



FUNDAÇÃO CARMELITANA MÁRIO PALMÉRIO – FUCAMP
FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS – FACIHUS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO

Everton Junior de Andrade Vaz

O CONTROLE JURISDICIONAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monte Carmelo/MG

2018

EVERTON JUNIOR DE ANDRADE VAZ

O CONTROLE JURISDICIONAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da FUCAMP – Fundação Carmelitana Mário Palmério, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor Tiago Nunes da Silva.

Prof. Mestre Tiago Nunes da Silva.

Monte Carmelo/MG

2018

EVERTON JUNIOR DE ANDRADE VAZ

O CONTROLE JURISDICIONAL NOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da FUCAMP – Fundação Carmelitana Mário Palmério, como requisito para obtenção do Título de Bacharel em Direito, sob orientação do Professor orientador Tiago Nunes da Silva.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca examinadora:

Avaliador 1

Avaliador 2

Avaliador 3

Monte Carmelo/MG

2018

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me dado saúde e força para enfrentar as dificuldades que a vida impõe.

Agradeço aos meus pais pelo esforço que empreendem na concretização dos meus objetivos; pelo amor, carinho e seus ensinamentos.

Aos meus colegas de trabalho da Promotoria de Justiça de Coromandel/MG.

Ao meu professor e orientador Mestre Tiago Nunes da Silva, por confiar em mim e compreender o meu momento acadêmico vivenciado naquela ocasião, bem como por todas as dicas e orientações valiosas que possibilitaram o desenvolvimento deste trabalho.

A todos os professores da instituição FUCAMP, em especial ao meu professor Mestre Rodrigo Guilherme Tomaz, orientador no PIBIC.

Aos amigos e familiares. À minha namorada, Amanda.

Enfim, agradeço todas aquelas pessoas que contribuíram direta ou indiretamente com o desenvolvimento do presente trabalho.

– Presta atenção! Demore o tempo que for para se decidir. Mas, uma vez tomada a decisão, encapsule-se e avance. O mundo inteiro poderá se articular para se opor a ela. Mas, pra trás, nem pra pegar impulso.

(Clovis de Barros Filho)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso objetivou analisar a interferência do Poder Judiciário nos atos administrativos que são emanados pela Administração Pública no exercício de suas funções; mais precisamente no que concerne àqueles que possuem uma carga discricionária conferida pela lei ao administrador público, estudando-se o controle jurisdicional – obviamente, pelo Poder Judiciário – sobre os atos administrativos discricionários da Administração Pública, observando-se os preceitos constitucionais brasileiros e os princípios que regem o Direito Administrativo. É notadamente sabido que o Poder Judiciário, dotado de garantias e deveres constitucionais, é incumbido da Administração da Justiça do país – o qual se proclama como Estado Democrático de Direito, e possui a capacidade, também chamada de jurisdição, no qual, mediante os juízes, tem o dever, ou, melhor, o poder, de dizer o direito na resolução de conflitos. Portanto, buscou-se alcançar o objetivo principal do presente trabalho realizando-se um estudo aprofundando sobre os elementos do ato administrativo e sua eventual ou, não, carga de discricionariedade em cada um deles. Desta forma, pôde-se perceber que, em que pese diversas discordâncias doutrinárias, os elementos objeto e motivo possuem, essencialmente, carga discricionária. Desenvolveu-se, também, uma sintética e objetiva análise do conceito núcleo da discricionariedade administrativa e as principais diferenças e similaridades entre os conceitos jurídicos indeterminados, a arbitrariedade e a vinculação. Por fim, adentrou-se no tema principal do trabalho, que é o do controle pelo Poder Judiciário da atividade administrativa discricionária. Como referencial teórico optou-se por pesquisa bibliográfica, teórica e documental, sendo o principal referencial dos estudos a revisão bibliográfica atinente ao tema, por meio de visita à doutrina e as teorias pertinentes, para além da necessária análise dogmática.

Palavras-chave: Direito Administrativo. Judiciário. Limites. Mérito do Ato Administrativo. Conveniência e Oportunidade.

ABSTRACT

The present work of conclusion of course aimed at analyzing the interference of the Judiciary Power in the administrative acts that are emanated by the Public Administration in the exercise of its functions; more specifically, those who have a discretionary burden conferred by the law on the public administrator, studying the judicial control - obviously, by the Judiciary - on the discretionary administrative acts of the Public Administration, observing the Brazilian constitutional precepts and the principles governing Administrative Law. It is well known that the judiciary, endowed with guarantees and constitutional duties, is charged with the country's administration of justice - which proclaims itself as a democratic state of law, and has the capacity, also called jurisdiction, through which judges, has the duty, or rather the power, to speak the law in the resolution of conflicts. Therefore, we sought to achieve the main objective of the present work by carrying out a study in depth on the elements of the administrative act and its eventual or, not, load of discretion in each of them. In this way, it can be perceived that, in spite of several doctrinal disagreements, the object and motive elements have essentially a discretionary charge. We also developed a synthetic and objective analysis of the core concept of administrative discretion and the main differences and similarities between the indeterminate legal concepts, arbitrariness and entailment. Finally, the main theme of the work, which is the control by the Judiciary of the discretionary administrative activity, was included. As a theoretical reference, a bibliographical, theoretical and documentary research was chosen. The main reference of the studies was the bibliographic review concerning the subject, through a visit to the doctrine and the pertinent theories, besides the necessary dogmatic analysis.

Keywords: Administrative Law. Judiciary. Limits. Merit of the Administrative Act. Convenience and Opportunity.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 ATOS ADMINISTRATIVOS.....	12
2.1 Conceito de ato administrativo.....	12
2.2 Elementos do ato administrativo.....	14
2.2.1 Sujeito ou Competência.....	15
2.2.2 Objeto.....	16
2.2.3 Forma.....	18
2.2.4 Finalidade.....	20
2.2.5 Motivo.....	21
2.3 Mérito administrativo e legalidade.....	23
3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	27
3.1 Noções preliminares.....	27
3.2 Discricionariedade e vinculação.....	30
3.3 Discricionariedade <i>versus</i> arbitrariedade.....	32
3.4 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados.....	34
4 A POSSIBILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	38
4.1 A separação dos poderes.....	40
4.2 Limites do controle jurisdicional.....	42
4.3 Técnicas de controle.....	44
4.3.1 Teoria dos Motivos Determinantes.....	44
4.3.2 Teoria do Desvio de Poder ou Desvio de Finalidade.....	46
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS.....	52

INTRODUÇÃO

É fato que o administrador público, no exercício de sua regular atividade administrativa, realiza diversos e complexos atos que objetivam uma completa satisfação do interesse público, sendo que essa satisfação é realizada por meio dos atos administrativos, os quais poderão ser classificados em atos vinculados ou atos discricionários.

O ato administrativo vinculado é aquele que está estritamente previsto em lei, sendo que, preenchidos os requisitos legais exigidos, impõe-se ao administrador o dever legal de atuar de uma forma ou outra já prescrita em lei diante de determinada situação.

Por outro lado, o ato administrativo discricionário será aquele que garante ao administrador, frente a um determinado caso, a possibilidade de exercer sua autoridade administrativa com uma margem de escolha, utilizando-se de critérios como conveniência e oportunidade, podendo, desta forma, optar por uma ou outra opção.

Ocorre que tal liberdade de escolha para o administrador público não significa necessariamente uma ausência de previsão legal, pelo contrário, o legislador entendeu que não poderia prever todas as variáveis circunstâncias e prováveis situações que fariam frente à Administração Pública para tomada de decisão face à determinada situação. Por isso, os atos administrativos discricionários, embora possuam uma certa margem de escolha, são praticados estritamente com base na lei para enfrentar situações e tomar decisões em prol do interesse coletivo por meio de critérios como conveniência e oportunidade.

Por uma eventualidade, caso o administrador no exercício da atividade administrativa ultrapasse os limites legais na confecção de determinado ato administrativo, sua decisão poderá ser considerada como um ato arbitrário, algo que é manifestamente contrário aos preceitos normativos que regem o Direito Administrativo e todo o ordenamento jurídico vigente.

Em um Estado democrático de Direito, o respeito e o seguimento ao princípio da legalidade também deve ser estritamente observado pela Administração Pública, entretanto, ao passo em que este trabalho for sendo desenvolvido, entender-se-á que, em determinadas situações, é necessário que se faça uma análise mais ampla do referido princípio.

Isto porque, em síntese, entender-se-á que a Administração Pública, no exercício regular da sua atividade administrativa, não está exclusivamente subordinada à lei, mas, sim, a todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive e substancialmente aos princípios constitucionais administrativos.

Partindo disso, este trabalho terá como escopo explicar essa atividade administrativa exercida pelo administrador público, especialmente no que concerne aos atos administrativos discricionários, e, essencialmente, identificar possíveis formas e meios pelo qual tais atos discricionários poderão sofrer o controle pelo Poder Judiciário.

Dentro desse eixo central, destacam-se os principais objetivos específicos deste trabalho, sendo: a) identificar possível violação do princípio constitucional da separação dos três poderes; b) apontar o limite legal do Poder Judiciário no que toca ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários; c) estudar o conceito de ato administrativo, administração pública e sua função discricionária; d) defender a importância dos princípios constitucionais administrativos para a efetivação do controle jurisdicional; e) revisar a bibliografia em Direito Administrativo sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos; f) e, por último, mostrar eventual possibilidade de interferência/controlado do Poder Judiciário no mérito dos atos administrativos.

Partindo da premissa de que, no Brasil, há três poderes que formam o Estado, sendo eles: Legislativo, Executivo e Judiciário; e que, em tese, funcionam em harmonia e independência entre si, a problemática do presente trabalho tentará responder ao seguinte questionamento: Qual a possibilidade, extensão e limite do controle jurisdicional nos atos administrativos discricionários emanados pela Administração Pública?

Inicialmente, ao se falar em um controle feito pelo Poder Judiciário nos atos administrativos que possuem uma carga de discricionariedade, é imprescindível que se faça uma análise do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, assim, versa: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

A partir deste mandamento constitucional é que se torna possível o entendimento de que o controle jurisdicional nos atos administrativos, mesmo que discricionários, para proteção de lesão ou ameaça ao direito, é reconhecidamente legítimo. Contudo, no decorrer deste trabalho, demonstrar-se-á que ao Poder Judiciário não é permitido o controle de qualquer e todo ato administrativo. Há que se estabelecer um limite em que o Juiz, exercendo sua função controladora, não poderá em nenhuma ocasião ultrapassar, sob pena de ferir frontalmente o princípio constitucional da separação dos poderes.

Por oportuno, é necessário ressaltar que o presente trabalho não pretende esgotar o tema, pois se trata de um assunto extremamente complexo que já é muito debatido pelos principais doutrinadores e tem, nos dias atuais, desafiado a jurisprudência.

A justificativa para a pesquisa reside no fato de que cada vez mais nos meios de comunicação, sejam televisivos, escritos ou falados, é notada uma grande participação do Poder Judiciário brasileiro no desenrolar da atividade administrativa pública e política.

