



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO

ARTUR ANDRADE ALMEIDA

AMPLIAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Salvador
2018

ARTUR ANDRADE ALMEIDA

**AMPLIAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação *latu sensu* em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de pós-graduado em Direito Público.

Orientador: Prof. Dirley da Cunha Júnior

Salvador
2018

TERMO DE APROVAÇÃO**ARTUR ANDRADE ALMEIDA****AMPLIAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de pós-graduado em Direito Publico, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, 03/03/2018

Aos meus pais pela confiança, apoio e amor incondicional que me permitiram chegar até aqui.

“Não há nada mais relevante para a vida social do que a formação do senso de justiça”.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo precípua promover uma análise da extensão dos limites aplicáveis ao controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários. Em um primeiro momento, o presente trabalho tratará o conceito de ato administrativo, passando pelos seus elementos e atributos, culminando na diferenciação entre discricionariedade e vinculação. Adentrando especificamente no controle dos atos administrativos realizado pelo Poder Judiciário, inicia-se, a partir desse ponto, a sua análise, inserida em um cenário de evolução de um modelo liberal para o social de estado, a partir do qual se fez necessária a ampliação do alcance desse controle jurisdicional, para abranger os princípios constitucionais, bem como os princípios específicos da Administração. Antigamente a apreciação dos atos administrativos pela esfera judiciária era restrita à análise da obediência apenas à lei em sentido estrito. No mais, a própria Administração Pública detinha o papel de legislar, executar e revisar os seus próprios atos. Com a evolução histórica e doutrinária do tema, aprimorou-se o pensamento de que qualquer tipo de ato administrativo, inclusive o discricionário, poderia ser posto a apreciação do Poder Judiciário. Nesse contexto, vários princípios constitucionais passaram a ser fundamento para análise da discricionariedade. Atualmente, a doutrina majoritária fixa o posicionamento de que a discricionariedade concedida ao administrador é passível de controle pelo Poder Judiciário, uma vez que, diante da liberdade de escolha dada ao administrador público pela legislação, a ele se devem estabelecer limites, nos termos do ordenamento jurídico pátrio, para que não utilize a competência que lhe foi atribuída de forma abusiva ou arbitrária.

Palavras-chave: Administração Pública; atos administrativos; discricionariedade; controle; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The following work has as main purpose to promote an analysis of the limit's extensions applied to the control practiced by the Judiciary over the discretionary administrative acts. At first this study will define the concept of administrative act, passing through the elements and attributes and culminating in the distinction between the discretion and attachment. Entering specifically into the controlled administrative acts practiced by the Judiciary, an examination is initiated inserted in a liberal model evolutionary scenario for the state social in which was necessary an extension of this jurisdictional control, to cover the constitutional principles. Earlier, the appreciation of these acts, by the Judiciary, was limited to the obedience of the law in the strict sense. In addition, the Public Administration had the role of legislate, execute and review its own acts. With the historical and doctrinal evolution of the theme came the improved thought that any type of administrative act, including the discretionary, could be under the appreciation of the Judicial Power. In this context, a lot of constitutional principles were considered as a foundation for the discretionary analysis. Currently, the majority doctrine fixes the idea that the discretion granted to the administrator is liable to the control of the Judiciary, since before the free choice given to the public administrator by the law, limits have to be established in terms of the national legal order, so that it does not used the competence that has been assigned to it in a abusive or arbitrary manner.

Keywords: Public Administration; administrative acts; discretion; control; Judiciary.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CF/88	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 ATO ADMINISTRATIVO	12
2.1 CONCEITO	12
2.2 ELEMENTOS OU REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO	13
2.2.1 Competência	14
2.2.2 Objeto	15
2.2.3 Forma	15
2.2.4 Finalidade	16
2.2.5 Motivo	17
2.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	
2.3.1 Presunção de Legitimidade	19
2.3.2 Presunção de Veracidade	19
2.3.3 Imperatividade ou Coercibilidade ou Poder Extroverso	20
2.3.4 Autoexecutoriedade	20
2.3.5 Tipicidade	21
3 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA	21
3.1 ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E O MÉRITO ADMINISTRATIVO	23
4 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS	28
4.1 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	28
4.1.1 Controle Administrativo	31
4.1.2 Controle Legislativo	32
4.1.3 Controle Judiciário	34
5 CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA	38
5.1 CONTROLE JUDICIAL SOBRE A LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO	40
5.2 CONTROLE JUDICIAL E O MÉRITO ADMINISTRATIVO	42
5.3 TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO DE DIREITO	47
6 AMPLIAÇÃO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	

DISCRICIONÁRIOS	50
7 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

O controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários constitui tema amplamente abordado pela doutrina e jurisprudência, vez que ainda não há consenso a respeito da real extensão dos limites definidos à atuação do referido poder no que se refere à liberdade de escolha concedida pela legislação ao administrador público nesses casos.

Conforme será explicitado no presente estudo, o ato administrativo é ato jurídico decorrente do exercício da função administrativa sob regime de direito público, atrelado à lei, a qual delimita seus limites na busca da satisfação do interesse público.

Todavia, em determinadas situações, a própria lei, diante da impossibilidade do legislador de prever todas as circunstâncias inerentes à atividade administrativa, concede certa margem de liberdade à atuação ao administrador público para que este, a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, escolha dentre as possibilidades existentes a que melhor atenda à finalidade pública.

Nesse contexto, o objeto de controvérsia a ser estudado por meio do presente trabalho surge a partir do questionamento da possibilidade do judiciário ir além do exame da legalidade em sentido estrito do ato administrativo, passando a apreciar também os seus elementos discricionários com o objetivo de verificar sua legitimidade e compatibilidade com o ordenamento jurídico como um todo.

Ressalte-se que não é objeto deste trabalho de conclusão acadêmica esgotar a discussão sobre o assunto, mas apenas pontuar os aspectos relevantes, bem como trazer ao presente estudo a evolução doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

O primeiro capítulo é dedicado ao ato administrativo e à sua caracterização, partindo-se do seu conceito para, em seguida, analisar-se os seus requisitos, atributos e espécies, promovendo, já a partir do segundo capítulo, a diferenciação, de ato administrativo vinculado e discricionário.

O terceiro capítulo inicia-se com o tratamento dos aspectos gerais da fiscalização da Administração Pública sobre os atos administrativos, passando-se, no quarto capítulo, para o estudo dos aspectos específicos do controle exercido pelo Poder Judiciário.

Por fim, introduziu-se o exame do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário sob a perspectiva da questão da extensão de tal controle, sobretudo quanto à perspectiva da possibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade da atuação discricionária do agente público, no exercício do controle externo, sem prejuízo do respeito à independência entre os poderes.

2 ATO ADMINISTRATIVO

2.1 CONCEITO

Antes de mais nada, cumpre ressaltar que o ato administrativo é espécie do gênero atos jurídicos, ou seja, decorre da manifestação de vontade humana, repercutindo na esfera jurídica dos cidadãos.

Partindo de tal premissa, a maior parte da doutrina define o ato administrativo como uma manifestação de vontade da Administração Pública, a qual é expressa de maneira direta, concreta e imediata. Tais características, de logo, os distinguem da atividade jurisdicional, cujo exercício ocorre de forma indireta; da função legislativa, a qual, em regra, possui uma atuação abstrata; e, por fim, da tarefa social do Estado, a qual se concretiza de forma mediata.

Nesse sentido, de Mello (2007, p.476) ensina que é possível defini-lo

[...] no sentido material, ou objetivo, como manifestação da vontade do Estado, enquanto Poder Público, individual, concreta, pessoal, na consecução do seu fim, de realização da utilidade pública, de modo direto e imediato, para produzir efeitos de direito.

Independentemente da conceituação adotada, três elementos fundamentais compõem o ato administrativo: (a) agente público ou alguém que esteja investido de *munus* público: que materializa a vontade do Estado, emanando o ato administrativo, (b) vontade estatal: o ato deve manifestar a vontade estatal diante de determinado caso, não sendo somente a execução de ordens ou atuação material e (c) regime público: o ato deve ser praticado buscando uma finalidade pública, sob um regime de direito público.

Levando-se em conta tais considerações, bem como diante de uma aceção mais completa delineada pela doutrina especializada clássica, o conceito de ato administrativo é posto como a manifestação de vontade administrativa concretizada

por agentes da Administração Pública ou dotados de prerrogativas públicas, que, conforme um regime composto de normas de direito público, visa a produção de efeitos jurídicos direcionados ao alcance da finalidade pública.

Corroborando a definição acima exposta, Cretella Júnior (2002, p. 152) afirma que

Ato administrativo é toda medida editada pelo Estado, por meio de seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder delegada pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Ainda nessa esteira, Carvalho Filho (2008, p. 92) ressalta que o ato administrativo seria “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público”.

Para Di Pietro (2012, p. 203) tais atos se configuram 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 do Poder judiciário”.

Assim sendo, verifica-se que o ato administrativo, em breve síntese, consiste em um instrumento de atuação da Administração Pública para o cumprimento da sua função constitucional: exercício de função administrativa e o atingimento da finalidade pública. Trata-se de uma manifestação objetiva do Estado, dirigida ao caso concreto e subordinada à ordem constitucional.

2.2 ELEMENTOS OU REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Como espécie de ato jurídico que é, diante da potencialidade na produção de efeitos jurídicos, o ato administrativo exige a presença de alguns elementos ou requisitos para a sua existência e, como consequência, de sua perfeição, validade, eficácia e exequibilidade.

Daí dizer-se que o ato administrativo possui uma estrutura que é formada pela junção de elementos essenciais, sem os quais não existiria. São cinco os elementos alicerces do ato administrativo que são basilares para a sua constituição:

2.2.1 Competência

Entende-se por competência o conjunto de atribuições fixadas através de lei ou por meio de atos administrativos gerais, bem como, em alguns casos, decorrentes da própria Constituição Federal. Ou seja, a competência decorre de norma expressa, não se presume e não pode ser alterada por vontade das partes ou do administrador público.

Nessa esteira, Marçal Justen Filho (2010, p. 334) define que competência administrativa “é a atribuição normativa da legitimação para a prática de um ato administrativo”.

Em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a competência para praticar uma determinada atividade não configura uma faculdade de atuação do servidor estatal, mas sim uma imposição. A doutrina costuma definir atuação administrativa como um poder-dever (ou dever-poder) conferido ao poder público e distribuído entre seus agentes e órgãos internos.

Ademais, a competência se revela improrrogável, na medida em que não pode ser atribuída ao agente público apenas pelo fato de ter praticado o ato para o qual não tinha atribuição. Isto é, o sujeito incompetente nunca se torna competente.

Por fim, ainda em razão da indisponibilidade do interesse público, a competência administrativa é irrenunciável. Nesse sentido, a Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999 determina, em seu artigo 2, inciso II, que “a atuação administrativa deve ser praticada na busca do interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei”.

O mesmo diploma legal, em seu artigo 11, ainda estabelece que “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo o caso de delegação e avocação legalmente admitidos”.

Da leitura dos dispositivos legais acima citados, extrai-se que, não obstante a competência administrativa seja irrenunciável pela autoridade competente, é possível a sua delegação e avocação, nos estritos termos dispostos em lei, casos estes nos quais o agente público que não possui competência originária para a prática do ato passa a ter legitimidade para o exercício de determinadas atividades de forma temporária, em virtude dessa atribuição.

Diante de tudo quanto exposto, pode-se afirmar que a competência é elemento vinculado do ato administrativo, mesmo diante de atos discricionários, devendo estar sempre definida em lei com critérios objetivos de análise.

2.2.2 Objeto

O objeto é outro elemento do ato administrativo e pode ser conceituado como o efeito imediato decorrente da sua prática. Partindo da premissa já destacada no presente estudo, de que o ato administrativo é praticado com a intenção de produzir efeitos jurídicos, estes configuram o próprio objeto dessa conduta, de forma a criar direitos e obrigações dentro dos limites da lei.

