanto aos destinatários, os atos podem ser: individuais ou gerais; d) quanto ao grau de liberdade da Administração para a sua prática, os atos podem ser: discricionários ou vinculados; e) quanto à função da vontade administrativa, os atos podem ser: negociais ou meros atos administrativos; f) quanto aos efeitos, os atos podem ser: constitutivos ou declaratórios; g) quanto aos resultados sobre a esfera jurídica dos administrados, os atos podem ser: ampliativos ou restritivos; h) quanto à situação de terceiros, os atos podem ser internos ou externos; i) quanto à composição da vontade produtora do ato, podem ser: simples ou complexos; j) quanto à formação do ato: unilaterais ou bilaterais; l) quanto à natureza das situações jurídicas que criam, os atos podem ser: atos-regra, atos subjetivos ou atos condição; e quanto à posição jurídica da Administração, os atos podem ser: de império ou gestão (*Curso de direito administrativo*, p. 377-382).

⁴¹ Diogenes GASPARINI afirma que a classificação dos atos administrativos varia entre os diversos autores especializados em direito administrativo, variando conforme "o critério de agrupamento" e, por fim, adotada a classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello (*Direito administrativo*, p. 75-78).

inexistente, eis que no ato vinculado a liberdade de decisão da Administração não existe, pois esta tem a sua atuação plenamente guiada e estabelecida pela lei.

Para melhor compreensão do ato discricionário e do ato vinculado, é preciso fazer breve menção aos poderes que dispõe a Administração Pública que lhe asseguram sua posição de supremacia sobre o particular.

Para o desempenho das funções estatais, a Administração Pública é dotada de poderes⁴², que possibilitam à Administração o atendimento de seus fins.

Dentro dos poderes da Administração, destaca-se o poder discricionário e o poder vinculado que são de relevante importância para a compreensão dos atos administrativos discricionários e vinculados.

Em verdade, não são os atos administrativos em si, discricionários ou vinculados, assim o são, os poderes conferidos ao ente administrativo para a prática do ato. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di PIETRO, ao tratar dos atos administrativos discricionários e vinculados, leciona:

“Os poderes que exerce o administrador público são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma.”⁴³

E, mais adiante, afirma:

“Em outra hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade

⁴² Segundo a doutrina de Odete MEDAUAR, “para que a Administração possa realizar o conjunto de atividade que lhe cabem, no cumprimento de seu papel na vida coletiva, o ordenamento lhe confere poderes”... e são poderes da Administração Pública, o poder vinculado, o poder discricionário, poder regulamentar, poder normativo, poder hierárquico, poder disciplinar. (*Direito administrativo moderno*, p. 125-139).

⁴³ PIETRO, M. S. Z. di. Obra citada, p. 203.

poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador⁴⁴.”

Diante do ensinamento citado, é possível afirmar que o ato discricionário é aquele fruto de uma atuação com margem de liberdade dentro da lei pela Administração Pública, no exercício de seu poder discricionário, enquanto o ato vinculado é fruto de uma atuação pautada plenamente na observância das determinações legais. Em outras palavras, tanto o ato discricionário como o ato vinculado são fruto de uma atuação administrativa pautada na lei⁴⁵, a diferença reside no fato do ato administrativo vinculado ser resultado de atuação da Administração plenamente pautada na lei (todos os requisitos para a prática do ato são estabelecidos em lei), enquanto que o ato discricionário é fruto de atuação da Administração que obedece à lei, mas com margem de escolha do administrador dentre as hipóteses nela previstas.

Nesse mesmo sentido, não se pode deixar de citar a lição de Hely Lopes MEIRELLES, ao afirmar que “a rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder da administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público”⁴⁶.

O ato administrativo vinculado é aquele em que “por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma”⁴⁷.

Isso se dá em razão da lei já estabelecer em lei todos os elementos ou requisitos do ato administrativo, de modo que cabe ao administrador diante da

⁴⁴ PIETRO, M. S. Z. di. *Obra citada*, p. 204.

⁴⁵ E não poderia ser diferente, eis que a atuação da Administração Pública é regida pelo princípio da Legalidade que “decorre diretamente do princípio do Estado Democrático de Direito, sendo fundamental para a formação do regime jurídico administrativo. Impõe aos mandatários do poder popular ‘um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos’, submetendo os agentes do Poder Executivo ao poder popular, aos representantes do povo no parlamento. (BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira. *Princípios de direito administrativo brasileiro*, p. 90).

⁴⁶ MEIRELLES, H. L. *Obra citada*, p. 150.

situação concreta já prevista em lei, cingir-se a atuar em conformidade com esta. Ou seja, a atuação da administração está prevista em lei anteriormente a ocorrência do evento no mundo fenomênico que irá ensejar a atuação da administração, devendo esta apenas obedecer, vincular-se aos ditames legais.

Todavia, na prática de um ato administrativo discricionário, a Administração age com certa margem de liberdade de decisão, apesar de também estar adstrita às disposições legais.

A discricção " caracterizará dado aspecto do ato administrativo sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na apreciação do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, está o administrador diante de um número determinado ou indeterminado de opções que se caracterizam como indiferentes jurídicos, pelo que a consideração axiológica da melhor alternativa se fará por meio de outros critérios que não de direito"⁴⁸.

A justificativa de existência de um poder discricionário que permita à Administração a prática de atos discricionários reside no fato que diante do novo perfil da Administração Pública frente a Constituição de 1988, que veio a estabelecer o Estado Brasileiro como um Estado Democrático de Direito, a Administração passou a ter uma "postura mais ativa, na feição do Estado prestacional de serviços públicos, em contraposição ao Estado absenteísta do liberalismo. A assunção pelo Estado de novos encargos passou a justificar o aumento da competência normativa e a ampliação da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei conferiu, *ipso facto*, maior grau de discricionariade ou de liberdade de atuação"⁴⁹.

Frente a essa nova realidade jurídica que se impõe, torna-se impossível vislumbrar que possa o legislador prever, ao criar uma lei, texto que contenha a variedade e amplitude de condutas que deverão ser adotadas pelo administrador.

E, diante disso, é que sobressai a importância da discricionariade, como meio para possibilitar ao administrador a adoção da solução que melhor atenda ao interesse público, tendo sua atuação sempre pautada na lei.

⁴⁷ MELLO, C. A. B. de. Obra citada, p. 383.

⁴⁸ DUTRA, F. Obra citada, p. 86-87.

⁴⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 28.

No exercício do poder discricionário, na visão originalmente concebida, permite-se ao administrador, decidir o que é melhor para a Administração Pública, dentro de parâmetros legais, baseado em critérios seus de conveniência e oportunidade.

Assim, a discricionariedade é vista como "a margem de liberdade que resulta da lei, permitindo que o administrador integre a norma aos casos concretos, não através da aplicação de sua vontade simplesmente, mas obedecendo ao contido na lei, conferindo uma perfeita adaptação da realidade empírica ao caso que se apresenta"⁵⁰.

Tratando sobre a justificação da discricionariedade administrativa, Maria Sylvia Zanella di PIETRO, em sua célebre obra " Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988", explica que a discricionariedade justifica-se:

"quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá que enfrentar, Isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexa e sempre crescentes necessidades coletivas."⁵¹

Idéia similar, é defendida por Régis Fernandes de OLIVEIRA, ao afirmar:

"Impõe-se notar que, caso possível fosse o legislador descer a minúcias e, utilizando-se da cibernética, pudesse prever, na atividade legiferante, todas as ocorrências possíveis, então teríamos, pura e simplesmente, a substituição de um órgão do poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativos ou executivo. Esse não passaria de mero cumpridor de ordens emanadas,

⁵⁰ MOURA, Oriêta Santiago; MAIA, Carlos Roberto da Silva; ALVES DE SÁ, Maria das Graças. *Controle jurisdicional e o ato administrativo*, p. 26..

⁵¹ PIETRO, M. S. Z. di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. p. 41.

concretamente, do Poder Legislativo. Em sendo assim, ocorreria verdadeira invasão dos órgãos encarregados do exercício do poder, com a dualidade deles e perderia validade a noção tripartida, consagrada em nosso direito positivo.”⁵²

Em decorrência disso, a discricionariedade pode decorrer da impossibilidade do legislador prever todas as situações com as quais o administrador irá se deparar no exercício da atividade administrativa, mas decorre também da intenção de se dar liberdade ao administrador para, baseado em critérios de conveniência e oportunidade, escolher a maneira mais eficiente de atender ao interesse público.

Frisa-se, que a prática de ato discricionário ocorre quando a lei faculta ao administrador a adoção de uma decisão ou outra, cabendo a ele optar pela decisão que irá de melhor maneira atender aos interesses da lei. Deste modo, falar-se em discricionariedade é falar-se em atuação do administrador dentro dos parâmetros da lei e não de livre atuação do administrador, atendendo aos seus interesses e desejos pessoais. A atuação discricionária é atuação conforme a lei, com margem de escolha ao administrador. A atuação administrativa que desrespeita os limites da lei é atuação arbitrária.

Diga-se que em razão da atividade discricionária e vinculada deverem observância aos limites da lei, é que se justifica, desde já, o controle judicial da atividade administrativa, eis que diante da possibilidade do administrador desrespeitar a lei, há que se reconhecer a imprescindibilidade do controle judicial.

Importante ainda, a título de esclarecimento, mencionar que a discricionariedade encontra-se presente não somente na atuação do Poder Executivo, mas, também, na atuação dos poderes Legislativo e Judiciário. Conforme a doutrina de Renato ALESSI⁵³, a discricionariedade está presente nas três funções estatais, sendo que em cada ato emanado, seja uma sentença, uma lei ou um ato administrativo pode haver margem de liberdade.

⁵² OLIVEIRA, R. F. Obra citada, p. 68-69.

⁵³ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. vol I., p. 7-8.

2.4. Âmbito de incidência da discricionariedade

Conforme já exposto anteriormente, o ato administrativo vinculado é aquele em que, todos os elementos estão indicados em lei, não deixando-se ao administrador margem de escolha para a prática do ato e, o ato administrativo discricionários é aquele em que a lei deixa margem de escolha para o administrador a fim de que adote a solução que melhor atenda ao interesse público.

Superada a distinção entre as classificações, é de importância verificar o âmbito da aplicação da discricionariedade, o que irá influenciar o estudo do controle judicial do ato discricionário.

Primeiramente, deve-se lembrar que a discricionariedade encontra seu fundamento e sua razão de ser no Estado Democrático de Direito, vez que com a aplicação das funções administrativas surgiu a necessidade de conferir-se maior liberdade de decisão ao administrador público para a realização do interesse público.

Nas lições de Maria Sylvia Zanella di PIETRO, em havendo margem de decisão do administrador conferida pela lei, a atuação discricionária pode referir-se ao aspecto temporal da prática do ato, pode referir-se ao aspecto da necessidade da prática do ato, bem como pode referir-se aos elementos do ato administrativo.

Assim explica a referida administrativista que quanto ao “momento da prática do ato, se a lei nada estabelece a respeito, a Administração escolhe o momento que lhe pareça mais adequado para atingir a consecução de determinado fim”, e explica que normalmente é estipulado um prazo para a Administração tomar suas decisões, indicando ou não sanções pelo seu descumprimento, mas ressalva que ainda assim persiste a discricionariedade, porque, dentro do tempo limitado, a autoridade escolhe o que lhe parece mais conveniente⁵⁴.

Continua suas lições, afirmando, que a discricionariedade pode referir-se a faculdade de escolha entre a prática ou não de um ato administrativo, de modo que “diante de certa situação, a Administração está obrigada a adotar determinada

⁵⁴ PIETRO, M. S. Z. di. *Direito administrativo*, p. 205-206.

providência, a sua atuação é vinculada; se ela tem a possibilidade de escolher entre atuar ou não, existe discricionariedade.⁵⁵

Em vista do ensinamento, ressalta-se a necessidade de se averiguar diante da omissão da Administração Pública, se a conduta dela esperada trata-se de atuação vinculada ou discricionária, eis que muitas vezes a Administração, sob a alegação de se ser sua atuação discricionária, deixa de atuar em atendimento ao interesse público, quando em verdade a atuação é vinculada e não passível de escolha com base em critérios de oportunidade e conveniência.

Cita-se como exemplo, a não criação de creches para crianças na idade de zero a seis anos pelo Estado de São Paulo, sob a alegação de tratar-se de ato discricionário da Administração Pública, o que levou a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, questão esta que culminou com a prolação do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu pela manutenção de sentença judicial que determinou ao poder executivo a construção de creche para atendimento de crianças de 0 a 6 anos, por entender:

“A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo, a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea”⁵⁶.

A indicação da necessidade de verificar-se a vinculação ou discricionariedade da atividade administrativa torna-se de vital importância, eis que pela verificação ou não da classificação da atuação, pode-se verificar, via controle judicial se a atuação ou omissão da Administração Pública está a atender às finalidades da lei, impostas por um regime de Estado Democrático de Direito.

⁵⁵ PIETRO, M. S. Z. di. *Direito administrativo*, p. 206.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos de idade. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em julzo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência*. R.E. n. 575280, de São Paulo. Rel: Min. José Delgado. Acórdão de 02 de setembro de 2004. DJ 25 de outubro de 2004, p. 228.

Ademais, a discricionariedade pode referir-se aos elementos do ato administrativo, quais seja, o sujeito, o objeto, a forma, o conteúdo, o motivo e a finalidade.

No que tange ao sujeito, o ato sempre é vinculado, pois somente pode praticar determinado ato administrativo, quem possui competência para tal, ou seja, aquele administrador a quem a lei conferiu conjunto de atribuições para praticá-lo.

Quanto a finalidade, em razão do princípio do interesse público “que é diretriz implícita, mas de forte e profundo poder de penetração em todas as regras de direito público” exaltando “a superioridade dos interesses coletivos sobre os do indivíduo”⁵⁷ também existe vinculação⁵⁸.