Por tal razão, o presente estudo tem grande relevância para o Direito Administrativo Brasileiro, tendo em vista que o país vive tempos de crise política, econômica, e, até mesmo, institucional, e, desta forma, se mostra razoável estudar as possibilidades de interferência de um poder estatal em outro, sem, contudo, extinguir a harmonia e independência entre os três poderes da república.

Como referencial teórico optar-se-á por pesquisa bibliográfica, teórica e documental, sendo o principal referencial dos estudos a revisão bibliográfica atinente ao tema, por meio de visita à doutrina e as teorias pertinentes para além da necessária análise dogmática.

Para o desenvolvimento do tema, o presente trabalho será subdividido em três capítulos. O primeiro capítulo contemplará um estudo do ato administrativo, examinando-se o conceito e seus elementos, além de identificar eventual presença da carga discricionária sobre cada elemento, apesar das diversas divergências na doutrina. O segundo capítulo recairá sobre uma análise da discricionariedade administrativa, buscando diferenciá-la de outros institutos existentes que se assemelham e correlacionam, como arbitrariedade, vinculação e conceitos jurídicos indeterminados.

Por fim, o terceiro e derradeiro capítulo buscará adentrar no complexo e espinhoso tema da questão do controle jurisdicional sobre o ato administrativo discricionário emanado pela Administração Pública no exercício de sua função administrativa. Nesta parte, identificar-se-á a importância do princípio constitucional da separação dos três poderes para o controle jurisdicional, bem como extensão, limites e possibilidades de utilização de outras técnicas para o controle dos atos administrativos.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS

Neste capítulo, abordar-se-á o conceito e os elementos dos atos administrativos.

2.1 Conceito de ato administrativo

Primeiramente, antes de se iniciar uma pesquisa em busca da conceituação de ato administrativo, é necessário se atentar para o fato de que nem todo o ato emanado pela Administração Pública é considerado ato administrativo. No caso, é o que ocorre com atos que, em que pese serem praticados pela Administração, são regidos e regulamentados pelo Direito Privado. Exemplo: a compra e venda, a locação. Da mesma forma, também não são atos administrativos, por exemplo, os atos matérias, pois não possuem manifestação de vontade, apenas de execução.

É necessário, ainda, registrar outra consideração. É sabido que a prática dos atos administrativos cabe, a princípio, ao Poder Executivo, entretanto, eles podem ser ainda praticados pelos “poderes Legislativo e Judiciário, quando dispõem sobre o gerenciamento interno de seus interesses ou por pessoas privadas no exercício de funções delegadas do Poder Público.” (FAGUNDES, 2006, p. 34)

Por tal razão, é possível concluir preliminarmente que nem todo o ato administrativo nasce da vontade da Administração Pública, bem como nem todo o ato praticado pelo administrador público será considerado, necessariamente, como um ato administrativo.

É impossível indicar, dentre vários existentes, um conceito que seja o correto e/ou legal. O fato é que não há uniformidade entre os autores quanto a um conceito determinado de ato administrativo, uma vez que o conceito deve atender ao exato perfil do instituto.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2016, p. 172):

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Para José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 99) o ato administrativo é “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.”

Segundo o autor Marçal Justen Filho (2005, p. 182):

O ato administrativo é uma manifestação da vontade, mas não em sentido idêntico ao que se passa no direito privado. A formação da vontade administrativa se subordina a uma procedimentalização e a regras formais não existentes no âmbito privado. Trata-se de submeter o exercício do poder estatal a restrições destinadas a impedir atos abusivos – vale dizer, atos que reflitam uma vontade arbitrária, prepotente e reprovável. A expressão “vontade administrativa” indica, então, a vontade que é objetivamente vinculada à satisfação das necessidades coletivas, formada segundo imposições de uma democracia republicana.

Assim, partindo disto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 215) conceitua “ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”

Na mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 369) conceitua ato administrativo como sendo:

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

Percebe-se, então, que o conceito explicado pela autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro é mais restrito que o apresentado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que, por sua vez, entende que é necessário incluir em seu conceito os atos regulamentares e os atos convencionais.

No entanto, o autor adverte que também é possível que se conceitue ato administrativo de uma forma mais restrita, retirando os atos regulamentares e convencionais. Para isso, bastaria acrescentar no conceito as características de concreção e unilateralidade.

Pôde-se perceber, então, que há inúmeras divergências entre os conceitos de ato administrativo, e, basicamente, tal situação pode ser explicada pela simples fato de não existir atualmente um conceito legal de ato administrativo. Por essa razão, diversos autores renomados, agindo de acordo com o que consideram como características e pressupostos primordiais para elaboração do correto conceito de ato administrativo, procuram assinalar o que seria o ato administrativo.

2.2 Elementos do ato administrativo

Para que se possa identificar o elemento do ato administrativo que deve ser submetido ao crivo do controle jurisdicional, é de suma importância que seja realizado um estudo sucinto dos elementos do ato administrativo.

Não há unanimidade na doutrina a respeito do assunto. Alguns autores divergem no que concerne à nomenclatura, sendo que alguns denominam de “elementos” e outros, por sua vez, nomeiam como “requisitos” ou “aspectos”, havendo ainda autores que diferenciam os conceitos. Como se não bastasse há, ainda, divergência na relação de quais e quantos são os elementos do ato administrativo.

Contudo, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 101), “independentemente da terminologia, o que se quer consignar é que tais elementos constituem os pressupostos necessários para a validade dos atos administrativos”.

Significa dizer que, praticado o ato sem a observância de qualquer desses pressupostos – e, destaca-se, basta a inobservância de somente um deles, estará ele contaminado de vício de legalidade, fato que o deixará, em tese, sujeito à anulação.

A Lei Ordinária nº 4.717, de 29 de junho de 1965, amplamente conhecida como Lei de Ação Popular, no entanto, disciplina no seu artigo 2º, ao tratar dos atos considerados nulos, cinco elementos do ato administrativo, quais sejam: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Hely Lopes Meirelles (2016, p.172) diz que, em que pese entender que nenhum dos termos (“elementos” ou “aspectos”) parece satisfatório, adota o termo “elementos” com a devida ressalva. Ainda segundo o autor, também não há unanimidade entre os estudiosos quanto aos elementos do ato administrativo, identificados que são por diversos critérios, por tal razão, levando-se em conta uma questão didática, compartilha dos elementos mencionados pelo direito positivo na lei que regula a ação popular.

Romeu Felipe Bacellar Filho (2009, p. 68) segue a mesma disposição feita pela lei e concorda com a existência desses cinco requisitos do ato administrativo, necessários para a sua formação.

Destarte, o entendimento da renomada autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2016, p. 220), é no sentido de que os cinco elementos do ato administrativo são: finalidade, forma, motivo, objeto e sujeito; tendo em vista que, para a autora, o sujeito além de ser competente, também deverá ser capaz para a prática do ato.

Desta forma, utilizando-se do conceito e divisão defendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, e, obviamente, tratando-se de um conceito classificatório mais claro e objetivo, dividir-se-á o ato administrativo de acordo com o disposto pela Lei de Ação Popular – Lei nº 4.717/65.

2.2.1 Sujeito ou Competência

Para José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 102), competência é o círculo “definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade. Na verdade, poder-se-ia qualificar esse tipo de competência como administrativa”, colocando-a em um patamar distinto das competências legislativa e jurisdicional. O referido autor ainda faz uma ressalva, segundo ele, “o elemento da competência administrativa anda lado a lado com o da capacidade no direito privado”.

Hely Lopes Meirelles (2016, p.175) entende que:

Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.

De acordo com Matheus Carvalho (2017, p. 255) o elemento em exame, a “competência, é definida em lei ou atos administrativos gerais, bem como, em algumas situações, decorre de previsão na Constituição Federal e não pode ser alterado por vontade das partes ou do administrador público”.

Já para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 221), não basta apenas a competência, é necessário que o sujeito tenha capacidade. Assim, partindo do princípio de que o ente personalizado é titular de direitos e obrigações, conclui-se que, no direito brasileiro, quem tem capacidade para prática dos atos administrativos são as pessoas públicas políticas, por exemplo: União, Estados, Município e DF.

Na mesma linha raciocínio, Fernanda Marinela (2016, p. 386) versa que:

Os atos administrativos não podem ser praticados por qualquer pessoa. O sujeito competente deve ser necessariamente um agente público, que é o conceito mais amplo encontrado na doutrina, consistindo em qualquer pessoa que exerça de forma temporária ou permanente, com ou sem

remuneração, uma função pública, devendo estar, de alguma forma, ligada à Administração Pública.

O ato administrativo deve ser editado por agente público competente. O sujeito “é elemento de todo e qualquer ato jurídico. No caso dos atos administrativos, o sujeito é o agente público que a legislação define como competente para o exercício de determinada função administrativa.” (OLIVEIRA, 2017, p. 413)

Por outro lado, há dois importantes institutos jurídicos que permitem uma modificação na competência, salvo se tratar de competência atribuída, com exclusividade, aos órgãos ou entidades administrativos.

Trata-se das chamadas delegação e avocação. Segundo Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, p. 413), delegação é “a transferência precária, total ou parcial, do exercício de determinadas atribuições administrativas, inicialmente conferidas ao delegante, para outro agente público,” enquanto avocação é basicamente o “chamamento, pela autoridade superior, das atribuições inicialmente outorgadas pela lei ao agente subordinado”.

Ressalta-se que na doutrina há grande controvérsia quanto à necessidade de lei para autorizar expressamente a delegação e a avocação de competência, existindo alguns entendimentos sobre o assunto, os quais não serão aqui elencados por não ser objeto de pesquisa o aprofundamento em questões secundárias.

Por conseguinte, não há que se falar em carga discricionária no elemento competência, isto porque a doutrina é incontroversa ao assinalar que o ato, neste aspecto, será sempre vinculado, tendo em vista que a competência é atribuída por lei.

2.2.2 Objeto

Em simples palavras, o objeto, também denominado por alguns autores de conteúdo, é basicamente o efeito jurídico e material imediato que será produzido pelo ato administrativo, ou seja, pode-se afirmar que o objeto é o conteúdo do ato, devendo, necessariamente, ser lícito, possível e certo.

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 103), ensina que o objeto é alteração no mundo jurídico “que o ato administrativo se propõe a processar. Significa, como informa o próprio termo, o objetivo imediato da vontade exteriorizada pelo ato, a proposta, enfim, do agente que manifestou a vontade com vistas a determinado alvo”.

Para Hely Lopes Meirelles (2016, p.177), o elemento objeto é definido da seguinte maneira:

Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes.

Desta forma, dado que todo ato administrativo é praticado com a intenção de produzir efeitos, seja em relação a pessoas vinculadas ao ente estatal, seja em relação a particulares, estes efeitos a serem produzidos configuram o objeto desta conduta, ensejando a criação de direitos ou obrigações dentro dos limites da lei, conforme explica Matheus Carvalho (2017, p. 275).

