

INSTITUTO VALE DO CRICARÉ
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
CURSO DE DIREITO

STANLEI DOS SANTOS BORGES

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

SÃO MATEUS
2019

STANLEI DOS SANTOS BORGES

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Samuel Davi Garcia Mendonça

SÃO MATEUS

2019

STANLEI DOS SANTOS BORGES

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ
ORIENTADOR

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

PROF.
FACULDADE VALE DO CRICARÉ

SÃO MATEUS

2019

A minha família.

A Deus.

AGRADECIMENTOS

A Deus, em primeiro lugar, que sempre me conduziu em tudo.

Aos meus pais, Estênio Couto Borges e Adélia Cruz dos Santos Borges, pelo suporte, incentivo e compreensão durante todos os momentos da minha vida.

Ao meu orientador, Prof. Me. Samuel Davi Garcia Mendonça, pela competência e respeito com que conduziu este processo, do alvorecer da ideia até a sua síntese.

Os únicos que não têm cicatrizes são
aqueles que decidiram não combater.

C.S. Lewis.

RESUMO

O presente trabalho, tem o objetivo de analisar a possibilidade e a extensão do controle Judicial sobre os atos administrativos editados no uso da discricionariedade. Durante muito tempo, não se admitiu a possibilidade do controle judicial sobre esses atos, sob a alegação de violação ao princípio da separação dos poderes. No entanto, a partir da promulgação da Constituição de 1988, que alargou as competências do Poder Judiciário e ampliou os princípios norteadores da Administração Pública, a doutrina e a jurisprudência começaram a discutir a possibilidade desse controle, bem como os limites impostos à atuação do Judiciário nesses casos.

Palavras-chave: Atos Discricionários. Controle Judicial. Administração Pública.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the possibility and extent of judicial control over administrative acts issued in the use of discretion. For a long time, the possibility of judicial control over these acts was not admitted, on the grounds of violation of the principle of separation of powers. However, since the promulgation of the 1988 Constitution, which broadened the powers of the judiciary and broadened the guiding principles of public administration, doctrine and jurisprudence began to discuss the possibility of such control, as well as the limits imposed on the performance of the judiciary. Judiciary in such cases.

Keywords: Discretionary Acts. Judicial Control. Public Administration.

LISTA DE SIGLAS

CF – Constituição Federal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

RE – Recurso Extraordinário

Resp. - Recurso Especial

RMS – Recurso em Mandado de Segurança

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONTROLE DA ADMINITRAÇÃO PÚBLICA	12
2.1 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICO	12
2.2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO	15
2.3 CLASSIFICAÇÃO DO CONTROLE	17
2.3.1 CONTROLE ADMINISTRATIVO, LEGISLATIVO E JUDICIAL	17
2.3.2 CONTROLE INTERNO E EXTERNO	18
2.3.3 CONTROLE DE LEGALIDADE E DE MÉRITO	19
3.NOÇÕES GERAIS ACERCA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	21
3.1 ATOS E FATOS ADMINISTRATIVOS	21
3.2 ATO DA ADMINISTRAÇÃO E ATO ADMINISTRATIVO	22
3.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	24
3.4 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	25
3.4.1 COMPETÊNCIA	26
3.4.2 FINALIDADE	27
3.4.3 FORMA	28
3.4.4 MOTIVO	28
3.4.5 OBJETO	30
3.5 ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS	30
4.CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS	34
4.1 MÉRITO ADMINISTRATIVO E CONTROLE JUDICIAL	35
4.2 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE O MÉRITO ADMINISTRATIVO	43
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS	48

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, consagrou o chamado princípio da inafastabilidade da jurisdição, pelo qual nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser afastadas da apreciação jurisdicional. A mesma constituição, ainda, dispõe que a Administração Pública é regida pelos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência.

A legalidade no caso da Administração Pública, é entendida em sentido estrito. Isso quer dizer que, a Administração, no Brasil, só pode fazer o que a Lei a autoriza. É por essa razão, que os atos administrativos devem, sempre, retirar o seu fundamento de validade da Lei, entendida esta em sentido amplo, ou seja, abarcando o ordenamento jurídico como um todo.

Ocorre que nem sempre a legislação regulamenta integralmente o modo como a Administração Pública deve praticar seus atos, especialmente porque não pode o legislador prevê todas as situações jurídicas que serão postas à Administração. Por essa razão, a lei atribui ao administrador uma certa margem de escolha para a prática de determinados atos, é o que se chama de discricionariedade.

Reside aí, o ponto central deste trabalho, ou seja, analisar a possibilidade de o Poder Judiciário controlar os atos editados no âmbito da discricionariedade administrativa, bem como os limites impostos a essa modalidade de controle. Isso se mostra relevante na medida em que as funções do Estado são divididas em três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. Dessa forma, atribuindo a legislação certa margens de escolha à função administrativa, poderia o órgão jurisdicional controlar esses atos? E qual seria a extensão desse controle? Poderia o Poder Judiciário substituir a vontade do administrador?

Para obter o desiderato deste estudo, utilizou-se como base de pesquisa a doutrina, a jurisprudência e a legislação relacionadas ao tema. Com efeito, no primeiro tópico será abordado o conceito de Estado e de Administração Pública, bem como os aspectos gerais do controle da atividade administrativa.

No segundo momento, será explorado o tema referente aos atos administrativos, seu conceito, seus atributos e elementos formadores. Também se estabelecerá a diferença existente entre atos administrativos discricionários e vinculados.

No último tópico, serão analisados os aspectos do controle despenhado pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários. Nesse tópico, o objetivo será entender como a doutrina e a jurisprudência estão interpretando a discricionariedade administrativa. Aliado a isso, analisar-se-á o controle exercido pelo Judiciário sobre esses atos, bem como os seus limites.

Como pode ser observado, o tema é complexo e de grande relevância prática, especialmente no âmbito das discussões acadêmicas, bem como no aspecto profissional para os operadores do direito.

2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que possamos entender o controle sobre os atos administrativos é preciso que, primeiramente, passemos pelos conceitos de Estado e as funções decorrente da noção de tripartição dos poderes. O Estado é *“uma instituição organizada política, social e juridicamente, dotada de personalidade jurídica própria de Direito Público, submetida às normas estipuladas pela lei máxima, que, no Brasil, é a Constituição”* (CARVALHO, 2017, p. 33).

O Estado, classicamente conceituado, é dotado de um governo soberano, um território e de um povo, e manifesta-se, na contemporaneidade, por meio de três funções: a Legislativa, Executiva (ou administrativa) e a Judicial. Essas funções, na realidade, são as estruturas organizações do Estado.

Assim sendo, A função legislativa é a função estatal encarregada de expedir normas gerais, em regra abstratas, que inovem no ordenamento jurídico, retirando estas seu fundamento de validade diretamente da Constituição (MELLO, 2014, p. 36). A função judicial, tem como atribuição central a resolução de controvérsias jurídicas com força de definitividade (MELLO, 2014, p. 36)

A função administrativa, por seu turno, se consubstancia na *“implementação do que determina a lei para atender às necessidades da população, como infraestrutura, saúde, educação, cultura, abarcando a prestação de serviços públicos”* (CARVALHO, 2017, p. 34). Vê-se dessa forma, que a atividade administrativa é a que mais entrega serviços estatais de forma direta ao administrado. A por essa razão que a função administrativa é uma função residual, de sorte que tudo que não for de atribuição de outros Poderes ou de órgãos autônomos pode ser abarcada por ela (FIGUEIREDO, 2014, p. 79)

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, essas funções do Estado, estão distribuídos entre três blocos orgânicos denominados de “Poderes”, que absolvem de forma preponderante as funções de igual nome (MELLO, 2014, p. 31). Assim, de forma típica, o Poder Legislativo legisla, o Executivo administra e o Judiciário exerce a função jurisdicional. No Brasil, porém, os Poderes também podem exercer, de forma atípica, funções que são preponderantemente desempenhadas pelos outros. Acerca das funções típicas e atípicas, pontua Celso Antônio Bandeira de Mello

:

Dentro desta construção ideológica, que ganhou enorme e proveitosa aceitação, é fundamental dividir-se o exercício destas aludidas funções entre diferentes órgãos. Sem embargo, nos vários Direitos Constitucionais positivos - e assim também no brasileiro – sua distribuição não se processa de maneira a preservar com rigidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de compor os chamados "freios e contrapesos", mecanismo por força do qual atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio melhor articulado entre os chamados "poderes", isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno. (MELLO, 2014, p. 32)

Nesse diapasão, o Poder Legislativo pode exercer jurisdição, quando realiza o julgamento de algumas autoridades públicas, por crime de responsabilidade (art. 52 da CF/88). O Poder Executivo exerce a função legislativa, mesmo que precária, quando edita Medidas Provisórias (art. 62 da CF/88). Já o Poder Judiciário, assim como o Legislativo, exerce, também, de forma atípica, a função administrativa, em seu âmbito, explica MELLO:

Com efeito, ninguém duvida que o Poder Legislativo, além dos atos tipicamente seus, quais os de fazer leis, pratica atos notoriamente administrativos, isto é, que não são nem gerais, nem abstratos e que não inovam inicialmente na ordem jurídica (por exemplo, quando realiza licitações ou quando promove seus servidores) e que o Poder Judiciário, de fora parte proceder a julgamentos como é de sua específica atribuição, pratica estes mesmos atos administrativo a que se fez referência. Acresce que, para alguns, o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, atividade posta a cargo do Legislativo, é exercício de função jurisdicional, irreversível por outro Poder, de sorte que o referido corpo orgânico, além de atos administrativos, e de par com os que lhe concernem normalmente, também praticaria atos jurisdicionais.⁵ Outrossim, conforme opinião de muitos, o Judiciário exerceria atos de natureza legislativa, quais, os seus regimentos intemos,⁶ pois neles se reproduziriam as mesmas características das leis: generalidade e abstração assim como o atributo de inovarem inicialmente na ordem jurídica, ou seja, de inaugurarem direitos e deveres fundados unicamente na Constituição, tal como ocorre com as leis. De seu turno, o Poder Executivo expede regulamentos, atos que materialmente são similares às leis e, na Europa, muitos destes regulamentos inovam inicialmente na ordem jurídica, tal como o fazem as leis.