Apesar da maior parte da doutrina tratar conteúdo e objeto como expressões sinônimas, alguns autores preferem estabelecer uma distinção entre tais conceitos. Como exemplo, válido trazer o ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 178) que afirma que “preferimos a expressão conteúdo à expressão objeto, acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem o conteúdo dispõe sobre alguma coisa que é, esta sim, objeto do ato”.

Independentemente da terminologia adotada, o fato é que para que o ato administrativo seja considerado válido é necessário que ele seja lícito, possível, determinado ou determinável. Além disso, imperioso destacar, por fim, que o elemento objeto do ato pode possuir feição discricionária nos atos administrativos discricionários.

2.2.3 Forma

No tocante à forma, esta pode ser entendida como o instrumento de projeção do ato, determinada por lei. A exigência do elemento aqui tratado decorre do Princípio da Solenidade, aplicado às condutas estatais, as quais devem sempre ter como norte a satisfação dos interesses da coletividade.

Todavia, apesar da exigência de forma disposta em lei para a regularidade da prática do ato administrativo, deve-se ressaltar que, por outro lado, este elemento não configura essência do ato, mas tão somente o meio pelo qual o poder público pode alcançar seus objetivos. Nesse aspecto, aplica-se o Princípio da Instrumentalidade das Formas.

A forma é elemento sempre vinculado, mesmo no caso dos atos discricionários, salvo se a própria lei estabelecer mais de uma forma possível ou for silente quanto a este aspecto, quando será discricionária.

Regra geral, os atos administrativos devem ser praticados por escrito e em língua portuguesa, admitindo exceções previstas em leis específicas.

2.2.4 Finalidade

Já a finalidade é tudo aquilo que se almeja com a prática do ato administrativo, o seu escopo, ou seja, o resultado que a Administração Pública quer alcançar com a sua prática. Qualquer ato administrativo possui tanto uma finalidade genérica, comum a todos, que se configura no atendimento ao interesse público, como uma finalidade específica, definida em lei para determinada conduta.

O desvirtuamento do elemento finalidade, em qualquer de suas versões (genérica ou específica), se traduz em abuso de poder, da espécie desvio de poder/finalidade, ensejando a nulidade da conduta praticada.

Buscando exemplificar a matéria, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.2017) assim se pronuncia:

Tanto ocorre vício quando a Administração remove o funcionário a título de punição, como no caso em que ela desapropria um imóvel para perseguir o seu proprietário, inimigo político. No primeiro caso, o ato foi praticado com finalidade diversa da prevista em lei; no segundo, fugiu ao interesse público e foi praticado para atender fim de interesse particular da autoridade.

Ademais, nesse sentido, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça – STJ no julgado abaixo em destaque:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. REMOÇÃO EX OFFICIO. PRETENSÃO DE RETORNO. ALEGAÇÃO DE DESVIO DE FINALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. O Regime Jurídico dos Servidores Públicos previu três situações que permitem o deslocamento do servidor: (a) no interesse da Administração Pública; (b) após manifestação de vontade do servidor, a critério do Poder Público; e (c) independentemente do interesse da Administração em hipóteses taxativamente previstas. Na remoção ex officio, é o próprio interesse público que exige a movimentação do Servidor, dentro do mesmo quadro a que pertence, para outra localidade ou não. 2. O fato de a legislação regente não impor expressamente os motivos propiciatórios ou exigidos para a prática de um ato administrativo, conferindo-lhe, assim, o caráter discricionário, não tem o condão de conferir à Administração liberdade para expedir-lo sem qualquer razão ou em face de motivo escuso ou impertinente, sob pena de se estar reconhecendo a existência de um poder absoluto, incompatível com o Estado Constitucional. 3. Nos atos

discricionários, a vontade do agente administrativo deve se submeter à forma como a lei regulou a matéria, de sorte que, se as razões que levaram o agente à prática do ato, forem viciadas de favoritismos e perseguições, o ato há de ser tido como nulo, em face de sua contradição com a mens legis.

4. A relocação, em sentido oposto aos interesses da Servidora (que possui família no local de lotação originária), com base apenas em seu alegado desempenho insatisfatório, sem qualquer relação com a necessidade de serviço, não se coaduna com a excepcionalidade da medida extrema, e vai de encontro, ainda, ao princípio da unidade familiar.

5. O instituto de remoção dos Servidores por exclusivo interesse da Administração não pode, em hipótese alguma, ser utilizado como penalidade no art. 127 da Lei 8.112/90 e significar arbítrio inaceitável.

6. Recurso provido para determinar o retorno da recorrente à Promotoria de Justiça de Bagé/RS, onde estava originalmente lotada, em consonância com o parecer ministerial. (STJ, RMS 26965/RS. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 2008/0114951-6. Data do Julgamento: 16/10/2008).

2.2.5 Motivo

O motivo é o fundamento de fato e de direito que justifica a prática do ato administrativo. A própria lei poderá prever uma situação de fato e de direito como determinantes da ação, não deixando margem de escolha ao agente público na prática do ato administrativo, nos termos previstos na norma. Neste caso, o ato é vinculado.

Todavia, em outras situações a lei não esgota todas as situações que ensejariam a prática do ato administrativo, concedendo ao administrador a possibilidade de escolha em sua atuação, a qual poderá advir de opções dadas pela própria lei ou até mesmo de conceitos jurídicos indeterminados, dando ao agente público o poder dever de analisar a melhor forma e momento para atuar. Assim, se está diante de um ato discricionário.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.179) ensina que:

O Motivo pode ser previsto em lei ou não. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. Quando não há previsão legal, o agente tem a liberdade de escolher a situação em vista da qual editará o ato. Contudo, mesmo neste caso, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência de motivo que houver sido enunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido.

O vício no Motivo acontece quando o motivo apresentado for falso, ou seja, não tenha ocorrido da forma descrita na conduta estatal, ou inexistente, quando o fato narrado no ato praticado não seja real.

Ainda neste aspecto, é preciso diferenciar motivo, como elemento obrigatório do ato administrativo e motivação, enquanto simples exposição dos motivos que levaram a Administração Pública à sua prática, estabelecendo uma correlação lógica entre a situação descrita em lei e os fatos efetivamente ocorridos. Essa exteriorização dos motivos integra a formalização do ato, possuindo o ato praticado sem a motivação devida um vício de forma.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, a motivação:

é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. (MELLO, 2006, p.380)

Há discussão na doutrina a respeito da obrigatoriedade ou não da motivação estar presente em todos os atos administrativos, todavia, a maior parte dos estudiosos se posiciona no sentido da sua obrigatoriedade, salvo dispensa da própria lei ou da Constituição Federal. Adotando a teoria majoritária, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 211) estabelece que:

a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.

Ocorre que, independentemente disso, mesmo nos casos em que a motivação não se faz necessária, por expressa previsão legal, se o agente público optar por motivá-lo e o motivo exteriorizado não for real ou for equivocado, o ato exarado será ilegal. Apresenta-se, neste aspecto, a Teoria dos Motivos Determinantes, segundo a qual uma vez enunciados os motivos do ato pela Administração, mesmo que a lei não tenha estipulado a obrigatoriedade apresentação de motivos, o ato somente terá validade se estes motivos efetivamente forem verdadeiros e realmente justifiquem o ato.

Importante destacar ainda que o motivo, assim como o objeto, é elemento do ato administrativo que geralmente possui uma feição discricionária, desde que

respeitados os limites impostos no ordenamento, salvo os atos vinculados, nos quais todos os elementos estão dispostos de forma objetiva na lei de regência.

2.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Os Atos Administrativos estão submetidos ao regime jurídico de direito público, aplicando-se a eles, por conseguinte, o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Por conta disso, o ato administrativo possui prerrogativas conferidas pela lei.

Não obstante não haver consenso entre os doutrinadores na definição dessas características, entre eles, contudo, existe uma quase unanimidade com relação a pelo menos alguns atributos principais, quais sejam, presunção de legitimidade e de veracidade dos atos, a imperatividade, exigibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade.

2.3.1 Presunção de Legitimidade

Diz respeito à conformidade do ato administrativo com a lei, trata-se de presunção jurídica de que, salvo prova em contrário, o ato foi editado em conformidade com o ordenamento jurídico. A referida prerrogativa estabelece uma presunção *juris tantum* de legitimidade em favor dos atos administrativos, o que implica na produção de efeitos do ato até que haja demonstração da sua invalidade.

Cabe, assim, àquele que alega a existência de vício em relação ao ato administrativo fazer prova da ilicitude. O ato pode ser questionado judicialmente, mas o ônus da prova é do particular que o impugna.

Vale ressaltar que o atributo da presunção de legitimidade está presente em todos os atos administrativos.

2.3.2 Presunção de Veracidade

Diante do atributo da Presunção de Veracidade, até que se prove o contrário, o ato administrativo estabelece uma situação de fato real. Nesse aspecto, o ato possui fé pública, presumindo-se verdadeiros os fatos apresentados em sua prática, em conformidade com os fatos efetivamente ocorridos.

Deve o particular lesado comprovar a falsidade das disposições, haja vista que o atributo em questão acaba por causar a inversão do ônus da prova dos fatos alegados no ato administrativo.

2.3.3 Imperatividade ou Coercibilidade ou Poder Extroverso

A imperatividade, ou coercibilidade, é o atributo que permite que os atos administrativos se imponham a terceiros, independentemente de sua vontade, decorrendo da prerrogativa que tem o Poder Público de, unilateralmente, estabelecer obrigações a particulares. Diante disso, não é todo ato administrativo que possui este atributo, mas apenas aqueles que criam obrigações.

Imperioso ressaltar ainda, que se faz presente mesmo diante de atos administrativos reputados como inválidos pelo particular, em decorrência da presunção de legitimidade da qual essa atuação se reveste. Ou seja, enquanto não declarada a ilegalidade do ato praticado, o particular deve cumpri-lo. Especificamente no caso dos atos administrativos restritivos a imperatividade/coercibilidade aparece como o Poder Extroverso do Estado.

2.3.4 Autoexecutoriedade

No tocante à autoexecutoriedade, verifica-se que este se caracteriza pela necessidade de aplicação de meios diretos pela Administração Pública para que o ato administrativo possa ser posto em execução pelo agente público, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.

Nem todo ato administrativo é autoexecutório, só existindo nos casos em que a lei expressamente reconheça ou quando as circunstâncias urgentes exigirem atuação administrativa, sendo que, nesse último caso, a autorização legal é implícita.

Este atributo difere da imperatividade/coercibilidade, haja vista no caso do atributo exposto no presente item, o ente público pratica o ato que seria obrigação do particular, sem a necessidade de participação deste e sem que haja auxílio do Poder Judiciário.

2.3.5 Tipicidade

Como decorrência do Princípio da Legalidade, o ato administrativo corresponde a uma descrição legal, com efeitos previamente definidos pela lei. Para cada ato há

uma finalidade específica prevista para ser buscada pela Administração Pública, de modo que se impeça a prática de atos inominados, permitindo uma maior transparência e facilitando o controle da atuação administrativa.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 203), o atributo da tipicidade representa uma verdadeira garantia do administrador, pois impede que a Administração Pública edite atos administrativos dotados de imperatividade e de autoexecutoriedade sem que haja uma previsão legal específica que autorize a manifestação de vontade administrativa.

Válido trazer à baila o entendimento da mencionada autora definindo tipicidade como “o atributo pelo qual o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar, existe um ato definido em lei.”

Em verdade, a tipicidade se configura como verdadeira limitação para a prática de atos não previamente estipulados em lei, sendo decorrência do próprio Princípio da Legalidade.

3 DISCRICIONARIDADE E VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA

Como visto até aqui, para que a Administração Pública pratique o ato administrativo, necessária se faz a observância dos cinco requisitos que já estudados: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, essenciais para a validade de todo e qualquer ato dessa natureza. De fato, por um lado, a Administração Pública necessita dispor de alguns poderes que lhe assegurem posição de supremacia sobre o particular para o desempenho de algumas funções estatais, pois só dessa forma é possível a ela atingir o interesse público. Todavia, por outro lado, esses poderes não são ilimitados, ao contrário, são restringidos pela lei no intuito de impedir abusos e arbitrariedades.