Ainda, quanto à forma, os atos podem ser vinculados, hipótese em que a lei previamente definirá o meio pelo qual o ato deverá ser materializado, bem como podem ser discricionários, hipótese em que a lei preverá mais de uma forma pela qual o ato poderá ser expresso.

Já no motivo, faz-se presente com mais frequência, a discricionariedade, eis que por ser o motivo as razões de fato precedentes que levam à prática do ato administrativo, resta impossível ao legislador vislumbrar todas as situações cotidianas que ensejam à atuação administração.

A vinculação dos motivos ocorrerá “quando a lei, ao descrevê-lo, utilizar noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva”⁵⁹. E, será discricionário quando “a lei não o definir, deixando-o ao inteiro critério da Administração” ou quando “a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos, os chamados

⁵⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 101 apud BERTONCINI, M. E. S. N. *Princípios de direito administrativo*, p. 181.

⁵⁸ Maria Sylvia Zanella di PIETRO, ressalva que a vinculação do elemento “finalidade” deve ser vista com cuidado, eis que a finalidade possui dois sentidos: “em sentido amplo corresponde ao interesse público; e em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo”. Em sentido restrito, “a finalidade é sempre vinculada; para cada ato administrativo previsto na lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada”. E no sentido amplo, pode-se dizer que a finalidade seria discricionária, porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança e bem estar. Quando a lei não estabelece critérios objetivos que permitam inferir quando tais fins são alcançados, haverá discricionariedade administrativa (*Direito administrativo*, p. 206).

⁵⁹ PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*, p. 207.

conceitos jurídicos indeterminados, que deixam à Administração a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa⁶⁰.

Conforme doutrina consagrada de Florisvaldo DUTRA, a vinculação na motivação é menos freqüente, pois "na maior parte das vezes, antecederá a emissão do ato administrativo, um trabalho nem sempre fácil de interpretação da norma aplicável e de qualificação jurídica dos fatos ensejadores da ação do administrador"⁶¹

Na mesma linha de entendimento Diogenes GASPARINI, ao tratar sobre os atos discricionários e vinculados defende que a vinculação sempre será encontrada nos elementos "finalidade" e "competência", sendo possível que os demais elementos do atos, quais sejam, o motivo, conteúdo e foram sejam vinculados ou discricionários⁶², o que também é afirmado por Celso Antônio B. de MELLO⁶³.

E, o objeto do ato administrativo, ou seja, o conteúdo do ato, pode ser vinculado, quando a lei indica apenas um objeto para o ato administrativo, bem como pode ser discricionário, quando a lei prever vários objetos possíveis para a obtenção de um fim.

A rigor, verifica-se que não há ato administrativo que seja integralmente discricionário, visto que a finalidade e determinação do sujeito competente sempre estará definida em lei, podendo haver margem de liberdade de escolha quanto à forma, os motivos ou o conteúdo. Diga-se que o administrador jamais terá plena liberdade para a prática do ato discricionários, em todos seus elementos, o que há "é exercício de juízo discricionário quanto à ocorrência ou não de certas situações que justificam ou não certos comportamento e opções discricionárias quanto ao comportamento mais indicado para dar cumprimento ao interesse público *in*

⁶⁰ Conforme explicação apresentada por Maria Sylvia Zanella di PIETRO (*Direito administrativo*, p. 207).

⁶¹ DUTRA, F. Obra citada, p. 68.

⁶² Diogenes GASPARINI alerta "que não há ato inteiramente discricionário, dado que todo ato administrativo está vinculado, amarrado à lei, pelo menos no que respeita ao fim (este sempre há de ser público) e à competência (o sujeito competente para praticá-lo é o indicado em lei)". (*Direito administrativo*, p. 88).

⁶³ MELLO, C. A. B. de. Obra citada, p. 383.

concreto, dentro dos limites em que a lei faculta a emissão deste juízo ou desta opção”⁶⁴.

Todo ato administrativo tem um mínimo de vinculação, em seus elementos forma (na maioria das vezes), finalidade e competência, podendo os elementos motivo e objeto serem discricionários ou vinculados e, tais elementos serão construídos, no caso da discricionariedade administrativa, pela conveniência do juízo de juridicidade com juízo de oportunidade do administrador⁶⁵.

2.5. Legalidade e mérito do ato administrativo

O ordenamento jurídico confere ao administrador competências para o exercício de suas funções, com vistas ao atendimento do interesse coletivo, com vistas ao atendimento do interesse comum.

Dentre as forma de atribuições, é dado ao administrador poderes vinculados e poderes discricionários, o que lhe permitirá a prática de atos administrativos ou discricionários. A “distinção entre atos vinculados e atos discricionários representa um ponto significativo na questão do poder discricionário”⁶⁶.

Nos atos vinculados o administrador pratica o ato administrativo observando todas as indicações previstas em lei. Diante da situação concreta que se apresenta, subsumem-se os fatos à lei e atende-a integralmente na elaboração do ato.

Cita-se como exemplo clássico na doutrina, a concessão de aposentadoria ao servidor que completa 70 anos de idade. A lei não confere margem ao administrador para que baseado em critérios de oportunidade e conveniência conceda à aposentadoria ao servidor, mas determina de forma plenamente vinculada a necessidade de concessão da aposentadoria.⁶⁷

Ou seja, a lei indicando todos os elementos do ato administrativo, vincula integralmente a atuação do administrador, tanto que se não for observada,

⁶⁴ MELLO, C. A. B. de. *Obra citada*, p. 385.

⁶⁵ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*, p. 04.

⁶⁶ FRANÇA, V. da R. *Idem*, *ibidem*.

⁶⁷ O exemplo de concessão de aposentadoria para servidor que completa 70 anos é indicada por Celso Antônio Bandeira de Mello, Diogenes Gasparini, Seabra Fagundes, Odete Medauar.

pode levar a nulidade do ato, visto que " legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo"⁶⁸.

Já no ato discricionário, o legislador vincula a atuação do administrador apenas naqueles elementos previstos na lei.

O administrador estará vinculado aos elementos dispostos na lei, mas terá margem de liberdade de decisão quanto aos elementos nela não indicados. Assim, a Administração Pública estará incondicionalmente subordinada a lei, devendo observar no exercício do poder discricionário o mínimo de juridicidade e o interesse público.⁶⁹

Ressalta-se, que a discricionariedade não pode ser confundida com a arbitrariedade. Em verdade, o que diferencia a vinculação, a discricionariedade e a arbitrariedade são os diversos grau de obediência integral à lei. Na vinculação, a atuação do administrador é de mera aplicação da lei, pois esta disciplina o ato administrativo em todas suas especificações. Na discricionariedade, o administrador fica vinculado aos elementos dispostos em lei, mas possui liberdade, para dentro dos parâmetros da lei, escolher sua decisão. Já na arbitrariedade, a Administração Pública desrespeita a lei, ou porque atende a um interesse subjetivo seu, ou porque ignora a finalidade pública, ou porque "exorbita de sua competência e utiliza-se de instrumentos proibidos ou inadequados no cumprimento da finalidade legal."⁷⁰

Ou ainda, como quer CRETELLA JUNIOR, a arbitrariedade consiste na "faculdade de operar sem qualquer óbice, e todos seus sentidos, desvinculada de qualquer norma jurídica", se concretizando "através de vontade de pessoal do titular do órgão administrativo, que age impulsionado por paixões, caprichos ou preferências, desamparado, portanto, de qualquer fundamento legal"⁷¹.

Identificada com a precisão possível o que seja a discricionariedade do ato administrativo, retoma-se mais uma vez a afirmação no sentido de que os elementos forma, finalidade e competência sempre são previamente definidos em lei, ensejando a atuação vinculada do administrador.

⁶⁸ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 102.

⁶⁹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do poder discricionário*, p. 431-451.

⁷⁰ FRANÇA, V. da R. Obra citada, p. 04.

Diante do exposto, a legalidade do ato refere-se à sua conformação às normas legais.

Quando a lei permite à administração a possibilidade de escolha de qual motivo ou objeto ensejam a prática do ato administrativo, estar-se-á diante da prática de um ato discricionário, cuja escolha será efetivada com base em critérios de oportunidade e conveniência.

A atividade intelectual do ente administrativo que irá verificar oportunidade e conveniência da prática do ato consiste no que se chama do mérito do ato administrativo.

A margem de escolha sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde ao “aspecto do mérito do ato administrativo; tal aspecto expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário”⁷², ou como quer Celso Antônio B. de MELLO,

“Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificado qual delas seria a única adequada”⁷³.

O mérito, pode ser tido como o exercício de valoração sobre a conveniência e oportunidade do ato a ser praticado, podendo estar relacionado com o motivo ou objeto do ato, bem como de ambos, na atuação administrativa.

Assim, enquanto nos atos vinculados verifica-se presente apenas a legalidade do ato administrativo, eis que deve atender a todas as definições da lei, no ato administrativo discricionário vislumbra-se a presença da legalidade e do mérito administrativo, o que leva a doutrina a afirmar que “ o ato discricionário

⁷¹ CRETELLA JUNIOR, J. Obra citada, p. 154-155.

⁷² MEDAUAR, O. Obra citada, p. 177.

⁷³ MELLO, C. A. B. de. Obra citada, p. 177-178.

apresenta tanto o aspecto da legalidade quanto o do mérito. O ato vinculado apresenta apenas o da legalidade".⁷⁴

A importância de definir-se os aspectos da legalidade e do mérito do ato administrativo reside na possibilidade de controle judicial dos atos administrativos tanto em seu aspecto legal como em seu aspecto de mérito, conforme se verá no capítulo adiante⁷⁵, eis que é tido classicamente que ao judiciário somente cabe analisar a legalidade do ato administrativo, proibindo-se adentrar na análise do mérito do ato administrativo.⁷⁶

O mérito do ato administrativo, definido por Maria Sylvia Zanella di PIETRO "como o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade"⁷⁷ abrange

"um aspecto do procedimento da Administração, relacionado com as circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispões a índole da função por ele exercida... o mérito tem um sentido político, vinculado ao dever de boa administração, compreendendo todos os aspectos de conveniência e oportunidade edificados por um juízo comparativo na adequação da lei ao caso concreto"⁷⁸.

A conveniência e oportunidade utilizadas na formação do mérito do ato discricionário tem como finalidade permitir ao administrador buscar a melhor solução que ira atender ao interesse público, são enfim "aspectos que devem ser deixados ao juízo de oportunidade da administração"⁷⁹.

⁷⁴ BASTOS, C. R. Obra citada, p. 101.

⁷⁵ Ver infra, p.34 e seguintes.

⁷⁶ Nesse sentido, a doutrina leciona que "O aspecto da legalidade é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário. O de mérito não."(BASTOS, C. R. Obra citada, p. 101). No mesmo sentido, Hely Lopes MEIRELLES leciona: "desde que a lei confie à Administração a escolha e valoração dos motivos e objeto, não cabe ao judiciário rever os critérios adotados pelo administrador".(Obra citada, p. 13 8).

⁷⁷ PIETRO, M. S. Z. di. *Direito administrativo*, p. 209.

→ ⁷⁸ FAGUNES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*, p. 189-190

⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. *Legitimidade e discricionariedade*, p. 32.

2.6. A discricionarietà e os conceitos jurídicos indeterminados

A discricionarietà consiste na atuação da Administração dentro dos parâmetros legais, realizando a gestão dos interesses públicos, sem que esta atuação se identifique como mera execução da lei.

A atuação discricionária da Administração respeita os preceitos legais, porém ocorre com uma margem de opção dentro da lei, para que possa o administrador verificar qual a solução que melhor atende ao interesse público.

Conforme ensina Miguel Sanchez MORRÓN, “la actividad administrativa no puede identificarse con la mera ejecución de la ley,... sino que consiste em la gestion de los intereses públicos.”⁸⁰

A administração, ao atuar de forma discricionária, observa a lei, mas principalmente, considera critérios políticos, sociais, econômicos, territoriais, para decidir qual a medida que melhor atenda ao interesse público.

A discricionarietà deve ser compreendida como um poder de atuação da Administração, podendo escolher qual medida melhor atende o interesse público, baseado em critérios de conveniência e oportunidade, sem dissociar-se da idéia de que tal poder é limitado pela lei.

Ocorre que por vezes, a atuação da administração fica condicionada à lei, mais propriamente, condicionada a conceitos jurídicos indeterminados.

Esses conceitos jurídicos indeterminados ou conceitos imprecisos⁸¹ descrevem de forma abstrata hipóteses de fato sobre as quais a Administração realizando juízo de valor, irá decidir se atua ou não ou decidirá qual a interpretação a conferir a um dos elementos do ato.

Conforme define José Eduardo FARIA, “ os conceitos jurídicos indeterminados são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a estes conceitos, o

⁸⁰ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, pg. 31.

⁸¹ Celso Antônio Bandeira de Mello, na obra *Discricionarietà e Controle Jurisdiccional* trata sobre a discricionarietà e os conceitos imprecisos (MELLO, C. A. *Discricionarietà e controle jurisdiccional*, p. 22)

intérprete pode adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei”⁸².

O emprego de conceitos jurídicos indeterminados deve-se a impossibilidade da lei prever todas as situações, e em razão disso emprega termos fluidos, “preservando a flexibilidade do sistema direito positivo perante a naturalmente instável realidade social”⁸³.

É então preciso estabelecer-se a relação entre a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados.

Quando o administrador valora os conceitos jurídicos indeterminados contidos na lei e diante do processo de interpretação verifica que há somente um solução justa diante do caso concreto, não se terá uma atuação discricionária por parte da Administração. Entretanto, quando o texto legal permitir duas ou mais valorações que ensejarem duas ou mais soluções justas, abrindo deste modo, margem para a apreciação subjetiva do administrador, que deverá buscar a solução que atenda ao melhor interesse da Administração, a valoração dos conceitos jurídicos indeterminados se dará via atuação discricionária do administrador.