Ressalte-se, também que a função administrativa não pode ser confundida com a função política. A diferença reside em que a função política é caracterizada por não ter subordinação jurídica direta, enquanto a administrativa sempre se sujeita a regras

jurídicas preestabelecida (CARVALHO FILHO, 2018, p. 61). Um exemplo do exercício da função política é a apresentação de projetos de lei pelo Presidente da República.

Aqui não cumpre explorar de forma demasiada cada uma das funções estatais, bastando apenas essas explanações gerais, sendo mais importante, agora, adentrar ao tema da Administração Pública. A doutrina defini a Administração Pública sob dois aspectos, sendo um subjetivo, também chamado de formal ou orgânico, e outro objetivo, também chamado de material.

No sentido orgânico, a Administração Pública (grafada com as iniciais maiúsculas) é definida como sendo o conjunto de agentes e órgãos estatais no exercício da função administrativa (CARVALHO, 2017, p. 35). Nesse caso, a administração pública é entendida em sentido amplo, abrangendo todos os Poderes da República, de forma que onde tiver órgãos e agentes estatais, ali estará presente a Administração Pública.

De outro lado, entende-se que a administração pública (grafada com letras minúsculas), fundamentada no critério objetivo ou material, designa a atividade que é exercida pelos órgãos e agentes estatais, confundindo-se, assim, com a própria noção de função administrativa, a qual busca a defesa concreta do interesse público (CARVALHO, 2017, p. 35).

A Administração Pública pode ser, dessa forma, entendida tanto em sentido amplo, como sendo a junção dos órgãos e da atividade administrativa, e de forma individualizada, tomando como base cada um de seus sentidos. Acerca do tema, resume Diogo de Figueiredo:

“[...] sintetiza-se o conceito de administração pública como as atividades preponderantemente executórias, definidas por lei como funções do Estado, gerindo recursos para a realização de objetivos voltados à satisfação de interesses especificamente definidos como públicos. A expressão Administração Pública, bem como, abreviadamente, a Administração, como também comumente se emprega, quando venham grafadas com iniciais maiúsculas, não são designativas da atividade, mas do ente ou do órgão que exerce a gestão estatal, na acepção subjetiva de Estado-administrador ou, por vezes, de Governo, neste caso tomado em seu sentido mais estrito, excludente das atividades legislativas e jurisdicionais.” (FIGUEIREDO, 2014, p. 190)

A autores, ainda, que diferem Administração pública, em sentido amplo e estrito. Em sentido amplo, a administração pública compreenderia os atos de Governo, os quais traçam os planos de direção e comando do Estado, e os órgãos administrativos, que seriam os subordinados, incumbidos de executar os planos

governamentais (PIETRO, 2018, p. 118). A administração pública em sentido estrito, seria formada apenas pela função propriamente administrativa.

2.2 ASPECTOS GERAIS DO CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

Em um Estado de Direito, no qual todos estão submetidos à lei, a máquina administrativa, criada para a efetivação dos interesses públicos, não pode ter atuação ilimitada, devendo esta ser balizada pela prescrição legal, como bem assevera Matheus Carvalho:

Com efeito, 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. Neste sentido, somente a lei deve pautar a atividade do ente estatal, atividade cujo fim imediato deve ser sempre a satisfação das necessidades públicas. Não se pode esquecer que a noção de República, no latim *res publica*, transmite a ideia de que o titular do patrimônio público é o povo e não a Administração Pública, sendo submissa, esta entidade, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. De fato, uma vez que o Estado atua enquanto gestor de coisa alheia, sem dela poder dispor, deve pautar sua conduta pela transparência, a fim de que o efetivo titular do interesse público possa analisar se o exercício das atividades estatais supre as necessidades da coletividade. (CARVALHO, 2017, p. 385)

Não é o administrador público dono da *res publica*, mas um mero gestor desta. Por isso, é indispensável que existam mecanismo de controle para verificar a legalidade, dos atos praticados pela administração. Nesse sentido, o controle pode ser conceituado como sendo:

o conjunto de instrumentos definidos pelo ordenamento jurídico a fim de permitir a fiscalização da atuação estatal por órgãos e entidades da própria Administração Pública, dos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como pelo povo diretamente, compreendendo ainda a possibilidade de orientação e revisão da atuação administrativa de todas as entidades e agentes públicos, em todas as esferas de poder. (CARVALHO, 2017, p. 386)

O controle, é dividido em duas fases, a primeira é a fase da fiscalização, onde se realiza a coleta e a análise de dados da atuação administrativa, nessa fase pode-se enxergar a importância do princípio da Publicidade que norteia a Administração Pública (art. 37 da CF), pois é ele o garantidor de que a atuação administrativa será conhecida por todos.

Já na segunda fase, se decidirá acerca da regularidade da atuação da Administração, com a competente correção dos atos editados em desarmonia com a lei ou com o interesse público. É nessa fase que se analisará a legalidade dos atos administrativos, como bem explica CARVALHO:

Primeiramente, deve-se controlar a atuação estatal em relação à sua adequação com o ordenamento jurídico. Nestes casos, trata-se de controle de legalidade dos atos, que decorre do fato de que toda atuação administrativa deve estar previamente estipulada em lei. Não se pode esquecer ser ilícita qualquer conduta praticada, ainda que para satisfação do interesse público, se não estiver previamente delimitada por normas jurídicas anteriores. Amplamente considerada, a legalidade abarca as normas infraconstitucionais e os princípios e regras definidos na Constituição da República, ensejando a nulidade dos atos que desrespeitem seus termos. Por sua vez, também se verifica a possibilidade de controle do mérito da atuação estatal, situações em que não se discute a legalidade da conduta - que será lícita - mas sim a oportunidade e conveniência de sua manutenção, diante de situações supervenientes que alterem o cenário no qual se deu o exercício da atividade. Neste sentido, cumpre lembrar que, no exercício da competência discricionária, compete ao agente analisar a conduta que melhor atende o interesse da coletividade, dentro da margem de escolha conferida pela lei. (CARVALHO, 2017, p. 387)

É importante ressaltar, que quando se fala em controle da Administração Pública, não está a se tratar apenas do Poder Executivo, mais da Administração Pública em sentido amplo, de modo que os Poderes Legislativo e Judiciário, quando exercem a função administrativa, também se submetem ao controle.

Dessa forma, o decreto lei n. 200/1967, em seu art. 6º, V, dispõe que as atividades da Administração Federal obedecerão como princípio fundamental ao controle exercido pelos cidadãos e pelos próprios órgãos internos desta entidade, abrangendo, inclusive, aqueles que integram a estrutura dos Poderes Legislativo e Judiciário. Inclusive, neste Interim, a Constituição Federal, mediante alteração sofrida pela Emenda Constitucional n. 45/2004, definiu a criação de dois órgãos com a atribuição de controle da atuação do Estado, quais sejam, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público, em seus artigos 103-B e 130-A, respectivamente. Sendo assim, a tônica do Direito Administrativo moderno é a atuação direcionada para a satisfação das necessidades coletivas executadas mediante controle do cidadão e da própria Administração Pública. (CARVALHO, 2017, p. 385)

Vê-se que controle exercido sobre a Administração é amplo, contemplando, inclusive, todos os entes que a ela estão ligados. A finalidade desse controle, na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é o 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.” (PIETRO, 2018, p. 993).

Além disso, os entes da Administração indireta, embora sejam dotados de personalidade jurídica própria, também sofrem o controle. Isso porque, são regidos pelos mesmos princípios basilares da Administração direta, estampados no art. 37 da Lei Maior.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DO CONTROLE

Diversas são as classificações doutrinárias acerca do controle da Administração Pública, como a intenção nesse trabalho não é esgotar o tema, falaremos apenas dos mais importantes.

2.3.1 CONTROLE ADMINISTRATIVO, LEGISLATIVO E JUDICIAL

Quanto ao órgão que realiza, o controle pode ser classificado em administrativo, legislativo ou judicial. Quando o órgão controlador realiza o controle no desempenho da função administrativa, chama-se de controle administrativo, essa modalidade de controle é exercida de forma interna no âmbito de cada Poder da República, podendo ser realizado de ofício ou por provocação (MAZZA, 2016, p. 2016)

Quando o órgão controlador realiza o controle exercendo a função legislativa, chamasse de controle legislativo ou parlamentar. O controle do legislativo em relação aos atos da administração pode ser feito com ou sem o apoio do Tribunal de Contas, um exemplo de controle legislativo é o previsto no artigo 49, inciso V, da Constituição Federa, que estabelece a competência do Congresso Nacional para sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar.

O Poder Legislativo manifesta a vontade popular, eis que os seus membros ocupam tais cargos por concessão do próprio povo. Sendo assim, não poderia deixar de realizar o controle da Administração. Na realidade, a própria Constituição estabelece como sendo uma das competências do Congresso Nacional a fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo (art. 49, X da CF/88).

O controle judicial, por sua vez, é exercido por juízes e tribunais no âmbito da função jurisdicional. Essa modalidade de controle é mais ampla do que a legislativa, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV da CF/88).

Nesse ponto, é importante ressaltar que a realização do controle pelos Poderes Legislativo ou Judiciário, também pode ser denominado de controle administrativo, quando estes o realizam no âmbito interno, dentro de suas funções atípicas de administrar.