Para a doutrina majoritária, objeto e conteúdo são expressões sinônimas, ambas representam a disposição do ato administrativo, razão pela qual, utilizar-se-á, aqui, as expressões como sinônimas.

Quanto a isso, Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p.380) estabelece que:

[...] preferimos a expressão conteúdo à expressão objeto, acolhendo o ensinamento de Zanobini, segundo quem o conteúdo dispõe sobre alguma coisa que é, esta sim, o objeto do ato. Com efeito, quem decide, decide alguma coisa a respeito de outra coisa. O conteúdo e o objeto seriam duas realidades perfeitamente distintas.

Para que o elemento objeto do ato administrativo seja válido, é necessário o cumprimento de três requisitos, são eles: a) licitude: em razão do princípio da legalidade, o administrador só pode fazer aquilo que está autorizado ou determinado pela lei; b) possibilidade: o objeto, obviamente, deve ser possível; e c) determinação: é necessário que o objeto seja certo, determinável e definido, conforme explicado por Fernanda Marinela (2016, p. 404).

Há, ainda, autores que acrescentam mais um requisito, qual seja, moral: deve estar em consonância com os padrões comuns de comportamento, éticos, justos. No que concerne ao objeto ser um elemento vinculado ou discricionário, de acordo com Matheus Carvalho (2017, p. 275), o objeto e o motivo são sempre elementos discricionários do ato administrativo, sob os quais o administrador público pode atuar de acordo com um juízo de oportunidade e conveniência. Entretanto, o autor faz uma ressalva, “esses dois elementos, quando forem

regulamentados de forma objetiva pela lei, sem deixar margem de escolha ao administrador, serão vinculados e o ato emanado terá natureza de vinculado”.

Por fim, há unanimidade na doutrina no sentido de entender que o objeto constitui o núcleo discricionário, especialmente no fato de haver o juízo de conveniência e oportunidade sobre o conteúdo do provimento estatal, ou seja, sobre o objeto do ato.

2.2.3 Forma

A forma é basicamente a exteriorização da vontade. Segundo José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 104), “a vontade, tomada de modo isolado, reside na mente como elemento de caráter meramente psíquico, interno. Quando se projeta, é necessário que o faça através da forma”, sendo assim, o renomado autor conclui que é “por isso mesmo é que a forma é elemento que integra a própria formação do ato. Sem sua presença, o ato (diga-se qualquer ato que vise a produção de efeitos) sequer completa o ciclo de existência”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 224), por outro lado, prefere afirmar que existem duas concepções acerca do conceito de forma, sendo uma concepção restrita e outra denominada concepção ampla. A primeira concepção considera forma como a exteriorização do ato, podendo ser escrito ou verbal, de decreto, portaria; já a segunda é uma concepção mais ampla, a qual entende que não é apenas a exteriorização do ato, mas, sim, todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, bem como os requisitos quanto a publicidade do ato.

Ou seja, na concepção restrita de forma considera-se apenas o ato isoladamente, enquanto na concepção ampla considera-se o ato dentro de um procedimento. Segundo assevera Fernanda Marinela (2016, p. 390):

Entretanto, com o fito de que o ato administrativo seja válido, não basta a manifestação da vontade; é preciso que seja realizado conforme as exigências definidas pela lei, que são denominadas formalidades específicas do ato, cuja ausência gera vício de legalidade, com sua conseqüente invalidação. Em regra, os atos administrativos representam o resultado de um procedimento administrativo prévio, formado por uma série de atos formais que levam a um provimento final, observando o princípio constitucional do devido processo legal.

No âmbito do direito administrativo, o aspecto formal do ato é extrema relevância, por tal motivo, 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.

Tendo em vista a extrema importância do princípio da solenidade para o direito público, especialmente para o elemento forma do ato administrativo, o autor Matheus Carvalho (2017, p. 265) tece um comentário bastante esclarecedor, vejamos:

[...] sendo os atos praticados com a intenção de satisfazer os interesses de toda a sociedade, vigendo, por esses motivos, o princípio da solenidade das formas. Desse modo, os atos administrativos devem ser praticados por escrito, ainda que não haja determinação legal neste sentido, e, em vernáculo, ou seja, em língua portuguesa. É cediço que esta regra geral admite exceções estabelecidas por leis específicas que podem estipular outras formas de práticas das condutas estatais, como é o caso de um semáforo que se manifesta por meio de sinais, sendo amplamente divulgado que o acendimento da luz vermelha significa uma imposição de parar aos condutores de veículos.

De forma excepcional, é possível admitir como o elemento forma do ato administrativo, ordens verbais, gestos, apitos e sinais luminosos. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 225) vai além, segundo a autora, até mesmo o silêncio “pode significar forma de manifestação da vontade, quando a lei assim o prevê; normalmente ocorre quando a lei fixa um prazo, findo o qual o silêncio da Administração significa concordância ou discordância”.

Matheus Carvalho (2017, p. 265) entende, ainda, que o silêncio da Administração Pública, diante de determinada situação, não produz qualquer efeito, “ressalvadas as hipóteses em que o próprio texto legal determinar o dever de agir do poder público, definindo que a ausência de conduta ensejará a aceitação tácita de determinado fato ou até mesmo a negativa pelo decurso do tempo.” Desta forma, segundo o autor, nestes casos, “pode-se entender que o efeito decorre da disposição legal que atribui à não atuação determinadas consequências específicas e não do silêncio, propriamente considerado”.

Para grande maioria dos eminentes juristas, o silêncio administrativo não produz nenhum efeito, salvo quando a lei – reconhecendo o dever da Administração de agir, atribui esse resultado, admitindo-se, nesse caso, a possibilidade de uma anuência tácita, tratando-se, assim, não de um ato, mas, sim, de um fato administrativo que produz efeitos na ordem jurídica.

2.2.4 Finalidade

A finalidade do ato administrativo é o bem jurídico objetivado que deve ser sempre o interesse público, o bem comum, ou seja, é o resultado que a Administração quer propiciar com a prática do ato. Para José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 109), o citado elemento do ato administrativo pode ser definido da seguinte forma:

Finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público. Realmente não se pode conceber que o administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade, possa estar voltado a interesses privados. O intuito de sua atividade deve ser o bem comum, o atendimento aos reclamos da comunidade, porque essa de fato é a sua função. Nesse ângulo, é imperioso observar que o resultado da conduta pressupõe o motivo do ato, vale dizer, o motivo caminha em direção à finalidade

Portanto, pode-se dizer que, basicamente, se determinado ato administrativo contrariar o interesse público ou perseguir interesses ilícitos – podendo ser, por exemplo, interesses particulares, há entendimento no sentido que restou caracterizado o vício no elemento finalidade, denominado, neste caso, como um desvio de finalidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 226) versa que a finalidade pode ser entendida em dois sentidos diferentes, sendo o sentido amplo e restrito. Desta forma, no (a) sentido amplo, a finalidade “corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter finalidade pública,” enquanto no (b) sentido restrito, a finalidade é o resultado “específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei”.

Não obstante, ainda complementa:

É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa; se a lei coloca a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punição; se a lei permite a remoção *ex officio* do funcionário para atender a necessidade do serviço público, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição. (DI PIETRO, 2017, p. 226)

Fernanda Marinela (2016, p. 405) explica que além da finalidade geral, que é o interesse coletivo, é necessário que haja observância da finalidade específica, prevista em lei, dado que, para cada propósito que a Administração pretende alcançar, existe um ato já

previamente definido em lei, uma vez que o ato administrativo caracteriza-se por sua tipicidade, atributo pelo qual este deve corresponder às figuras previamente definidas em lei, aptas para produzirem determinado resultado. No que concerne à prática estatal que editar determinado ato que possa eventualmente haver o chamado desvio de finalidade, Matheus Carvalho (2017, p. 263) esclarece que:

A atuação estatal desvirtuando a finalidade definida em lei para a prática de determinado ato configura abuso de poder, da espécie desvio de poder (ou desvio de finalidade) e enseja a nulidade da conduta praticada. Isso porque o administrador não se pode valer da previsão legal para praticar um determinado ato, visando uma finalidade diversa daquela imposta pelo texto normativo que embasou sua conduta.

Existe uma grande discussão no entorno da possibilidade de existência ou não de discricionariedade no elemento finalidade do ato administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 226) entende que poderá haver discricionariedade na finalidade do ato administrativo no momento em que aludir no sentido amplo, bem como poderá ser vinculado no sentido estrito. No sentido amplo, haverá discricionariedade uma vez que a lei se refere ao elemento finalidade usando-se de termos e noções não tão claras, na verdade, vagas e imprecisas, como, por exemplo, moral, ordem pública etc. Portanto, nestes casos não haverá critérios objetivos estabelecidos pela lei que possam permitir uma dedução de quando tais fins são alcançados. No sentido estrito, há vinculação pelo fato de cada ato ser previsto em lei com uma finalidade específica.

Desta maneira, o que poderá acontecer é que, dependendo do doutrinador, a finalidade poderá ser entendida como um elemento vinculado ou discricionário. Para o presente estudo, entender-se-á que a finalidade poderá ser (a) discricionária quando a lei se utilizar de noções vagas e imprecisas, e (b) vinculada quando for determinada e prevista estritamente em lei.

2.2.5 Motivo

Pode-se definir motivo como situações fáticas ou jurídicas que justificam a edição de determinado ato administrativo. Em outras palavras, motivo é a situação de direito ou de fato “que justifica a edição do ato administrativo. O motivo é causa do ato. Ex.: a infração funcional é o motivo que justifica a edição do ato administrativo punitivo (advertência, suspensão ou demissão) do servidor.” (OLIVEIRA, 2017, p. 418)

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 105) assevera que o motivo deve ser classificado em motivo de direito e motivo de fato. Desta forma, segundo o autor, o “motivo de direito é a situação de fato eleita pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa. Motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal”.

Averbe-se que, embora haja divergência, os eminentes juristas entendem que a ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo. Neste sentido, também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA. 1. O motivo é requisito necessário à formação do ato administrativo e a motivação, alçada à categoria de princípio, é obrigatória ao exame da legalidade, da finalidade e da moralidade administrativa. (...) (AgRg no RMS 15.350/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgamento 12.08.2003, DJ 08.09.2003)

É importante destacar que motivo é totalmente diferente de motivação. Neste sentido, José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 105) explica que:

Motivo, como vimos, é a situação de fato (alguns denominam de “circunstâncias de fato”) por meio da qual é deflagrada a manifestação de vontade da Administração. Já a motivação, como bem sintetiza CRETELLA JR., “é a justificativa do pronunciamento tomado”,⁴⁸ o que ocorre mais usualmente em atos cuja resolução ou decisão é precedida, no texto, dos fundamentos que conduziram à prática do ato. Em outras palavras: a motivação exprime de modo expresso e textual todas as situações de fato que levaram o agente à manifestação da vontade.

Ademais, ainda relacionado com o motivo, há que se mencionar aqui a teoria dos motivos determinantes, que em consonância com a validade do ato administrativo se vincula aos motivos indicados pelo agente como seu fundamento, de modo que, se forem verídicos ou não, implicaram na sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros, conforme brilhantemente explicado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 227).