A atuação da Administração Pública está toda pautada na lei e é apenas dela que pode emanar a conduta dos agentes públicos. Neste sentido, o próprio ordenamento jurídico é que define se o ato administrativo será vinculado ou discricionário, haja vista que a lei pode estipular a atuação do agente de forma objetiva, como ocorre nos atos vinculados, ou ceder a este uma margem de escolha, dentro dos limites estipulados legalmente, e aí estamos diante dos atos discricionários.

Ou seja, mesmo no caso dos atos discricionários, não se concede ao administrador público margem de escolha com liberdade absoluta. O ato discricionário deve sempre respeitar os limites legais, conforme Medauar (2003, p. 162) ao tratar do tema: “o próprio conteúdo tem de ser consentido pelas normas do ordenamento; a autoridade deve ter competência para editar; o fim deve ser o interesse público”. O agente público, então, deve estar sempre balizado pelas imposições legislativas.

De fato, há situações nas quais o legislador fica impossibilitado de vincular o administrador público a uma única solução explícita ou implícita em seus dispositivos, pretendendo. Diante disso, permite que, nesses casos, o agente público possa eleger soluções diversas para cada caso concreto, na busca por adotar a solução mais adequada, de acordo com juízos de oportunidade e conveniência, visando sempre à satisfação tanto da finalidade legal específica, como do interesse público.

Di Pietro (1997, p.176) assim se posiciona ao tratar da discricionariedade administrativa: “[...] a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.”

Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 34), “Conveniência e oportunidade são elementos nucleares do poder discricionário.”

Diante disso, verifica-se que o entendimento tradicional da doutrina é de que o ato discricionário é fundado no juízo de conveniência e oportunidade que a Administração Pública deve ter ao exercer o seu dever de escolha diante do caso concreto posto a sua apreciação, tudo dentro dos limites estabelecidos na lei.

Já os atos administrativos vinculados são aqueles cujos elementos encontram-se todos previstos na norma de forma objetiva, sem que o agente público possa valorar acerca da conduta a ser praticada. Cabe ao mesmo somente executar aquilo que a lei prescreve. Ao se deparar com uma determinada situação concreta, a autoridade administrativa, sem poder fazer qualquer juízo de conveniência ou oportunidade, deve se limitar a expedir determinado ato, nos exatos termos momento previstos em lei.

Não há que se falar, nesse caso, em qualquer tipo de liberdade de escolha por parte da Administração Pública, só havendo a possibilidade da prática de um único comportamento estritamente fixado na lei para aquela situação destacada na norma. Nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2006, p.117) “o poder vinculado ou regrado é aquele que estabelece único comportamento possível a ser tomado pelo administrador diante de casos concretos, sem nenhuma liberdade para juízo de conveniência e oportunidade.”

Ainda sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.16) trata da submissão do ato vinculado à lei ao ensinar que:

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

Ou seja, o legislador, ao prever e regular as hipóteses possíveis, não concede espaço para que o administrador público possa praticar condutas que não estejam estabelecidas na própria norma, pois todos os elementos necessários estão ali definidos, não restando outra alternativa ao agente a não ser atuar de acordo com os comandos legais.

Diante de tudo quanto exposto até aqui, é possível concluir que tanto os atos vinculados, como os atos discricionários estão disciplinados na lei. A principal distinção, como já exposto, é que nos atos discricionários a lei permite ao administrador um juízo de valor sobre a conveniência e oportunidade na prática do ato, com vistas a alcançar o interesse público.

3.1 ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E O MÉRITO ADMINISTRATIVO

Reunidos os conceitos e elementos delineados nos tópicos anteriores, pode-se definir que os atos administrativos discricionários são aqueles que, não obstante estejam regulamentados por lei, permitem certa margem de escolha entre modos de conduta distintos, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade, na busca pelo caminho mais adequado a se alcançar o interesse público, dentro dos limites da

lei e passíveis de controle tanto pela própria Administração, como pelo Poder Judiciário.

Esse poder de escolha, balizado por valores acerca da oportunidade e da conveniência da prática de determinado ato é o que se chama de mérito administrativo. Válido ressaltar que não são todos os elementos do ato administrativo que podem ser objeto de valoração pelo agente público, apenas os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto do ato discricionário é que podem ser avaliados, pelo que pode-se afirmar que estes compõem o próprio mérito administrativo.

Neste contexto, Mello (2009, p.38) assim define o mérito administrativo:

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

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 201), acerca do mérito administrativo, ensina que:

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

Pondera, ainda, José dos Santos Carvalho Filho (2008, p.119) “pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário”.

Válido destacar ainda trazer os ensinamentos de Helly Lopes Meireles (2003, p.152-153):

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

Diante das definições doutrinárias aqui postas sobre o mérito administrativo, pode-se concluir que para que a administração pública possa atuar em determinadas situações, é preciso que o agente público tenha uma margem de liberdade de

escolha para atuar, segundo seu juízo subjetivo, valorando os elementos motivo e objeto do ato administrativo. Essa escolha efetuada pelo o administrador, nos limites da lei, é o que constitui o mérito administrativo.

Ressalte-se ainda que, em determinadas situações, essa escolha não é traçada de forma expressa pelo dispositivo legal. Em alguns casos, a legislação, ao determinar a atuação do agente público, se vale de conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, com a finalidade de dar a possibilidade de escolha ao administrador. Nesses casos, a lei não é tão objetiva e o administrador deverá se valer de carga valorativa na sua atuação.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 27-28) assim se posiciona:

[...] a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da inteligência dos conceitos vagos. Resulta, pois, que são incorretos – por insuficientes – os conceitos de discricionariedade que a caracterizam unicamente em função do tema do “mérito” do ato administrativo, isto é, da “conveniência ou oportunidade do ato.

Diante da leitura dos trechos acima, podemos ver que a discricionariedade administrativa não ocorre apenas no campo da conveniência e oportunidade, pois não se dá de forma igual em todos os casos.

O ato discricionário, pois, deve ser compreendido de forma ampla, e não apenas relacionado à ideia de mérito administrativo. Logo, a discricionariedade deve ser observada atualmente de forma ampliativa, devendo ser compreendida como sendo uma liberdade de atuação decisória conferida ao administrador público pela norma jurídica, para a busca da satisfação do interesse público.

É a discricionariedade administrativa que, em síntese, permite ao administrador a tomada de decisões em temas polêmicos e sensíveis. Por isso, deve encontrar seus limites no próprio ordenamento jurídico, pois, se por um lado ela é muito importante para o preenchimento do vazio deixado pela norma jurídica, por outro possui aptidão para causar injustiças e arbitrariedades.

Por isso, a discricionariedade administrativa deve ser controlada tanto pela Administração quanto, em alguns casos e mediante certos pressupostos, pelo próprio Poder Judiciário, conforme será analisado no capítulo seguinte.

Com efeito, trata-se a discricionariedade, sem dúvida alguma, de significativo poder para a Administração, que não pode ser confundido, em absoluto, com arbitrariedade, pois esta é a atuação fora dos limites da lei. Em razão disso, a discricionariedade não é um poder absoluto e intocável, pois deve cumprir a finalidade de uma administração transparente e eficiente.

Segundo Moraes (1999, p. 43) "Há de falar-se, atualmente, em oposição ao controle de mérito, em controle de juridicidade dos atos administrativos, o qual se divide em controle de legalidade e controle de juridicidade strictu sensu."

Dessa forma, prossegue a referida autora explicando que, inicialmente deve-se analisar a legalidade dos elementos vinculados do ato discricionário, e posteriormente, proceder à análise de seus demais aspectos à luz dos princípios contidos no ordenamento jurídico.

Isso não significa, entretanto, que o mérito do ato administrativo discricionário tenha desaparecido totalmente, pois no que tange a aspectos não valorados juridicamente, não é possível ao Judiciário exercer seu controle.

A definição de mérito administrativo para Germana "O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem princípios, mas por critérios não positivados". (MORAES, 1999, p. 103).

Aliás, a cada dia mais se discute sobre a possibilidade de o Poder Judiciário, em certos casos, imiscuir-se nas decisões administrativas de natureza discricionária que violem princípios constitucionais.

Pois bem, após o estudo sobre os principais contornos da discricionariedade administrativa, passa-se, no capítulo seguinte, à análise sobre a possibilidade de controle dessa discricionariedade por parte do Poder Judiciário e em que condições tais se realiza.

Celso Antônio (2009) propõe uma distinção entre a discricionariedade em abstrato, ou seja, aquela prevista no comando da norma, e a discricionariedade em concreto, diante de um fato no mundo real.

Parte-se da noção de que a lei, ao conferir discricionariedade ao Administrador Público, o faz para que este adote a medida mais eficiente ou mais adequada a cada situação, sempre tendo em vista a persecução do interesse público.

Vale dizer que, muitas vezes pode ocorrer que, não obstante a lei contenha previsão de liberdade de escolha entre diversas condutas diante do caso concreto, somente uma delas seja adequada a atender as necessidades públicas, chegando ao ponto até de suprimir a discricionariedade.

A liberdade do administrador é relativa e Celso Bandeira de Mello defende que o âmbito da liberdade pode ser delimitado nas situações reais, pois:

[...] apesar de a lei permitir opção entre dois ou mais comportamentos – exatamente para que fossem sopesadas as circunstâncias fáticas, como requisito insuprimível ao atendimento do interesse tutelado -, estas mesmas circunstâncias evidenciem, para além de qualquer dúvida, que só cabe um comportamento apto para atingir o objetivo legal. Neste caso, dito comportamento é obrigatório, e não pode ser adotado outro. (MELLO, 2009, p.162)

A previsão de discricionariedade pela norma, apesar de ser condição necessária para sua existência, não é suficiente, sendo imprescindível que esta esteja também presente quando da análise do caso concreto, pois "sua previsão na 'estática' do direito, não lhe assegura presença na 'dinâmica' do direito" (MELLO, 2009, p. 105).

Ainda assim, não se poderá invocar a previsão da discricionariedade contida na lei para afastar o controle pelo Judiciário, pois o exame no caso concreto acerca da ocorrência da discricionariedade não constituirá invasão de mérito administrativo.

Cabe destacar, todavia, que a rigidez destes conceitos vem perdendo força modernamente, pois a própria CF/88, estabeleceu em seu artigo 5º, inciso XXXV, que nenhuma ameaça ou lesão a direito deixará de ser apreciada pelo Poder Judiciário. Assim, toda e qualquer lesão sofrida pelo jurisdicionado, sendo ela proveniente de ato discricionário ou não, deverá ser analisada pelo Poder Judiciário. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, quando possível, é exercido basicamente a partir da aplicação de alguns princípios constitucionais que serão examinados no tópico seguinte.

Merece destaque também a observação feita por Di Pietro (1991, p.91) no sentido de que se deve tomar o devido cuidado para não se denominar mérito, impedindo o

controle jurisdicional, o que na verdade se trata de questões que envolvem aspectos de legalidade e moralidade.

Desse modo, verifica-se uma tendência da doutrina administrativista brasileira em ampliar o domínio do controle da discricionariedade administrativo pelo Poder Judiciário.

4 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

4.1 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A sujeição da atividade administrativa do Poder Público ao amplo controle decorre da formação do Estado Democrático de Direito, no qual todas as pessoas da sociedade, incluindo o próprio Poder Público, se submetem às normas estipuladas mediante lei.

O referido controle é concretizado por meio de inúmeros instrumentos previstos no ordenamento jurídico que permitem a fiscalização das atividades estatais por órgãos e entidades da própria Administração Pública, dos Poderes Legislativo e Judiciário, além do próprio povo diretamente, abrangendo ainda a possibilidade de orientação e revisão da atuação administrativa de todas as entidades e agentes, em todas as esferas de poder.

Dessa maneira, o Estado, nas suas diversas esferas, ao organizar seus poderes, fixa as competências de seus órgãos e agentes, estabelecendo as formas de controle da atuação deles.