2.3.2 CONTROLE INTERNO E EXTERNO

O controle pode ser classificado, ainda, em interno ou externo. O interno é exercido por órgãos da própria Administração, no âmbito de cada Poder da República. Já o controle externo é realizado por órgãos alheios à Administração. Nesse ponto, cabe destacar que os entes da Administração indireta se sujeitam a um duplo controle interno, como aponta o professor Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assumida esta codificação terminológica, cumpriria ressaltar que, em relação às entidades da Administração indireta (sem prejuízo dos controles externos), haveria um duplo controle interno: aquele que é efetuado por órgãos seus, que lhe compõem a intimidade e aos quais assiste esta função, e aquele outro procedido pela Administração direta. A este último talvez se pudesse atribuir a denominação, um tanto rebarbativa ou paradoxal, reconheça-se, de controle interno exterior. (MELLO, 2014, p. 963)

O controle interno da administração encontra guarida na própria Constituição Federal, que em seu artigo 74, determina que os três Poderes devam ter, de forma integrada, sistemas de controle interno. O próprio artigo enumera, ainda, as principais finalidades desse controle:

Art. 74. 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.

Percebe-se que o constituinte teve uma grande preocupação com a administração da coisa pública, de sorte que positivou no texto constitucional a necessidade de a própria Administração Pública desenvolver mecanismos internos de controle. No âmbito federal, existe, inclusive, um Ministério criado unicamente para realizar o controle do Poder Executivo, o denominado Ministério da Controladoria-Geral da União.

Não entendeu, porém, o constituinte que o controle interno da Administração seria suficiente. Por essa razão atribuía a órgãos estranhos à função administrativa, a possibilidade e o dever de realizar o controle externo. Tal controle é realizado pelo Poder Legislativo, diretamente ou por meio de Tribunal de Contas, e pelo Poder Judiciário.

O controle popular também é considerado uma modalidade de controle externo. Nesse caso, os administrados fiscalizam a regularidade da atuação administrativa, podendo provocar a atuação dos órgãos administrativos e judiciais para que os atos ilegais sejam anulados e os inconvenientes sejam revogados.

2.3.3 CONTROLE DE LEGALIDADE E DE MÉRITO

Quanto à natureza do controle, este pode ser de legalidade ou de mérito. Busca-se por meio do controle de legalidade, verificar a compatibilidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico. A legalidade é aferida, não apenas com base na adequação entre o ato e o texto legal, mas também pela observância dos princípios constitucionais da Administração Pública (Carvalho, 2017, p. 390).

O controle do mérito, por sua vez, tem o objetivo de verificar a oportunidade e a conveniência do ato administrativo, sendo, em regra, realizado pela própria Administração, como ressalta Matheus Carvalho:

Por sua vez, o controle de mérito deve ser exercido com a intenção de verificar a oportunidade e conveniência administrativas do ato controlado. Neste sentido, trata-se de controle administrativo que, de regra, compete exclusivamente ao próprio Poder o qual, atuando na função de Administração Pública, praticou a conduta. Excepcionalmente, nos casos previstos na Constituição Federal, o Poder Legislativo tem competência para exercer o controle de mérito sobre atos praticados pela Administração, como ocorre, por exemplo, em casos que exigem a aprovação do Senado Federal para a nomeação de um Ministro do Supremo Tribunal Federal. Não obstante tenha natureza de controle político, não serão analisados somente aspectos de

legalidade, mas sim de oportunidade e conveniência. (CARVALHO, 2017, p. 390)

O controle de legalidade ou do mérito administrativo, pode ser exercido pela Administração Pública, de ofício ou mediante provocação. Já o controle Judicial dos atos administrativos, deve ser sempre provocado. Esse tema será melhor aprofundado mais à frente, eis que para que possamos compreendê-lo melhor, é necessário que exploremos com mais acuidade os atos administrativos, especialmente os discricionários.

3 NOÇÕES GERAIS ACERCA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Nesse tópico não se buscará esgotar os temas referentes ao ato administrativo, mas apenas se fará uma rápida exposição acerca dos aspectos conceituais deste e seus principais elementos e atributos, bem como a distinção que há entre os atos discricionários e os vinculados.

3.1 ATOS E FATOS ADMINISTRATIVOS

Para que entendamos o que é um ato administrativo, é necessário, inicialmente, que conceituemos o que são os fatos e atos jurídicos. Fato, é todo e qualquer acontecimento, qualquer alteração da realidade, ou seja, tudo que acontece é um fato. Os fatos podem, ou não, ter relevância para o Direito.

Quando influem na ordem jurídica são chamados de fatos jurídicos, tendo estes aptidão para produzir efeitos em relações ou situações jurídicas. Acerca do fato jurídico, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Este se define como: qualquer acontecimento a que o Direito imputa e enquanto imputa efeitos jurídicos. O fato jurídico, portanto, pode ser um evento material ou uma conduta humana, voluntária ou involuntária, preordenada ou não a interferir na ordem jurídica. Basta que o sistema normativo lhe atribua efeitos de direito para qualificar-se como um fato jurídico.” (MELLO, 2014, p. 380)

No âmbito do Direito Administrativo, só nos interessa estudar os fatos que são juridicamente relevantes, pois são apenas esses que apresentam repercussões para a Administração Pública. Os fatos jurídicos se subdividem em “fatos jurídicos da natureza” ou fatos jurídicos *strictu sensu* e “fatos de pessoas” ou atos jurídicos. O ato jurídico nada mais é do que “o ato humano que manifesta vontade, de forma a interferir no direito” (CARVALHO, 2017, p, 248).

Observa-se, assim, que enquanto os fatos jurídicos são apenas acontecimentos que repercutem na ordem jurídica, os atos jurídicos são a exteriorização de declarações de vontades que, igualmente, influem no Direito. Sobre a diferença entre o fato jurídico e ato jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello explica:

“Isto posto, cabe indagar: como, a final, haver-se-á de proceder à distinção entre ato jurídico e outras espécies de fatos jurídicos? Ao

nosso ver a solução é a seguinte. Atos jurídicos são declarações, vale dizer, são enunciados; são "falas" prescritivas. O ato jurídico é uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela deverá ser. Fatos jurídicos não são declarações; portanto, não são prescrições. Não são falas, não pronunciam coisa alguma. O fato não diz nada. Apenas ocorre. A lei é que fala sobre ele. Donde a distinção entre ato jurídico e fato jurídico é simplicíssima. Toda vez que se estiver perante uma dicção prescritiva de direito (seja ela oral, escrita, expressada por mímica ou sinais convencionais) estar-se-á perante um ato jurídico; ou seja, perante um comando jurídico. Quando, diversamente, se esteja ante um evento não prescritivo ao qual o Direito atribua consequências jurídicas estar-se-á perante um fato jurídico." (MELLO, 2014, p. 382)

Podemos dizer, então, que um fato administrativo é um acontecimento que produz efeitos na esfera do Direito Administrativo, como é o caso, por exemplo, da morte de um servidor público, que acaba por ocasionar a vacância do cargo público (PIETRO, 2018, p. 271). De outro lado, quando uma declaração de vontade exalada pelos órgãos administrativos e seus agentes repercutir no Direito Administrativo, estaremos diante de um ato administrativo.

O que diferencia os atos administrativos dos demais atos jurídicos são suas especificidades. Isso porque, os atos administrativos são regidos por normas de Direito Público e estão norteados pelos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público (CARVALHO, 2017, p. 248).

Todavia, nem todos os atos praticados pela Administração estão submetidos a estas regras, de sorte que existem atos da Administração regidos por normas de Direito Privado. Por essa razão, cumpre diferenciar os atos da Administração dos atos administrativos.

3.2 ATO DA ADMINISTRAÇÃO E ATO ADMINISTRATIVO

A expressão "ato da Administração" é uma terminologia ampla, na qual está contida os atos administrativos. Diz-se que todos os atos praticados no âmbito da função administrativa são atos da Administração (PIETRO, 2018, p. 271). Já a noção de ato administrativo, tem a finalidade de individualizar os atos do Estado que gozam de características contrapostas às dos atos regidos pelo Direito Privado (MELLO, 2014, p. 391).

A doutrina divide os atos praticados pela Administração em atos políticos ou de governo, atos privados, atos materiais e atos administrativos. Os atos políticos ou de governo, são aqueles praticados no exercício da função política, tendo seus requisitos

de validade retirados diretamente da Constituição Federal, o que lhes atribui uma maior discricionariedade.

Cita-se como expressão de atos políticos, a concessão de indulto, a sanção ou veto de projeto de lei pelo chefe do Poder Executivo e a apresentação de projetos de lei. Sobre os atos políticos destaca Celso Antônio:

Por corresponderem ao exercício de função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante *também sejam controláveis pelo Poder Judiciário* são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional - ao invés de infralegal -, o que lhes confere fisionomia própria. (MELLO, 2014, p. 392)

Os atos materiais da Administração, por seu turno, envolvem apenas a execução da função administrativa, não se efetivando como uma manifestação de vontade. Isso ocorre, por exemplo, quando os órgãos e agentes da Administração efetivam a demolição de um prédio que estava colocando em risco a vida dos administrados.

Nesse caso, o ato que determina a demolição é um ato administrativo, porém, a atividade de demolir, em nada expressa uma vontade, mas apenas a mera execução de uma atividade.

Tem-se, ainda os atos privados praticados pela Administração, que consistem em “*atos nos quais a administração pública atua sem prerrogativas, em igualdade de condições com o particular*” (CARVALHO, 2017, p. 249). Exemplos de atos privados são os atos de locação de imóveis pela Administração.

Os atos políticos, materiais e privados, são desempenhados fora da função administrativa, razão pela qual não interessam ao Direito Administrativo e por consequência não são objetos deste estudo.