Destarte, no que concerne à possibilidade de existência ou não de discricionariedade no elemento motivo, alguns doutrinadores entendem que esta se encontra apenas e unicamente no motivo fático, tendo em vista que no motivo legal (como já previamente definido em lei) será obrigatoriamente vinculado.

Sobre a discricionariedade e vinculação no motivo, Fernanda Marinela (2016, p. 404), de forma magnífica e esclarecedora, tece alguns comentários de suma importância, vejamos:

A análise da vinculação e da discricionariedade é de fundamental importância no estudo do motivo e do objeto do ato administrativo. Nas hipóteses de vinculação, a situação de fato já está delineada pela norma legal, nada mais cabendo ao agente a não ser praticar o ato, tão logo seja configurada. [...] Quando da discricionariedade, a lei não delineia a situação fática, mas transfere ao agente a verificação de sua ocorrência, atendendo a critérios de caráter administrativo – conveniência e oportunidade – vale dizer, é o agente que elege a situação fática ensejadora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade para definição do motivo do ato, sem se afastar dos princípios administrativos

Conclui-se, por enquanto, que os elementos objeto e motivo são, segundo o entendimento da doutrina, o núcleo da discricionariedade, notadamente pelo fato de que nesses dois elementos – objeto e motivo – haveria uma maior possibilidade de atuação com carga discricionária pela Administração Pública. Contudo, não significa dizer que não poderá haver discricionariedade nos demais elementos, tendo em vista que, conforme visto em tópicos anteriores, à exceção da competência, todos os demais elementos poderão, de forma significativa ou não, ter um campo de liberdade de atuação por parte do agente público.

2.3 Mérito administrativo e Legalidade

Ainda não há, por parte dos juristas, uma conceituação única para o chamado mérito administrativo. Uma das principais divergências é em relação à extensão que tal conceito deveria ter. Essa delimitação é de suma importância para desenvolvimento e estudo do controle jurisdicional dos atos produzidos na atuação administrativa com carga discricionária, tendo em vista que esta poderá ser em grau menor ou até maior, variando de acordo com o entendimento de até onde poderá ir o mérito no ato administrativo.

O mérito administrativo é basicamente “a liberdade conferida pelo legislador ao agente público para exercer o juízo de ponderação dos motivos e escolher os objetos dos atos administrativos discricionários”. (OLIVEIRA, 2017, p. 422)

Fernanda Marinela (2006, p. 408) desenvolve magnificamente o tema, vejamos:

Na determinação dos elementos do ato administrativo, é relevante a análise quanto à liberdade para sua definição, identificando se tal elemento é vinculado ou discricionário. Para as hipóteses em que o elemento é vinculado, o administrador não tem liberdade. Terá que preencher o ato, segundo os ditames da lei, sem análise de conveniência e oportunidade. De

outro lado, quando o elemento for discricionário, o administrador pode realizar um juízo de valor, avaliando a conveniência e a oportunidade do interesse público para a prática do ato.

Portanto, pode-se dizer, em poucas palavras, que o mérito do ato administrativo é a valoração do Administrador, é a liberdade, é a análise de conveniência e oportunidade, que estão presentes nos elementos motivo e objeto.

Nesta mesma linha, José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 111) versa no sentido de “que em certos atos a lei permite ao agente proceder a uma avaliação de conduta, ponderando os aspectos relativos à conveniência e à oportunidade da prática do ato”. Esses aspectos que suscitam tal ponderação é que constituem o mérito administrativo.

Para o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 390):

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

Ou seja, o mérito do ato administrativo poderá ser encontrado apenas nos atos discricionários, naqueles em que há uma análise de oportunidade e conveniência no exercício da competência discricionária. Seguindo essa linha de pensamento, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 178) afirma que nos atos vinculados, nos quais não há margem para faculdade de escolha por parte do administrador, não há que se falar em mérito, uma vez que toda atuação da Administração Pública é determinada em lei.

De acordo com Fernanda Marinela (2006, p. 408), é possível concluir que:

[...] é nos elementos motivo e objeto dos atos discricionários que se encontram a discricionariedade do ato administrativo, a liberdade do administrador e o juízo de conveniência e oportunidade, também denominado mérito do ato administrativo. Portanto, mérito do ato administrativo é a valoração do Administrador, é a liberdade, é a análise de conveniência e oportunidade, que estão presentes nos elementos motivo e objeto. Vale ressaltar que mérito não é igual a motivo e objeto, apesar de estar presente neles.

Outro aspecto de suma importância sobre o mérito administrativo é que este não pode ser objeto de controle por parte do Poder Judiciário. Isso se dá pelo fato de que “o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade; só existe nos atos

discricionários. Seria um aspecto do ato administrativo cuja apreciação é reservada à competência da Administração Pública”. (DI PIETRO, 2017, p. 232)

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já firmou jurisprudência:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEVIDO PROCESSO LEGAL. OBSERVÂNCIA. REEXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PODER JUDICIÁRIO. NÃO CABIMENTO. MATÉRIA NÃO DEBATIDA NA ORIGEM. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O processo administrativo que resultou na aplicação da pena de demissão do recorrente teve regular procedimento, com estrita observância aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é pacífica no sentido de que o controle jurisdicional dos processos administrativos restringe-se à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, **sem exame do mérito do ato administrativo**. 3. Em sede de recurso ordinário, a matéria não debatida pelo Tribunal de origem não pode ser discutida neste Superior Tribunal de Justiça, por caracterizar supressão de instância. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento (RMS 13.713/PR, STJ – Rel. Min. Og Fernandes, julgamento 11.05.2010, DJe 31.05.2010). (*Grifos nossos*)

Fernanda Marinela (2016, p. 411) adverte que é possível o controle jurisdicional em qualquer tipo de ato, entretanto, somente no tocante à sua legalidade. Ressalta-se que tal análise deverá ser realizada em sentido amplo, abrangendo o exame dos princípios e normas constitucionais. Por outro lado, é defeso o exame da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, ou seja, não se pode reapreciar o mérito dos atos discricionários.

Desta forma, é notadamente reconhecida, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de análise dos atos administrativos pelo poder Judiciário quando estes não obedecerem à lei, bem como daqueles que ofendam os princípios constitucionais, tais como: a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, dentre outros. Assim, o Poder Judiciário poderá, eventualmente, atingir a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, contudo, apenas quando essas forem incompatíveis com o ordenamento vigente, ou seja, quando for manifestamente ilegal.

Para Miguel Seabra Fagundes (2006, p. 121-127) não é admissível que haja controle jurisdicional sobre o mérito administrativo, dado que este se trata do sentido político, ou seja, se eventualmente o Poder Judiciário realizasse um exame do mérito, estaria indo além da apreciação jurídica (legalidade e legitimidade). Portanto, o Poder Judiciário, instituição encarregada e responsável pela preservação da ordem legal, estaria adentrando

substancialmente no campo da gestão política (discricionariedade), substituindo-o o administrador público.

Por tal razão, o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e “que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir”. (DI PIETRO, 2017, p. 231)

Nesta linha de pensamento, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, p. 423) versa que:

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.

O controle jurisdicional dos atos administrativos pode ser dividido em duas espécies: a) controle de legalidade, adequação formal do ato administrativo com a legislação e; b) controle de mérito, verificação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto do ato administrativo.

Assim, pode-se concluir que o mérito administrativo é basicamente o núcleo da discricionariedade administrativa, no qual a Administração Pública, no momento de praticar ou, não, determinado ato, deverá se atentar à conveniência e à oportunidade como forma de escolha. Tal discricionariedade é, em regra, encontrada nos elementos objeto e motivo do ato administrativo, em que pese possa ser, eventualmente, encontrado, também, no elemento finalidade e forma.

Portanto, pode-se entender, então, que o mérito administrativo é regido pela oportunidade e conveniência, sendo vedado qualquer tipo de revisão por parte do Poder Judiciário neste sentido, uma vez que consiste na parcela de escolha conferida ao agente público para solucionar determinadas situações, buscando a solução mais adequada para atingir a finalidade pública. Por outro lado, a legalidade é responsável pela vinculação da atividade da Administração Pública à estrita observância da lei, devendo agir de modo que não ultrapasse os limites impostos no ordenamento jurídico brasileiro.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.1 Noções preliminares

Compreender a diferença entre atos discricionários e vinculados é de suma importância para o estudo do controle jurisdicional pelo Poder Judiciário, mas, mais importante ainda é entender sua discricionariedade, ou, como chamado por outros juristas, poder discricionário. Entretanto, como em outros casos já citados, a doutrina não consegue chegar a um consenso sobre como classificá-la.

É sabido que toda a atuação da Administração Pública, seja ela discricionária ou vinculada, deverá e estará pautada nos ditames da lei, ou seja, o ato administrativo necessita de uma previsão legal que autorize e o justifique, tendo em vista que há dependência de uma normativa legal prévia.

Fernanda Marinela (2016, p. 326) ensina que é reconhecido que no Estado de Direito “inexiste um poder que seja absolutamente vinculado ou absolutamente discricionário, mas que na verdade em qualquer deles o que se verifica são atos administrativos com competências vinculadas ou discricionárias”, portanto, não seria essa uma classificação do Poder, mas sim do ato administrativo em seu exercício.

Nesta linha de pensamento, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 829):

Em rigor, no Estado de Direito inexiste um poder, propriamente dito, que seja discricionário fruível pela Administração Pública. Há, isto sim, atos em que a Administração Pública pode manifestar competência discricionária e atos a respeito dos quais a atuação administrativa é totalmente vinculada. Poder discricionário abrangendo toda uma classe ou ramo de atuação administrativa é coisa que não existe

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 269) ensina que “poderes Vinculado e Discricionário não existem como poderes autônomos; a discricionariedade e a vinculação são, quando muito, atributos de outros poderes ou competências da Administração”.

O fato é que existem inúmeras divergências entre os mais renomados juristas quanto à terminologia que deve ser empregada para tratar da discricionariedade administrativa. De forma genérica, podemos dizer que os autores na maioria das vezes utilizam-se de expressões como atividade discricionária, poder discricionário e ato discricionário.

De acordo com Odete Medaur (1986, p. 39), alguns dos grandes renomados autores do cenário brasileiro, como Marcel Waline, entende que deve ser empregada apenas a expressão poder discricionário. Por outro lado, autores como Hely Lopes Meirelles, Miguel Seabra Fagundes, Miguel Reale e José Cretella Junior utilizam-se da expressão ato discricionário. Para a autora, entretanto, ato discricionário, atividade discricionária e poder discricionário são conceitos distintos contidos na discricionariedade administrativa.

Não obstante, Odete Medaur (1986, p. 39), ainda, complementa ensinando que é importante frisar que o “poder discricionário é uma faculdade, atividade discricionária é o exercício das funções com utilização do poder discricionário, enquanto o ato administrativo discricionário é o resultado do exercício desse poder, seu resultado concreto”.