Assim, as noções de discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados não são idéias contrapostas. O que há é a possibilidade de valoração dos conceitos jurídicos indeterminados ser fruto de apreciação discricionário do administrador, quando diante da interpretação dos conceitos duas ou mais soluções apresentarem-se como justas, dando margem de escolha ao administrador sobre qual adotá-la.

Quando fala-se em discricionariedade administrativa refere-se à idéia de que a Administração atua com poder de escolha dentre os limites da lei, para escolher qual a solução que melhor atende ao interesse público, baseada em critérios políticos, ou sociais ou históricos. E deste modo, verifica-se que há liberdade do Administrador para escolher qual a decisão que atende ao melhor interesse da Administração.

E, quando se discute a questão dos conceitos jurídicos indeterminados na discricionariedade, têm-se que a lei condiciona o exercício da atividade administrativa mediante uma valoração do conceito jurídico indeterminado, de modo

⁸² FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*, p. 39.

que a solução justa, perfeita, legal é aquela que decorre da subsunção dos fatos ao conceito jurídico indeterminado, dentro da interpretação que for atender ao melhor interesse da administração.

Desse modo, considerando que por vezes ter-se-á atuação administrativa discricionária na apreciação subjetiva do administrador na busca de qual interpretação sobre os conceitos jurídicos indeterminados atenderá o melhor interesse da Administração, permite-se o controle judicial da valoração dos conceitos indeterminados.

Sobre o tema, Miguel Sánchez MORÓN ensina que a aplicação de conceitos indeterminados permite um controle jurisdicional mais completo sobre a atividade administrativa e, visto que, diante do fato de que somente o fato que subsume-se ao conceito jurídico indeterminado é considerado justo, ter-se-ia um controle mais eficaz sobre a Administração⁸⁴. Ademais, o mesmo autor aponta em sua obra⁸⁵ que mesmo nos casos de aplicação de conceitos indeterminados é aceitável a idéia de que exista uma margem de escolha, de apreciação em favor da Administração, para concretizar o conceito de cada caso.

Nesse mesmo sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de MELLO:

“Em inúmeras situações, mais de uma inteligência seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria de vontade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto.”⁸⁶

Desta forma, ao admitir-se uma margem de análise pela Administração, admite-se também que em determinado caso concreto, ao subsumir-se os fatos aos conceitos jurídicos indeterminados, é possível que chegue-se a aplicações distintas do conceito, fruto da diversidade de interpretações que podem surgir da análise de um conceito jurídico indeterminado, sendo que as diversas soluções daí decorrentes são todas lícitas.

⁸³ FRANÇA, V. da R. Obra citada, p. 115.

⁸⁴ FRANÇA, V. da R. Obra citada, p. 117.

⁸⁵ FRANÇA, V. da R. Idem, ibidem.

⁸⁶ MELLO, C. A. B. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 22.

Em suma, em razão do conceito ser indeterminado, impreciso, fluido, é impossível negar-se a possibilidade de interpretações diferentes, o que não ensejará afirmar-se que uma seja errada e outra correta.

Em verdade, em que pese a possibilidade de resultado de diferentes soluções justas, diante da valoração dos conceitos jurídicos indeterminados, haverá uma solução que melhor atenderá a situação concreta posta em análise para a Administração.

É importante ressaltar-se a idéia defendida por Celso Antônio Bandeira de MELLO, na obra "Discricionariedade e controle jurisdicional", no sentido de que a liberdade conferida ao administrador no ato discricionário tem como finalidade adotar a solução que atenda à especificidade de cada caso concreto, já trazendo a suposição de que para cada caso, uma solução será a melhor, cabendo então ao administrador diante das razoáveis opções de decisão, escolher a solução perfeita para o atendimento do interesse público⁸⁷.

Assim, na prática de ato administrativo que dependa da valoração de conceitos jurídicos indeterminados, espera-se do administrador que dentre as soluções possíveis apresentadas pelo processo de interpretação, seja adotada a solução que atende ao melhor interesse da Administração.

Sobre a valoração dos conceitos indeterminados, MORÓN aduz ser plenamente possível a análise pela Administração sobre o conceito jurídico indeterminado para a concretização de uma situação real, visto acreditar-se que a solução justa, legal, verdadeira é única, sendo que a idéia de mera subsunção de um fato ao conceito, é algo utópico. Toda a análise de um conceito é passível de valorações, interpretações diversas, de forma que a Administração, mesmo que atrelada a conceitos jurídicos indeterminados, pode interpretar os conceitos de diversas formas, sendo assim tidas como verdadeiras, corretas várias aplicações de tais conceitos.

⁸⁷ E, diante da idéia mencionada o autor conclui que no controle judicial do ato discricionário há que haver um exame de pura legitimidade "que impõe a fulminação dos atos – praticados embora *sub color (pretense) exercício de discricionariedade* - sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a providência ótima almejada pela lei, pois, em casos tais, não terá havido exercício de verdadeira discricionariedade administrativa, mas terá ocorrido pura e simplesmente violação do direito (*Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 47-48).

MORÓN ensina ainda que a autoridade administrativa pode vislumbrar uma pluralidade de opiniões sobre um determinado conceito jurídico indeterminado, o que desencadeará uma gama de soluções plausíveis e sustentáveis para determinado caso concreto.⁸⁸

Nesses casos, é a autoridade administrativa a competente para declarar qual a solução mais justa e conveniente dentre as válidas em direito, isso porque é a ela que irá valorar os fatos à luz dos conceitos jurídicos indeterminados, verificando caso a caso, qual solução atende ao interesse público.

Frisa-se, mais uma vez que a Administração ao analisar qual a melhor solução que subsume-se ao conceito jurídico indeterminado chegará a várias soluções distintas, mas todas juridicamente aceitáveis, sendo que uma delas será considerada a que melhor atende ao bem comum.

Verifica-se pois que ainda que a atividade administrativa esteja pautada na observância de conceitos jurídicos indeterminados, estará exercendo atividade discricionária, pois dentre as várias soluções advindas do processo de subsunção do fato ao conceito, mediante processo de valoração e interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, diversas soluções juridicamente válidas serão apresentadas, sendo que à Administração caberá optar pela que se afigure mais justa, mais verdadeira.

Em verdade, tanto na atuação discricionária da Administração como na atuação administrativa pautada em conceitos jurídicos indeterminados, está presente a discricionariedade, ou seja, a possibilidade do administrador optar, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, pela melhor solução.

O que as diferencia é o grau de discricionariedade, que segundo MORÓN é maior na atuação discricionária do que na atuação limitada por conceitos

⁸⁸MORÓN, M. S. Obra citada, p. 118. Morón exemplificando a tese ora mencionada, afirma que uma autoridade administrativa pode acabar com uma manifestação quando se produzem alterações de ordem pública com perigo para as pessoas ou bens. Esclarece que esta última circunstância trata-se de um conceito jurídico indeterminado, o qual resulta discutível e pode ser apreciado de maneira diferentes, dependendo de quem seja o interprete. De modo que, somente uma autoridade deve decidir, utilizando seus critérios, qual a melhor apreciação a ser dada a um conceito jurídico indeterminado frente a um caso concreto, em que se visa a satisfação do melhor interesse comum.

jurídicos indeterminados, visto que nesta o processo de valoração está condicionado e restringido pelo conceito indeterminado.⁸⁹

Ademais, por conseqüência, constata-se que a valoração administrativa que exceder os limites materiais do conceito jurídico indeterminado será contrária ao direito, pois desrespeitou os limites da discricionariedade.

Celso Antônio Bandeira de MELLO bem preconiza que "o conceito tem algum conteúdo mínimo indiscutível"⁹⁰, e desse modo se a apreciação do conceito jurídico indeterminado respeitar esse "conteúdo mínimo" será tida como plenamente válida.

Em síntese, têm-se que tanto a atuação discricionária da Administração como a atuação condicionada à observância de conceitos jurídicos indeterminados é discricionária, dando margem à apreciação do Administrador sobre qual seja a melhor solução para o interesse comum, sendo que a diferença entre ambas consiste no grau de discricionariedade, que é menor na atuação pautada em conceitos indeterminados.

Diga-se, por fim, que a atuação administrativa pautada em conceitos jurídicos indeterminados somente poderá ser tida como contrária ao direito quando a valoração administrativa, dentro do campo da discricionariedade, extrapolar os limites materiais do conceito indeterminado.

⁸⁹ Segundo MORÓN, " *el grado de discricionariedad será em estes supuestos menor que em otros, dado que el proceso administrativo de valoração se halla condicionado y restringido por el concepto indeterminado, es decidir, porque, com todo, la norma reguladora de la potestad es menos imprecisa, contiene um criterio valorativo necesario.*"(Obra citada, p. 120).

⁹⁰ MELLO, C. A. B. *Curso de direito administrativo*, p. 29.

que, " a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."⁹³

Diante deste princípio, tem-se a afirmação de que no que se refere ao controle da Administração a jurisdição é uma, sendo a proteção jurídica aos direitos e garantias reconhecidos pelo ordenamento jurídico.⁹⁴

Diante tal preceito qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário, inclusive sendo a lesão ou ameaça fruto da atividade administrativa.

Nesse sentido, Germana de Oliveira MORAES, em impecável estudo sobre o tema do controle jurisdicional da Administração Pública, leciona de forma magistral que " o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada"⁹⁵, bem como a possibilidade indiscutível de controle dos atos vinculados.

No que tange ao controle judicial da Administração Pública, de capital importância citar a lição de Mateus Eduardo Siqueira Nunes BERTONCINI, em obra exemplar sobre os princípios de direito administrativo, em que tratando sobre o princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos e estabelecendo paralelos com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, assevera:

"O princípio do controle jurisdicional dos atos administrativos é um outro importante princípio integrado ao regime de direito administrativo, não arrolado nos dispositivos constitucionais (art. 37, *caput*) e infraconstitucionais (Decreto-lei 200 e Leis 8.666, 8.987 e 9.784), que contém agrupamentos de princípios da atividade administrativa....O Sistema da jurisdição uma, adotada entre nós, sujeita a atividade administrativa a controle judicial. Como se viu, a Administração Pública está sujeita ao Direito, e toda vez que dele se desviar, produzindo lesão jurídica ou material, estará sujeita a controle externo de órgão jurisdicional, que se constitui em

⁹² GASPARINI, D. Obra citada, p. 544.

⁹³ Constituição Federal de 1988.

⁹⁴ MEDAUAR, O. Obra citada, p. 461.

⁹⁵ MORAES, G. de O. Obra citada, p. 107.

verdadeiro princípio normativo a informar o regime jurídico brasileiro⁹⁶.

Do mesmo modo, o controle judicial da Administração Pública, em especial, o controle judicial dos atos administrativos, encontra fundamento no princípio da publicidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, que dispõe: " A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência"⁹⁷. (grifou-se).

Referido princípio disciplina que a publicidade dos atos administrativos trata-se de sua "condição de eficácia"⁹⁸, eis que através da publicação é que os administrados terão acesso às informações de interesse coletivo e deste modo, poderão, por consequência perquirir se a atuação da Administração está a atender o interesse público.

Deste princípio, segundo Germana de Oliveira MORAES, decorre o princípio do dever de motivação dos atos administrativos, "que potencializa o controle jurisdicional e torna viável o controle da legitimidade do exercício da Administração Pública"⁹⁹.

Em síntese, considerando que a atividade administrativa destina-se precipuamente ao atendimento do interesse público, nos moldes da lei, cabe ao judiciário, via controle jurisdicional da administração pública apreciar os atos por ela praticados.

⁹⁶ BERTONCINI, M. E. S. N. Obra citada, p. 247.

⁹⁷ Constituição Federal de 1988.

⁹⁸ BERTONCINI, M. E. S. N. Obra citada, p. 112.

⁹⁹ MORAES, G. de O. Obra citada, p. 107-108. A autora, tratando sobre o princípio da motivação explica que o "dever de fundamentação não está consagrado explicitamente no texto constitucional", mas a doutrina brasileira considera " a obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos como princípio da Administração Pública, fundada nas seguintes razões: 1) porque a Constituição Federal, no artigo 93, inciso X, estatui a obrigatoriedade de motivação das decisões administrativas dos Tribunais. Ora, inexistente diferença ontológica entre as decisões administrativas, em função da origem dos órgãos que as produziram, sejam estes órgãos do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário. Inexistente, outrossim, qualquer justificativa para diferenciar o tratamento constitucional das decisões administrativas dos Tribunais". E conclui que " se as razões do convencimento do administrador não deverem ser explicitadas, o controle ficaria deveras difícil". (*Controle jurisdicional da administração pública*, p. 108)

Nesse sentido, explicitando a importância do controle jurisdicional dos atos administrativos, cita-se a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Paraná, que decidiu:

“Urge destacar, inicialmente, que o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, também, sobre o aspecto da moralidade, conforme se aúfere do disposto no art. 5º, LXXIII, e art. 37, ambos da Carta Magna.

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito, pois de nada adiantaria sujeitar-se à Administração Pública à lei, se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantia de imparcialidade, que permita apreciar e invalidar os atos ilícitos por ele praticados¹⁰⁰. (grifou-se)

3.2. Justificação do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário

O controle judicial da atividade administrativa dar-se-á sobre os atos administrativos vinculados, bem como sobre os atos administrativos discricionários ou não vinculados, em que pese parcela da doutrina e principalmente da jurisprudência ser contrária à possibilidade de sua sindicabilidade.