O que nos convém estudar são os atos administrativos. Nesse sentido, cumpre ressaltar que não há unidade da doutrina quanto ao conceito de atos administrativos. Nas palavras de Matheus Carvalho, os atos administrativos podem ser conceituados como:

Ato administrativo é todo ato praticado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, no exercício da função administrativa (estando excluído deste conceito os atos políticos), sob o regime de Direito Público, ou seja,

gozando o ato de todas as prerrogativas estatais, diferentemente do que ocorre com os atos privados da Administração e, por fim, manifestando vontade do poder público em casos concretos ou de forma geral, não se confundindo com meros atos de execução de atividade. (CARVALO, 2017, p. 252)

Podemos extrair desse conceito que os atos administrativos, para efeito de incidência do Direito Administrativo, excluem todos os atos da Administração desempenhados fora da função administrativa. Destaca-se, ainda, que os atos administrativos podem ser praticados tanto pela própria administração, como também por quem esteja fazendo as vezes desta, como no caso dos delegatários de serviços públicos.

Nesse diapasão, mas alterando algumas vertentes conceituais, Diogo de Figueiredo entende que os atos administrativos são “*a manifestação unilateral de vontade da administração pública que tem por objetivo constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes*” (FIGUEIREDO, 2014, p. 221).

Partindo desse pressuposto, estão excluídos dos atos administrativos, as exteriorizações de vontade da Administração Pública que ocorram de forma bilateral, nos casos, por exemplo, dos contratos da Administração, e plurilaterais, como ocorrem nos convênios públicos.

3.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Por meio dos atributos dos atos administrativos, restará mais evidente a distinção entre estes e os atos jurídicos comuns. Os atos administrativos são regidos pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, e, em razão disso, gozam de atributos que os atos privados não possuem.

Embora não haja consenso doutrinário sobre quais são os atributos inerentes aos atos administrativos, majoritariamente são apontados como tais: a presunção de legitimidade e veracidade, a imperatividade, a exigibilidade, a executoriedade ou autoexecutoriedade, e a tipicidade (PIETRO, 2018, p. 278).

Entende-se por presunção de veracidade e legitimidade, que os atos administrativos são verdadeiros e foram editados em conformidade com a lei. A

presunção de veracidade quer dizer que os fatos expostos no ato administrativo, são presumidamente verdadeiros. Em relação à legitimidade, a presunção é de que os atos são editados em conformidade com o ordenamento jurídico. Essas presunções não são absolutas, de forma que os interessados podem provar o contrário.

A imperatividade, por sua vez, é a possibilidade da Administração Pública, impor a sua vontade aos particulares. Nem todos os atos administrativos possuem esse atributo, eis que existem atos que são expedidos em consonância com a vontade do particular, como no caso de concessão de licença.

Os atos administrativos também gozam de Exigibilidade, isso quer dizer que, a Administração Pública pode valer-se de meios indiretos de coação para que o particular cumpra suas determinações. Um exemplo desse atributo são as multas aplicadas pela Administração.

Já quando a Administração executa de fora direta o seu ato, denomina-se esse atributo de autoexecutoriedade. Por fim, a tipicidade é o atributo que indica que o ato administrativo deve corresponder a um tipo previamente definido em lei (PIETRO, 2018, p. 282). Na realidade, como pontua Matheus Carvalho (CARVALHO, 2018, p. 279), a tipicidade é uma limitação a edição de atos não previstos em lei, estando mais intimamente ligado ao princípio da legalidade do que a noção de atributos dos atos administrativos.

3.4 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Assim como em relação ao conceito, a doutrina também não chegou a um consenso acerca dos elementos ou requisitos do ato administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, distingue os elementos do ato e os pressupostos do ato (MELLO, 2014, p. 400). Para o autor, os elementos são realidades intrínsecas do ato, sendo estes formados pelo conteúdo e pela forma. Já os pressupostos, se subdividiriam em pressupostos de existência e de validade.

Os pressupostos de existência seriam formados pelo objeto e pela “pertinência do ato da função administrativa” (MELLO, 2014, p. 400). Já os pressupostos de validade, para o citado autor, são integralizados pelo sujeito, pela finalidade e pelo motivo. Não obstante isso, o entendimento majoritário adotado é no sentido de que os elementos ou requisitos dos atos são aqueles elencados no artigo 2º da Lei 4.417/65. Dessa forma, considera-se elementos dos atos administrativos: a

competência, a finalidade, o motivo, a forma e objeto, os quais passaremos a analisar a seguir.

3.4.1 COMPETÊNCIA

A competência pode ser definida como “o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo” (PIETRO, 2018, p. 283). A competência é atribuída pela lei em sentido amplo, de sorte que pode fixada pela Constituição Federal, pela lei em sentido estrito, e até por atos administrativos gerais, editados pelos órgãos superiores em relação aos inferiores (Carvalho Filho, 2018, p. 171).

Nesse sentido, o art. 84, inciso VI da Constituição da República, autorizou ao Presidente da República dispor, mediante decreto, acerca da organização da administração pública federal. No âmbito dos atos administrativos, a competência é, assim, a atribuição legal dada a órgãos e agentes públicos para a prática de determinados atos administrativos.

Os agentes públicos, por decorrência do próprio conceito de ato administrativo, também são considerados em sentido amplo, abrangendo todos aqueles que atuem em nome do Estado, como explica Matheus Carvalho:

Nesse sentido, são considerados agentes, para fins de edição de atos administrativos, os agentes políticos, quais sejam os detentores de mandatos eletivos, os secretários e ministros de Estado, além dos membros da magistratura e do Ministério Público. Também os atos podem ser praticados por particulares em colaboração com o poder público, assim considerados os que exercem função estatal, sem vínculo previamente definido, como ocorre com jurados e mesários, por exemplo. Por fim, os servidores estatais atuam no exercício da função administrativa e podem praticar tais atos, abrangendo neste conceito os agentes estatutários, os regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e, ainda, os servidores temporários, contratados, nos moldes do art. 37, IX da Constituição da República. (CARVALHO, 2017, p. 258-259)

Como decorre da lei, a competência é ato administrativo vinculado, não podendo o administrador público dispor sobre ela, salvo nos casos autorizados pela legislação (art. 2º, II, da Lei 9.784/1999). Com efeito, são características da

competência a inderrogabilidade ou irrenunciabilidade, a improrrogabilidade, a imprescritibilidade e a delegabilidade.

A competência é improrrogável, porque não pode ser atribuída ao agente público em razão de ter efetivado determinado ato para o qual não tinha atribuição (CARVALHO, 2017, p. 257). E é imprescritível pois não se extingue pela inércia do agente público. É inderrogável, pois é definida em benefício do interesse público, razão pela qual não pode o agente público renunciá-la.

Apesar disso, a lei admite a possibilidade de delegação e de avocação de competências (art. 11 da Lei 9.784/1999). A delegação de competência “é a extensão de competência, de forma temporária, para um outro agente de mesma hierarquia ou de nível hierárquico inferior” (CARVALHO, 2017, p. 258). O ato de delegação não transfere a competência, na realidade, o agente delegante apenas amplia sua competência para outro agente.

De outro lado, a avocação de competência ocorre quando o agente público de grau hierárquico superior, por motivos relevantes e devidamente justificados, chama para si competências de outro agente de grau inferior. Na avocação de competência, diferentemente da delegação, sempre existirá uma relação de subordinação. Por fim, cumpre destacar que lei proíbe, de forma expressa, a delegação ou avocação de competências nas hipóteses de expedição de atos normativos, de competências exclusivas e de decisões de recursos hierárquicos (art. 15 da Lei 9.784/1999).

3.4.2 FINALIDADE

A Finalidade do ato é o seu objetivo, ou seja, o que se pretende, o fim que se almeja com a edição deste. Todo ato administrativo deve ter como norte o interesse público. A doutrina costuma dividir a finalidade em Finalidade Genérica e Finalidade Específica. A finalidade Genérica é o interesse público, devendo todos os atos administrativos observá-la. Já a finalidade específica é aquela estabelecida em lei para cada ato.

O administrador público não poderá se desviar, nem da finalidade genérica, nem da específica. Caso assim proceda, o ato administrativo estará eivado de vício de finalidade, sendo este elemento vinculante. Dessa maneira, ainda que o ato esteja sendo manifestado em harmonia com o interesse público, mas em desrespeito a finalidade específica, este será nulo.

3.4.3 FORMA

A forma é o modo pelo qual o ato é exteriorizado, sendo esta prescrita em lei. Não há, pois, ato sem forma, de sorte que a sua ausência importará em inexistência do ato administrativo (CARVALHO, 2017, p. 263). Lado outro, também, não bastará que o ato seja externalizado por meio de uma forma, pois deve este observar, ainda, os critérios previstos em lei, sob pena de nulidade. Acerca da forma, explica Mateus Carvalho:

Pode-se definir, então, que a simples concessão de uma licença para construir, por exemplo, deve ser precedida de uma série de atos administrativos, delimitados no âmbito de um procedimento, no qual serão anexados documentos como forma de demonstração e justificação da conduta da autoridade estatal. A exigência de forma para a prática dos atos da Administração Pública decorre do **princípio da solenidade**, inerente à atuação estatal, como garantia dos cidadãos que serão atingidos por esta conduta. (CARVALHO, 2017, p. 263)

É em razão dessa solenidade que se entende que os atos administrativos devem ser praticados por escritos e em língua portuguesa (CARVALHO, 2017, p. 263). Em especial para que a manifestação da Administração seja acessível a qualquer do povo. Eventuais vícios de forma, podem ser sanáveis desde que a forma utilizada não gere prejuízos aos interesses da coletividade ou de terceiros.