Hely Lopes Meirelles (2006, p. 636) diz que controle “é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”.

Carvalho Filho (2006, p. 781) define controle da Administração como “[...] conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas.”

Para o mesmo autor: “A função de controle tem intrínseca relação com o instituto da garantia jurídica.”, pois a previsão de fiscalização funciona como uma garantia aos administrados. O controle é fundamental para dar legitimidade à atuação do poder

público, garantindo a adequação das condutas dos agentes públicos às necessidades da sociedade, de forma a permitir uma maior eficiência na execução das atividades públicas.

Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 670) estabelece que

A finalidade do controle é de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa

Quanto às formas de controle, este pode ser classificado: quanto à natureza do órgão controlador, quanto a extensão do controle, quanto ao âmbito de atuação e quanto a sua natureza.

No tocante à natureza do órgão controlador, pode-se dizer que o controle poderá ser legislativo, judiciário ou administrativo, ou seja, essa classificação se refere à fiscalização que se realiza pelos poderes estatais, uns em relação aos outros, configurando-se verdadeira expressão do sistema de freios e contrapesos.

Já no que se refere à extensão do controle, este pode se revelar interno ou externo. Em relação ao primeiro, entende-se como o controle exercido dentro de um mesmo Poder, ou seja, por órgão de qualquer um dos Poderes, sobre os próprios atos produzidos. Regulamentando esse tipo de controle, o art. 74 da Constituição Federal¹ traça orientações e finalidades a respeito da prática desse tipo de controle. De outro lado, o externo é o controle exercido por órgãos alheios ao âmbito do órgão em que foi produzido o ato; é exercido por um poder em relação aos atos administrativos praticados por outro poder do estado. O controle externo da Administração Pública, que vem previsto nos arts. 70 e 71 da CF/88, poderá ser realizado tanto pelo Poder Legislativo, com o auxílio dos Tribunais de Contas, bem como pelo Poder Judiciário, quando provocado. Considera-se ainda controle externo o controle popular, por meio do qual o cidadão também exerce fiscalização sobre a Administração, podendo, diretamente ou por meio de órgãos específicos, verificar a

¹ Art. 74 da CF/88: “Os poderes legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I – avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II – comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; III – exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União; IV – apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.”

regularidade de atuação da administração pública e impedir a prática de atos ilegítimos.

Agora quanto ao âmbito de atuação, o controle pode ser tanto por subordinação quanto por vinculação. O primeiro pode ser compreendido como manifestação do poder hierárquico, sendo realizado pelos órgãos e agentes públicos superiores, em relação aos órgãos e agentes administrativos inferiores de uma mesma pessoa jurídica. Já o segundo surge do poder exercido pela administração direta sobre as entidades descentralizadas, caracterizando-se como uma espécie de supervisão (não há subordinação hierárquica), também chamada por parte da doutrina de controle finalístico. Restringe-se à verificação do enquadramento do ente descentralizado às disposições definidas na lei específica de sua criação, de forma a verificar se o ente cumpre com sua finalidade.

No que toca à natureza do controle, este pode ser analisado sob dois aspectos fundamentais e distintos, quais sejam, do controle da legalidade/legitimidade e com relação ao controle de mérito.

Primeiramente, deve-se controlar a atuação da Administração Pública com relação a sua conformidade com a legalidade. Pode ser exercido pela própria Administração Pública, no exercício do poder de autotutela, pelo Poder Judiciário no exercício de sua função jurisdicional, desde que provocado, ou pelo Poder Legislativo, nas hipóteses previstas constitucionalmente.

Sobre o controle de legalidade/legitimidade, válido trazer destaque às palavras de Hely Lopes (2000, p. 789):

Controle de legalidade ou legitimidade – É o que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem. Mas por legalidade ou legitimidade deve-se entender não só atendimento as normas legisladas, como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao ato controlado.

Com relação ao controle de mérito, este é realizado com o objetivo de verificar a comprovação da conveniência e oportunidade do ato controlado, praticado segundo a discricionariedade do agente público, por isso de suma importância a sua fiscalização. Trata-se de controle que, via de regra, compete exclusivamente ao poder o qual praticou a conduta.

De acordo com Carvalho Filho (2008, p.840), “Nesse controle, nada se questiona sobre a legalidade da conduta; afere-se apenas se uma conduta anterior merece prosseguir ou se deve ser revista.”

Ressalte-se que o Poder Judiciário, apesar de não estar autorizado a efetivar a substituição do mérito de um ato administrativo, tem o poder de analisar se a conduta foi praticada dentro dos limites da discricionariedade, com base nos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Neste aspecto, o Judiciário pode decidir que a atuação discricionária da administração se realizou fora da esfera legal, tratando-se, assim, de atuação ilegítima.

Quanto ao momento de exercício pode ser prévio, concomitante ou posterior. O controle realizado antes da formação do ato é o prévio. Já o concomitante, é o controle realizado paralelamente a formação do ato, durante a execução da atividade controlada. Com relação ao posterior, é o controle realizado após conclusão do ato, para corrigir possíveis defeitos de atos administrativos perfeitos, que já cumpriram todas as fases necessárias à sua formação.

Por fim, tratando-se da classificação quanto à iniciativa, o controle poderá se dar de ofício, ou seja, sem a provocação do interessado, ou provocado, o qual depende da iniciativa da parte interessada para que seja exercido.

4.1.1 Controle Administrativo

O controle administrativo representa vigilância exercida pela própria Administração Pública em relação a suas condutas, buscando a confirmação, correção ou alteração das atuações administrativas internamente, porque realizado pela própria Administração Pública no exercício do chamado controle interno, e, também, feito pelos Poderes Legislativo e Judiciário no controle interno de seus próprios atos. Decorre do poder de autotutela da organização administrativa, princípio inerente à atuação administrativa, que lhe confere poder para alterar, invalidar ou revogar os próprios atos quando ilegais, inoportunos e inconvenientes.

De acordo com os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 794)

Controle administrativo é o exercido pelo Poder Executivo e pelos órgãos administrativos do Legislativo e do Judiciário para o fim de confirmar, reaver, ou alterar condutas internas, tendo em vista aspectos de legalidade ou de conveniência para a Administração. [...] controlador e controlado pertencem a mesma organização.

A título de complemento, Hely Lopes (2000, p.602) é taxativo em dizer que: “é um controle de legalidade e de mérito.”

Os meios de controle administrativo são a supervisão ministerial e o controle hierárquico. Esse último é realizado pelos órgãos e agentes superiores em razão da subordinação hierárquica, sendo pleno e ilimitado na fiscalização dos atos administrativos dos órgãos e agentes públicos inferiores. Justifica, inclusive, a possibilidade de avocação e delegação de competências realizadas nos termos da lei. Já em relação à supervisão ministerial, controle finalístico ou tutela administrativa, tal poder fiscalizador é restrito e limitado apenas àquilo que a lei instituidora determinar, precisamente, quanto a sua finalidade.

Segundo o professor José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 795):

O controle ministerial é o exercido pelos Ministérios sobre os órgãos de sua estrutura administrativa e também sobre as pessoas da Administração Indireta federal. Naquele caso o controle é interno e por subordinação e neste é externo e por vinculação. Quando se exerce sobre as entidades da administração descentralizada recebe a denominação específica de supervisão ministerial, prevista no Decreto-Lei n.200/67, cujo art. 19 estampa a regra de que "todo e qualquer órgão da administração federal, direta ou indireta, está sujeito à supervisão do Ministro de Estado competente.

O controle administrativo pode ser exercido por iniciativa direta do próprio órgão controlador, sem a necessidade de provocação de qualquer interessado, ressaltando-se que o controle da Administração Pública não substitui nem impede a realização do controle feito pelo Poder Judiciário posteriormente. Caso haja provocação de algum interessado, tal irresignação deverá ser efetivada através de representação, reclamação ou pedido de reconsideração.

Há que se destacar a existência dos recursos administrativos, próprios ou impróprios, os quais são de iniciativa dos administrados, lesados em seus direitos, ou atingidos de alguma forma em seus interesses, que tramitam por meio de um processo administrativo respectivo.

4.1.2 Controle Legislativo

O controle Legislativo é caracterizado pela vigilância exercida pelo Congresso Nacional ou uma de suas casas e os auxiliares do Poder Legislativo sobre seus próprios atos internos, bem como representa forma de fiscalização externa da

conduta da Administração Pública e da conduta do Poder Judiciário, especificamente nos atos oriundos da função administrativa do órgão judicante. Sua abrangência inclui o controle político sobre o próprio exercício da função administrativa e do controle financeiro sobre a gestão dos gastos públicos dos três poderes.

Esse controle somente pode ser realizado nas hipóteses taxativamente estabelecidas na Carta Magna, pois de forma contrária importaria em violação ao princípio da Tripartição de Poderes e, como já dito, é dividido em duas espécies: controle político e controle financeiro-orçamentário.

No que se refere ao controle político, Hely Lopes (2000, p. 627) assim se pronuncia:

Controle legislativo ou parlamentar é o exercido pelos órgãos legislativos [...] ou por comissões parlamentares sobre determinados atos do Executivo na dupla linha da legalidade e da conveniência pública, pelo quê caracteriza-se como um controle eminentemente político, indiferente aos direitos individuais dos administrados, mas objetivando os superiores interesses do Estado e da comunidade.

Carvalho Filho (2006, p. 835) esclarece que “A característica desse controle político tem por base a possibilidade de fiscalização e decisão sobre atos ligados a função administrativa e de organização do executivo e do Judiciário”.

São diversas as atribuições previstas constitucionalmente, merecendo destaque a competência dada ao Congresso Nacional para: fiscalizar e controlar, diretamente, ou por quaisquer das Casas, os atos do Poder Executivo, abrangendo administração direta e indireta (artigo 49, inciso X da CF); sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa, (artigo 49, inciso V da CF); autorizar o Presidente da República a se ausentar do país (art. 49, inciso III da CF).

Já com relação ao controle financeiro orçamentário, este diz respeito à fiscalização de quaisquer entidades públicas, incluindo as contas do Ministério Público, Legislativo e Judiciário, assim como de entidades privadas que utilizem dinheiro público. A CF determina o controle interno pelo próprio Executivo e o controle

externo pelo Congresso Nacional auxiliado pelo Tribunal de Contas da União, nos termos dos arts. 70² a 75 da CF.

Como bem ensina Hely Lopes (2000, p.631):

É conferida em termos amplos ao Congresso Nacional, mas se refere fundamentalmente à prestação de contas de todo aquele que administra bens, valores ou dinheiros públicos. [...] é a origem pública do bem administrado ou do dinheiro gerido que acarreta para o gestor o dever de comprovar seu zelo e bom emprego.

Assim, o dever de prestar contas não tem a ver com a natureza do órgão, como sendo de caráter público, mas, antes de tudo, com a fonte do dinheiro empregado no orçamento deste. Se público deve ser fiscalizado.

A Constituição Federal fixou a incidência do controle financeiro sobre os aspectos da legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções, da renúncia de receitas. Destaque-se que o artigo 70 da CF cuida dos sistemas interno e externo. No que se refere ao controle interno, não há novidade no controle de mérito, que é, como vimos, uma revisão com base em critérios administrativos de conveniência e oportunidade. O ângulo novo na questão é a admissibilidade de controle externo de legitimidade e economicidade, os quais envolvem exame de questões de mérito.

4.1.3 Controle Judiciário

O controle exercido pelo Poder Judiciário se caracteriza pela fiscalização exclusiva, pelo referido poder, sobre os próprios atos administrativos, e, no exercício do controle externo, sobre a atividade administrativa desenvolvida pelos Poderes Legislativo e Executivo, dentro, sempre, de determinados limites, de modo a preservar a independência entre os poderes. A este poder estatal são conferidas a guarda e aplicação da lei, seja infra ou constitucional, mediante provocação prévia ou posterior do interessado, sem interferência dos demais poderes.