No que tange ao controle do ato administrativo vinculado não se faz necessário esmiuçar comentários, eis que se trata de questão pacífica a

¹⁰⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ação popular -. Controle judicial sobre o ato administrativo discricionário. Possibilidade. Votação de projeto de lei pela câmara de vereadores. afronta ao regimento interno da câmara e da lei orgânica do município. Ilegalidade. Lesividade ao patrimônio público. Sentença mantida. Recurso improvido. I - O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o estado do direito, pois de nada adiantaria sujeitar-se a administração pública a lei, se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade, que permita apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados. II - A inobservância da lei orgânica do município e do regimento interno da câmara dos vereadores pelo presidente desta, configura verdadeira ofensa ao princípio da legalidade, impondo-se a nulidade dos atos normativos que não cumpriram o determinado em lei. III- São nulos os atos lesivos ao patrimônio público no caso de vício de forma, consistente na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis a existência ou seriedade do ato. Apelação cível n. 125774300. Rel. Des. Dilmária Helena Kessler. Acórdão de 04 de maio de 2004.

possibilidade de controle do referido ato, em razão de sua vinculação plena à lei, que se desrespeitada poderá ser objeto de apreciação do judiciário.

Todavia, em razão do ato administrativo discricionário ser a declaração unilateral da administração que visa a produção de efeitos no mundo jurídico, havendo margem de escolha de liberdade ao administrador, para decidir sobre sua conveniência e oportunidade em atendimento ao melhor interesse da boa administração, cabendo à administração a valoração sobre a oportunidade e conveniência da prática do ato, é que surge a necessidade de ressaltar-se a possibilidade e justificativa do controle judicial sobre referidos atos.

A justificativa para o controle judicial dos atos administrativos não reside apenas nos princípios da inafastabilidade do poder jurisdicional e publicidade, como apontado anteriormente.

O reconhecimento do controle judicial é necessidade que acompanha a própria noção de formação de Estado.

A discricionariedade, tem sua origem no Estado Liberal, em que havendo absoluta identidade entre Direito e lei, fez triunfar o princípio da legalidade. Assim, discricionariedade foi conferida ao administrador, dentre dos parâmetros da lei, com vistas a evitar que o administrador atuasse como um monarca sem limites.¹⁰¹

Todavia, com o advento do Estado Social, a Administração passou a ter postura mais ativa na prestação de serviços públicos, o que veio a ampliar a autonomia da administração, com a conseqüente ampliação de sua discricionariedade.

Juntamente com a ampliação da discricionariedade conferida à Administração, surgiram os abusos: os desvios de finalidade, o excesso de utilização de competência, a prática de atos que atendiam a interesses privados, o que faz surgir a necessidade do controle judicial sobre a administração pública.

O controle judicial justifica-se pois como meio de coibir os abusos dos administradores na gestão da máquina pública e na busca de satisfação dos interesses coletivos.

¹⁰¹ Germana de Oliveira MORAES explica em sua mais recente obra que a gênese da discricionariedade remonta ao Estado Liberal. Em razão disso, os conceitos de legalidade e discricionariedade estavam "umbilicalmente relacionados". (Obra citada, p. 27).

Justificado o porque da necessidade do controle judicial do ato administrativo discricionário, necessário se faz distinguir a visão clássica do controle judicial e a posição de vanguarda sobre o tema.

Classicamente, o controle judicial da atividade administrativa era tido como um controle de legalidade. Por estarem a discricionariedade e a legalidade “umbilicalmente relacionadas”, por estar a conduta do administrador pautada em uma norma definida, o controle do ato discricionário era tão somente realizada sob à égide do princípio da legalidade.

Nesse sentido clássico de controle, Diogenes GASPARINI afirma:

“Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Assim, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente”¹⁰²

Nessa visão, ao judiciário caberia apenas aferir se o ato administrativo apreciado observava à disposição legal ou não. Em a observando, o ato seria confirmado. Sendo o ato contrário à lei, seria invalidado. A atuação judicial referia-se somente a uma valoração da legalidade do ato administrativo.

No mesmo sentido, Celso Ribeiro BASTOS afirma em sua obra “Curso de direito administrativo” que “ ao judiciário comporta examinar tão somente a legalidade”¹⁰³.

Essa concepção de controle judicial, entretanto, encontra-se superada, segundo a doutrina mais avançada no tema. Faz-se necessário substituir a idéia de controle judicial pautado na legalidade, por um controle judicial pautado na principiologia do direito.

Atualmente, reconhece-se a normatividade dos princípios¹⁰⁴ e a hegemonia dos princípios em relação às regras. Isso se deve às teorias de Ronald

¹⁰² GASPARINI, D. Obra citada, p. 545.

¹⁰³ BASTOS, C. R. Obra citada, p. 338.

¹⁰⁴ Segundo Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini, após análise detalhadamente sobre a evolução dos enfoques dados aos princípios, iniciando-se na chamada “Velha Hemenêutica” - que

Dworkin e Robert Alexy, que reconheceram a normatividade dos princípios e o tratamento dos princípios gerais como Direito.¹⁰⁵

Diante do reconhecimento da normatividade dos princípios, o controle jurisdicional da administração pública deve abandonar o campo da mera legalidade e observar o campo da juridicidade.

A necessidade de um controle judicial sobre o aspecto da juridicidade do ato administrativo deve-se ao fato de que os princípios que regem a administração pública passem a ser dotados de normatividade, devendo ser respeitados assim como as regras contidas na lei.

E diante dessa principiologia que se coloca como norte da atuação da Administração Pública, juntamente com a legalidade, deve-se tornar indiscutível a possibilidade de apreciação dos atos administrativos pelo poder judiciário, que poderá aquilatar se a atuação administrativa está atendendo à lei e a ordem democrática, expressa através dos princípios da administração pública.

Segundo a lição de Germana de Oliveira MORAES, com essa nova visão de controle judicial,

"as decisões judiciais antes são reflexos dos efeitos da moderna compreensão do Direito sobre os domínios da atividade administrativa do Poder Público, inclusive não vinculada, na qual se incluem a discricionariedade e a valoração administrativa de conceitos jurídicos indeterminados, os quais passam a ser balizados, não mais apenas pelos parâmetros da hierarquia constitucional igual ao princípio da legalidade, a saber, pelos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da imparcialidade, da impessoalidade, da moralidade e da eficiência, dentre outros, contemplados, de modo explícito ou implícito, nas mais diversas Constituições dos países ocidentais, ora com estas, ora com outra nomenclatura"¹⁰⁶.

não reconhecia a normatividade dos princípios – e findando no pós-positivismo, "deixa o princípio de ser a mera fonte de inspiração do ordenamento jurídico, dos adeptos do jusnaturalismo, para tornar-se norma jurídica". (Obra citada, p. 36)

¹⁰⁵ MORAES, G. de O. Obra citada, p. 26.

¹⁰⁶ MORAES, G. de O. Obra citada, p. 25.

Diante de uma visão contemporânea dos princípios como normas jurídicas, o controle judicial dos atos administrativos deve abandonar a mera verificação de correspondência do ato administrativo com a lei, e sim verificar a compatibilidade do ato administrativo com os princípios gerais do direito administrativo.

3.3. Controle judicial do ato discricionário

A atividade administrativa pode ser materializada através da prática de atos vinculados ou pela prática de atos discricionários.

Atos vinculados são aqueles cuja atuação da Administração está definida em lei, cabendo ao administrador tão somente reproduzir o conteúdo da lei, sem que lhe seja dada margem de escolha sobre a conveniência ou oportunidade do ato.

Já o ato administrativo discricionário é resultado da concretização de normas que atribuem à administração certa parcela de liberdade de escolha para valorar os pressupostos de fato e direito que levam à realização do ato.

Por ser o ato vinculado, como a própria nomenclatura indica, ato vinculada às disposições legais, o seu controle judicial se dará sobre a averiguação de observância dos elementos do ato administrativo às disposições legais.

Mas não somente em face da legalidade deve ser controlado o ato vinculado. Em verdade, diante do reconhecimento da normatividade dos princípios, que expressam o direito da ordem constitucional vigente é preciso mais. É preciso que o judiciário realize a verificação da "compatibilidade"¹⁰⁷ do ato com os princípios jurídicos.

Quanto ao controle do ato discricionário, temática vista com ressalvas por parte dos Tribunais pátrios, não há dúvidas quanto à sua possibilidade. O que causa indagação é o seu alcance.

Maria Silvia Zanella di PIETRO, assevera que " o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública" e quanto aos atos discricionários

¹⁰⁷ Germana de Oliveira MORAES explica que " A aplicação de parâmetros contidos nas regras jurídicas distingui-se daquela concernente aos parâmetros expressos através de princípios. Na

"sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da administração pública, conhecidos como mérito do ato administrativo."¹⁰⁸

Desse modo, em face do princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional é permitido ao judiciário analisar o ato discricionário, quanto à sua legalidade, todavia, deve ser respeitado o mérito do ato. Isso significa que o espaço de apreciação deixado à Administração para sua decisão não poderá ser adentrado pelo poder judiciário, ou seja, não pode o judiciário invadir esse espaço reservado, pois estaria substituindo a "opção legítima"¹⁰⁹ feita pela administração.

Assim, continua a jurista,

"A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade"¹¹⁰.

No mesmo sentido, a doutrina de Hely Lopes MEIRELLES dita que o controle do ato administrativo discricionário efetiva-se somente mediante a valoração do ato frente à legalidade, sendo vedada a possibilidade de exame do mérito do ato administrativo, visto que é vedado ao juiz valorar a oportunidade ou conveniência do ato sob análise¹¹¹. E afirma ainda que os elementos competência, forma e finalidade do ato discricionário podem ser avaliados eis que constituem matéria de legalidade. Já quanto aos elementos conteúdo e motivo, afirma o jurista que pode o judiciário analisar sua observância à lei, mas não se pode permitir analisar o mérito do ato, ou seja, não lhe será permitido analisar a valoração efetivada pelo administrador na escolha da prática ou não do ato, ou na escolha dos motivos ou conteúdo do ato¹¹².

Ademais, o autor, sensível à normatividade dos princípios e reconhecendo a necessidade da atuação administrativa observar a principiologia administrativa, afirma ainda que "o judiciário possui competência para a revisão do

primeira hipótese, verifica-se que há *conformidade* entre o ato administrativo e as regras, na segunda se há *compatibilidade* do ato com os princípios. (Obra citada, p. 44).

¹⁰⁸ PIETRO, M. S. Z. di. *Direito administrativo*, p. 616.

¹⁰⁹ PIETRO, M. S. Z. di. *Direito administrativo*, p. 209.

¹¹⁰ PIETRO, M. S. Z. di. *Idem*, *ibidem*.

¹¹¹ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 633.

¹¹² MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 634.

ato de acordo com a legalidade e legitimidade, ou seja, de acordo com a lei que o rege e de acordo com a moral da boa administração, respectivamente. Todavia, o mérito, somente poderá ser objeto de conformação com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais de direito¹¹³.

Por sua vez, Odete MEDAUAR, após mencionar a existência de dois posicionamentos sobre o alcance do controle jurisdicional do ato administrativo¹¹⁴ afirma que

“a tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988. O texto de 1988 está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros de atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade”. E afirma, “hoje no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração Pública”¹¹⁵.

Abordando particularmente o tema do controle do ato administrativo, a autora trata do controle dos motivos do ato administrativo, estabelecendo que com a exigência de sua motivação, possibilitou-se o controle dos antecedentes de fato e das justificativas jurídicas que levam à tomada da decisão em determinado sentido, permitindo-se ao judiciário a averiguação dos fatos.¹¹⁶

¹¹³ MEIRELLES, H. L. Obra citada, p. 635.

¹¹⁴ Odete MEDAUAR, afirma que “há um posicionamento favorável ao controle restrito, para que se circunscreva à legalidade entendida também de modo restrito. Em geral, os argumentos dessa linha são os seguintes: impossibilidade da ingerência do Judiciário em atividades típicas do executivo, ante o princípio da separação dos poderes; os integrantes do Judiciários são desprovidos de mandato eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público”. E apresenta outro entendimento “que inclina-se por um controle amplo, antes os seguintes fundamentos: pelo princípio da separação dos poderes, o poder detém o poder, cabendo ao judiciário a jurisdição, e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que se possa cogitar de ingerência indevida; por outro lado, onde existe controle de constitucionalidade da lei, a invocação da separação de poderes para limitar a apreciação jurisdicional perde grande parte de sua força”.(Obra citada, p. 463-464).

¹¹⁵ MEDAUAR, O. Obra citada, p. 464.

¹¹⁶ MEDAUAR, O. Idem, p. 465.

Diante das lições doutrinárias colacionadas, permite-se afirmar que a doutrina administrativista mais atual reconhece de forma inquestionável a possibilidade de controle judicial do ato administrativo discricionário, tanto quanto ao seu aspecto legal, ou seja, quanto à sua observância à lei, como quanto a sua compatibilidade com os princípios gerais de direito.

Assim, o controle do ato discricionário possui como aspectos da legalidade e os princípios gerais de direito administrativo.

Diante disso, cabe especificar em relação aos vícios do ato administrativo, o alcance do controle judicial.

Primeiramente, há que se destacar a **teoria do desvio de poder**. Referida teoria possui aplicação quando o administrador utiliza "do poder discricionários para atingir fim diferente daquele que a lei fixou"¹¹⁷, viciando desse modo, o elemento "finalidade" do ato administrativo.

Nesse caso, o judiciário está autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a administração ao praticar ato com finalidade diversa da estabelecida em lei, não utilizou-se da discricionariedade, e sim, da arbitrariedade, que por ser contrário ao direito, permite a invalidação do ato.

Necessário, todavia, mencionar-se que a teoria do desvio do poder não possui aplicabilidade no controle judicial dos atos discricionários, eis que a finalidade do ato trata-se de elemento vinculado, que sempre estará prevista em lei. Desse modo, tem-se em verdade, mero controle de ato vinculado via aspecto da legalidade. Como bem leciona Celso Antônio Bandeira de MELLO,

"a título de consideração postrema, ressalte-se que a investigação jurisdicional do desvio do poder em nada agrava a discricionariedade do agente administrativo. Não afeta o "mérito do "ato". Corresponde a um estrito exame de legalidade, pois 'el vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidade', como anotou Garcia de Enterría"¹¹⁸.