Para Diogo de Figueiredo, a forma se revela de duas maneiras. A forma essencial, que seria aquela sem a qual o ato, independentemente, de alcançar o interesse público, restará defeituoso. E a forma accidental que é aquela que não afetará a validade do ato (Figueiredo, 2017, p. 225). Um exemplo de forma essencial, é a necessidade de que a declaração de utilidade de um bem imóvel para fins de desapropriação, seja feita por meio de decreto.

3.4.4 MOTIVO

O motivo são os pressupostos de fato e de direito que autoriza ou exige a prática de ato administrativo. Os motivos, portanto, são norteados por dois fundamentos: um de direito, que é a autorização ou a exigência jurídica para a prática de determinado ato; e outro fático, que a ocorrência de um acontecimento que se amolde à norma jurídica (CARVALHO, 2017, p. 267).

Por exemplo, a Lei 8.112/1990, em seus artigos 132, inciso II, c/c art. 138, prevê que se o servidor público se ausentar, de forma intencional, do serviço por mais de trinta dias, deverá ser demitido.

Dessa forma, caso o servidor pratique essa conduta, estarão presentes os pressupostos de direito (art. 132, II, c/c 138), e fáticos (conduta do servidor), restando à Administração apenas a aplicação da penalidade. A casos, no entanto, que a lei não esgota as situações ensejadoras do ato administrativo, atribuindo ao agente pública uma margem de escolha para a sua atuação, como expõe CARVALHO:

É importante destacar que, em determinadas situações, a lei não esgota, de forma clara e objetiva, todas as situações que ensejariam a prática do ato administrativo, dando ao agente público uma margem de escolha em sua atuação. Muitas vezes, essa margem decorre de opções expressas em lei; em outros casos, por sua vez, o texto legal se vale de conceitos jurídicos indeterminados, concedendo ao agente público o poder-dever de, com base em seus critérios de valoração, analisar a melhor forma e momento de atuação. Isso porque, o motivo é elemento do ato administrativo que poderá ser discricionário, nos termos da lei. A título de exemplo, pode-se citar, mais uma vez, a lei 8.112/90, que, em seu art. 132, V, define que será punível com demissão, os atos de incontinência pública e de conduta escandalosa, praticados na repartição. Trata-se de norma que visa garantir a moralidade administrativa e que deve ser analisada pelo administrador público em cada caso concreto, de forma que a mesma situação poderá ser considerada, por uma determinada autoridade, como punível com demissão e não ensejadora do ato, na visão de um outro agente estatal. Nestas situações, os parâmetros de atuação devem ser analisados, pelo agente público competente, em respeito aos critérios de oportunidade e conveniência, sempre com observância das normas legais e dos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade. (CARVALHO, 2017, p. 268)

Uma forma de controlar os atos praticados no exercício da discricionariedade, é condicionar a validade do ato à veracidade do motivo. É por essa razão, que a ausência de indicação do motivo, ou sua falsa indicação, invalidam o ato administrativo (MELLO, 2014, p. 405), é o que se chama de teoria dos motivos determinantes.

Cumpra diferenciar, ainda, os conceitos de motivo e motivação. O motivo, como já vimos, é o pressuposto fático e de direito ensejador do ato administrativo. A motivação, por sua vez é a exposição desses motivos no ato, ou seja, é a fundamentação do ato praticado. Por essa razão, a ausência de motivação não gera vício de motivo, mas sim de forma.

Discutem alguns autores, se a motivação é obrigatória em todos os atos administrativos. A Lei 9.784/1990, em seu artigo 50, dispõe que:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

Majoritariamente, os administrativistas têm entendido que a motivação é, em regra, obrigatória, pois é a partir dela que se poderá verificar a legitimidade dos atos administrativos, além de constituir-se como direito dos administrados à informação (art. 37, §3º, II da CF).

3.4.5 OBJETO

O objeto nada mais é do que “o efeito jurídico imediato que o ato produz” (PIETRO, 2018, p. 286), dessa maneira, os efeitos que se busca produzir com a edição do ato é o objeto deste. Assim, quando o Presidente da República edita um decreto declarando a utilidade pública de determinado imóvel para efeitos de desapropriação, o objeto deste ato (decreto) é a perda do bem pelo particular em favor do Poder Público.

3.5 ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS

A diferenciação entre os atos vinculados e discricionários é de suma importância para o deslinde deste trabalho, pois é a partir do estudo da discricionariedade que se poderá vislumbrar a sua singular importância no âmbito do controle da administração pública, especialmente no que se refere ao controle externo realizado pelo Poder Judiciário.

De início, ressalta-se que a conduta administrativa pode ser plenamente vinculada, quando a lei regulamenta de forma integral o modo como a Administração deve proceder frente à determinada situação, e discricionária, quando a atuação administrativa é realizada com base em uma margem de escolha. Aplicando, essa noção geral aos atos administrativos, tem-se que:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos "discricionários", pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles*. A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar. (MELLO, 2014, p. 439)

Dessa forma, os atos administrativos vinculados, independem da vontade do administrador, de modo que ocorrendo o motivo do ato, deve o agente público praticá-lo nos exatos termos previstos no ordenamento jurídico, não havendo nesses casos nenhuma margem de liberdade ao administrador. Com base nessa relação de obrigatoriedade e vinculação, o particular tem o direito subjetivo de exigir que o ato vinculado seja editado pela autoridade (PIETRO, 2018, p. 292), sendo o controle judicial nesse caso realizado de forma ampla.

Um exemplo de ato vinculado é a licença para dirigir, uma vez que o administrado cumpra todos os requisitos exigidos pela lei para se habilitar a conduzir automóveis, a Administração Pública tem o dever de lhe conceder a licença. Não deixou o legislador nesse caso, nenhuma margem de escolha para que os órgãos da Administração pudessem, com base em critérios subjetivos, expedir ou não tal ato.

Em contraponto aos atos vinculados, os discricionários comportam uma liberdade na atuação administrativa, de sorte que a lei traça os limites dentro dos quais o administrador público poderá escolher a melhor forma, e o melhor momento para

praticá-los, sempre buscando a concretização do interesse público. Resume Celso Antônio:

A situação é bastante diversa quando a lei deixa ao Poder Público certa margem de discricionariedade por ocasião da prática do ato. Assim, considere-se o caso da autorização do porte de arma. Se o particular o solicita, a Administração deferirá ou não, posto que a lei não a constrange à prática do ato, dado que faculta ao Poder Público examinar no caso concreto se convém ou não atender ao pretendido pelo interessado. Vejamos outra hipótese: quando a lei estabelece a possibilidade de a Administração aplicar multas a infratores de normas administrativas, admitindo que devam variar entre o mínimo e o máximo preestabelecidos em função da gravidade da conduta, é óbvio que haverá, inevitavelmente, certa margem de apreciação subjetiva quanto ao teor de gravidade dela, embora dentro de certos limites de razoabilidade. Existirá, pois, no interior deles, alguma "liberdade" de apreciação exercitável pelas autoridades públicas. (MELLO, 2014, p. 440)

Em razão do Princípio da Legalidade, não se pode dizer que a discricionariedade é manifestada na ausência de lei, isso porque os atos administrativos devem ter seu fundamento de validade retirado do ordenamento jurídico, nos termos do art. 37, caput, da Constituição Federal.

É por isso, que autores como Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 441) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 292), argumentam que não existem atos administrativos que sejam totalmente discricionários, havendo, sempre, elementos vinculados, como é o caso da competência e da finalidade. Nesse sentido, embora o ato comporte alguma margem de liberdade, a lei sempre estabelece quem é a autoridade apta a praticá-lo. Sobre esse tema, é importante trazer à baila os esclarecimentos de MATHEUS CARVALHO:

Inicialmente, cumpre salientar que não existem, na esfera do Direito Administrativo, atuações totalmente discricionárias, haja vista a definição legal, com critérios objetivos de determinados elementos dos atos administrativos, mesmo nos atos considerados discricionários. Ademais, toda atuação do ente estatal está vinculada à lei e somente desta pode emanar a conduta das autoridades públicas, ou seja, a submissão total à lei não está presente exclusivamente nos atos vinculados. É a lei que, ao definir a atuação do Poder Público, determina se a atuação administrativa será vinculada ou discricionária. Isso porque, consoante o princípio da legalidade aplicado ao Direito Administrativo, a lei pode estipular a atuação do agente de forma objetiva ou cedendo a este uma margem de escolha, dentro dos limites estipulados legalmente. (CARVALHO, 2014, p. 252)

A discricionariedade, portanto, está adstrita à lei, razão pela qual uma vez ultrapassado os limites legais, restará configurada a atuação arbitrária da Administração Pública, sendo ato o praticado passível de controle judicial.

Quanto aos elementos competência e forma, é fácil entender e aceitar o controle judicial. Ora, se para efeitos de desapropriação, determinado bem imóvel for declarado de utilidade pública por meio de portaria de um Secretário do governo, este ato terá vício de competência e de forma, pois a competência é do chefe do Poder Executivo, e a forma adequada seria por meio de decreto. Não há maiores problemas em verificar a ilegalidade desse ato.

O problema maior ocorre em relação aos critérios de conveniência e a oportunidade, também chamado de mérito administrativo, ou seja, é possível ao Poder Judiciário controlar os aspectos subjetivos do ato discricionários?

Por exemplo, no caso da desapropriação, a verificação da utilidade pública é um aspecto subjetivo atribuído pela lei ao chefe do Poder Executivo, poderia o Poder judiciário, sob o pretexto de realizar o controle da Administração, adentrar a esse mérito? Melhor indagando, poderia o judiciário dizer o que é ou não o interesse público? É justamente isso que passaremos a explorar no próximo tópico.