É importante citar aqui um pensamento que vai além desta diferenciação tríplice apresentada pela autora citada acima. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 13-14), o ordenamento jurídico brasileiro indica que determinadas e obrigatórias finalidades devem ser alcançadas pelo administrador público por meio dos atos administrativos. Desta forma, buscá-las seria, sobretudo, um dever da Administração Pública, para que só posteriormente seja considerado um poder. O administrador, no exercício de suas atribuições, exerce um poder em benefício do interesse público, não apenas pela simples vontade, mas, sim, por um dever.

Portanto, pode-se dizer que o ramo do Direito Público não se baseia estritamente em uma idéia de poder, mas numa de dever da Administração Pública para com o bem comum, ou seja, o interesse da sociedade. Nas palavras do autor:

Como não há outro meio para se atingir essa finalidade, para obter-se o cumprimento deste dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, ancilar ao cumprimento do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico. (BANDEIRA DE MELLO, 2000, p. 15)

A lei estabelecerá, em algumas situações, qual o comportamento deverá ter o administrador público frente à determinada situação, entretanto, em alguns casos, a Administração Pública terá o poder de tomar decisões fundamentadas no interesse público, observando-se a conveniência e oportunidade; nestes casos, denomina-se de discricionariedade Administrativa.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 48) conceitua discricionariedade da seguinte forma:

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

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2016, p. 191), “a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público”.

É óbvio que o legislador não poderia prever todas as situações que a Administração Pública eventualmente poderia se submeter, desta forma, a discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar. Segundo o renomado autor Hely Lopes Meirelles (2001, p. 110), poder discricionário “é a prerrogativa legal conferida à administração pública, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 228) afirma que a atuação é “discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.

Juarez Freitas (2007, p. 22) afirma que discricionariedade administrativa é:

A competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitando os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública.

Marçal Justen Filho (2006, p.154) versa que discricionariedade administrativa é basicamente “o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto”.

Fernanda Marinela (2016, p. 383) assevera que:

[...] a existência de norma definidora da liberdade administrativa não é o bastante para concluir-se que exista discricionariedade na prática de um determinado ato; esse requisito é indispensável, porém não suficiente. Exige-se, ainda, uma análise do caso concreto, tendo em vista que conceitos vagos ou indeterminados só proporcionam discricionariedade em situações duvidosas e quando é possível mais de uma opinião razoável para a situação. Portanto, o simples fato de a lei estabelecer liberdade para o administrador não significa que este poderá fazer dela o uso que bem entender. Exige-se o comportamento ideal, compatível com todo ordenamento jurídico e apto, no caso concreto, a atender com perfeição à finalidade da norma.

Neste sentido, José dos Santos Carvalho filho (2017, p. 68) versa que o poder discricionário consiste em:

[...] é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.

Conclui-se, então, que a discricionariedade administrativa é basicamente uma faculdade de escolha conferida por lei, que garante e prevê que o administrador público poderá, em determinadas situações, usar de critérios como conveniência e oportunidade para escolher de acordo com o resultado que vise o interesse em comum.

3.2 Discricionariedade e vinculação

Para que o organismo estatal desempenhe suas funções de forma plena e eficiente, a Administração Pública ostenta poderes em relação aos particulares de modo que há uma posição de supremacia que é essencial para buscar e atingir os fins desejados. Entretanto, sabe-se que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, e que os poderes da Administração Pública são regidos pelo princípio da legalidade, ditados e conferidos pela lei, de forma que busca evitar o abuso de poder e arbitrariedade por parte das autoridades.

A atuação do administrador público e os poderes que exerce são regradados pelo sistema jurídico vigente, ou seja, não pode a autoridade, em hipótese alguma, ultrapassar os limites impostas pela lei, caso o contrário estaria ferindo o princípio da legalidade. Quando o poder da Administração é vinculado, diz-se que o regramento atinge frontalmente todos os seus aspectos de uma determinada atividade, uma vez que a lei não deixou faculdade de escolha.

Isto quer dizer que impõe ao administrador público, diante de determinados requisitos, o dever de agir de tal ou qual forma.

Assim, o particular interessado diante de uma determinada situação conforme os moldes acima, ou seja, frente a um poder vinculado da Administração Pública, terá o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, e, no caso de não ser atendido, poderá buscar uma correição judicial.

Desta forma, conclui-se que quando o administrador público atua regularmente no exercício da função administrativa e a lei estabelecer uma única opção possível diante de uma determinada situação fática, tratar-se-á de uma atuação vinculada; no caso, haverá fixação de todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

Matheus Carvalho (2017, p. 121) ensina que:

Em determinadas situações, a lei cria um ato administrativo, estabelecendo todos os elementos do mesmo de forma objetiva, sem que a autoridade pública possa valorar acerca da conduta exigida legalmente. Com efeito, a lei já preestabelece a única conduta a ser tomada, a regra do Direito já define a atuação e o administrador está limitado a essas regras, porquanto a lei não dá margem de escolha em sua conduta.

Por outro lado, no caso da atuação discricionária da Administração Pública, o regramento não atingirá todos os seus aspectos de sua atuação, ou seja, haverá uma certa margem de escolha em que o administrador poderá optar entre uma ou outra opção. Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 228) diz que:

[...] o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações.

Assim, é discricionária a atuação da Administração Pública quando o administrador, diante de um determinado caso prático, poderá utilizar-se de critérios subjetivos como oportunidade e conveniência e, desta maneira, optar por uma ou outra solução para o caso, sendo todas consideradas como válidas. Entretanto, essa liberdade não é absoluta, assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 228) lembra que “o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações”.

Matheus Carvalho (2017, p. 122) versa que:

No Poder Discricionário, o administrador também está subordinado à lei, porém há situações nas quais o próprio texto legal confere margem de opção ao administrador e este tem o encargo de identificar, diante do caso concreto, a solução mais adequada. Nesses casos, o texto legal confere poder de escolha do agente para atuar com liberdade, exercendo o juízo de conveniência e oportunidade, dentro dos limites postos em lei, na busca pelo interesse público.

No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 16) ensina que:

Esta relativa liberdade, ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação, ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permiti-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma aplicanda.

É necessário ponderar, entretanto, que não existem tipos absolutos de discricionariedade ou de vinculação, portanto, é possível que dentro de um mesmo ato administrativo haja alguns aspectos que sejam vinculados e outros discricionários. Pode-se dizer, então, que se trata de uma questão que é variável em cada norma e para cada determinado caso em que a atividade administrativa será regularmente desenvolvida.

Desta maneira, conclui-se que, em alguns casos previstos em lei, o administrador público poderá agir mediante outorga de certa liberdade de escolha concedida pelo próprio texto legal para decidir entre uma ou outra opção, para fazer de uma determinada forma ou outra, ou, até mesmo, para ter ou não certa atitude. Por outro lado, haverá vinculação quando o texto legal definir a conduta em que o administrador público deverá seguir, ou seja, o ordenamento jurídico determinará de forma específica e pormenorizada o que o administrador público fará diante de caso fático.

Assim, toda a atuação da Administração Pública deverá sempre buscar e atender ao interesse coletivo nos seus atos, sendo que em algumas oportunidades essa atuação deverá seguir exatamente o que diz o texto legal e, por outro lado, isso se dará por meio da apreciação de critérios subjetivos como oportunidade e conveniência.

3.3 Discricionariedade *versus* arbitrariedade

A discricionariedade implicará uma certa liberdade de atuação nos limites estritamente conferidos pela lei, portanto, se a Administração Pública ultrapassar esses limites, a sua

decisão passa a ser considerada como arbitrária, ou seja, contrária à lei. Assim, para essa liberdade que a Administração Pública possui é necessário que haja de uma atuação estritamente calcada nos ditames legais, ou seja, quer dizer que ao passo que a Administração Pública ultrapassar esses limites impostos pela lei, sua decisão passará a ser tratada como um ato arbitrário, algo que é totalmente contrário ao ordenamento jurídico.

Nesta linha de pensamento, Fernanda Marinela (2016, p. 2016) versa que:

É relevante ressaltar que a discricionariedade é diferente da arbitrariedade. Discricionariedade é a liberdade para atuar, para agir dentro dos limites da lei, enquanto a arbitrariedade é a atuação do administrador além (fora) dos limites da lei. Ato arbitrário é ilegal, ilegítimo e inválido, devendo ser retirado do ordenamento jurídico.

Segundo José dos Santos Carvalho filho (2017, p. 69), a liberdade da escolha dos critérios de conveniência e oportunidade não se coaduna com a atuação fora dos limites da lei. Assim, enquanto atua nos limites da lei, que admite a escolha segundo aqueles critérios, o agente exerce a sua função com discricionariedade, e sua conduta se caracteriza como inteiramente legítima. Entretanto, segundo o citado autor, ocorre que algumas vezes o agente, a pretexto de agir discricionariamente, se conduz fora dos limites da lei ou em direta ofensa a esta. Desta forma, nestas situações comete arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

Nesse ponto se situa a linha diferencial entre ambas: não há discricionariedade *contra legem*. Romeu Felipe Bacellar Filho (2008, p. 61-62), de uma forma bem singular, ensina pedagogicamente a diferença entre arbitrariedade e discricionariedade, fazendo alusão a uma viagem de trem, vejamos:

A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a Administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranquilo e previsível, pois submisso ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilhamento da composição. Haverá de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias vertentes –, em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada. Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção.

Nesta fantástica comparação feita pelo autor, nota-se que o maquinista, responsável pela condução da locomotiva por uma composição ferroviária, seria análogo ao administrador público no exercício de suas atribuições, enquanto a locomotiva seria a Administração Pública

e os trilhos assemelhar-se-iam com as leis. Por conseguinte, ele diz que o trem seguirá seu trajeto de forma tranqüila e previsível por andar sempre em cima dos trilhos, submetido ao princípio da legalidade.

Entretanto, haverá determinado momento em que o maquinista ficará defronte com uma encruzilhada com várias vertentes, em que a lei não o informará qual sentido tomar. Neste momento, incumbirá ao maquinista, no caso, o administrador público, sem, em hipótese alguma, se afastar dos ditames legais, digo, trilhos, examinar a oportunidade e a conveniência da sua escolha do caminho. Nesta situação, deverá sempre se inclinar pelo melhor interesse público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 235), entende que todo ato administrativo – mesmo que possua uma carga discricionária, que for considerado arbitrário deverá ser submetido ao controle do Poder Judiciário, vejamos:

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

Por fim, chega-se a conclusão de que quando o administrador público age de acordo com a discricionariedade e a lei lhe outorga o poder-dever, ele estará cumprindo estritamente o que já determinada previamente, para, assim, ter uma faculdade de escolha analisando e buscando a melhor meio de satisfazer o interesse público. Por outro lado, a partir do momento em que age arbitrariamente, ele estará ferindo o princípio da legalidade e a ordem jurídica, agindo desacordo com o que a lei prevê.

Como resultado desta ação arbitrária, o ato será considerado ilícito e, conseqüentemente, poderá ser revisado judicialmente, reversamente do ocorre quando o administrador público atua dentro dos parâmetros legais da atividade discricionária.