¹¹⁷ PIETRO, M. S. Z. di. *Direito administrativo*, p. 210.

¹¹⁸ MELLO, C. A. B. de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 81.

Do mesmo modo, os elementos “forma” e “competência”, por serem normalmente elementos vinculados pela lei, em havendo seu desrespeito, o controle judicial do ato se dará mediante o emprego do aspecto da legalidade, devendo o judiciário verificar a correlação entre a forma utilizada pela Administração e a forma definida em lei, correlacionar o agente que praticou o ato com a atribuição de competência especificada na lei. Verificando-se a observância da lei, restará ao judiciário tão somente confirmar o ato praticado pela Administração Pública. No entanto, diante da verificação da inobservância da lei, a medida necessária será a invalidação do ato administrativo.

Em relação aos elementos forma, finalidade e competência, não surgem maiores dificuldades, eis que por serem vinculados, o juízo de apreciação judicial restringir-se-á a verificação da legalidade e da compatibilidade dos princípios de direito administrativo.

A discussão surge quando questiona-se o alcance do controle judicial sobre o mérito do ato administrativo, que refere-se ao juízo de valoração de oportunidade e conveniência da prática ou não de um ato administrativo ou no juízo de valoração de oportunidade e conveniência de escolha dos elementos entre várias possibilidades previstas.

Neste ponto, sem a intenção de repetição, reafirma-se que o controle judicial sobre o ato discricionário não pode ser afastado, em razão do princípio da inafastabilidade do poder jurisdicional.

Desse princípio decorre que o magistrado ao ser instado a realizar o controle de um ato administrativo deverá primeiramente verificar se houve lesão ou ameaça de lesão à direito. Verificando que não houve ameaça a direito ou lesão a direito, caberá ao magistrado concluir sua atividade judicante, sem ingressar na análise dos elementos do ato administrativo¹¹⁹.

Todavia, verificando-se que houve lesão a direito ou ameaça de lesão a direito, deverá o juiz perquirir se o ato praticado feriu não apenas à legalidade, mas os princípios de direito administrativo.

¹¹⁹ Sobre o tema do controle judicial do ato administrativo, seu alcance e efeitos, recomenda-se a leitura da obra “Controle jurisdicional da administração pública” de Germana de Oliveira Moraes, que analisou de forma profunda o direito comparado e direito nacional no que tange ao controle judicial do ato discricionários.

Uma vez verificada a prática de ato administrativo discricionário que lesou direito, o magistrado passará a analisar os motivos e o conteúdo do ato, sob o enfoque dos princípios de direito administrativo.

Nesse sentido, Germana MORAES, leciona de forma clara que:

“ao proceder a revisão do processo de tomada de decisão do ato discricionário e de definição de seu conteúdo, poderá o juiz concluir que o ato administrativo acatou os princípios gerais do Direito e não causou qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos protegidos na Constituição. Neste momento é dever do magistrado abster-se de continuar a questionar a validade do conteúdo do ato administrativo. Se concluir de modo contrário, que o ato administrativo malferiu os princípios jurídicos, poderá exercer um controle meramente negativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato, cabendo à Administração Pública renovar sua expedição, excluído, por óbvio, o conteúdo anterior”¹²⁰.

No que tange à análise do ato administrativo sob à égide dos princípios de direito administrativo, que de forma exaustiva tem se defendido no presente trabalho, relevante citar-se a teoria dos motivos determinantes, que implica em somente considerar-se um ato administrativo como válido se os motivos que levaram à prática do ato forem verdadeiros.

Desse modo, uma vez motivado o ato administrativo¹²¹, “permite-se ao poder judiciário examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência”¹²².

→ Pela a aplicação da teoria dos motivos determinantes, uma vez verificada a lesão a direito e o desrespeito aos princípios da administração – fruto da atividade intelectual do magistrado que terá como base a motivação do ato- caberá ao judiciário a invalidação do ato administrativo.

¹²⁰ MORAES, G. de O. Obra citada, p. 161.

¹²¹ A necessidade de motivação dos atos administrativos foi mencionada quando tratou-se dos elementos do ato administrativo, ressaltando-se que a partir da motivação, erigida a princípio de direito administrativo, permitir-se-á ao judiciário perquirir se a atuação da administração atendeu aos princípios da administração pública, de forma a se ter do administrador a melhor atuação exigida.

¹²² PIETRO, M. S. Z. di. *Direito administrativo*, p. 210.

Essa atuação do poder judiciário, consiste no que Germana de Oliveira MORAES chama de “atuação negativa” do Poder Judiciário.

O problema que decorre dessa atuação meramente negativa do judiciário, consistente em apenas invalidar o ato administrativo, é que vem a se formar um círculo vicioso entre a atuação do Poder Executivo e a posterior atuação do Poder Judiciário. Explica-se. A Administração Pública, no gozo de seu poder discricionário pratica um ato que causa lesão a direito e fere os princípios de direito. O judiciário, por sua vez, atuando repressivamente, no exercício do controle jurisdicional da atividade administrativa vem a invalidar o ato. Conseqüentemente, a Administração Pública prática outro ato viciado que desrespeita o ordenamento jurídico, o que ira ensejar nova provocação do judiciário, o qual virá a invalidar novamente o ato, e assim, consecutivamente .

Há então que se perquirir sobre a possibilidade do judiciário determinar à Administração Pública à prática de determinado ato, em razão de sua atuação ou omissão discricionária.

A questão é vista com diversas ressalvas tanto pela doutrina, como pela jurisprudência, que defendem a impossibilidade do Judiciário substituir-se à Administração Pública, sob a argumentação de que tal atuação fere o princípio da separação dos poderes.

Como argumento favorável a possibilidade do judiciário “substituir-se” à Administração, indicando qual o ato que por ela deveria ser praticado, têm-se que “ a legitimidade do Poder Judiciário, no Direito Brasileiro, deriva da Constituição, que se fundamenta sua competência para exercer a fiscalização difusa da constitucionalidade dos atos normativos, a qual abrange, por via reflexa, a verificação da compatibilidade dos atos administrativos com as normas constitucionais, dentre as quais os princípios”¹²³.

Em que pese a dificuldade de reconhecimento do supra citado argumento pela doutrina e principalmente pela jurisprudência, o fundamento decorre da índole e dos mandamentos do Estado Democrático de Direito.

¹²³ MORAES, G. de O. Obra citada, p. 163.

É também possível ao Judiciário indicar à Administração qual o ato administrativo deva ser praticado frente à determinada situação concreta, com base na aplicação da teoria da "redução da discricionariedade a zero".¹²⁴

Segundo Germana de Oliveira MORAES, "há a redução da discricionariedade a zero, quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível"¹²⁵

E, segundo MAURER, citado por Germana MORAES " a possibilidade de escolha se elimina quando não há entre as opções senão uma única decisão que não apresenta qualquer vício de discricionariedade, enquanto todas as demais possibilidades de decisão estariam viciadas. A autoridade administrativa será então obrigada a tomar a decisão que resta. Tem-se, então, a hipótese de redução da discricionariedade a zero, também denominada de *atrofia do poder discricionário*"¹²⁶.

Desse modo, pela aplicação da teoria, seria concebível ao poder judiciário no exercício do controle do ato administrativo discricionário determinar qual o ato a ser praticado, caso restasse verificado que diante as opções jurídicas existentes apenas uma solução seria a correta.

Ademais, no que tange ao alcance do controle judicial do ato administrativo, há que se mencionar a questão do controle da discricionariedade nos conceitos jurídicos indeterminados¹²⁷.

Os conceitos jurídicos indeterminados são conceitos fluidos estabelecidos em lei que devem ser valorados pelo administrador público de modo a atender ao melhor interesse da Administração no caso concreto. Em face da indeterminação do conceito, conferindo ao ente administrativo margem de apreciação, margem de valoração, é indiscutível o elevado grau de

¹²⁴ Conforme levantamento doutrinário levado a efeito durante a pesquisa bibliográfica que serviu de base para a elaboração do presente trabalho, a Teoria da Redução da Discricionariedade a Zero foi tratada pela doutrina nacional primeiramente por Germana de Oliveira MORAES (*Controle jurisdicional da administração pública*, p. 169-170), que cita como embasamento teórico a doutrina estrangeira de Afonso Rodrigues Queiró (*Os limites do poder discricionário*, In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, vol. XLI, 1985, p. 85) e de André Gonçalves Pereira (*Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa, 1962).

¹²⁵ MORAES, G. de O. Obra citada, p. 169.

¹²⁶ MAURER, Hartmut. *Droit administratif allemand*. P. 221 *apud* MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*, p. 169.

discricionariedade de que se reveste, sendo indiscutível a possibilidade de controle judicial dos atos da Administração pautados em normas que contêm conceitos jurídicos indeterminados.

A valoração dos conceitos jurídicos indeterminados realizada pelo administrador está condicionada aos princípios que regem a Administração Pública, assim como toda e qualquer valoração realizada pela Administração, e deste modo, cabe ao judiciário verificar se a atuação da Administração valorou conceitos jurídicos indeterminados, conforme a legalidade e os princípios que regem o ordenamento jurídico administrativo. Em sendo positiva a resposta, há que se aquilatar se a valoração dos conceitos deu-se dentro da discricionariedade do administrador e, positiva a resposta, deverá o judiciário verificar a compatibilidade da valoração dos conceitos jurídicos indeterminados com os princípios gerais de direito administrativo.

Em síntese, a idéia que deve permear o controle judicial do ato administrativo discricionário é no sentido que não se pode proibir ao judiciário a verificação da compatibilidade do ato administrativo discricionário com os princípios gerais da administração, sob pena de estar-se impossibilitando o controle da manutenção de nosso Estado Democrático de Direito.

Defender-se a importância e a necessidade do controle judicial do ato administrativo discricionário é meio eficaz à defesa do Estado Democrático de Direito. Reconhecendo-se ao Judiciário a possibilidade plena do controle do ato administrativo discricionário, inclusive quanto ao seu mérito, sob o enfoque dos princípios da administração pública, estar-se-á coibindo os abusos praticados pela Administração Pública, sob o manto de uma falsa discricionariedade.

3.4. Enfoque jurisprudencial sobre o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.

A possibilidade de controle judicial do ato administrativo discricionário trata-se de tema relevante para a concretização de um Estado Democrático de

¹²⁷ A discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados foram objeto de análise no tópico 2.6., às fls.28-33.

Direito destinado a coibir os abusos advindos da atuação Administrativa que busca ser imune a qualquer interferência, sob o manto da discricionariedade.

Conforme já explanado, a discricionariedade possui íntima relação com o princípio da legalidade, e este foi fruto do Estado liberal, que buscava a separação dos poderes e buscava contrapor-se ao absolutismo monárquico.

Com a evolução do Estado liberal para um Estado social, ampliou-se a esfera de atuação da Administração, que por conseqüência teve sua discricionariedade ampliada, o que veio a gerar abusos da Administração Pública, como era possível imaginar-se.

Diante disso, valorizou-se a necessidade de controle judicial da Administração Pública, colocando-se em destaque a atuação do Poder Judiciário como poder hábil a coibir os excessos da Administração Pública.

Sensível à valorização da atuação do poder judiciário no controle da prática de atos administrativos discricionários, se destina o presente item, relacionando julgados que sintetizam o entendimento que os Tribunais brasileiros tem conferido ao tema.

O controle judicial do ato administrativo discricionário é visto com algumas particularidades pelos Tribunais pátrios.

Primeiramente, verifica-se que a jurisprudência tem sido unânime ao afirmar a possibilidade de controle judicial sobre o ato administrativo discricionários, sob o aspecto da legalidade, permitindo a apreciação e invalidação de atos que atentem contra as disposições legais.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem decidido de forma reiterada¹²⁸ que o controle do ato Administrativo discricionários dá-se sobre a aferição de sua legalidade. Cita-se a decisão prolatada pela 2ª Câmara Cível que assim julgou:

“...Não há que se falar em interferência na competência da Administração Pública. Não consta em nenhum dos processos em trâmite, que o Poder Judiciário estaria analisando os requisitos

¹²⁸ O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem decidido sobre a possibilidade de controle do ato administrativo discricionário, sob o aspecto do princípio da legalidade, de forma reiterada, conforme

necessários para a concessão de alvará para a construção de posto de gasolina.

Todas as questões que estão sendo submetidas ao crivo da justiça dizem respeito aos direitos individuais, amparados pela Constituição Federal e objeto de vários mandados de segurança e ações correlatas. Com efeito, o controle judicial se restringiu aos aspectos formais do ato administrativo, aferindo a sua legalidade, não a sua conveniência ou oportunidade¹²⁹. (Grifou-se)

Sobre a possibilidade de controle do ato discricionário pelo judiciário, mas tão somente em relação a seu aspecto legal, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹³⁰ afirmou:

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRANSITO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ILEGITIMIDADE DO DETRAN. As infrações, que consistem em avançar o sinal vermelho e estacionar em local proibido, estão submetidas à fiscalização do Município, conforme o disposto no artigo 24, incisos VI e VII, do Código de Trânsito Brasileiro e a Resolução nº 66/98, não sendo, portanto, o DETRAN nem o DAER parte legítima para responder a ação. Dado que o controle judicial do ato administrativo se dá sob o ponto de vista da estrita legalidade e não possuindo a imposição de multa auto-executividade, prescindindo do processo de cobrança, não se mostra presente o requisito do dano irreparável. Por outro lado, sendo fundamento da ação anulatória ausência de prazo de defesa, vigora o princípio de que o erro de

vislumbra-se da leitura dos acordãos n. 6719 de 13 de março de 2001, acordão n. 7103 de 13 de junho de 2001, acordão n. 14780, de 17 de março de 1998, que seguem em anexo: Ver p. 2

¹²⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. mandado de segurança. ato administrativo. liminar concedida para permitir a construção de posto de gasolina, suspensa por portaria municipal. pressupostos caracterizados. decisão confirmada. 1. presentes os pressupostos da relevância do fundamento do pedido e da possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação, deve o juiz, com base no artigo 7., inciso ii, da lei 1.533/51, deferir a medida liminar. 2. ao suspender a eficácia do ato administrativo, em razão da concessão da liminar, o judiciário não invade a esfera de discricionariedade do administrador, uma vez que a decisão judicial não recai sobre a conveniência e a oportunidade do ato impugnado, mas sobre o controle da sua ilegalidade e/ou da sua abusividade" Apelação cível 109796900. Rel. Des. Accacio Cambi. Acórdão de 21 de novembro de 2001.