4 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

O art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, consagra o denominado princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado de princípio do livre acesso ao Judiciário, estabelecendo que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Em dissonância ao que ocorre na maioria dos países integrantes do continente europeu, o ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema de unidade de jurisdição. Isso quer dizer que, no Direito brasileiro, apenas o Poder Judiciário pode decidir, com força de definitividade, acerca dos conflitos de direito existentes na sociedade, incluindo-se aí, os litígios entre a Administração e os administrados.

É em decorrência do princípio do livre acesso à Justiça e do sistema de unidade de jurisdição adotados no Brasil, que se extraí, no âmbito do Direito Administrativo, o princípio do controle judicial dos atos administrativo. Nesse sentido, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados. É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis. (MELLO, 2014, p. 124)

Dessa forma, cabe ao Poder Judiciário, e apenas a ele, dar a última palavra acerca da compatibilidade dos atos expedidos pela Administração Pública com o ordenamento jurídico, constituindo-se esse, um direito fundamental para os administrados (art. 5º, inciso XXXV da CF/88).

Em seu art. 37, a Lei Maior disciplina que a Administração Pública é regida pelo princípio da legalidade, segundo o qual a Administração só pode fazer o que a lei a autoriza, diferentemente do que ocorre com os particulares, que podem fazer tudo o que não lhes for vedado pela legislação (art. 5º, II da CF/88).

Nota-se, portanto, que para a edição de um ato administrativo, há a necessidade de que este se subsuma à lei, não sendo suficiente o fato de não contraditar com esta (MELLO, 2014, p. 988), de sorte que a atividade administrativa é

restrita aos ditames legais. Sabe-se, porém, que, nem sempre o legislador regulamenta integralmente determinadas situações jurídicas, atribuindo ao administrador público a escolha da melhor solução a ser aplicado no caso concreto, são os chamados atos administrativos discricionários.

4.1 MÉRITO ADMINISTRATIVO E CONTROLE JUDICIAL

Como já vimos, os atos administrativos discricionários são aqueles que a lei não regula de forma exaustiva o modo como devem ser praticados. A razão de ser da discricionariedade, encontra guarida na dinamicidade do interesse público, o qual exige uma flexibilidade da atuação administrativa (PIETRO, 2018, p. 292).

Dessa forma, em alguns casos, a lei, já prevendo que o interesse público somente poderá ser alcançado a partir da análise do caso concreto, atribui ao administrador uma margem de escolha para a edição do ato. Se o administrador tivesse que aplicar a todos os casos, uma norma antecipadamente catalogada, certamente cometeria algumas injustiças, ante as especificidades que há na sociedade. Nessa sintonia, Celso Antônio Bandeira de Mello pontua que:

Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tomando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes. Donde, em muitos casos, uma predefinição normativa *estranque* levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis. (MELLO, 2014, p. 990)

Chama-se de mérito do ato administrativo, a margem de escolha atribuída pela lei ao administrador público. Essa margem de escolha, por seu turno, nada mais é do que a conveniência e a oportunidade para a prática do ato (PIETRO, 2018, p. 296). A jurisprudência e a doutrina, inicialmente, não admitiam a apreciação judicial desses atos, por entender que o mérito administrativo era reservado à própria Administração. O entendimento que se tinha era que a apreciação do mérito ofendia a Separação dos Poderes

Sob a ordem jurídica da Constituição Federal de 1988, porém, não mais se admite a intangibilidade dos atos administrativos discricionários, ou seja, passou-se a admitir a análise judicial acerca da discricionariedade administrativa, mesmo que de

forma limitada. As bases principiológicas previstas no art. 37 da Lei Maior, bem como o princípio da Inafastabilidade da jurisdição, impulsionaram as discursões acerca da possibilidade de análise do mérito administrativo, eis que diferentemente do que ocorre em países que adotam o contencioso administrativo, no Brasil a definitividade é atributo inerente à Jurisdição:

Com a constitucionalização dos princípios, especialmente no artigo 37, *caput*, da Constituição e em outros dispositivos esparsos, sem falar nos que são considerados implícitos (como os da segurança jurídica, razoabilidade, motivação), o conceito de legalidade adquiriu um novo sentido, mais amplo, que abrange não só os atos normativos, como também os princípios e valores previstos implícita ou explicitamente na Constituição. Hoje fala-se em legalidade em sentido restrito (para abranger as matérias que exigem lei, como ato legislativo propriamente dito) e legalidade em sentido amplo. Nos dois sentidos, a legalidade limita a ação da Administração Pública. A ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sobre aspectos que antes eram considerados como mérito. Por outras palavras, o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo, porque aspectos que eram considerados como mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo. (PIETRO, 2018, p. 297-298)

Com esse entendimento, o Poder judiciário começou a verificar a legalidade do mérito administrativo, tanto com base em regras legais, com também em conceitos jurídicos que também são indeterminados, a exemplo dos princípios. Nesse diapasão, aponta Celso Antônio Bandeira de Mello.

Deveras, casos haverá em que, para além de dúvidas ou entredúvidas, qualquer sujeito em inteligência normal, razoável, poderá depreender (e assim também, *ajortiori*, o Judiciário) que, apesar de a lei haver contemplado discricção, em face de seus próprios termos e da finalidade que lhe presidiu a existência, a situação ocorrida não comportava senão uma determinada providência ou, mesmo comportando mais de uma, certamente não era a que foi tomada. Em situações quejandas, a censura judicial não implicaria invasão do mérito do ato.

A discricionariedade na roupagem atual, passou a ser balizada pelo ordenamento jurídico como um todo, em decorrência da própria sujeição da Administração Pública à lei e aos princípios inerentes a sua atividade (art. 37 da CF). Dessa forma, passou-se a admitir o controle dos atos discricionários sob duas perspectivas, uma objetiva (lei e elementos vinculantes do ato), e outra subjetiva, compostas por conceitos jurídicos indeterminados, tais como o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade (PIETRO, 2018, p. 300).

Algumas teorias foram desenvolvidas para respaldar o controle judicial sobre o mérito administrativo. A teoria do desvio de poder, ou desvio de finalidade afirma ser possível a anulação pelo Poder Judiciário de atos discricionários, quando estes atinjam fins diferente daquele que a lei fixou (PIETRO, 2018, p. 300). Explica Celso Antônio:

No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de aportar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com intuitos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou. (MELLO, 2014, p. 1008)

O agente, nesse caso, atua imbuído por um interesse que não é o previsto no ordenamento jurídico. Analisa-se nesses casos, um dos elementos do ato administrativo, qual seja, a finalidade. Por essa razão, uma vez verificada a insubsistência da finalidade pública no caso concreto, o ato estará eivado de vício de finalidade, possibilitando ao Poder judiciário anulá-lo.

Exemplificando, se um agente público determina a remoção de ofício de um servidor, alegando que se trata de interesse da Administração, quando, na realidade, o objetivo é punir o referido servidor, um dos elementos do ato não será alcançado, qual seja, a finalidade, cabendo, assim, a anulação deste, como já decidiu o STJ.

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 de discricionário, não tem o condão de conferir à Administração liberdade para expedi-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 sanção disciplinar, inclusive por não estar capitulado 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 2008/0114951-2, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 16/10/2008, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: --> DJe 10/11/2008)

Em sentido similar, a teoria dos motivos determinantes, estabelece ser possível ao judiciário verificar se os motivos que fundamentam a prática do ato discricionário realmente existem e são idôneos. Os motivos, como já falado, são os pressupostos fáticos e jurídicos para que o ato seja praticado, razão pela qual a suas inexistências ou inidoneidade geram a invalidade do ato.

ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO POR PRÁTICA DE NEPOTISMO. INEXISTÊNCIA. MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

1. A Administração, ao justificar o ato administrativo, fica vinculada às razões ali expostas, para todos os efeitos jurídicos, de acordo com o preceituado na teoria dos motivos determinantes. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Enunciadas pelo agente as causas em que se pautou, mesmo que a lei não haja imposto tal dever, o ato só será legítimo se elas realmente tiverem ocorrido.

2. Constatada a inexistência da razão ensejadora da demissão do agravado pela Administração (prática de nepotismo) e considerando a vinculação aos motivos que determinaram o ato impugnado, este deve ser anulado, com a consequente reintegração do impetrante. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no RMS: 32437 MG 2010/0118191-3, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 22/02/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2011)

Aplica-se a teoria dos motivos determinantes, mesmo que o ato administrativo não precise de motivação. Um exemplo disso, é a exoneração *ex officio* de servidor público de cargo em comissão. Esse ato não necessita de ser motivado, mas caso o administrador faça constar nele as razões do seu proceder, estará a validade do ato condicionada a veracidade dos motivos ali expostos, como já decidiu o STJ.

MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL OCUPANTE DE CARGO EM COMISSÃO. IDADE SUPERIOR A SETENTA ANOS. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. ART. 40, § 1º, II, E § 13 DA CF/88. INAPLICABILIDADE. EXONERAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE NO FATO DE SER O IMPETRANTE SEPTUAGENÁRIO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. POSSIBILIDADE DE A AUTORIDADE IMPETRADA EXONERAR O IMPETRANTE POR OUTRO FUNDAMENTO OU MESMO SEM MOTIVAÇÃO EXPRESSA. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

1. A discussão trazida no apelo resume-se em definir se a aposentadoria compulsória, prevista no art. 40, § 1º, II, da Constituição Federal de 1988, aplica-se ao servidor ocupante exclusivamente de cargo em comissão.

2. A regra constitucional que manda aposentar o servidor septuagenário (§ 1º, II) está encartada no artigo 40 da CF/88, que expressamente se destina a disciplinar o regime jurídico dos servidores efetivos, providos em seus cargos por concurso público. Apenas eles fazem jus à aposentadoria no regime estatutário.