3.4 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Inicialmente, faz-se necessário ponderar que esse vínculo existente entre os conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade é um tema complexo e espinhoso para a doutrina. Assim, tentar-se-á demonstrar os diferentes entendimentos dos doutrinadores a esse respeito para que, desta forma, entenda-se a conexão existente entre os dois conceitos.

Alguns estudos doutrinários dos maiores juristas brasileiros têm entendido como uma só unidade a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados. Entretanto, em que pese haja aspectos comuns em ambos, os autores modernos têm procurado distinguir os institutos.

Os doutrinadores utilizam o termo conceitos jurídicos indeterminados para compreender as diversas expressões utilizadas pelo legislador que apresentem, de certa forma, uma incerteza lingüística, de modo que possa permitir várias interpretações e sentidos diferentes. Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, p. 423) ensina que é importante registrar que as expressões não admitem todo e qualquer significado que venha a ser atribuído pelo intérprete da norma. As expressões possuem significados lingüísticos que limitam a atividade interpretativa.

Dessa forma, é possível extrair determinadas certezas dos conceitos jurídicos indeterminados: zona de certeza positiva (hipóteses que se inserem no conceito) e zona de certeza negativa (situações que não são englobadas pelo conceito). Entre as "zonas de certezas", encontra-se a denominada "zona de penumbra" (ou "zona de incerteza") que compreende hipóteses que geram dúvidas no intérprete sobre a sua adequação ao conceito indeterminado.

Para José dos Santos Carvalho filho (2017, p. 70), conceitos jurídicos indeterminados são “termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma”. Não obstante, o referido autor, ainda, exemplifica, versando que:

É o que sucede com expressões do tipo “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse público”, “segurança nacional” e outras do gênero. Em palavras diversas, referidos conceitos são aqueles “cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito” (*grifo do autor*)

Ainda nesta linha, Vladimir da Rocha França (2000, p. 108) aduz o seguinte:

Os conceitos jurídicos são conceitos convencionalistas, através dos quais o jurista procura estabelecer padrões de conduta para a sociedade. É impossível a lei tudo prever e tudo alcançar e, por isso, emprega quem a edita termos dotados da necessária fluidez, preservando a flexibilidade do

sistema direito positivo perante a naturalmente instável realidade social. Será o labor interpretativo o veículo para dar vida e objetividade aos enunciados do direito positivo, que ganham maior certeza e segurança quando há a concretização normativa do texto legal

Entretanto, José dos Santos Carvalho filho (2017, p. 70) ressalta que a discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre nos conceitos jurídicos indeterminados, mas, ao contrário, espelha a situação jurídica diante da qual o administrador pode optar por uma dentre várias condutas lícitas e possíveis. Aqui é a própria norma que, ao ser criada, oferece ao aplicador a oportunidade de fazer a subsunção do fato à hipótese normativa mediante processo de escolha, considerando necessariamente o fim a que se destina a norma. Não é, portanto, uma opção absolutamente livre, visto que tem como parâmetro de legitimidade o objetivo colimado pela norma.

Ainda segundo o autor, a fisionomia jurídica da discricionariedade comporta três elementos: “(1) norma de previsão aberta que exija complemento de aplicação; (2) margem de livre decisão, quanto à conveniência e à oportunidade da conduta administrativa; (3) ponderação valorativa de interesses concorrentes, com prevalência do que melhor atender ao fim da norma”.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 22) ensina que:

Seria excessivo considerar que as expressões legais que os [os conceitos imprecisos] designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham em todo e qualquer caso densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do conceito por elas recoberto. Algumas vezes isso ocorre. Outras não.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 231-232) existem na doutrina duas grandes correntes que tratam do tema conceitos jurídicos indeterminados: a) aquela em que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração Pública, uma vez que, em face deles, a Administração precisa fazer um trabalho de interpretação que leve à uma única viável e válida possível, e b) aquela dos que entendem que eles poderiam conferir discricionariedade à Administração Pública, entretanto, desde que se tratasse de conceitos de valor, que implicariam na possibilidade de apreciação do interesse coletivo em cada situação fática afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 232), a segunda corrente apresentada por ela é a que tem mais aceitação no ordenamento jurídico. Entretanto, pode-se dizer que a “grande dificuldade está em definir aprioristicamente todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade para a Administração. É só pelo exame da lei, em cada caso, que podem ser extraídas as conclusões”.

Matheus Carvalho (2017, p.1006), lembra que:

Ressalte-se que as disposições legais não são exaustivas acerca das hipóteses de utilidade pública ou interesse social, haja vista se tratarem de conceitos jurídicos indeterminados, nos quais impera uma margem de discricionariedade ao administrador público, que poderá exercê-la com base em critérios de oportunidade e conveniência.

O que se conclui é que ao se considerar que existe discricionariedade no momento de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, torna-se possível compreender muita mais as divergências doutrinárias quanto à existência ou não de discricionariedade nos elementos motivo e finalidade do ato administrativo. Uma vez que como “finalidade pública”, “falta grave”, “pressupostos de desapropriação”, poderão ser considerados como conceitos fluidos, o entendimento é no sentido de que poderá haver discricionariedade administrativa nos elementos finalidade e motivo, ressalvando-se, entretanto, que deverá ser apenas quando os conceitos jurídicos indeterminados forem utilizados para definir tais elementos.

4 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

No ramo do Direito Público, pode-se afirmar que a discricionariedade da Administração Pública é um dos temas mais debatidos e controversos, tendo desencadeado ao longo dos anos na doutrina uma acalorada e necessária discussão acerca deste tema, o qual, em muitas das oportunidades, distanciou-se do entendimento jurisprudencial.

Da mesma forma, ao se falar em discricionariedade administrativa, surge instantaneamente no subconsciente dos interessados outro tema extremamente instigante do ponto de vista jurídico e acadêmico, que é o controle jurisdicional dos atos administrativos e o limite em que o Poder Judiciário, em sua atuação jurisdicional, teria que observar.

Ao longo do presente trabalho, objetivou-se analisar eventual existência ou não da possibilidade da incidência do controle jurisdicional sobre os elementos do ato administrativo, entretanto, passar-se-á analisar neste capítulo a extensão do efetivo controle jurisdicional sobre a atividade administrativa, observando-se as teorias dos motivos determinantes e desvio de poder ou desvio de finalidade.

Faz-se necessário, inicialmente, ponderar que o fundamento legal para existência da possibilidade do controle da atividade discricionária pelos órgãos do Poder Judiciário pode ser encontrado no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que, assim, dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

É importante registrar, ainda, que o regime adotado pelo Brasil é o sistema de jurisdição Una, possibilitando que um único Poder, no caso, o Judiciário, julgue litígios que versam sobre interesses de particulares bem como também aqueles que eventualmente possam possuir como parte a Administração Pública. Esse sistema é contraposto pelos sistemas da Jurisdição dúplice ou contencioso administrativo.

Em que pese possa existir eventualmente um controle efetivado pelo Poder Judiciário na atividade administrativa, isso não necessariamente significa que ocorreria uma perda do poder e da possibilidade de escolha por parte da Administração Pública em revisar seus próprios atos, em atenção ao princípio da autotutela. Ademais, a Administração Pública no desenvolvimento da sua regular e inerente atividade administrativa poderá ser submetida aos chamados controles externos e internos, no qual, será considerado como controle interno aquele que é praticado dentro do mesmo órgão e externo aquele que é praticado por órgãos alheios à Administração Pública.

Não obstante, pode-se citar ainda uma terceira modalidade de controle: o controle oriundo da vontade popular. Desta forma, segundo os autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 743):

Além dos controles internos e externos, há ainda o controle de origem popular, como decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, a Constituição contém diversos dispositivos que dão aos administrados a possibilidade de – diretamente ou por intermédio de órgãos com essa função institucional – verificarem a regularidade da atuação da administração pública e impedirem a prática de atos ilegítimos, lesivos ao indivíduo ou à coletividade, ou provocarem a reparação dos danos deles decorrentes. Encontramos na Magna Carta: Art. 5º, LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Disso tudo, destaca-se que uma atuação desastrosa e visando interesses escusos – que não seja o interesse coletivo – poderá ser revertida pela via judicial, isto porque, o entendimento recente e majoritário da doutrina versa no sentido de que todos os atos administrativos, sejam eles, vinculado ou discricionário, poderão ser objetos do controle jurisdicional, excluindo-se, entretanto, o mérito do ato do controle feito pelo Poder Judiciário.

No mesmo sentido, Fernanda Marinela (2016, p.1209) assinala que:

Há que se ter em mente, para a boa compreensão do controle da Administração, que, enquanto na vida privada reina a ideia de que “tudo é permitido, salvo o que é proibido por Lei”, no âmbito da Administração Pública, o raciocínio é exatamente o inverso: “tudo é proibido, a não ser o que é permitido por Lei”. Ou seja, ao Administrador público (aqui entendido como aquele que pratica atividade administrativa) só é concedida a prática de atos em estrito acordo com a legislação. Daí por que, para adquirir bens ou serviços, o administrador deve licitar; para contratar pessoal, deve realizar concurso público e para utilizar verbas públicas, deve sempre prestar contas dos gastos etc. Surge aí o princípio que pauta a Administração Pública por excelência, o princípio da legalidade.

Atentando-se aos preceitos implícitos e explícitos do ordenamento jurídico vigente e do Direito, conclui-se que a discricionariedade administrativa deve sujeitar-se ao crivo do Poder Judiciário para fins de análise da sua legalidade, revisando-se seu aspecto externo e sua inserção no sistema jurídico, sem, contudo, qualquer tipo de análise da essência (mérito).

4.1 A separação dos poderes

O filósofo iluminista, Montesquieu, em sua obra, “*O espírito das leis*”, expôs a teoria da separação dos poderes que redefiniria toda uma estrutura organizacional do Estado. O objetivo inicial era buscar uma forma de controlar o poder estatal por meio da divisão das suas funções específicas, atribuindo-as a órgãos diferentes. Esse pensamento da existência de três poderes, entretanto, não era novidade para outros estudiosos que já versavam sobre o tema, como Jhon Locke e, até mesmo, Aristóteles, na obra *Política*.

Essa teoria da separação dos poderes, desenvolvida por Montesquieu, é uma forma clássica que redefine uma forma de organização e limitação do poder estatal, possibilitando, desta forma, uma atuação de um sistema de freios e contrapesos. Nesta linha de pensamento, Fernanda Marinela (2016, p. 1207) lembra que:

Montesquieu foi o primeiro a analisar as relações que as leis têm com a natureza e os princípios de cada governo, que, em resumo, buscam distribuir a autoridade por meios legais, para evitar o abuso. A separação dos poderes é hoje a base do exercício do poder democrático. Refletindo sobre o abuso do poder real, Montesquieu conclui que só o poder freia o poder, no chamado “Sistema de Freios e Contrapesos” (*systeme de freins et de contrepoids*), daí a necessidade de cada Poder manter-se autônomo e constituído por pessoas e grupos diferentes.