¹³⁰ No mesmo sentido, ver julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que seguem na seção de anexos, às fls. 63-68.

forma do processo acarreta a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, tendo-se como regulares os que não resultarem prejuízo a defesa. (art. 250 e parágrafo-único, do CPC). Agravo desprovido¹³¹.

Outro aspecto que se vê presente nos julgamentos pelos Tribunais pátrios é a preocupação em permitir-se a substituição da Administração por ato decisórios oriundos do Poder Judiciário, o que viria aferir o princípio da separação dos poderes, impossibilitando-se a valoração do mérito do ato administrativo pelo judiciário. Nesse aspecto, cita-se o julgamento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos autos de apelação cível n. 68310100:

“Acordam em 2a câmara cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, negar provimento a apelação e ao reexame necessário. Ementa: Direito constitucional, administrativo e processual civil - Servidores públicos municipais - Vencimentos atrasados - Medida cautelar - Seqüestro de receita publica (fundo de participação dos municípios) - Deferimento liminar - Subsequente ação ordinária de cobrança - Antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional - concessão - Determinação do juízo a administração no sentido da elaboração da folha de pagamento e respectivo implemento - Sentença final acolhendo o pedido e confirmando as apontadas providencias já efetivadas - Recurso voluntário suplicando a declaração da nulidade de "decisum" monocrático - Preliminar de inaplicação dos efeitos da revelia quando a questão envolve direitos indisponíveis - Argüição, no mérito, envolvendo a nulidade do seqüestro e antecipação concedidos - exame do apelo e da remessa oficial - Impossibilidade de seqüestro de bens públicos - Inobservância, ademais, do princípio republicano da tripartição dos poderes (cf, artigo 2º) - Indevida ingerência do poder judiciário na esfera de competência privativa do poder executivo, ao qual compete com exclusividade o juízo de conveniência e oportunidade dos atos administrativos, entre eles o de alocar receitas e despesas, o de decidir prioridades e o de administrar o seu quadro de pessoal - Ilegitimidade da aplicação a

¹³¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70007510571. Rel. Des. Marco Aurélio Heinz. Julgado em 28 de abril de 2004.

hipótese do previsto no art. 273 do cpc - Execução contra a fazenda publica somente possível nos precisos termos dos artigos 100 da constituição federal e 730 e 731 do código e processo civil - Fato consumado, porém, em virtude de provimentos liminares absolutamente satisfativos - Natureza alimentar dos créditos objeto da lide, alias reconhecidos expressamente pelo réu - Impossibilidade de sua repetição - Confirmação da sentença recorrida, como solução que se impõe, com as ressalvas consignadas no acórdão - Desprovemento da apelação voluntária e do reexame necessário....

É princípio fundamental, do regime republicano, como então inspirado por Montesquieu e subsistente no tempo, a tripartição dos poderes. Não por outra razão repete o art 2º da constituição federal de 1988 "que são poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o legislativo, o executivo e judiciário." Ao poder judiciário só e permitido o controle do ato administrativo sob a ótica de sua legalidade, vedado-lhe apreciar o juízo de oportunidade, conveniência e ate de justiça que informou a sua decretação. impossível a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional em ação de cobrança contra a fazenda publica, porque a respectiva execução far-se-á com obediência ao art. 100 da cf e arts. 730 e 731 do CPC, e também a luz do entendimento do pretório excelso, consubstanciado na súmula 271: "concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria," do previsto no parágrafo 3º do art 1º da lei nº 8.437/92: "não será cabível medida liminar que esgote no todo ou em parte, o objeto da ação"; e do disposto no parágrafo 4. do art. 1. da lei n. 5.021/66: "não se concedera medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias", e da lei nº 9.494/97, expressamente impondo tais vedações também a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional. A jurisprudência e a doutrina assentaram entendimento no sentido de que os valores atinentes a pensão alimentícia são indispensáveis e irrepetíveis, porque restitui-los seria privar o alimentado dos recursos indispensáveis a própria manutenção, condenando-o assim a inevitável

pericimento. Daí que o credor da pessoa alimentada não pode opor seu crédito, quando exigida a pensão"¹³².(grifou-se)



Em que pese o posicionamento do Colacionado, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes são perfeitamente compatíveis entre si, visto que em havendo atuação discricionária que venha a causar lesão ou ameaça de lesão a direito, sempre será cabível o controle judicial sob a égide seja do princípio da legalidade ou à luz dos demais princípios constitucionais que regem a Administração Pública, pois impossibilitando referido controle, estar-se-á negando a idéia de Estado democrático de direito.

Ademais, contra o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, cabe citar o entendimento mais recente da corte do Superior Tribunal de Justiça que decidiu ser possível ao Judiciário substituir-se à Administração Pública, inclusive impondo a esta o cumprimento de obrigação de fazer, quando a situação concreta exige o cumprimento de promessa constitucional. Assim, foi proferida a seguinte decisão:

"DIREITO CONSTITUCIONAL À CRECHE EXTENSIVO AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. NORMA CONSTITUCIONAL REPRODUZIDA NO ART. 54 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NORMA DEFINIDORA DE DIREITOS NÃO PROGRAMÁTICA. EXIGIBILIDADE EM JUÍZO. INTERESSE TRANSINDIVIDUAL ATINENTE ÀS CRIANÇAS SITUADAS NESSA FAIXA ETÁRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CABIMENTO E PROCEDÊNCIA. 1- O direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos. é consagrado em norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Violação de Lei Federal. "É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: I – ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva extensão da obrigatoriedade e gratuidade ao ensino médio; III –

¹³² BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível n. 68310100. Rel. Des. Ronald Schulman. Acórdão n. 15628. Julgado em 16 de dezembro de 1998.

atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência preferencialmente na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de (zero) a 6 (seis) anos de idade."

2- Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à creche, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria intelectual que assola o país. O direito à creche é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. 3- Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Consectariamente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigi-lo em juízo. A homogeneidade e transindividualidade do direito em foco enseja a propositura da ação civil pública.

4- A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5- Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade humana, alçadas ao

¹³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 575280. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 02 de setembro de 2004. DJU 25.10.2004, p. 228.

mesmo patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar o direito à educação das crianças a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

6- Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional.

7- As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação.

8- Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário tomá-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9- Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

10- O direito do menor à frequência em creche, insta o Estado a desincumbir-se do mesmo através da sua rede própria. Deveras, colocar um menor na fila de espera e atender a outros, é o mesmo que tentar legalizar a mais violenta afronta ao princípio da isonomia, pilar não só da sociedade democrática anunciada pela Carta Magna, mercê de ferir de morte a cláusula de defesa da dignidade humana.

11- O Estado não tem o dever de inserir a criança numa escola particular, porquanto as relações privadas subsumem-se a

burocracias sequer previstas na Constituição. O que o Estado soberano promete por si ou por seus delegatários é cumprir o dever de educação mediante o oferecimento de creche para crianças de zero a seis anos. Visando ao cumprimento de seus desígnios, o Estado tem domínio iminente sobre bens, podendo valer-se da propriedade privada, etc. O que não ressoa lícito é repassar o seu encargo para o particular, quer incluindo o menor numa 'fila de espera', quer sugerindo uma medida que tangencia a legalidade, porquanto a inserção numa creche particular somente poderia ser realizada sob o pálio da licitação ou delegação legalizada, acaso a entidade fosse uma longa manu do Estado ou anuisse, voluntariamente, fazer-lhe as vezes.

12- Recurso especial provido.¹³³(grifou-se)

O entendimento da decisão citada é de suprema importância para a análise dos futuros julgamentos que tratarão sobre o controle judicial da atividade administrativa discricionária, pois é clara ao afirmar a possibilidade de imposição de obrigação de fazer à Administração, ingressando assim em sua esfera de discricionariedade, com a finalidade de cumprir uma promessa constitucional, sem que isso caracteriza ingerência entre os poderes.

Em verdade, apesar de não citado de forma expressa, o julgado analisou o ato administrativo discricionário sob a égide dos princípios da administração e verificando que houve ofensa à "promessa constitucional" determinou à Administração a obrigação de agir.

Com a observância do inovador entendimento do Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Estaduais e magistrados terão forte instrumento para coibir os excessos da Administração Pública, principalmente nas situações em que a Administração, amparada por sua discricionariedade, decide-se em não agir, ou seja, em omitir-se na prática do ato exigido pela situação concreta.

Diante da inovação do entendimento, que não se vislumbrou ter sido ainda adotado de forma unânime pelos Tribunais Estaduais, preciso citar-se que tem

sido entendimento comum da jurisprudência estadual¹³⁴, bem como do Supremo Tribunal Federal¹³⁵ não ser possível o exame do mérito do ato administrativo, impossibilitando ao judiciário a decisão sobre a conveniência e oportunidade do ato discricionário. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

“Ato de expulsão. Ato discricionário. Não cabe ao poder judiciário revê-lo no que tange ao juízo de valor quanto a sua conveniência e oportunidade. O controle judicial de expulsão abrange aspectos de constitucionalidade e legalidade do ato. Processo em que houve cerceamento de defesa, configurando-se ofensa ao direito individual suscetível de reparação mediante *habeas corpus*. Revelia erroneamente reconhecida e defensor dativo que se manifestou de modo contrário ao interesse do expulsando. Deferimento da ordem de *habeas corpus*, para anular-se o processo administrativo desde a portaria inicial, inclusive sem prejuízo de sua regular renovação, e, por conseqüência, o ato de expulsão, pondo-se em liberdade o paciente.”¹³⁶

Ademais, merece destacar o acolhimento pelo Tribunais¹³⁷ pátrios da aplicação da teoria do desvio do poder, que permite a análise do ato administrativo discricionário, e, me se verificando o desvio de finalidade ou abuso do poder, enseja a sua anulação.

Em síntese, diante dos julgados analisados na elaboração do presente trabalho, verifica-se ser indiscutível a possibilidade de controle judicial do ato administrativo discricionário, pois como bem decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “não há atos discricionários absolutamente imunes ao controle jurisdicional”.¹³⁸

¹³⁴ Ver acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que seguem na seção de anexos às fls. 63-68.

¹³⁵ Ver infra, p. 63-68.

¹³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 61738, do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Djaci Falcão. Julgado em 15/06/94.

¹³⁷ Ver decisões proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso, Tribunal de Justiça do Paraná, e Supremo Tribunal Federal, p. 63-68.

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Administrativo. Ato discricionário – Controle judicial – Lei 4.717/65 – Agente de proteção voluntário do juizado da infância e juventude – Natureza da função – Particular em colaboração com a administração – exclusão – penalidade – devido processo legal.* Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15018, de Góias. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 10 de março de 2002, rstj VOL. 171, P. 71.

Os Tribunais pátrios são unânimes em afirmar a possibilidade do controle judicial do ato discricionário somente sob o aspecto da legalidade, e sem possibilitar a análise do mérito do ato, valorando-se os critérios de oportunidade e conveniência adotados pelo administrador público.

Deste modo, verifica-se que os Tribunais pátrios não substituíram a idéia de legalidade do ato administrativo, pela idéia de juridicidade do ato administrativo.

E, isoladamente, tem-se recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça que acolhe a possibilidade do Judiciário analisar a compatibilidade do ato administrativo com os princípios gerais da administração, possibilitando inclusive, de forma inovadora a possibilidade de imposição de obrigação de fazer à Administração.

4. Considerações Finais

O Ato administrativo discricionário é toda manifestação unilateral de vontade que visa a produção de efeitos jurídicos que venham atender ao interesse público.

Os atos administrativos possuem como elementos: a competência, a forma, a finalidade, o motivo e conteúdo.

A competência consiste no conjunto de atribuições conferidas ao administrador público para a prática de um ato. A forma, por sua vez, é o revestimento material conferido ao ato administrativo. A finalidade corresponde ao interesse que se busca atender com a prática do ato administrativo, a qual deverá sempre ser pública. O conteúdo consiste no objeto do ato administrativos, e, os motivos são os pressupostos de fato que ensejam a atuação da administração.

Diante desses elementos, a doutrina classifica os atos administrativos em vinculados e discricionários, diferenciando-os o fato de ser concedido a este ato margem de liberdade de escolha ao administrador quanto aos motivos e conteúdo do ato administrativo, escolha esta que será resultado de valoração do administrador na busca de atendimento ao melhor interesse da Administração.

A margem de liberdade de escolha conferida ao administrador público para a prática do ato administrativo encontra-se limitada pela lei, em uma visão tradicional sobre a discricionariedade.

Sob à ótica de uma moderna concepção do direito, que reconhece a normatividade dos princípios, a prática do ato administrativo encontra-se condicionada não somente à observância das regras dispostas em lei, mas também aos princípios gerais do direito administrativo.

Considerando que a edição de um ato administrativo discricionário, deve observar a lei e os princípios gerais de direito administrativo, é possível vislumbrar-se a possibilidade da Administração desrespeitar estas condicionantes, abusando, excedendo e desvirtuando a discricionariedade que lhe foi conferida.