3. Os preceitos do artigo 40 da CF/88, portanto, não se aplicam aos servidores em geral, mas apenas aos titulares de cargos efetivos. O § 13, reconhecendo essa circunstância, é claro quando determina que, "ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social" (excluído, obviamente, o regime de previdência disciplinado no art. 40 da CF/88).

4. Os servidores comissionados, mesmo no período anterior à EC 20/98, não se submetem à regra da aposentadoria compulsória aos setenta anos de idade. O § 2º do art. 40 da CF/88, em sua redação original, remetia à lei "a aposentadoria em cargos ou empregos temporários". Portanto, cabia à lei disciplinar a aposentadoria dos servidores comissionados, incluindo, logicamente, estabelecer, ou não, o limite etário para a aposentação.

5. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça.

6. No caso, como a exoneração do impetrante deveu-se, exclusivamente, ao fato de ter mais de 70 anos, por força da teoria dos motivos determinantes, deve ser anulado o ato impugnado no mandamus, nada impedindo, todavia, que a autoridade impetrada promova nova exoneração ad nutum. 7. Recurso ordinário provido.

Nesse caso, o administrador público poderia ter procedido a exoneração do servidor sem motivar o ato. Mas se o fez, devem os motivos ali explicitados corroborarem com o direito e com o fato exposto. O que o Poder Judiciário faz é verificar se o direito invocado realmente é aplicável ao caso, não havendo invasão ingerência nos aspectos de conveniência e oportunidade.

A teoria dos motivos determinantes, assim, é uma grande balizadora do mérito administrativo, garantindo que estes esteja amparado no princípio da legalidade. O mérito administrativo pode ser balizado, ainda, pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

No âmbito administrativo, o princípio da razoabilidade "*impõe a obrigação de os agentes públicos realizarem suas funções com equilíbrio, coerência e bom senso*" (MAZZA, 2016, p.175), esse princípio decorre de outro princípio constitucional, o da legalidade, sendo muito utilizado pela via judicial, para balizar a discricionariedade administrativa, nesse sentido explica Celso Antônio.

Descende também do princípio da legalidade o *princípio da razoabilidade*. Com efeito, nos casos em que a Administração dispõe de certa liberdade para eleger o comportamento cabível diante do caso concreto, isto é, quando lhe cabe exercitar certa discricção administrativa, evidentemente tal liberdade não lhe foi concedida pela lei para agir desarrazoadamente, de maneira ilógica, incongruente. Não se poderia supor que a lei encampa, avaliza previamente, condutas insensatas, nem caberia admitir que a finalidade legal se cumpre quando a Administração adota medida discrepante do razoável. Para sufragar este entendimento ter-se-ia que atribuir estultice à própria lei na qual se haja apoiado a conduta administrativa, o que se incompatibilizaria com princípios de boa hermenêutica. É claro, pois, que um ato administrativo afrontoso à razoabilidade não é apenas censurável perante a Ciência da Administração. É também inválido, pois não se poderia considerá-lo confortado pela finalidade da lei. Por ser inválido, é cabível sua fulminação pelo Poder Judiciário a requerimento dos interessados. Não haverá nisto invasão do "mérito" do ato, isto é, do campo da discricionariedade administrativa, pois discricção é margem de liberdade para atender o sentido da lei e em seu sentido não se consideram abrigadas intelecções indubitavelmente desarrazoadas, ao menos quando comportar outro entendimento. O conteúdo de tal princípio pode ser expresso de maneira sintética, tal como o fez o atilado administrativista Edmir Netto de Araújo, em averbação feliz e esclarecedora, ao dizer que "o princípio da razoabilidade traduz a congruência lógica entre o fato (o motivo) e a atuação concreta da Administração (MELLO, 2014, p. 81-82)

O princípio da razoabilidade, portanto, tem como objetivo impor ao administrador público uma atuação equilibrada, se assim não proceder, o ato

praticado de forma irrazoável estará eivado de vício por atentar contra o princípio da razoabilidade, como explica Matheus Carvalho.

Quando uma determinada decisão administrativa for proferida de forma desarrazoada, sob alegação de análise de critérios de oportunidade e conveniência, esta conduta será ilegal e ilegítima, por ofender a lei em sua finalidade e poderá o Poder judiciário corrigir a violação, realizando o controle de legalidade da atuação viciada. Com efeito, não obstante não se admita que a correção judicial possa invadir o mérito administrativo, haja vista pertencer ao administrador valorar a melhor atuação em cada caso concreto, não se deve esquecer que a discricionariedade encontra respaldo na lei e nos princípios constitucionais. Dessa forma, todas as vezes que o mérito administrativo extrapola os limites da lei, seja por atuação que afronta expresso dispositivo legal, seja pela violação ao princípio da razoabilidade, compete ao judiciário, desde que provocado, sanar o vício da conduta estatal, determinando a anulação do ato ilícito. (CARVALHO, 2017, p. 90)

Vê-se, portanto, que tanto a doutrina como a jurisprudência têm entendido ser possível analisar a decisão discricionária com base no princípio da razoabilidade. Agora, cumpre, também, conceituar o princípio da proporcionalidade.

Para Alexandre Mazza, o princípio da proporcionalidade é “*a justa medida de reação administrativa diante da situação concreta*” (MAZZA, 2016, p. 176). Tal princípio, tem a finalidade de vedar excessos por parte da Administração Pública, como aponta Celso Antônio.

Procede, ainda, do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou sua expedição. Deveras, a lei outorga competências em vista de certo fim. Toda demasia, todo excesso desnecessário ao seu atendimento, configura uma superação do escopo normativo. Assim, a providência administrativa mais extensa ou mais intensa do que o requerido para atingir o interesse público insculpido na regra aplicada é inválida, por consistir em um transbordamento da finalidade legal. Daí que o Judiciário deverá anular os atos administrativos incursos neste vício ou, quando possível, fulminar apenas aquilo que seja caracterizável como excesso. Aliás, há quem considere - em dissonância com nosso entendimento - que dito princípio se confunde com o da razoabilidade. (MELLO, 2014, p. 82)

Por essas razões, se a Administração Pública utiliza de meios inadequados para atingir o objeto do ato administrativo, este será nulo, e, assim, passível de controle pelo Poder Judiciário, eis que viola o princípio da Proporcionalidade.

Logo, decisões manifestamente inadequadas, que extrapolem os limites da legalidade por desrespeitarem o equilíbrio no exercício da discricionariedade, podem ser conseqüentemente anuladas pelo Judiciário. Aqui pode, inclusive,

o administrador público ser responsabilizado por Abuso de Poder, nos termos da lei. Suponha-se, por exemplo, que, diante de uma infração leve praticada por um agente público, seu chefe, exercendo uma margem de escolha em sua atuação, decidiu pela aplicação de uma penalidade muito grave. Nesses casos, compete ao Poder Judiciário, desde que provocado pelo interessado, anular o ato praticado, por violação à proporcionalidade. Ressalte-se que a decisão judicial não pode reaplicar a pena, pois isso configuraria invasão do mérito administrativo. (CARVALHO, 2017, p. 92)

Cabe ressaltar, também, que para alguns autores o princípio da proporcionalidade é apenas uma vertente do princípio da razoabilidade. Acerca da possibilidade do controle judicial dos atos discricionários, sob os prismas dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tem-se o seguinte aresto.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. DEMISSÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE E À LEGISLAÇÃO LOCAL. APRECIÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA NOS AUTOS. INAPLICABILIDADE DO ART. 515, § 3º DO CPC. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM.

1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra acórdão que extinguiu o feito sem apreciação do mérito, porquanto não haveria prova pré-constituída, tampouco direito líquido e certo; o writ volta-se contra o ato de demissão do impetrante que decorreu da majoração da penalidade pela autoridade coatora, em alegada violação ao princípio da proporcionalidade e da legislação local.

2. Examinando os autos, nota-se que foi juntado o processo administrativo disciplinar, bem como cópias da legislação local e outros instrumentos probatórios que permitiram a cognição da controvérsia. **Além disso, a Primeira Seção do STJ já consolidou que é possível apreciar a razoabilidade e a proporcionalidade das penalidades administrativas em casos similares.** Precedente: EDcl no MS 17.490/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18.4.2012.

3. Superado o óbice apresentado pela origem, os autos devem ser retornados para a análise do mérito do mandamus, porquanto inaplicável o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil, nos termos da jurisprudência do STF. Recurso ordinário provido. (STJ - RMS: 43391 RJ 2013/0237102-9, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 27/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/09/2013)

Pode-se observar, que o controle dos atos discricionários, diferentemente, do que ocorria em outras épocas, passou a ser amplo. Hoje, podemos dizer que o Judiciário realiza o controle da discricionariedade, tanto com base nas regras, como nos princípios. Os elementos do ato, também ganharam contornos significativos na realização do controle. Em especial, diante das teorias do desvio de poder e dos

motivos determinantes. A atuação jurisdicional, porém, precisa ser limitada, como passaremos a analisar no próximo tópico.

4.2 LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL SOBRE O MÉRITO ADMINISTRATIVO

No Estado de Direito, não pode haver poder ilimitado, todos estão debaixo do império da lei, inclusive o Judiciário. Dessa forma, deixando a lei uma margem de escolha para o administrador, tal atribuição não pode ser substituída pela vontade do juiz, como esclarece o Professor Matheus Carvalho:

Dessa forma, a discricionariedade e o poder de analisar oportunidade e conveniência na atuação do ente estatal é poder administrativo e não jurisdicional. Nesse sentido, o Poder Judiciário não pode e não deve substituir a decisão do administrador, não pode fazer análise de interesse público, não pode, enfim, julgar o mérito de um ato administrativo discricionário. Isso porque, o mérito é a área que coincide com o campo opinativo do administrador público, extrapolando aquela de atuação do Poder Judiciário. (CARVALHO, 2017, p. 124)

Ao Juiz cabe apenas realizar a análise de legalidade do ato administrativo, mesmo que em sentido amplo, mas não pode o órgão jurisdicional chamar para si, uma prerrogativa da Administração, sob pena de aí sim está ultrapassando os limites impostos pela própria Constituição da República, que em seu artigo 2º estatui a independência e harmonia entre os poderes.