Segundo essa teoria desenvolvida por Montesquieu, seria necessária uma divisão da atuação do poder estatal em três partes, sendo elas: a) criar leis, b) executar as funções públicas e, por fim, c) julgar os crimes ou litígios dos particulares. Essas três partes hoje são reconhecidas como os três poderes, sendo, respectivamente, Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nossa Carta Magna de 1988, em seu art. 2º, disciplina que: “são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, por isso, essa cláusula pétrea representa que o Estado Brasileiro adotou na organização estatal a teoria da separação dos poderes desenvolvida por Montesquieu, entretanto, nos moldes atuais um poder estatal não age de forma totalmente independente dos demais, o que prejudicaria seu controle.

Ademais, os poderes estatais ainda podem ser divididos de acordo com suas funções típicas, sendo, de forma bastante simplificada, assim: Poder Executivo executa atos previstos na lei; o Poder Legislativo cria as leis e o Poder Judiciário julga. Destaca-se, ainda, que cada poder pode exercer também funções que lhe são atípicas, como, por exemplo, os poderes que são conferidos ao Poder Legislativo no caso de instauração de CPI.

Não há que se falar, contudo, que quando o Poder Judiciário exerce o controle jurisdicional nos atos administrativos estaria ocorrendo uma interferência em outro poder da república – no caso, o Executivo. Marçal Justen Filho (2005, p. 31), entende que toda atuação da Administração Pública deve estar pautada e limitada na previsão da lei, sendo assim, a separação dos poderes busca evitar o desempenho autônomo da atividade administrativa. Desta forma, caberia ao Poder Judiciário verificar se tais estariam sendo praticados com estrita observância da Constituição Federal e das outras leis infraconstitucionais.

Portanto, a teoria desenvolvida por Montesquieu subordina os atos administrativos ao controle jurisdicional, devendo, sempre, respeitar o limite de atuação do Poder Judiciário face ao mérito do ato administrativo. Nesta mesma linha de raciocínio, Marçal Justen Filho (2016, p. 124) versa que:

A separação dos poderes impede que a atividade administrativa se desenvolva sem vinculação à lei, como regra. Em virtude da distinção entre legislação e administração, surge limitação a que a atividade administrativa produza normas equivalente às leis [...] Ademais disso, a atividade administrativa é subordinada a uma série de controles reservados constitucionalmente ao Poder Legislativo. Essa função de fiscalização e de controle é desempenhada também pelo Tribunal de Contas.

Caio Tácito (1989, p. 28), assevera, também, que:

A Administração Pública, atribuição dominante do Poder Executivo, funciona, no Estado de Direito, sob a dupla incidência da ação dos dois outros Poderes: de uma parte, subordina-se ao princípio da legalidade no sentido de vinculação de sua atividade à força obrigatória da lei, oriunda do Poder Legislativo, e de outra, os atos e contratos administrativos que pratica ficam submetidos à revisão judicial, cabendo ao Poder Judiciário a competência final de anulação de ilegalidades ou abuso de poder bom como, conforme o caso, dar execução a decisões administrativas.

Por fim, conclui-se que para o Estado Democrático de Direito é imprescindível que haja essa separação dos poderes – tornando-os independentes e harmônicos entre si, pois o melhor mecanismo existente para resguardar dos direitos individuais é esta distribuição de funções entre órgãos diferentes, dentro da própria atuação e com competência para regular os passos dos demais.

Entretanto, o eixo central da problemática não está, propriamente dita, na aceitação do controle de um poder da república sobre o outro, mas, sim, em definir o limite que este poder deverá observar para atuar no controle e regulação da atividade do outro do outro, sem ferir o princípio constitucional e cláusula pétrea da separação dos poderes.

E é exatamente isso que será discutido no próximo subtópico.

4.2 Limites do controle jurisdicional

Primeiramente, vale destacar que já foi mencionado em tópicos anteriores que cabe ao Poder Judiciário tão somente o controle da legalidade dos atos administrativos, sejam eles, vinculados ou discricionários. Ademais, entendia-se que este controle era realizado somente com fulcro na lei, restringindo-se à aplicação da lei; hoje, contudo, o entendimento é no sentido de que o referido controle deve ser realizado com observância não só e unicamente da lei, mas, também, dos princípios constitucionais.

Quando provocado, o Poder Judiciário detém a competência para realizar o controle dos atos administrativos dos poderes Executivo e Legislativo, bem como do próprio poder Judiciário – quando exerce sua função atípica administrativa, e isso pode ser chamando de controle de controle jurisdicional.

Este controle deverá ser realizado sob o exclusivo prisma da legalidade, restringindo-se tão somente à verificação de conformidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico e os princípios administrativos constitucionais.

Importante destacar também que os atos administrativos poderão ser controlados pela própria Administração Pública por meio da revisão de seus atos que, obviamente, já foram praticados, podendo, desta forma, modificá-los para que sejam retificados seus aspectos legais ou procedimentais que eventualmente possam ter sido produzidos em inobservância aos preceitos legais. Neste caso, a Administração Pública exerce seu poder de autotutela, adequando-se a conveniência e oportunidade ao interesse público.

Assim, complementando, Fernanda Marinela (2016, p. 1210) ensina que:

[...] podemos dizer que a Administração Pública pátria é revestida de um aparato legal que cria um sistema de “redundância”, ou seja, um ato administrativo, depois de praticado, que pode ser submetido a uma revisão pelo próprio praticante, como também nada impede que esse ato, revisado ou não, seja novamente submetido a controle por meio de outra pessoa ou órgão, o que é normalmente da estrutura hierárquica inerente à Organização Administrativa. Esse poder de revisão de atos, dentro da própria Administração, é o que se denomina princípio da autotutela.

Por outro lado, quando não é exercido esse poder de revisão nos atos administrativos pela Administração Pública que contrariam à lei, será o possível submetê-los ao poder de revisão do Poder Judiciário, que analisará seus aspectos legais.

Neste sentido, Matheus Carvalho (2017, p. 388), argumenta no seguinte sentido:

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.

Segundo Miguel Seabra Fagundes (2006, p. 137-138), um dos objetivos principais do controle jurisdicional da atividade administrativa é justamente resguardar o indivíduo perante à Administração Pública, que, por muitas das vezes, no exercício regular da atividade administrativa viola, por erro na aplicação da lei ou, até mesmo, por abuso, direitos dos indivíduos em geral. Assim, o controle existe para conter uma atuação da Administração Pública que é contrária à lei, de modo que o indivíduo possa exercer plenamente seus direitos.

Existem doutrinadores que entendem que o excesso de controle poderia ser prejudicial. Isto porque, esse excesso levaria à paralisação da atividade estatal, pois substituiria decisões de um governo, em tese, eleito democraticamente, pela vontade dos juízes togados. Contudo, o controle também não poderia ser escasso, pois prejudicaria o Estado de Direito e os direitos dos indivíduos. Por isso, o ideal seria buscar um equilíbrio entre o que pode e que o deve ser evitado no controle jurisdicional, consubstanciado nos mandamentos constitucionais, nos direitos fundamentais e no Estado Democrático de Direito.

A distinção da natureza dos atos administrativos, dado que podem ser vinculados ou discricionários, é de suma importância para versar a respeito do controle que o Poder Judiciário pode eventualmente exercer sobre eles. No que diz respeito aos atos administrativos vinculados, grande parte da doutrina entende que não existe restrição para o controle jurisdicional, pois sendo todos os seus elementos definidos em lei, cabe tão somente ao Poder Judiciário examinar a conformidade do ato com a lei.

Quanto aos atos administrativos discricionários, entretanto, há que se ter um cuidado especial na análise desses atos pelo Poder Judiciário, assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 234) lembra que o “controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 234), ainda, complementa explicando o porquê dessa diferença no controle jurisdicional:

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. (*grifos da autora*)

Ademais, Matheus Carvalho (2017, p. 390) adverte que atualmente é pacífico o entendimento de que “não cabe ao Judiciário, no exercício da função jurisdicional, o controle de mérito sobre os atos praticados no exercício de função administrativa. O controle exercido pelo Judiciário é sempre vinculado à legalidade da conduta estatal”.

Assim, serão apresentadas a seguir as técnicas de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa que são, basicamente, as seguintes: a) o controle de legalidade pelos elementos do ato administrativo, por meio das teorias dos motivos determinantes – concernente ao elemento motivo – e desvio de poder – referente ao controle da finalidade e b) o controle baseado nos princípios constitucionais administrativos.

4.3 Técnicas de controle

4.3.1 Teoria dos motivos determinantes

A teoria dos motivos determinantes se correlaciona diretamente com o elemento motivo do ato administrativo. O administrador público, no exercício regular da sua atividade administrativa, ficará preso aos motivos declarados no tempo da criação do ato, sujeitando-se à demonstração da sua ocorrência. Caso o motivo declarado não exista no mundo fático ou seja falso, o ato administrativo estará eivado de vício de nulidade.

Assim, essa teoria que é baseada no Direito Francês, baseia-se no princípio de que deverá haver uma compatibilidade do motivo elencado no momento da criação do ato administrativo com a situação fática que gerou a manifestação de vontade da Administração Pública. O motivo declarado precisa ser verdadeiro e compatível com a lei que, via de regra, define seus limites.

Neste sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello (2007, p. 386) ensina que:

De acordo com essa teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando (...) a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

A teoria caracteriza-se como um dos meios hábeis para conter a atuação do administrador público no exercício da atividade administrativa que esteja atuando na esfera discricionária por meio do efetivo exame dos motivos declarados no ato, tanto da subsistência quanto da idoneidade que possuem. Esse exame, por si só, não traz grandes dificuldades. O problema pode estar no momento do exame da “valoração” dos motivos.

Este problema reside justamente no fato da discricionariedade representar aquela certa margem de escolha e liberdade conferida ao administrador público pela lei, possibilitando que este possa decidir se o motivo fático ocorrido possui relevância ou não para ensejar uma providência administrativa.

Nestes casos, o Poder Judiciário deveria fazer uma investigação criteriosa dos fatos e da correlação entre o ato praticado e os motivos elencados, podendo tão somente exercer o poder jurisdicional na decisão tomada quando for notadamente desproporcional, algo totalmente contrário à lei. Fernanda Marinela (2016, p. 402) lembra, também, que o administrador poderá praticar o “ato administrativo, sem declarar o motivo, nas hipóteses em que este não for exigido, como na já citada exoneração *ad nutum*. Entretanto, se ainda assim decidir declará-lo, o administrador fica vinculado às razões de fato e de direito que o levaram à prática do ato”.

Desta forma, caso não haja previsão da lei da imposição de motivar o ato administrativo e o administrador público o declare no momento da criação do ato, o motivo elencado no ato passará a integrar a conduta praticada e, caso eventualmente o motivo não corresponda com a realidade fática, o ato será viciado.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2016, p. 223-224), essa teoria dos motivos determinantes baseia-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua “prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”.