Diante disso, surge a necessidade do controle judicial dos atos administrativos discricionários, que é fundado nos princípios da inafastabilidade do

poder jurisdicional, do princípio da publicidade, e, por via reflexa, do princípio da motivação dos atos administrativos.

Diante da pesquisa realizada, vislumbra-se que tanto a doutrina como a jurisprudência reconhecem a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos.

Esse controle, todavia, é reconhecido pela doutrina e jurisprudência, apenas sob o aspecto da legalidade, e em alguns poucos julgados, na hipótese de ofensa ao princípio da moralidade e eficiência administrativas, sem considerar a possibilidade de aferição de compatibilidade dos atos com os princípios gerais que orientam a atividade administrativa e que encontram fundamento na Constituição Federal.

Ademais, a doutrina e jurisprudência entendem não ser possível ao Judiciário questionar a valoração efetuada pela Administração Pública, nem a ela substituir-se, pois isso viria a afrontar o princípio da tripartição dos poderes. O que se reconhece em relação ao controle do mérito do ato administrativo é aferir-se se respeitou os limites dispostos na lei e pelo princípios de direito administrativo.

O que há de inovador sobre o tema na doutrina, é a aplicação da teoria da redução da discricionariedade a zero, que terá incidência quando diante das diversas soluções possíveis, fruto da valoração do mérito, apenas um não apresentar vícios, possibilitando-se ao Judiciário indicar que esta deverá ser a solução adotada pela Administração.

E, na jurisprudência, têm-se como inovador o recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de aceitar a possibilidade do Judiciário substituir-se à Administração, quando a situação concreta revela um direito constitucionalmente consagrado, cabendo assim ao Judiciário torná-lo realidade, ainda que isso implique na imposição de obrigação de fazer à Administração, mesmo com repercussão na esfera orçamentária.

O controle judicial do ato administrativo discricionário há que ser realizado confrontando-se o ato em análise com a lei e com a principiologia administrativa, eis que entendendo-se impossível a análise do ato discricionários sob à égide dos princípios administrativos constitucionais, se estará impossibilitando ao judiciário fiscalizar e resguardar a manutenção do Estado Democrático de Direito.

É prudente defender-se que ao judiciário cabe a análise plena do ato administrativo, verificando-se se todos os seus elementos, inclusive a valoração conferida à oportunidade e conveniência dos motivos e conteúdo do ato, respeitam aos princípios da administração. Somente assim estará o judiciário exercendo a plena jurisdição, coibindo lesão ou ameaça de lesão a direito e garantindo a manutenção do Estado Democrático de Direito.

5. Ementas Jurisprudenciais

Superior Tribunal de Justiça. Ementa: MINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AVIADOR MILITAR. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. HABILITAÇÃO AO ACESSO POR ANTIGUIDADE. TRANSFERENCIA PARA A RESERVA REMUNERADA. ATO DISCRICIONARIO. AUSENCIA DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL. - O REPOSITORIO NORMATIVO QUE REGULA A INSTAURAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO CONFERE EXPRESSAMENTE AO MINISTRO MILITAR CERTA MARGEM DE LIBERDADE EM ACEITAR OU REJEITAR A DELIBERAÇÃO TOMADA E ADOTAR A PROVIDENCIA CABIVEL NO CASO, COMPETENCIA ESTA SITUADA NO AMBITO DO PODER DISCRICIONARIO, IMPONDO-SE, TODAVIA, A NECESSIDADE DE DECLINAR OS MOTIVOS DE SUA DECISÃO NA HIPOTESE DE REJEIÇÃO DAS CONCLUSÕES DO JULGAMENTO COLEGIADO. - A TRANSFERENCIA DO MILITAR PARA A RESERVA REMUNERADA COM FUNDAMENTO NOS FATOS DESCRITOS PELA COMISSÃO DE PROMOÇÕES DE OFICIAIS, COM DESPREZO DESMOTIVADO DAS CONCLUSÕES APRESENTADAS PELO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO, QUE O CONSIDEROU HABILITADO PARA O ACESSO, E PASSIVEL DE REVISÃO PELO CONTROLE JUDICIAL, PORQUE DESPROVIDA DE VITALIDADE JURIDICA- SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 4162, do Distrito Federa. Rel. Min. Vicente Leal. Julgado em 23 de abril de 1997. DJU 30.06.1997, p. 30853).

Superior Tribunal de Justiça. Ementa: ADMINISTRATIVO - ATO DISCRICIONÁRIO - CONTROLE JURISDICIONAL - PORTARIA QUE OBRIGA A VENDA DE COMBUSTÍVEIS A PREÇOS MENORES QUE OS RESPECTIVOS CUSTOS - INCOMPETÊNCIA - DESVIO DE FINALIDADE. I - Em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram praticados (V. Lei 4.717/65, Art. 2º). Não existem, nesta circunstância, atos discricionários, absolutamente imunes ao controle jurisdicional. Diz-se que o administrador exercita competência discricionária, quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício desta faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observados. II - A Portaria 324/98, em estabelecendo preços insuficientes à correta remuneração dos comerciantes varejistas de combustíveis sediados na Amazônia, inviabilizou a atividade econômica de tais negociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na Lei 8. 175/95. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 6166. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 13 de outubro de 1999. DJU 06.12.1999, p. 62)

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA - INEXISTÊNCIA DE ATO ABUSIVO OU ILEGAL - DEPÓSITO DOS VENCIMENTOS DOS SERVIDORES EM BANCO CONVENIADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - PODER DISCRICIONÁRIO. Inexistente abuso de poder ou ilegalidade no ato administrativo, dotado de discricionariiedade, que eleger

instituição financeira na qual serão depositados os vencimentos de seus servidores. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível n. 1.0024.04.292159-3/001. Rel. Des. Manuel Saramago. Julgado em 23 de novembro de 2004. DJ de 23.12.2004).

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DISCRICIONARIEDADE DA MUNICIPALIDADE - IMPOSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NAS PRIORIDADES ORÇAMENTÁRIAS DO MUNICÍPIO - AUSÊNCIA DE PREVISÕES ORÇAMENTÁRIAS DE REALIZAÇÃO DA OBRA - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - ILEGITIMIDADE DA PARTE PARA PLEITEAR OBRIGAÇÃO DE FAZER FUNDADA EM PRECEITO DE EFICÁCIA LIMITADA. Em razão do princípio da discricionariedade, que rege a atividade do Executivo, este "goza de total liberdade para eleger as obras prioritárias a serem construídas. Impossibilidade de o Juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional ou em bairro no qual o autor possui lote. Ilegitimidade, ademais, de particular para propor ação visando a proteção de interesses coletivos ou fundada em lei de eficácia contida. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível n. 1.0024.03.138313-6. Rel. Des. Wander Marotta, Julgado em 16 de novembro de 2004. DJ de 22.12.04.)

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ementa: Remessa oficial e apelação cível voluntária. Ação de mandado de segurança. Processo administrativo. Exoneração de servidor em estágio probatório. Cerceamento de defesa ocorrente. Invalidez. Portaria. Pressupostos fáticos. Ausência. Inadmissibilidade. Sentença confirmada. 1. Qualquer cidadão tem o direito ao devido processo legal com o contraditório e a ampla defesa tanto no processo judicial quanto no administrativo. 2. A exoneração de servidor em estágio probatório está sujeita aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. Deve ser confirmada a sentença que declara nulo o ato administrativo de exoneração por afronta aos princípios constitucionais mencionados. 4. Remessa oficial e apelação cível voluntária conhecidas. 5. Sentença confirmada em reexame necessário, prejudicado o recurso voluntário. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação cível n. 1.0183.04.066130-2. Julgado em 30 de novembro de 2004. DJ de 17.12.2004.)

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ementa: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA 2A CAMARA CIVEL DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO PARANA, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO AGRAVO. EMENTA: MANDADO DE SEGURANCA. ATO ADMINISTRATIVO. LIMINAR CONCEDIDA PARA PERMITIR A CONSTRUCAO DE POSTO DE GASOLINA, SUSPENSA POR PORTARIA MUNICIPAL. PRESSUPOSTOS CARACTERIZADOS. DECISAO CONFIRMADA. 1. PRESENTES OS PRESSUPOSTOS DA RELEVANCIA DO FUNDAMENTO DO PEDIDO E DA POSSIBILIDADE DE LESAO IRREPARAVEL OU DE DIFICIL REPARACAO, DEVE O JUIZ, COM BASE NO ARTIGO 7., INCISO II, DA LEI 1.533/51, DEFERIR A MEDIDA LIMINAR. 2. AO SUSPENDER A EFICACIA DO ATO ADMINISTRATIVO,

EM RAZÃO DA CONCESSÃO DA LIMINAR, O JUDICIÁRIO NÃO INVADE A ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR, UMA VEZ QUE A DECISÃO JUDICIAL NÃO RECAI SOBRE A CONVENIÊNCIA E A OPORTUNIDADE DO ATO IMPUGNADO, MAS SOBRE O CONTROLE DA SUA ILEGALIDADE E/OU DA SUA ABUSIVIDADE. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível n. 109796900. Rel. Des. Accácio Cambi. Julgado em 21 de novembro de 2001. DJ de 26.12.01).

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ementa: ACORDAM OS DESEMBARGADORES E O JUIZ DE ALçada CONVOCADO DA SEXTA CAMARA CIVEL DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO PARANA, POR MAIORIA DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO A APELACAO. EMENTA: Acao de COBRANCA. PROVENTOS DE APOSENTADORIA NAO PAGOS. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTENCIA. ATO ADMINISTRATIVO. PODER JUDICIARIO. CONTROLE DA LEGALIDADE E DA LEGITIMIDADE. 1. O EXERCICIO DO PODER DISCRICIONARIO, SEMPRE VISTO COMO DE CARATER INSTRUMENTAL A SATISFACAO DOS DEVERES INERENTES A ADMINISTRACAO PUBLICA, EM SUA APARENCIA DE SUBJETIVIDADE PODE SE APRESENTAR COMPROMETIDO PELO VICIO DA ILEGALIDADE, EXPRESSA OU IMPLICITAMENTE CONSIDERADA. 2. ASSIM, DENTRO DO CONTROLE JURISDICCIONAL QUE LHE COMPETIA, ANALISOU O JUIZO SINGULAR O ATO ADMINISTRATIVO DA APOSENTADORIA DOS APELANTES, QUE APESAR DE TE-LA OBTIDO ADMINISTRATIVAMENTE, NAO A TERIAM, POR ISTO, LIBERTA DE QUALQUER AVALIACAO JUDICIAL. 3. E ANALISADA A QUESTAO SOB O CRITERIO DA LEGALIDADE, CONCLUIU-SE QUE NAO FAZIAM OS APELANTES NEM SEQUER JUS AO RECEBIMENTO DO BENEFICIO, TAMPOUCO, E OBVIO, AO PAGAMENTO DAS PARCELAS EM ATRASO. APELACAO DESPROVIDA. MAIORIA. (Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível n. 0899814400. Rel. Des. ROSENE ARAO DE CRISTO PEREIRA, Julgado em 13 de junho de 2001)

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ementa: ACORDAM OS DESEMBARGADORES INTEGRANTES DA PRIMEIRA CAMARA CIVEL DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO PARANA, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO DESEMBARGADOR RELATOR. EMENTA : CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANCA. UNIVERSIDADE QUE, FUNDADA NA EXTEMPORANEIDADE, INDEFERE O PEDIDO DE MATRICULA EM VAGA REMANESCENTE. INEXISTENCIA DE ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. NAO DEMONSTRACAO DOS REQUISITOS NECESSARIOS A CONCESSAO DE LIMINAR EM Acao MANDAMENTAL. 1. A REVISAO JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E RESTRITA A SUA LEGALIDADE. O MERITO, RELACIONADO COM A OPORTUNIDADE E A CONVENIENCIA DO ATO, ESCAPA AO CONTROLE JURISDICCIONAL. 2. E REQUISITO DA Acao MANDAMENTAL A DEMONSTRACAO PELO IMPETRANTE, DE PLANO, DO DIREITO LIQUIDO E CERTO, E PARA A CONCESSAO DE LIMINAR HA QUE PROVA A BOA FUNCAO DO DIREITO E O PERIGO DA DEMORA. REFERENCIA LEGISLATIVA:

CONSTITUICAO DA REPUBLICA, ARTIGO 207; LEI N. 1.533/51, ARTIGOS 1 E 7, II; LEI N. 7.164/83, ARTIGOS 3 E 4; LEI N. 9.394/96, ARTIGO 53, IV. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível n. 067177200. Rel. Des. Ulysses Lopes. Julgado em 09 de junho de 1998).