Finalmente, a amplitude do ato de controle também está restrita constitucionalmente pelo princípio da separação de Poderes (arts. 2.º e 60, § 4.º, III) e pelas características das próprias modalidades corretivas que forem estabelecidas em lei (como anulação, sustação, inaplicação, indenização e sanção), não sendo permitido, ao Judiciário, a pretexto de exercer o controle de juridicidade, substituir, pela sua, qualquer decisão constitucionalmente reservada aos demais Poderes e órgãos independentes. Refogem, por isso, a um controle substitutivo de vontade os atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo praticados no respectivo exercício ou da competência reservada à edição de norma legal ou da sua aplicação administrativa. Diante de injuridicidade apreciada nessas hipóteses, ao Judiciário é vedado substituir a decisão viciada por outra decisão, normativa ou administrativa, que lhe pareça melhor. (MOREIRA NETO, 2014, p. 342)

Nesse sentido, temos o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. SERVIDOR

PÚBLICO. REMOÇÃO PARA OUTRA LOCALIDADE, POR MOTIVO DE TRATAMENTO DE SAÚDE. QUADROS DISTINTOS DE PESSOAL. INDEFERIMENTO. ATO DISCRICIONÁRIO. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO. REEXAME DO JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Afasta-se a violação ao art. 535, II, do CPC quando o decisório está claro e suficientemente fundamentado, decidindo integralmente a controvérsia, não se confundindo decisão desfavorável com omissão.

2. Trata-se de demanda ajuizada por Agente Penitenciário Federal, lotado em Catanduvas/PR, visando à remoção por motivo tratamento de saúde, com base no art. 36, parágrafo único, III, b, da Lei 8.112/90, para Florianópolis/SC ou localidades contíguas. O autor alega que, em virtude da inexistência de órgão subordinado ao Departamento Penitenciário Nacional em Florianópolis, a remoção para as dependências da Polícia Federal neste município constitui-se ato vinculado, diante da aprovação do requerimento pelo DEPEN e da Lei 11.907/09, cujo art. 123, prevê o exercício deste cargo nas dependências do Departamento da Polícia Federal.

3. O requerimento foi indeferido pelo Departamento da Polícia Federal com fundamento na política de extinção das atividades de carceragens no âmbito deste departamento, bem assim para evitar a ocorrência de desvio de função.

4. Por se tratar de quadros distintos de pessoal, o Departamento da Polícia Federal não está vinculado ao deferimento de remoção por parte do Departamento Penitenciário Nacional, podendo decidir de forma discricionária sobre a questão. Nesses termos, **não cabe ao Poder Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo a fim de reexaminar o juízo de conveniência e oportunidade levado a cabo pelo administrador.**

5. Recurso especial não provido. (STJ - REsp: 1350363 SC 2012/0221938-4, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 02/05/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/05/2013)

Dessa forma, não pode o órgão jurisdicional revogar o ato administrativo, mas apenas anulá-lo. Isso porque a revogação do ato cinge-se em torno dos aspectos de conveniência e oportunidade. A anulação, de outro lado, remete a ideia de vício na edição do ato.

O controle jurisdicional sobre os atos oriundos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) restringe-se aos aspectos de legalidade (juridicidade), sendo vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador e ao legislador para definir, dentro da moldura normativa, qual a decisão mais conveniente ou oportuna para o atendimento do interesse público, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Portanto, o Judiciário deve invalidar os atos ilegais da Administração, mas não pode revogá-los por razões de conveniência e oportunidade (OLIVEIRA, 2018, p. 359).

Como forma de limitação da atuação jurisdicional sobre os atos da administração, a doutrina entende também que não pode o Judiciário atuar de ofício para realizar o controle dos atos administrativos, devendo sua atuação ser, sempre, provocada.

O controle judicial é realizado pelo Poder Judiciário, mediante provocação de qualquer interessado que esteja sofrendo lesão ou ameaça de lesão em virtude de conduta ou omissão administrativa que o atinja direta ou indiretamente. Nestes casos, o controle será exercido somente no que tange aos aspectos de legalidade dos atos administrativos, ainda que se trate de ato praticado no exercício da competência discricionária, haja vista a impossibilidade de substituição do mérito administrativo pela opção do julgador. (CARVALHO, 2017, p. 387-388)

Em resumo, não pode o Poder Judiciário adentrar ao mérito a ponto de substituir a vontade do administrador pela sua vontade, devendo se limitar a verificar os aspectos de compatibilidade do ato com a ordem jurídica. Por isso, caso constate alguma ilegalidade no ato, deverá o Judiciário se limitar a declarar a nulidade, de sorte que poderá o administrador público editar novo ato com vistas a se adequar a legalidade.

CONCLUSÃO

A doutrina e a jurisprudência estão cada vez mais ampliando o conceito de legalidade administrativa. Isso, é verdade, foi desencadeado pela própria Constituição Federal. A legalidade, que antes era verificada preponderantemente com base em regras, agora passa a ser verificada, também como base em conceitos jurídicos indeterminados, como os princípios e os elementos subjetivos do ato administrativo.

Com efeito, diferentemente do que se arguia em outros momentos históricos, atualmente sedimentou-se na doutrina e na jurisprudência que não há violação a separação dos poderes quando o Poder Judiciário, em sua função típica, realiza o controle dos atos administrativos de natureza discricionária.

Na realidade, a possibilidade de atuação jurisdicional nesses casos, decorre do próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição e das características do sistema de jurisdição única adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De toda sorte, observa-se uma tendência da doutrina e da jurisprudência de cada vez mais limitar a discricionariedade administrativa. Em especial, diante da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, como a proporcionalidade, a razoabilidade, e a aferição da idoneidade dos elementos do ato administrativo.

Tais elementos ganharam uma maior robustez no desempenho do controle. A teoria do desvio de poder, é um exemplo disso. Não se admite mais que o administrador público, sob o pretexto de exercer a discricionariedade, atue com fins outros, que não o interesse público e o definido em lei. O administrador público não é dono da coisa pública, e por isso precisa ser balizado.

Outra teoria que ganhou grande relevância na esfera do controle judicial, é a teoria dos motivos determinantes, segundo a qual, a validade dos atos administrativos está atrelada aos motivos do ato, de modo que a inexistência ou inidoneidade do motivo, restará por invalidar o ato administrativo.

Há, porém, como não poderia ser diferente em um Estado de Direito, limites a atuação jurisdicional. Ora, se a lei atribuiu uma margem de escolha ao administrador público, não pode o judiciário usurpar essa competência. Nesse sentido, ao que parece, tem caminhado o entendimento da maior parte da doutrina e da jurisprudência.

Dessa forma, conclui-se que, embora o controle exercido pelo Judiciário sobre a discricionariedade administrativa, tenha sido ampliada nos últimos anos, tal controle encontra um limite, qual seja, os aspectos de conveniência e oportunidade do ato. Isso porque, o mérito administrativo foi outorgado à Administração Pública, e não ao Poder Judiciário, devendo este se limitar a controlar os aspectos de legalidade do ato.

REFERÊNCIAS

ANGIOLUCCI, Maria de Lurdes Aparecida Trujillo. **O controle judicial dos atos administrativos discricionários e a jurisprudência.** Disponível em: <<https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde21082017153306/publico/dissertacaomestradousp6.pdf>> Acesso em: 18 nov. 2019.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Breves reflexões sobre a jurisdição administrativa: uma perspectiva de direito comparado.** Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47127/45703>> Disponível em: 19 nov. 2019.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo.** 4.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GUBEISSI, Luiz Gabriel. **Controle Jurisdicional dos atos administrativos discricionários –um exemplo.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI119222,41046Controle+jurisdicional+dos+atos+administrativos+discricionarios+Um>> Acesso em: 21 nov. 2019

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALMEIDA, Luma Cristina Soares. **Controle judicial da discricionariedade administrativa.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11104/Controle-judicial-da-discricionariedade-administrativa>> Acesso em: 15 nov. 2019

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOUTA, Luiz Fernando Picorelli de Oliveira. **Controle de atos administrativos garante Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2014-dez-13/luiz-mouta-possivel-controle-judicial-atos-administrativos>> Acesso em: 20 nov. 2019.

OLIVEIRA, João Daniel Correia. **O princípio da separação dos poderes e o controle judicial do motivo do ato administrativo**. Disponível em: <<https://joaodanielcorreia.jusbrasil.com.br/artigos/501938605/o-principio-da-separacao-dos-poderes-e-o-controle-judicial-do-motivo-do-ato-administrativo>> Acesso em: 18 nov. 2019

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018

PALUDO, Augustinho. **Administração pública**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SOUZA, Rafael Soares. **Justiça Administrativa: o sistema brasileiro**. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-09122014-164947/publico/Rafael_Souza_Souza_dissertacao.pdf> Acesso em: 19 nov. 2019

TEODORO, Rafael Theodor. **Considerações sobre a teoria dos motivos determinantes na doutrina e na jurisprudência do STJ**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23291/consideracoes-sobre-a-teoria-dos-motivos-determinantes-na-doutrina-e-na-jurisprudencia-do-stj>> Acesso em: 19 nov. 2019

———. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Brasília, 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm> Acesso em 20 nov. 2019.

———. **Lei nº 4.717**, de 29 de junho de 1965. Brasília, 1965. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm> Acesso em 20 nov. 2019.