Isso significa, melhor dizendo, que independente do controle realizado pelo próprio Executivo e pelo Legislativo, prevalece à manifestação judicante, quanto ao controle

² Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumas obrigações de natureza pecuniária.

da Administração Pública e da atividade administrativa, em razão do sistema de unidade de jurisdição, que enseja o caráter definitivo e prevalecente das decisões judiciais, no exercício do controle externo, sobre as demais formas de fiscalização estatal.

O fundamento direto desse sistema de jurisdição una, que é o adotado pela República Federativa do Brasil, encontra-se positivado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, cuja literalidade dispõe que a “lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito”.

No que tange ao controle da Administração Pública, o Direito Brasileiro adotou o sistema de jurisdição única, em detrimento ao sistema do contencioso administrativo. O sistema inglês ou sistema de jurisdição única, também designado de sistema de unicidade de jurisdição, estabelece que todos os litígios, sejam eles administrativos ou privados, podem ser levados à justiça comum, ou seja, ao Poder Judiciário, único com competência para dizer o direito aplicável aos casos litigiosos, de forma definitiva, com força de coisa julgada material

Com apoio nesse fundamento, qualquer pessoa que se ache prejudicada pela edição de ato administrativo, poderá ingressar diretamente em juízo, sem a necessidade de esgotamento prévio de qualquer instância administrativa, para questionar a validade da atividade administrativa e por consequência defender os seus direitos. Assim, mesmo havendo decisão em último grau por parte da Administração, aquela não se torna imune à apreciação do controle judiciário e aos efeitos contrários, de uma eventual coisa julgada judicial.

Importa ressaltar que, ao contrário do sistema de unidade de jurisdição, há o sistema da dualidade de jurisdição, adotado em alguns países europeus, que consiste na existência paralela ao sistema judicial de outra jurisdição, ou seja, de um contencioso administrativo, competente para a resolução de conflitos entre o Estado e os administrados, cujas decisões administrativas, nas situações previstas pela lei estrangeira, possuem caráter de coisa julgada, afastando de toda forma a possibilidade de manifestação do Poder Judiciário sobre a coisa julgada administrativa.

Costuma-se subdividir o controle externo jurisdicional em comum e especial. Comum porque a fiscalização é mais ampla. No especial, a vigilância sofre restrições na apreciação dos motivos. Os atos sujeitos ao controle judicial comum são os

administrativos em geral, excluídos, deste seio, os atos políticos, os atos legislativos típicos e os atos interna corporis, todos estes submetidos ao controle especial. Os atos políticos são aqueles produzidos pelo Governo, pelos agentes públicos políticos em razão da competência constitucional.

Nesse ponto vale relembrar a distinção entre Governo e Administração Pública, que é justamente o caráter de quem faz a escolha política dos interesses e serviços públicos a serem realizados, que, como dito anteriormente, cabe ao governo, enquanto que à Administração cabe obedecer e realizar as decisões políticas traçadas, efetivando apenas a execução das políticas impostas, a administração sob os moldes da lei. Tais atos estão sujeitos ao controle judicial quando ofendem direitos individuais e coletivos, pois ocorre em tais situações vício de legalidade ou constitucionalidade.

José dos Santos Carvalho Filho (2007, p. 870) acentua que:

A especificidade do controle reside na circunstância de que o judiciário não pode exercer seu controle sobre os critérios governamentais que conduzem à edição dos atos políticos. A razão é simples: se há várias alternativas lícitas de atuação, não podem os órgãos judiciários substituir a escolhida pelo agente governamental pela sua própria. Por isso é que são atos de governo, e não atos meramente administrativos.

Sem prejuízo da ofensa a lei ou a Constituição, há que se dizer que tais atos se caracterizam pela discricionariedade, pela maior liberdade dada ao agente político na tomada de suas decisões. Portanto, não obstante a especificidade apontada por Carvalho filho, mais à frente, ao se tratar sobre a discricionariedade, novamente se abordará a respeito da possibilidade do controle jurisdicional sobre os limites dessa liberdade de atuação, sobre a valoração dos motivos.

Os atos legislativos típicos são as leis em tese, em sentido formal, excluídos deste conceito os decretos legislativos e as resoluções das Mesas, que por seu conteúdo materialmente administrativo, estão sujeitos ao controle comum. Enquanto abstratas e gerais, as leis, ou melhor, os atos legislativos típicos são controlados pela via constitucional, através das ações de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (controle concentrado), pois, só a partir do momento em que atingirem direitos individuais sugira a fiscalização pelo meio da ação ordinária ou Mandada de Segurança.

Os atos interna corporis são os oriundos da competência interna e exclusiva dos Poderes Legislativo e Judiciário. Consubstancia-se nos atos regimentais internos. Sobre os fundamentos que motivam a manifestação de vontade dos componentes desses poderes, dos quais resultam os atos ou regimentos internos é vedado o controle judicial. A fiscalização é permitida sobre os atos eivados de vício de legalidade ou constitucionalidade e que ofenderem direitos individuais. Atente-se que os aspectos oriundos da competência interna e exclusiva dos Poderes ficam a parte dessa apreciação.

Nesse ponto, faz-se de extrema importância a ressalva de Carvalho Filho, que diz: Apesar dessa clássica lição, sempre encontrada em ilustres especialistas, o Supremo Tribunal Federal, embora sem unanimidade, parece ter ultimamente ampliado a insindicalidade, pelo Judiciário, de atos praticados no exercício da função legislativa, assentando que até mesmo os incidentes relativos à interpretação das normas regimentais têm caráter interna corporis e devem ser solucionados dentro das respectivas Casas Legislativas. Somente caberá ao Judiciário analisar eventual violação ao direito subjetivo do parlamentar no tocante à observância do devido processo legislativo estatuído na Constituição.

A ação dos indivíduos na defesa de seus direitos ou na crítica dos atos administrativos é de suma importância, pois contribui efetivamente para o controle da administração. Assim, quando lesado em seus direitos pelo Poder Público, os administrados têm direito não só à anulação do ato administrativo como, também, à reparação de todos os danos causados pela conduta da Administração, em razão da responsabilidade civil do Estado.

Nesse passo, para a defesa dos direitos subjetivos dos particulares Ihe são assegurados, pelo Estado Democrático de Direito, o direito de petição, de recurso e processo administrativos, de certidão e o recurso às ações judiciais (CF/88, art. 5º, inciso XXXIV, e art. 1º da Lei 9.265/96 e a Lei 9.051/95). Dessa forma, a provocação do Judiciário para o exercício do controle externo da administração passa necessariamente pelo exercício do direito de petição. Nesse entendimento, o Poder Judiciário, devidamente provocado pelos administrados ou pessoas jurídicas que os represente, como sindicatos e associações, exerce o controle da atividade administrativa por meio das ações judiciais e vias processuais adequadas.

Finalmente, traçadas essas notas gerais, faz-se necessário delinear os limites do controle judicial sobre os atos administrativos, de maneira que possamos compreender esse tipo de fiscalização, com maior profundidade.

5 CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA

Nos dias de hoje, com o intuito de dar maior transparência e eficiência aos atos do Estado, as atuações da Administração Pública de caráter público ou privado devem ser controladas, pelo fato de o poder público dever obediência ao ordenamento jurídico posto.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 788) também entende que:

Podemos denominar de controle da Administração Pública o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.

Dessa forma, toda vez que a Administração Pública praticar alguma conduta ilegal, esta tem o dever de revogar ou anular seus atos administrativos que sejam respectivamente inconvenientes ou ilegítimos.

De outro lado, poderá o interessado recorrer ao Poder Judiciário, a fim de que seja exercido o controle jurisdicional sobre tais atos, momento em que referido poder analisará a legalidade do ato, e, caso entenda por ilegal, determinará sua anulação, promovendo a exclusão, assim, do ato administrativo praticado pela administração pública.

Nesse sentido, pode-se dizer que a administração pública possui tanto o poder de revogar como de anular seu próprio ato, enquanto que ao Poder Judiciário só é permitido, em princípio, anular o ato administrativo que apresenta vício de ilegalidade. Isso porque, em regra, o Judiciário não poder adentrar na análise do mérito administrativo, o qual, como já explicitado, se configura como um juízo de valor que a lei confere ao agente público na prática de atos administrativos discricionários sobre a conveniência e a oportunidade do ato.

Embora esse controle encontre limites na análise do mérito administrativo, é possível afirmar que o Poder Judiciário tem o dever de apreciar se juízo o de conveniência e

oportunidade feito pelo administrador está indo de encontro aos princípios constitucionais ou revelam abuso de direito por parte do agente.

O controle exercido pelo Poder Judiciário é realizado apenas pelos órgãos do Poder Judiciário podendo recair sobre seus próprios atos, na sua função atípica, bem como sobre os atos praticados pelo Poder Executivo e pelo Poder Legislativo. Já com relação aos mecanismos previstos na CF/88 para que se promova o controle jurisdicional da administração destacam-se os remédios constitucionais, os quais, embora sejam as principais ferramentas de controle judicial dos atos administrativos, não são os únicos, haja vista que em qualquer espécie de ação judicial é possível, a princípio, questionar a juridicidade de alguma conduta administrativa, seja ela vinculada ou discricionária.

Veamos a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p.689):

O controle jurisdicional, somado ao princípio da legalidade, constitui um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito, pois de nada adiantaria sujeitar-se a 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 ela praticados.

Como restou definido nos capítulos anteriores, a discricionariedade administrativa se configura no momento em que é concedido ao administrador público um campo de liberdade previsto na lei para atuar em uma dada situação, na qual poderá escolher, entre duas ou mais opções, aquela que apresente um resultado mais adequado e eficaz à coletividade. Ocorre que, a liberdade posta possui limites devidamente dispostos no sistema positivo brasileiro, já que toda atividade administrativa esta adstrita à apreciação do Judiciário.

Já diante de um ato administrativo vinculado o agente público está impossibilitado de fazer qualquer juízo de valor sobre sua conveniência e oportunidade, tendo em vista que, neste caso, os cinco requisitos do ato (competência, finalidade, forma, motivo e objeto) estão expressamente previsto em lei. Tanto os atos administrativos vinculados como os discricionários possuem como finalidade geral o interesse público. Com relação ao controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados, não há discussão, haja vista que a análise a ser realizada pelo Poder Judiciário se restringe à observância dos requisitos estritamente previstos em lei.

Já quanto ao ato administrativo discricionário, objeto do presente estudo, em regra, não é permitido ao referido poder adentrar na esfera de escolha dada pela lei ao

administrador público para decidir sobre a conveniência e oportunidade dos referidos atos. Diante disso, levando-se em conta que não cabe ao Poder Judiciário uma apreciação mais aprofundada acerca dos atos administrativos discricionários, por não poder promover a reapreciação do mérito administrativo, pode ser criada, neste aspecto, uma ideia de poder incontestável, o que daria espaço ao cometimento de arbitrariedades, sob a máscara do exercício de um poder discricionário.

O Poder Judiciário, durante muito tempo, limitou-se ao controle restrito da legalidade do ato administrativo.

Di Pietro (2008, p.639) discorre sobre esse novo momento interpretativo acerca do controle jurisdicional sobre a discricionariedade administrativa e sua amplitude:

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

Dessa forma, verifica-se que desde o surgimento do Estado Democrático de Direito, nota-se uma ampliação do controle da discricionariedade, o que ocorre em paralelo ao próprio alargamento do conceito do princípio da legalidade, propiciando ao Poder Judiciário uma maior análise do ato discricionário, impedindo, dessa forma, que o agente público ultrapasse o limite da liberdade que lhe é concedida pelo ordenamento jurídico.

5.1 CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE A LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO.

A Administração Pública, no exercício da atividade administrativa, deve atuar de acordo com os princípios da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação e impessoalidade, de modo que os atos administrativos se conformem com a finalidade e o interesse público esperado e, assim, se revistam da legalidade ou legitimidade necessárias.

O controle jurisdicional representa a fiscalização realizada pelo Poder Judiciário sobre os próprios atos administrativos, e, no exercício do controle externo, sobre a atividade administrativa desenvolvida pelos Poderes Legislativo e Executivo.