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ementa: ACORDAM OS INTEGRANTES DA QUARTA CAMARA CIVEL DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO PARANA, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS. EMENTA: MANDADO DE SEGURANCA – CONCURSO PUBLICO PARA INGRESSO COMO SOLDADO NA POLICIA MILITAR DO ESTADO DO PARANA – CANDIDATO REPROVADO NO EXAME DE APTIDAO FISICA - PEDIDO LIMINAR DEFERIDO PARA REFAZIMENTO DO TESTE EM VIRTUDE DE FORCA MAIOR - ESTADO DOENTIO COMPROVADO - AUSENCIA DE PREJUIZO AOS DEMAIS CANDIDATOS - APLICACAO DO PRINCIPIO ISONOMICO - EXISTENCIA DE DIREITO LIQUIDO E CERTO – CONTROLE JUDICIAL SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONARIO - POSSIBILIDADE - VULNERACAO DO PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA ENTRE OS PODERES - INOCORRENCIA - RECURSO IMPROVIDO. EM FACE DE MOTIVO DE FORCA MAIOR QUE ALCANCOU A HIGIDEZ FISICA DO CANDIDATO NO DIA DESIGNADO PARA O TESTE, DELE PARTICIPANDO SEM AS CONDICOOES NORMAIS, VIAVEL A CONCESSAO DE LIMINAR PARA QUE POSSA PROSSEGUIR NO CERTAME, COM O REFAZIMENTO DA PROVA DE ESFORCO EM NOVA DATA. O CONTROLE JUDICIAL CONSTITUI, JUNTAMENTE COM O PRINCIPIO DA LEGALIDADE, UM DOS FUNDAMENTOS EM QUE REPOUSA O ESTADO DO DIREITO, POIS DE NADA ADIANTARIA SUJEITAR-SE A ADMINISTRACAO PUBLICA A LEI, SE SEUS ATOS NAO PUDESSEM SER CONTROLADOS POR UM ORGAO DOTADO DE GARANTIAS DE IMPARCIALIDADE QUE PERMITAM APRECIAR E INVALIDAR OS ATOS ILICITOS POR ELA PRATICADOS. EM FACE DA NOMEACAO DO IMPETRANTE E DO SEU REGULAR EXERCICIO DO CARGO, OPEROU-SE A TEORIA DO FATO CONSUMADO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível n. 154974800. Rel. Des. Dilmar Kessler. Julgado em 15 de setembro de 2004.)

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Ementa: ACORDAM OS JULGADORES INTEGRANTES DA 5a CAMARA CIVEL DO TRIBUNAL DE JUSTICA DO ESTADO DO PARANA, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, NAO CONHECER DO RECURSO E CONFIRMAR A SENTENCA EM REEXAME NECESSARIO. EMENTA: ADMINISTRATIVO - MANDADO DE SEGURANCA. 1. LEGITIMIDADE PARA RECORRER - PESSOA JURIDICA E NAO AUTORIDADE COATORA - NAO CONHECIMENTO. 2. SENTENCA - FALTA DE FUNDAMENTACAO - NULIDADE - REJEICAO. 3. COLOCACAO DE PASSADEIRA E DE PILARES NO EMBARQUE DE PASSAGEIROS NA ESTACAO RODOFERROVIARIA - MELHORIA DOS SERVICOS AOS USUARIOS - INTERESSE PUBLICO PREVALECE SOBRE O INDIVIDUAL - INOBSERVANCIA DOS PRINCIPIOS DA EFICIENCIA, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE - PODER DISCRICIONARIO - CONTROLE JUDICIAL - ATO DE MANIFESTA ILEGALIDADE - DIREITO LIQUIDO E CERTO VIOLADO - RECURSO NAO CONHECIDO E SENTENCA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSARIO. NAO

PODE A ADMINISTRAÇÃO SOB O MANTO DA DISCRICIONARIEDADE PRATICAR ATOS ARBITRÁRIOS, DEIXANDO DE OBSERVAR OS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SEMPRE DEVE PREVALECER O INTERESSE PÚBLICO SOBRE O INDIVIDUAL. O ATO DA CONCESSIONÁRIA (EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO) VISOU ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE A MELHORIA DOS SERVIÇOS PRESTADOS AOS USUÁRIOS. NÃO CAUSA QUALQUER EMPECILHO OU TRANSTORNO NAS OPERAÇÕES DA ESTAÇÃO RODOFERROVIÁRIA. O CONTROLE JUDICIAL DO PODER DISCRICIONÁRIO TEM POR FINALIDADE A BOA GESTÃO DA COISA PÚBLICA. "O DEVER-PODER DISCRICIONÁRIO É UMA FUNÇÃO EXERCIDA PELO ADMINISTRADOR EM NOME DO INTERESSE PÚBLICO" (VLADIMIR DA ROCHA FRANCA, INVALIDAÇÃO JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE, FORENSE, 2000, P. 174). NO CASO A MELHORIA DOS SERVIÇOS PARA TODA A COMUNIDADE DEVE PREVALECER SOBRE A INTERPRETAÇÃO RESTRITA DA ADMINISTRAÇÃO, QUE FECHA AS PORTAS PARA A QUALIDADE DOS SERVIÇOS. "O AGENTE PÚBLICO DEVE TER EM MENTE A FINALIDADE DA NORMA COMO BALIZA DA DISCRICÃO. SUJEITA-SE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO DEVER DE UMA BOA ADMINISTRAÇÃO" (CELSON ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, DISCRICIONARIEDADE E CONTROLE JURISDICIONAL, MALHEIROS EDITORES, 2ª EDIÇÃO, 2000, PP. 44-45). (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível n. 086328100. Rel. Des. Lauro Laertes de Oliveira. Julgado em 13 de março de 2004)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ementa: AÇÃO ORDINÁRIA. REINTEGRAÇÃO DE POLICIAL CIVIL. ATO DISCRICIONÁRIO COM EXCESSO QUE O LEVA AO DESVIO DE FINALIDADE, JUSTIFICANDO O PRONUNCIAMENTO DO JUDICÁRIO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO QUE SE MANTÉM. O direito só excepcionalmente admite o reexame, pelo controle judicial, dos atos administrativos e, na hipótese considerada, ficou configurado caso especial de sua autorização. Julgado monocrático a merecer confirmação em reexame necessário. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível n. 2003.009.00744. Rel. Des. Rosita Maria de Oliveira Netto. Julgado em 08 de junho de 2004).

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ementa: SERVIDOR PÚBLICO. Disponibilidade. Meio Utilizado Para Declarar a Desnecessidade do Servidor e Não do Cargo. Abuso de Poder Por Desvio de Finalidade. A disponibilidade, cuja finalidade é reduzir o quadro funcional -em razão da desnecessidade dos cargos, deve ter caráter genérico, não podendo ser voltada a determinados servidores como meio de afastá-los da função enquanto respondem processo judicial ou administrativo. Uma coisa é declarar a desnecessidade de cargos públicos, genericamente considerados, outra é declarar a desnecessidade de servidores que ocupam determinados cargos públicos, escolhidos casuisticamente. Embora a discricionariedade da Administração é inquestionável na primeira hipótese, é nenhuma na segunda. Afastar servidores estáveis dos cargos que ocupam sob o rótulo da disponibilidade é atentar contra a Constituição e a lei, sujeitando-se o ato ao controle do Judiciário por abuso de poder. Sentença confirmada. (BRASIL.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível n. 2003.009.00627. Rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho. Julgado em 19 de novembro de 2003)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - Ato administrativo que decide pela não concessão da autorização pretendida pelo vendedor ambulante. Poder de polícia. - Ato precário e discricionário. - Não ocorrência de ilegalidade. - Se o autor, ao ter indeferida a prova requerida quedandose inerte, e não apresentando o Agravo de Instrume ocorre a preclusão, não havendo que se falar em cerceamento de defesa. - Controle judicial tão somente quanto à legalidade do ato administrativo, não havendo que analisar a oportunidade conveniência do ato. RECURSO IMPROVIDO. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação cível n. 2002.001.23486. Rel. Des. Sidney Hartung. Julgado em 18 de dezembro de 2002)

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa: CONSTITUCIONAL. REQUISICAO DE INTERVENCAO ESTADUAL EM MUNICIPIO. RECUSA DO CHEFE DO EXECUTIVO. ATO POLITICO E DISCRICIONARIO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIARIO. 1. O ATO DO GOVERNADOR DO ESTADO, QUE SE RECUSA A INTERVIR EM MUNICIPIO, A DESPEITO DE REQUISITADA A INTERVENCAO POR DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL, E ATO POLITICO E DISCRICIONARIO, INSUSCETIVEL DE CONTROLE JUDICIARIO, E, PORTANTO, INCAPAZ DE CARACTERIZAR, DE SEU TURNO, DESOBDIENCIA A ORDEM JUDICIAL OU ATENTADO A INDEPENDENCIA DO PODER JUDICIARIO (CF/88, ART-34, IV E VI). POR OUTRO LADO, O ADVENTO DO ART-78 DO ADCT DA CF/88, EM QUE PESE RESULTAR DO PODER CONSTITUINTE DERIVADO, NAO ATENTA CONTRA DIREITO FUNDAMENTAL, A SEMELHANCA DO ENTENDIMENTO EMPRESTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AO ART-33 DO ADCT, E, PORTANTO, NAO INFRINGE O LIMITE INSCULPIDO NO ART-60, PAR-4, IV, DA CF/88, NEM O HIPOTETICO DIREITO DE O CREDOR SER PAGO DE UMA SO VEZ POR PRECATORIO JA INSCRITO, REPRESENTANDO, AO INVES, "IUS SUPERVENIENS", QUE ELIMINARIA AQUELA DESOBDIENCIA. 2. REPRESENTACAO JULGADA PREJUDICADA. (13FLS.) (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Representação n. 70002694206, Rel. Des. Araken de Assis. Julgado em 05 de novembro de 2000).

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATORIA DE ATO ADMINISTRATIVO. MULTA DE TRANSITO. ANTECIPACAO DE TUTELA. ILEGITIMIDADE DO DETRAN. As infrações, que consistem em avançar o sinal vermelho e estacionar em local proibido, estão submetidas à fiscalização do Município, conforme o disposto no artigo 24, incisos VI e VII, do Código de Trânsito Brasileiro e a Resolução nº 66/98, não sendo, portanto, o DETRAN nem o DAER parte legítima para responder a ação.

Dado que o controle judicial do ato administrativo se dá sob o ponto de vista da estrita legalidade e não possuindo a imposição de multa auto-executividade, prescindindo do processo de cobrança, não se mostra presente o requisito do dano irreparável. Por outro lado, sendo fundamento da ação anulatória ausência de prazo de defesa, vigora o princípio de que o erro de forma do processo acarreta a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, tendo-se como regulares os que não resultarem prejuízo a defesa. (art. 250 e parágrafo-único, do CPC). Agravo desprovido. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70007510571. Rel. Des. Marco Aurélio Heinz. Julgado em 28 de abril de 2004)

6. Referências

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Vol. I. Barcelona: Bosch, 1970.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. *Princípios de direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Administrativo. Ato discricionário – Controle judicial – Lei 4.717/65 – Agente de proteção voluntário do juizado da infância e juventude – Natureza da função – Particular em colaboração com a administração – exclusão – penalidade – devido processo legal*. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 15018, de Góias. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. Julgado em 10 de março de 2002, rstj VOL. 171, P. 71.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Direito constitucional à creche extensivo aos menores de zero a seis anos de idade. Norma constitucional reproduzida no art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Norma definidora de direitos não programática. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência*. R.E. n. 575280, de São Paulo. Rel: Min. José Delgado. Acórdão de 02 de setembro de 2004. DJ 25 de outubro de 2004, p. 228.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 575280. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 02 de setembro de 2004. DJU 25.10.2004, p. 228.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habea corpus* n. 61738, do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Djaci Falcão. Julgado em 15/06/94.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação popular - Controle judicial sobre o ato administrativo discricionário. Possibilidade. Votação de projeto de lei pela câmara de vereadores. afronta ao regimento interno da câmara e da lei orgânica do município. Ilegalidade. Lesividade ao patrimônio publico. Sentença mantida. Recurso improvido. I - O controle judicial constitui, juntamente com o principio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o estado do direito, pois de nada adiantaria sujeitar-se a administração publica a lei, se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade, que permita apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados. II - A inobservância da lei orgânica do município e do regimento interno da câmara dos vereadores pelo presidente desta, configura verdadeira ofensa ao principio da legalidade, impondo-se a nulidade dos atos normativos que não cumpriram o determinado em lei. III- São nulos os atos lesivos ao patrimônio publico no caso de vicio de forma, consistente na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis a existência ou seriedade do ato*. Apelação cível n. 125774300. Rel. Des. Dilmária Helena Kessler. Acórdão de 04 de maio de 2004.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação cível n. 68310100. Rel. Des. Ronald Schulman. Acórdão n. 15628. Julgado em 16 de dezembro de 1998.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. mandado de segurança. ato administrativo. liminar concedida para permitir a construção de posto de gasolina, suspensa por portaria municipal. pressupostos caracterizados. decisão confirmada. 1. presentes os pressupostos da relevância do fundamento do pedido e da possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação, deve o juiz, com base no artigo 7., inciso ii, da lei 1.533/51, deferir a medida liminar. 2. ao suspender a eficácia do ato administrativo, em razão da concessão da liminar, o judiciário não invade a esfera de discricionariedade do administrador, uma vez que a decisão judicial não recai sobre a conveniência e a oportunidade do ato impugnado, mas sobre o controle da sua ilegalidade e/ou da sua abusividade” Apelação cível 109796900. Rel. Des. Accacio Cambi. Acórdão de 21 de novembro de 2001.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70007510571. Rel. Des. Marco Aurélio Heinz. Julgado em 28 de abril de 2004.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. In: *Revista de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, Seleção Histórica: p. 431-4514, 1991.

COSTA, José Armando. Anatomia Jurídica do ato disciplinar. *Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, n. 26, p. 2163-2175, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. *Controle jurisdicional do ato administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DUTRA, Florisvaldo. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1992.

FAGUNES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*, São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos*. Disponível em
. Acesso em 10 de janeiro de 2005.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1995.

MACHADO, Hugo de Britto. *Motivação dos atos administrativos e interesse público*. Disponível na Internet via atosadministrativos.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5 ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13.ed. rev., atual e aum., São Paulo: Malheiros, 2001.

_____, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2 ed., 5º tir. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely, Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24 ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 132.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2 ed., São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

MOURA, Oriêta Santiago; MAIA, Carlos Roberto da Silva; ALVES DE SÁ, Maria das Graças. *Controle jurisdicional e o ato administrativo*. Rio Branco, 2004, 73 f. Monografia – Pós-Graduação em Direito da Faculdade Integrada Pernambuco-FACIPE.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Editora Atlas, 1991.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed., São Paulo: Editora Atlas, 2002.