4.3.2 Teoria do desvio de poder ou desvio de finalidade

Conforme abordado em tópicos anteriores, no Direito Privado, o particular pode fazer tudo o que não for proibido pela lei, enquanto no Direito Público, o administrador público apenas age de acordo com aquilo que está previsto em lei, ou seja, a atividade administrativa encontra na lei seus fundamentos e seus limites.

O abuso de poder pode configurar-se pelo excesso de poder ou desvio de finalidade. A autora Fernanda Marinela (2016, p. 352) assinala que tal abuso poderá ser verificado quando “o agente atua fora dos limites de sua competência, isto é, quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas, ultrapassando os limites legais, o que se denomina excesso de poder”. Assim, esse vício poderá atingir frontalmente a competência de outro administrador público, caso ele venha assumir competências que a lei não lhe atribuiu.

Fernanda Marinela (2016, p. 352) ainda lembra que existe outra forma de manifestação de abuso de poder que “ocorre quando o agente público, embora dentro de sua competência, afasta-se do interesse público que deve nortear todo o desempenho administrativo, caracterizando-se o desvio de finalidade”. Existem alguns doutrinadores que utilizam duas nomenclaturas: desvio de poder ou desvio de finalidade. Essa última nomenclatura é utilizada pela Lei Ordinária n. 4.717/65, amplamente conhecida como lei popular.

É importante destacar que o objetivo principal da Administração Pública no exercício regular da atividade administrativa é buscar justamente o interesse público na criação dos seus atos por meio de um poder conferido e delimitado pelo ordenamento jurídico. Esse poder, no Direito Administrativo, possui um caráter de instrumentalidade que tem como utilidade e sentido proporcionar ao administrador público todos os meios possíveis para satisfazer o interesse público.

Partindo dessa premissa, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 54) ensina que nesses casos o administrador público não disporá simplesmente de poderes-deveres, mas, sim, de deveres-poderes que serão empregados no exercício da atividade administrativa para buscar primeiramente os interesses em prol da coletividade. Porém, é sabido que muitas das vezes no exercício da função administrativa é perdido esse objetivo natural, criando deformações, que poderão ser contestadas pela teoria do “desvio de poder”, por estar eivado de vício.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 254), lembra que “a grande dificuldade com relação ao desvio de poder é a sua comprovação, pois o agente não declara a sua verdadeira intenção; ele procura ocultá-la para produzir a enganosa impressão de que o ato é legal”.

José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 66-67), ensina que uma conduta abusiva no exercício da atividade administrativa pode decorrer de duas hipóteses: a) quando o administrador atua fora dos limites da sua competência, e, b) quando o administrador, em que pese tenha competência para ato, afasta-se do interesse público que deve nortear o desempenho administrativo. No primeiro caso, considera-se como excesso de poder e, no segundo caso, como desvio de poder.

Desta forma, quando o administrador público agir mediante o abuso de poder, seja lá qual for sua forma, sua conduta deverá ser submetida à revisão, seja judicial, por meio do Poder Judiciário, seja administrativa, por meio do poder de autotutela. O abuso de poder é incompatível com os ditames da legalidade, assim, verificado o abuso, o reparo há que ser feito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, p. 234), complementa:

[...] o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

O maior problema consiste na dificuldade de provar que o ato produzido é abusivo, sobretudo pelo fato de que essa ilegitimidade vem dissimulada sob uma aparência da perfeita legalidade, impondo, assim, obstáculos para obtenção da efetiva prova do desvio. Isto porque, trata-se de intenções subjetivas do administrador, razão pela qual é necessário que haja indícios ou elementos circunstanciais que comprovar que houve o desvio de finalidade.

Hely Lopes Meirelles (2016, p. 53) ensina que:

Reconhecida a existência legal da discricionariedade administrativa, cumpre ao intérprete e aplicador da lei delimitar seu campo de atuação, que é o do interesse público. A finalidade pública, o bem comum, o interesse da comunidade, é que demarcam o poder discricionário da Administração. Extravasando desses lindes, o ato administrativo descamba para o arbítrio, e o próprio Direito Administrativo lhe nega validade, por excesso ou desvio de poder.

Matheus Carvalho (2017, p. 96) afirma que o desvio de poder (ou desvio de finalidade na prática do ato administrativo) “configura espécie do gênero abuso de poder e, portanto,

qualquer conduta que seja orientada pela obtenção de resultados diversos daqueles definidos na lei pode ser considerada abusiva e, conseqüentemente, passível de anulação”.

Por fim, destaca-se que uma atuação estatal que desvirtua a finalidade definida em lei para a prática de determinado ato administrativo configurará abuso de poder, da espécie de desvio de poder (ou desvio de finalidade), ensejando nulidade da conduta praticada. Assim, o administrador não pode se valer da previsão legal para praticar um ato que objetiva uma finalidade distinta daquela que é imposta pela lei e que embasou sua conduta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais objetivos deste trabalho consistia basicamente em apresentar o posicionamento doutrinário acerca do tema do controle jurisdicional dos atos administrativos que são emitidos pela Administração Pública no exercício da sua regular atividade administrativa discricionária.

Para concretizar o objetivo, buscou-se, e não somente isso, priorizar obras clássicas e modernas de vários e renomados doutrinadores brasileiros que se dedicaram ao tema proposto na seara do ramo do Direito Administrativo, como Celso Antonio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho, Hely Lopes Meirelles, Seabra Fagundes, Romeu Felipe Bacellar Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marçal Justen Filho, Fernanda Marinela, Matheus Carvalho, Rafael Carvalho Rezende Oliveira e outros.

Para compreensão do que vem a ser controle jurisdicional da chamada discricionariedade administrativa é necessário que se parta, inicialmente, de um estudo aprofundado e um entendimento sobre o conceito e os elementos do ato administrativo. A partir desse ponto é que foi possível compreender que na doutrina o tema do controle jurisdicional se correlaciona com outros institutos, como vinculação, arbitrariedade e conceitos jurídicos indeterminados.

Existe, hoje, uma situação angustiante no Brasil, pois pior do que neste momento vivenciar uma das maiores crises econômica e política que esta nação já enfrentou, torna-se mais preocupante ainda quando se instala uma crise institucional. Os três poderes do Estado, muitas das vezes, não demonstram aquela harmonia e independência que deveriam ter.

O presente estudo é de suma importância para o enfrentamento dessa crise institucional, dado que muitas das vezes há uma interferência direta do Poder Judiciário nos atos administrativos do Poderes Executivos e Legislativos. A importância da temática do controle jurisdicional nos atos administrativos discricionários brasileiros esbarra em todos os setores da sociedade, além de referir-se francamente a todo e qualquer indivíduo.

Por todo o explanado, o estudo do controle dos atos administrativos que possuem essa carga discricionária conferida pela lei se mostra indiscutivelmente importante para a comunidade jurídica, uma vez que os atos administrativos discricionários, embora possuam uma apreciação subjetiva, devem, necessariamente, atender a sua finalidade, apresentando-se, por conseguinte, como um ato perfeito, válido e eficaz.

No terceiro capítulo deste trabalho, pôde-se perceber de qual forma será possível o efetivo controle jurisdicional pelo Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários emitidos pela Administração Pública no exercício de sua atividade administrativa. Neste aspecto, destacamos o papel que os princípios constitucionais administrativos podem exercer neste controle dos atos administrativos.

Partindo de uma concepção macro do princípio da legalidade, que não envolve tão somente a subordinação do agente público à lei, mas que, na verdade, envolve também outros princípios constitucionais e, principalmente, o ordenamento jurídico brasileiro em sua completude.

Tornou-se possível também o entendimento no sentido de que a teoria do desvio do poder e teoria dos motivos determinantes, ambas sustentadas por um longo período pela doutrina majoritária, não se caracterizam como formas exclusivas de controle da atividade administrativa discricionária.

No art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estão explícitos os princípios da impessoalidade, publicidade, moralidade, eficiência e legalidade, e ao longo do corpo da carta magna estão implícitos os princípios como proporcionalidade, supremacia do interesse público, razoabilidade e motivação. Todos esses princípios são extremamente importantes, aliados com as teorias dos motivos determinantes e desvio de poder, para impedir que os administradores públicos desviem-se do objetivo principal, que é o interesse público.

O princípio da legalidade remete à efetiva possibilidade de subordinação da Administração Pública ao todo o ordenamento jurídico vigente, inclusive aos princípios constitucionais previstos na nossa Carta Magna. Assim, tem-se que quando eventualmente o administrador público ultrapassar os limites legais que lhe são conferidos na confecção do ato administrativo, o Poder Judiciário, imbuído de sua função de guarda maior da ordem pública e do respeito às leis, poderá intervir no ato administrativo viciado, mesmo que este tenha uma carga discricionária.

Contudo, faz-se necessário aqui ressaltar que o controle jurisdicional macro na atividade administrativa não significa necessariamente que há um avanço indevido no exame da legalidade. O que ocorre é que o Poder Judiciário continua observando na sua atuação jurisdicional o estrito cumprimento do que preceitua o princípio da legalidade, havendo, no entanto, apenas uma ampliação.

Por outro lado, há entendimento incontroverso na doutrina no sentido de que o mérito administrativo não poderá em nenhuma hipótese sofrer qualquer tipo de controle por parte do Poder Judiciário, devendo este ser preservado.

Assim, é defeso ao Poder Judiciário, na função controladora, adentrar no chamado mérito administrativo, sob pena de ferir frontalmente o princípio constitucional da separação dos três poderes, considerado como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. O que poderá ocorrer, no máximo, será uma análise no sentido de verificar se determinada atividade discricionária está observando devidamente os limites legais impostos pelo ordenamento jurídico.

Por fim, ressalto que o presente trabalho não tinha como objetivo, conforme já citado anteriormente, de esgotar totalmente o tema proposto, pois se trata de um tema espinhoso e que há tempos é amplamente debatido na doutrina. Assim, priorizei por realizar uma revisão da doutrina acerca do tema, sendo que, em seguida, foi possível desenvolver os assuntos interligados ao estudo proposto.

Por tal razão, o estudo inicial do conceito e elementos do ato administrativo e a discricionariedade administrativa para tão somente desta forma adentrar no assunto objeto do trabalho, que é o controle jurisdicional nos atos administrativos discricionários. Assim, o estudo possibilitou uma determinação de quando o Poder Judiciário poderá intervir nos atos expedidos por outro poder, em especial aos atos administrativos, sem que tal interferência não afronte o princípio da separação dos três poderes e ao respeito ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

_____. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Elementos de direito administrativo**. 3. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. “Relatividade” da competência discricionária. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, vol. 212, p. 49-56, abr./jun. 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. **Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

FAGUNDES, M. Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo** – Seleção Histórica de cinquenta anos – 1945-1995. Rio de Janeiro: Renovar, p.189-203, 1991.

_____. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Atualização: Gustavo Binenbojm. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v.222, p.97-116, out./dez. 2000.

_____. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 2. ed. atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. Poder discricionário da administração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 610, p. 38-45, ago-1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TÁCITO, Caio. Controle judicial da administração pública na nova constituição. **Revista de Direito Público**. São Paulo, v.91, p. 28-36, jul./set. 1989.