A definição de ilegalidade ou ilegitimidade, para efeito de controle do ato administrativo, não se limita apenas a infringência frontal da lei. Abarca, além da evidente transgressão do texto legal, incluindo nesta o abuso e suas espécies (desvio de finalidade e de poder), também, a desorientação da conduta administrativa dos princípios básicos do Poder Público.

Em todas essas hipóteses, quer ocorra atentado flagrante a norma jurídica, quer ocorra inobservância velada destes princípios, o ato padece de vício de ilegitimidade e se torna passível de invalidação pelo Judiciário, por meio do controle externo.

Desorientando-se desses pilares e infringido a normas constitucionais ou legais, o agente público vicia o ato administrativo de ilegalidade ou ilegitimidade, ensejando, pela sua desobediência, a possibilidade de anulação dos atos administrativos, pelo próprio controle interno, ou pelo exercício do controle externo.

Sabe-se que os requisitos do ato administrativo são - a competência, a finalidade, a forma, o motivo, e o objeto. no caso do ato discricionário, a discricionariedade refere-se ao motivo e ao objeto, continuando, sempre, vinculados a competência, a finalidade, e a forma.

Como leciona Hely Lopes (2000, p.103), “a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto á competência, à forma e à finalidade do ato, a autoridade esta subordinada ao que lei dispõe, como para qualquer ato vinculado”.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 906)aduz:

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

Desta forma, a diferença básica, entre ato vinculado e ato discricionário, reside na questão da liberdade. No ato discricionário esta liberdade é relativa, deve-se frisar, porque não há ato propriamente ou totalmente discricionário, tendo em vista a discricionariedade limitar-se a certos requisitos do ato, e pelo fato do administrador publico nunca desfrutar de liberdade total, face ao dever de obediência aos princípios da Administração.

Assim, mesmo o ato administrativo discricionário, quanto aos requisitos da competência, da finalidade, e da forma, está vinculado à lei, não se permitindo ao agente público agir de maneira contrária aos requisitos vinculativos, para a formação do ato, já que, para garantir a sociedade contra possível ilegalidade, os atos discricionários estão sujeitos ao controle jurisdicional de legalidade em relação a sua formação.

Contudo, se o posicionamento quanto à extensão do controle jurisdicional, limitado estritamente ao aspecto da legalidade, é pacífico entre os doutrinadores e a jurisprudência brasileira, tratando-se dos atos administrativos vinculados e dos atos discricionários, tendo em vista os seus requisitos vinculados.

Tal entendimento gera controvérsia, no que diz respeito ao controle do mérito dos atos discricionários pelo judiciário, o que importará, a partir de agora, o tratamento direto sobre o problema central do presente trabalho monográfico, consistente em se averiguar sobre a possibilidade de controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, no exercício do controle externo, sem prejuízo da independência entre os Poderes.

5.2 CONTROLE JURISDICIONAL E O MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

O mérito do ato administrativo, conforme já explicitado no presente estudo, está ligado especificamente aos seus requisitos motivo e objeto. Isto porque, nos atos discricionários, não obstante a ausência de detalhamento destes dois requisitos na lei, esta relega à Administração Pública a escolha e valoração quanto ao motivo (a situação fática e de direito que enseja o ato e determina a sua edição) e quanto ao objeto (o efeito jurídico pretendido pelo ato, ou seja, o resultado escolhido) para a prática do ato.

Assim, escolher e valorar quanto ao objeto e ao motivo do ato a ser editado, significa fazer juízo de conveniência e oportunidade, o que se insere na subjetividade do agente público.

Cretella Junior (1993, p. 336) define:

Mérito é aspecto que se relaciona com a oportunidade ou conveniência da medida adotada, conjunto de ponderações que levam a autoridade administrativa, perscrutando com todos os meios que tem ao seu alcance a

realidade social, a decidir sobre o mês, o dia, a hora, o minuto, o lugar, a equidade, a razoabilidade, a justiça, a economia e a moralidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p. 908) aduz que:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critério 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 identificada qual delas será a única adequada.

Carvalho Filho (2006, p. 109) precisa:

Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. Registre-se que não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese. Mas lhe é lícito valorar os fatores que integram o motivo e que constituem o objeto, com a condição, é claro, de se preordenar o ato ao interesse público.

Dessa arte, vê-se que a conceituação do mérito do ato administrativo, tendo em vista a escolha e valoração, do motivo e do objeto, para a edição do ato administrativo, está intimamente ligada à discricionariedade administrativa que nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello (2000, p.48):

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, afim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vigente.

A título de exemplo, tendo em vista tal poder discricionário, Diógenes Gasparine (2001, p. 57), citando o caso de uma hipotética solicitação de autorização ou permissão, para o uso de algum bem público “Se o interessado as solicitar, a Administração Pública pode ou não deferi-la, visto que a lei não lhe impõe, como comportamento único, o deferimento da solicitação. Ao contrário disso, faculta-lhe o exame do mérito do pedido”.

Justifica-se a discricionariedade na impossibilidade de previsão da generalidade de comportamentos e atos que a prática administrativa exige corriqueiramente para o

atendimento da sociedade. Sendo assim, é de fácil percepção que é impossível ao legislador visualizar amplamente os atos e fatos futuros, em razão do que, urge a necessidade de malear o sistema legal, de modo a conferir certa liberdade a Administração, para que essa possa agir com eficiência, porém, com observância do ordenamento jurídico e dos princípios da administração.

Hely Lopes (1999, p.104) a justifica:

O ideal seria que a lei regulasse minuciosamente a ação administrativa, modelando cada um dos atos a serem praticados pelos administrados; mas, como isto não é possível, dadas a multiplicidade e diversidade dos fatos que pendem pronta solução ao Poder Público, o legislador somente regula a prática de alguns atos administrativos que reputa de maior relevância, deixando o cometimento dos demais ao prudente critério do administrador.

Diante do exposto, melhor compreendido o que representa o mérito do ato e a discricionariedade administrativa, passa-se à averiguação sobre a possibilidade do controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo.

A ilustre doutrinadora, Odete Medauar (2006, p.394), abordando sobre as teses referentes ao alcance do controle judicial e os seus fundamentos, leciona:

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 de poderes, daí o âmbito do Judiciário ser a legalidade em sentido estrito; os integrantes do Judiciário são desprovidos de mandato eletivo, não tendo legitimidade para apreciar aspectos relativos ao interesse público.

De acordo com essa linha, no controle do ato administrativo o Judiciário apreciaria somente matéria relativa à competência, forma, e licitude do objeto.

Com base nesses fundamentos, em verdade, renomados doutrinadores e boa parte da jurisprudência entendem que o Poder Judiciário, no exercício do controle externo, não pode fiscalizar o mérito do ato administrativo, mas apenas a legalidade do ato discricionário, no que se refere aos requisitos vinculados. Sob essa linha de pensamento, a conveniência e oportunidade são suscetíveis apenas ao controle interno, exercido pela própria Administração, ou pelo controle externo, exercido pelo legislativo nos casos permitidos pela Constituição Federal, mas jamais pelo controle jurisdicional.”

Defensor dessa posição é o ilustre doutrinador, José dos Santos Carvalho Filho (2006, p.110), que entende ser o controle jurisdicional sobre os atos da Administração exclusivamente de legalidade. Diz o professor:

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta Seabra Fagundes, com apoio em RANELLETI, se pudesse o juiz fazê-lo, faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes.

Carvalho Filho (2006, p. 845) reflete que os parâmetros de conveniência e oportunidade são privativos do Administrador Público e, portanto, conclui que:

Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente a sua competência. Além, do mais, a invasão de atribuições é vedada na Constituição em face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2).

Nesta mesma corrente, Celso Antonio Bandeira de Mello (2006, p.916) expressa:

O campo de apreciação meramente subjetivamente – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.

Também, Hely (2000, p. 159) acentua que

limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo. [...] Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação.

Em suma, quer dizer o doutrinador que ausente enunciado vinculativo, quanto ao objeto e o motivo do ato, no bojo da lei pertinente, caracterizam-se, aí, a liberdade conferida pela norma jurídica ao administrador, para que este atue segundo o seu critério ou juízo próprio, o que importa, face à inexistência de parâmetros, a impossibilidade de controle pelo judiciário desta atuação, pois incidiria o judiciário na

ilegalidade, ao desfazer o que lei autorizou ao agente público fazer, segundo própria subjetividade.

Convergindo nesta limitação, pronuncia-se Maria Sylvia Zanella (2007, p.202):

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir, determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer dela será legal.

Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios, de escolha, a opção legítima, feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém pode decidir diante de cada caso concreto.

José Cretella Junior (1993, p. 326) ensina:

Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora de seu policiamento. Inscreve-se o mérito em terreno de competência exclusiva do Poder Executivo, pois traduz o entendimento de noção tradicional, resumida no clássico binômio oportunidade–conveniência, que traduz juízo axiológico do administrador.

Do contexto de sua obra, Cretella formula a conclusão de que os defeitos de mérito, representados na inoportunidade, inconveniência, injustiça e desarrazoabilidade no exercício do poder discricionário da Administração, revelam lesão apenas de interesse, mas não de direito do administrado, portanto, não há razão para anulação, pelo controle Judiciário.

Dessa forma, a doutrina e a jurisprudência mais conservadoras firmam-se na interpretação restritiva do controle jurisdicional apenas sobre a legalidade do ato administrativo discricionário, sendo vedado o exame acerca da conveniência e oportunidade do ato pelo judiciário.

5.3 TRANSIÇÃO DO ESTADO LIBERAL PARA O ESTADO DE DIREITO

O Estado de Direito surge, a princípio, como uma resposta ao autoritarismo que marcava as monarquias europeias durante os séculos XVI e XVII. Durante esse período, o cidadão sujeitava-se a diversas interferências estatais, as quais ocorriam,

na maioria das vezes, de forma arbitrária, sem qualquer tipo de limitação. Apresenta-se, nesse contexto, o Estado Liberal, fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII, que visa, precipuamente, proteger as liberdades individuais do cidadão, impondo, em verdade, obrigações negativas ao Estado. Nessa perspectiva, não haveria, por parte da Administração Pública, qualquer obrigação de intervenção no domínio social ou econômico, cabendo-lhe uma postura absteinsta, garantidora da observância ao direito de propriedade, autonomia privada e do princípio da igualdade formal.

No Estado Liberal, surge o anseio de se positivizar, em um texto formal, os direitos que seriam imprescindíveis à preservação das liberdades individuais. Nesse contexto, advém o constitucionalismo, como movimento através do qual, por meio de um texto constitucional, se busca limitar o poder político na sociedade e, ao mesmo tempo, enunciar os direitos individuais.

O Direito Administrativo, durante esse período, é visto como excepcional, ou seja, cabendo apenas a função de regulação de situações *sui generis*, procurando-se critérios que permitissem a segurança na aplicação do Direito Administrativo, identificando em quais situações específicas haveria lastro para a sua incidência.

Da mesma forma em que o Estado de Direito Liberal surge como resposta ao Estado Totalitário, o Estado Social nasce como uma necessidade de se superar as diversas crises socioeconômicas trazidas pelo Estado Liberal. Nesse sentido, em decorrência das péssimas situações e condições da maioria esmagadora da população, impulsionadas pela Revolução Industrial Europeia a partir do século XIX, eclodem diversas manifestações nas quais se buscam melhores condições de trabalho e a implementação de normas assistências.

A relação entre os trabalhadores e os empregadores (industriais e comerciantes) era de tamanho desequilíbrio a favor destes que não foi possível mais sustentar a máscara da "igualdade" no âmbito das relações contratuais trabalhistas, permitindo o surgimento do Estado Social ou da Previdência, respaldado pelo processo de socialização do direito, não apenas no âmbito privado, mas em toda sua textura jurídica.

Neste instante, surgem os chamados direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas e acentuam o princípio da igualdade material. Exigem uma postura

ativa do Estado, que é obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

Essa perspectiva de evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como direitos coletivos, correspondendo aos direitos de igualdade (substancial, real e material e não meramente formal) mostra-se marcadamente em alguns documentos, destacando-se a Constituição do México de 1917 e de Weimar de 1919.

No âmbito do histórico constitucional brasileiro, tendo por influência as Constituições supramencionadas, a forte crise que assolava o País no ano de 1929 e os diversos movimentos sociais por melhores condições de trabalho, surge a Constituição de 1934, inaugurando, no cenário brasileiro, a nova perspectiva do Estado Social de direito.

Dentre as principais novidades, são destacados novos títulos em razão do caráter social da Constituição, quais sejam, o da ordem econômica e social (Título IV), da família, educação e cultura (Título V) e da segurança nacional (Título VI). Prestigiando-se, ainda, a legislação trabalhista e a representação classista.

Portanto, percebe-se, numa ótica administrativista, que, com Estado Social, o Poder Público passa a ter um papel ativo, atuando na produção econômica, controlando o sistema de trabalho e as relações de emprego, a promoção e garantia de direitos fundamentais sociais, ou seja, aproximando-se da sociedade civil.

Nesse contexto, a Administração Pública passou por grandes mudanças, tornando-se o agente promotor da justiça social, incorporando várias atribuições materiais que passaram a fazer parte do rol de competências administrativas, com a prestação de grande número de serviços públicos. Logo, como decorrência desse aumento de obrigações, aumentou-se também os poderes conferidos ao Administrador Público, justamente para que fosse possível satisfazer a grande quantidade de necessidades públicas, de forma a equacionar as desigualdades materiais anteriormente existentes.

Inegável avanço foi trazido por esse novo modelo estatal, ante a implementação de melhores condições de vida ao cidadão. Contudo, em muitos casos, o Estado acabava atuando de forma paternalista, deixando o indivíduo numa situação de passividade que iria de encontro àquilo que se esperava de uma sociedade democrática, na qual a participação popular é inerente. Ademais, consoante ressalta

Bobbio, “à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade” (BOBBIO, 2004, p.60).

O Estado Democrático de Direito nasce como uma resposta concomitante à frieza liberal em relação ao indivíduo e ao déficit democrático do Estado Social. Busca, de um lado, o afastamento da construção de uma esfera de relações de igualdade meramente formal, desatenta das condições materiais da vida do indivíduo; de outro, enfrenta uma Administração Pública que retira dos cidadãos a capacidade de decisão autônoma e que a prove de bens e serviços. Por meio do respeito à esfera de liberdade individual propõe habilitar os cidadãos a exercitarem seus direitos de participação na comunidade jurídica, como coautores que interferem no processo de produção do direito.

O Estado Democrático de Direito, sob o foco da Constituição Federal de 1988, é a organização política na qual o poder emana do povo. Este, por sua vez, o exerce diretamente ou por meio de representantes, escolhidos em eleições livres e periódicas, mediante sufrágio universal e voto direto e secreto, para o exercício de mandatos periódicos. No plano das relações com o indivíduo, é que pretende assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e, sobretudo, dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Pode-se verificar que, no Estado Democrático de Direito, a legitimação da atuação estatal se dá com a participação dos cidadãos no processo de tomada de decisões pela interveniência em audiências públicas, direito de petição, acesso à informação, documentos, certidões, plebiscito, referendo, etc. Assim, o cidadão tem realçada à participação democrática nos processos decisórios do Estado, já não mais conformados aos direitos políticos e individuais de formação liberal. A sociedade possui relevante contribuição para a determinação das decisões fundamentais.

Nesse contexto, o princípio da legalidade passa a ter uma nova conotação, ou seja, não basta a lei prever pura e simplesmente, demanda-se uma atuação constitucional, não apenas lícita, pois o centro do ordenamento jurídico não é mais a lei, como entendiam os positivistas, mas a Constituição. A Administração Pública deixa de estar submetida apenas aos comandos legais, mas deve obediência à Constituição e aos princípios encartados.

6 AMPLIAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL SOBRE OS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Consoante já pincelado nos itens anteriores, desde a edição da Constituição Federal de 1988, certos setores da doutrina e da jurisprudência já convergem para a aceitação de uma ampliação do controle judicial do ato administrativo discricionário, inclusive com relação ao próprio mérito administrativo, abandonando o conservadorismo existente anteriormente.

Mauro Roberto Gomes de Mattos (2006, p. 1-49), ao tratar do tema ora estudado e especificamente a respeito da constitucionalização da Administração Pública, ensina que:

Também, convergíamos com esses avalizados posicionamentos, desgarrando-nos dessas correntes doutrinárias após a edição da Carta Federal de 5 de outubro de 1988, que de forma inédita constitucionalizou a Administração Pública, criando princípios e normas que vinculam a todos, independentemente da forma ou da solenidade do ato administrativo, ou seja, se ele é ou não discricionário. [...] Sucede-se que tais pensamentos foram construídos em uma época em que o direito constitucional ainda não havia constitucionalizado todos os ramos do Direito, passando a ser o verdadeiro protagonista nas relações públicas e privadas. [...]. E foi justamente pela constitucionalização do direito administrativo que houve a devida evolução, em que os princípios deste ramo do direito deixaram de ser exteriorizados pela legislação infraconstitucional para tomar assento na própria teoria constitucional, representada por suas normas e seus princípios. [...] O novo constitucionalismo se afastou do modelo positivista da jurisprudência dos conceitos e dos valores, para buscar nos princípios o verdadeiro fundamento de validade. Essa grande virada na interpretação constitucional estabelece a necessidade de se cumprirem não só as normas, mas também os princípios da Magna Carta.

Como já dito, antigamente, a doutrina e jurisprudência, conservadoramente, entendiam que o controle da discricionariedade do ato administrativo só poderia ser feito pelo Poder Executivo. Como se verá a seguir, tal entendimento foi sofrendo modificações ao longo do tempo.

Nesse mesmo sentido se posiciona Alexandre de Moraes (2002, p.157) ao tratar do controle dos atos administrativos pelo Judiciário, inclusive no que concerne a

questões referentes à conveniência e oportunidade, desde que seja respeitada a escolha da Administração Pública feita de forma legítima:

[...] é na legalidade e na moralidade que a oportunidade deve ser apreciada pelo Poder Judiciário. Consequente, não poderá o Judiciário invadir a legítima escolha feita pela Administração, entre as opções legalmente reservadas para a edição do ato discricionário, de maneira a, simplesmente, alterar a opção licitamente feita pelo Administrador. Os princípios deram novo alcance a todos os ramos do Direito, visto que, como vetores da ciência jurídica, constituem-se proposições básicas e fundamentais a serem seguidas pelo Poder Público como um todo. [...]

Sobre o tema, Lucia Valle Figueiredo (2003, p. 21) relata a evolução da doutrina da seguinte forma:

A jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários não se submetem a controle, no pertinente a seu mérito. O caminho da evolução foi – sem dúvida – a afirmação de que ao Judiciário caberia controlar toda a atividade administrativa desde que não invadissem o mérito das decisões discricionárias. E por mérito do ato compreendiam-se as razões de conveniência e oportunidade que teriam fundamentado a decisão do administrador.

Diante disso, verifica-se que a análise dos princípios constitucionais pelo Poder Judiciário no ato administrativo discricionário não inviabiliza, de nenhuma forma, o poder de escolha da Administração Pública de oportunidade e conveniência, haja vista que tais comandos e diretrizes maiores não impedem a tomada de atos, mas apenas estabelecem condições que evitam a arbitrariedade e o abuso de poder.

O que vem acontecendo atualmente é que o Poder Judiciário, em algumas situações, vem analisando o mérito administrativo, mas não para revogar ou substituir a escolha do administrador, o que lhe é proibido, mas para verificar se, a pretexto da discricionariedade, o ato administrativo foi, na verdade, praticado de forma arbitrária. E neste aspecto, pode-se dizer que na fiscalização da atuação discricionária da Administração Pública é levada em consideração não só a conformidade do ato administrativo com a lei, mas também os princípios que regem a Administração Pública.

Nessa mesma linha de argumento, para Celso Antônio (1991, p.300) o exame judicial do ato administrativo deve sim abarcar os valores principiológicos do texto constitucional, os chamados “standards” da coletividade. Vejamos:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de legalidade e inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, por que representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Dentro desse contexto é que se vê o quanto o controle realizado pelo Poder Judiciário é importante para o equilíbrio de forças, pois o administrado possui nos princípios constitucionais a garantia de que não será oprimido pela envergadura do Administração Pública. Como consectário do próprio Estado de Direito, não há mais lugar para a existência de ato discricionário desvinculado dos princípios e das normas constitucionais. A respeito das bases dessa linha de pensamento, Odete Medauar (2006, p.394) aduz:

Outro entendimento inclina-se por um controle amplo, ante 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 a 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.

Não obstante a amplitude do posicionamento acima descrito, cumpre destacar, em algumas situações que veremos a seguir, a existência de certa disposição pela redução da discricionariedade e ampliação do controle jurisdicional, até mesmo por parte dos doutrinadores que seguem a linha do exame judicial exclusivo da legalidade do ato administrativo.

Uma dessas ocasiões ocorre nos casos em que é configurado o desvio de poder, o qual se configura pela utilização de fim diverso da finalidade pública estabelecida em lei, por meio da edição de um ato administrativo. Atuando a Administração dessa forma, sob a justificativa de utilização do poder discricionário, caracteriza-se a ilegalidade do ato, escondida na liberdade de escolha dada ao Administrador Público pela legislação para que este atue de acordo com seu juízo de valor.

Assim explicita Di Pietro (2006, p. 210) ao tratar do tema: “Quando isso ocorre fica o poder judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade ao desviar-se dos fins de interesse público definido na lei”.

Outra situação em que se verifica a referida predisposição está ligada à teoria dos motivos determinantes. Nos termos dessa teoria, no caso dos atos serem realizados com motivação pelo agente público, necessariamente esses motivos devem corresponder a verdade e a realidade, sendo assim, no caso de serem falsos ou inexistentes, o ato praticado acaba por se revestir de ilegalidade, estando sujeito, dessa forma, ao controle jurisdicional, haja vista a discricionariedade ter sido confundida com arbitrariedade pelo administrador público.

Pontua Hely (1999, p. 183) sobre esse ponto:

Por aí se conclui que, nos atos vinculados, a motivação é obrigatória; os discricionários, quando facultativa, se for feita, atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado.

Já um terceiro caso toma por base as expressões imprecisas ou indeterminadas que o legislador pode se valer para designar o motivo e a finalidade do ato. Quanto a estes conceitos indeterminados, o Doutor, José Tarcisio de Almeida Melo (2001, p.19), ressalta:

Pelos conceitos indeterminados, os autores discutem sobre o que é indeterminado, o conceito ou termos de seu enunciado. O que, a rigor, existe é o conceito aberto ou conceito mediato, que a lógica ensina ser aquele que se obtém mediante outros conceitos, e que deverá ser positivado pela inteligência interpretativa do administrador ou do juiz. Não existe indeterminação, pois não haveria conceito. Seria a contradição. Diferenciar o conceito de seu enunciado é torna-lo sem utilidade, é admitir que o rótulo possa ser distinto do substancial. Senão, a diferença é irrelevante.

Em todo caso, ocorrendo a necessidade de análise subjetiva desses “conceitos indeterminados”, segundo juízos de valor, existirá discricionariedade sem a possibilidade de reapreciação pelo Poder Judiciário, a não ser sob o prisma da moralidade administrativa, proporcionalidade e razoabilidade, ou seja, dentro dos limites do controle da legalidade.

Considerando esses fundamentos jurídicos, que objetivam viabilizar um exame mais abrangente do Poder Judiciário sobre a discricionariedade administrativa, mas sempre sob o aspecto da legalidade, José dos Santos Carvalho Filho (2006, p. 845) é incisivo ao dizer:

Alguns autores têm cometido o exagero de ampliar os limites de atuação do Judiciário, invocando princípios que, em última análise, acabam por recair

no aspecto fundamental – o exame da legalidade. A despeito dessa evidente distorção, os Tribunais sensíveis às linhas que demarcam a atuação dos Poderes, têm sistematicamente rejeitado essa indevida ampliação e decidido que o controle de mérito dos atos administrativos é da competência exclusiva da Administração. O Judiciário pode, assim, anular atos administrativos discricionários, fundados em inexistência de motivo, insuficiência de motivo, inadequabilidade de motivo, incompatibilidade de motivo, desproporcionalidade de motivo, impossibilidade de objeto, desconformidade de objeto e ineficiência de objeto, apenas controlando os limites objetivos do exercício discricionário. O que se defere ao Judiciário é, portanto, uma tarefa que é, por definição, materialmente sua – o controle de legalidade – um poder-dever que lhe é própria. O controle dos limites, que neste livro se preconiza, não é, portanto, a negação da discricionariedade nem, tampouco, a substituição do administrador pelo juiz, se não que, diferentemente, é a sua afirmação reforço, pela precisão que introduz no conceito do instituto e em sua inserção no sistema, mas, sobretudo, pela análise, origem e destinatário da ordem jurídica. A sindicabilidade jurisdicional, desenvolvida segundo a técnica exposta, não importa absolutamente numa reavaliação do mérito, como poderá parecer aos que aferram a conceitos doutrinários ultrapassados, mas na verificação de sua conformidade a limites. O Judiciário não examinará o mérito senão no necessário para nele identificar uma eventual exorbitância. Tampouco cabe-lhe redefinir, a pretexto do exercício do controle, o interesse público, pois essa definição é privativa do legislativo e, residualmente, da própria Administração. O juiz parte da definição legal e primária do interesse público, cabendo-lhe zelar, em sua atividade de controle da discricionariedade da Administração, para que sua definição residual, integrativa e derivada, com aquela se harmonize.

Dessa forma, a doutrina moderna vem se inclinando pela ampliação do controle judicial dos atos administrativos no que concerne ao estabelecimento de limites à discricionariedade, passando, como vimos, pelos casos em que há o desvio de poder, a aplicação da teoria dos motivos determinantes e dos “conceitos legais indeterminados” (noções imprecisas). Ainda nessa linha de raciocínio, todavia, se posicionando no sentido de um alcance mais abrangente, o constitucionalista, Alexandre de Moraes, assevera:

[...] enquanto o ato administrativo vinculado somente será analisado sob o amplo aspecto da legalidade, o ato administrativo discricionário também deverá ser analisado por seu aspecto meritório. [...]assim, mesmo o ato administrativo discricionário está vinculado ao império constitucional e legal,

pois, como muito bem ressaltado por Chevalier, 'o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do estado pelo Direito.

É importante ainda que se diga que o lastro para o alcance do controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários encontra-se no próprio ordenamento jurídico constitucional, como se observa da leitura das palavras de Odete Medauar (2010, p.409): "A tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou a partir da Constituição Federal de 1988".

De fato, o texto da CF/88 veio com o espírito de valorização dos direitos e garantias do administrado ante o poder público. Uma das decorrências disso verifica-se na existência de mais parâmetros da atuação discricionária da Administração, tais como o princípio da moralidade, princípio da razoabilidade, da economicidade e da publicidade, ensejando assim um controle maior dos seus atos.

No ordenamento pátrio atual, sem dúvida, a legalidade se assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e na jurisprudência antes de outubro de 1988.

Conforme já visto, durante a época do Estado Liberal de Direito, a legalidade apenas era aplicada a uma esfera restrita de atuação administrativa, o administrador público era livre para agir, dispondo de ampla margem de discricionariedade. Nesse período, a legalidade significava apenas a sujeição à lei em sentido estrito.

Com o surgimento do Estado Social de Direito, houve a outorga de novas funções na área social e econômica ao Poder Executivo e, concomitantemente, a atribuição de competência normativa, envolvendo a possibilidade de editar normas com força de lei (medidas provisórias, regulamentos autônomos, dentre outras modalidades). Conforme delineado linhas atrás, nesse mesmo contexto, o princípio da legalidade ampliou-se para abranger as leis e os atos normativos baixados no âmbito do Poder Executivo. Ademais, passou a abranger e nortear toda a esfera de atuação da Administração Pública, ressignificando o princípio da legalidade como o postulado segundo o qual a Administração só pode fazer o que a lei permite.

Mais tarde, já com o Estado Democrático de Direito, conforme assinalado, a legalidade passou a significar a sujeição ao Direito, abarcando as leis, os valores e os princípios. Além disso, verifica-se nova ampliação da função normativa, agora não do Poder Executivo, encarnado pelo Presidente da República, mas da Administração Pública, com a chamada função reguladora exercida pelas agências.

Hoje a discricionariedade é limitada por princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, sem mencionar os valores inseridos nos artigos iniciais da CF, destacando-se que a sua inobservância caracteriza ato de improbidade administrativa, consoante definido no artigo 11 da Lei 8.429/93.

São diretrizes e valores que devem ser levados em conta tanto pelo legislador, como pelo agente administrativo e que, por conseguinte, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, inclusive para que seja declarada a nulidade dos atos administrativos. Válido frisar novamente que essa ampliação do controle jurisdicional defendida pela mais abalizada doutrina e jurisprudência pátrias não significa, de modo algum, a substituição do administrador público pelo juiz, encontrando limites.

Assim entendeu o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal – STF, Celso de Mello, conforme trecho do voto transcrito, a seguir:

Salientei, então, em tal decisão, que o Supremo Tribunal Federal, considerada a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada a esta corte, não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração como o direito- à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO). É que, se assim não for, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por efeito de violação negativa do estatuto constitucional motivada por inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Poder Público, consoante já advertiu, em tema de inconstitucionalidade por omissão, por mais de uma vez (RTJ175/1212-1213. Rel. Min. Celso de MELLO), o Supremo Tribunal Federal: [...] É certo – tal como observei no exame da ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (informativo/STF nº 345/2004) – que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e implementar políticas públicas (JOSE CARLOS VIEIRA DE ANDRADE), pois, nesse domínio, como adverte a doutrina (MARIA PAULA DALLARI BUCCI, “Direito Administrativo e Políticas Públicas”, 2002, Saraiva), o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativos e Executivo. Impende assinalar, no entanto, que tal incumbência, poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário, vierem a

comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame.” (STF, AG. REG no RE 436.996-6/SP, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 22/11/2005).

Como se observa, retira-se da decisão o entendimento de que a conveniência e oportunidade atribuídas ao administrador não se prestam como fundamento para o descumprimento das metas ordenadas pelas constituições modernas, que buscam implementar as condições de bem-estar do cidadão e que abarcam a definição de dignidade da pessoa humana, ou seja, condições mínimas de existência.

Nesse fundamento, o julgado estende o controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo, nos casos em que se objetiva a garantia de condições mínimas, imprescindíveis à vida com dignidade, tendo em vista os direitos de segunda geração, como por exemplo, a saúde, educação, e assistência, que estão previstos na constituição.

Nesse contexto, pode-se concluir, portanto, que o poder discricionário do administrador público não é absoluto e intocável pelo Poder Judiciário, devendo limitar-se no arcabouço jurídico constitucional. Portanto, não pode o agente público, fundar-se na oportunidade e conveniência, segundo a opção de seu juízo, para prejudicar a eficácia dos direitos sociais.

Diante de tudo até aqui exposto, verifica-se que a Administração Pública deve pautar-se, sempre, pelos seus fundamentos básicos, ou seja: pela lei, obediente aos seus termos e sentidos, em razão do princípio da legalidade; pelo princípio da moralidade; pelo interesse público, em razão do princípio da finalidade pública; pela transparência, em razão do princípio da publicidade; pela busca de bons resultados e do real atendimento das necessidades sociais e econômicas, em razão do princípio da eficiência; e, por último, pelo senso de proporcionalidade, tendo sem o cometimento de excessos, em razão do princípio da razoabilidade.

Detectada a desconformidade da atuação administrativa com tais diretrizes, com as normas constitucionais ou legais, constata-se ausência de legitimidade e a infração a tais normas, importando no vício do ato administrativo pelo agente público, o que gera a necessidade de controle da conduta da Administração Pública para coibir a ocorrência das ilegalidades, que são incompatíveis com o Estado de Direito.

7 CONCLUSÃO

Após estudo sobre os atos administrativos percebe-se ser plenamente possível à verificação de qualquer ato pelo Poder Judiciário.

Conforme até aqui explicitado, a doutrina administrativista evoluiu nos últimos tempos para manifestar uma maior preocupação com o controle dos atos administrativos discricionários.

Como visto, tal preocupação coincide, em termos jurídico-políticos, com as ideias, valores e princípios positivados pela Constituição de 1988, que não só consagrou e revitalizou princípios antigos (república, federação, autonomia administrativa, igualdade), como inovou em muitos aspectos (princípio da moralidade, da legalidade, da publicidade), no propósito de fazer de suas coordenadas, mormente aquelas norteadoras da atividade administrativa, um marco referencial concreto para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput).

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

Não se pretende substituir o juízo do administrador acerca da oportunidade e conveniência de um ato administrativo discricionário. Apenas, demonstramos que mesmo o ato administrativo discricionário, muitas vezes, terá seu mérito com o âmbito reduzido.

Afinal, quando um ato discricionário viola a esfera de direito subjetivo do administrando, causando-lhe prejuízo, por ter sido efetuado ilegitimamente, cabe proteção judicial e para se apurar tal violação será indispensável uma investigação ampla sobre a adequação ou inadequação do ato administrativo, analisando-o a partir do paradigma da “boa administração”, que seria um dever-poder do administrador público.

Nota-se que, partindo da tese de que os atos discricionários deveriam ser motivados sempre, quando este motivo não fosse verdadeiro, ilegítimo ou contra a finalidade pública, o Judiciário também poderia atacar este ato e indiretamente estaria adentrando no mérito administrativo.

Verificou-se também que a discricionariedade administrativa deve não só ser exercida em conformidade com a lei que a autoriza, mas também de acordo todos os princípios que informam o ordenamento jurídico.

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

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

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

De fato, o mérito administrativo, que se resume no binômio oportunidade e conveniência, seria o aspecto do ato administrativo discricionário que não poderia ser objeto de controle pelo Judiciário. Contudo, verifica-se uma diminuição da sua amplitude, de forma que esta passa a consistir em critérios não positivados utilizados pelo gestor público para definir a sua escolha.

Portanto, cabe frisar que para manter-se legítimo, o ato discricionário há de respeitar os limites impostos pela lei, pelos princípios jurídicos e, principalmente, pelo dever de “boa administração”, o que decorre de uma racional adequação entre os atos praticados e a finalidade legal e pública que os justifica, podendo-se concluir, em breve síntese, que quando o ato administrativo discricionário viola direito subjetivo de outrem, cabe proteção judicial.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto, A era dos direitos. Trad.: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CRETELLA JUNIOR, José. Controle jurisdicional do ato administrativo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. Tratado de direito administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 16. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO FILHO, Manual de Direito Administrativo, 17. ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª ed. 2008, p. 211

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MATOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. Revista IOB de direito administrativo, ano 1, nº 2, p. 1-49, fevereiro. 2006

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 14.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 32 ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 117.

MEIRELES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro, 25ª ed.,. São Paulo: Editora Malheiros, ano 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Elementos de Direito Administrativo. 2 ed. São Paulo: RT. 1991.

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

MELLO, Celso Antonio Bandeira de -' Curso de Direito Administrativo. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios gerais de direito administrativo. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, José Tarcízio de Almeida. Anotações sobre o exame do mérito do ato administrativo pelo poder judiciário. Jurisprudência Mineira, ano 52, n. 156, p. 19, abril / junho. 2001.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional Administrativo. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MORAES, Germana de Oliveira. Controle Jurisdicional da Administração Pública. São Paulo: Dialética, 1999.