



Instituto de Ensino Superior “Presidente Tancredo de Almeida Neves”

JOSÉ CARLOS BARBOSA JÚNIOR

**O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO
PODER JUDICIÁRIO**

São João del-Rei

2015

JOSÉ CARLOS BARBOSA JÚNIOR

**O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO
PODER JUDICIÁRIO**

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado, sob a orientação da profa. Karina Cordeiro Teixeira.

São João del-Rei

2015

JOSÉ CARLOS BARBOSA JÚNIOR

O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Instituto de Ensino Superior Presidente Tancredo de Almeida Neves – IPTAN – como requisito parcial à obtenção do título de graduado (a) em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Profa. Esp. Karina Cordeiro Teixeira

Profa. Celimara Teixeira de Almeida

Prof. Ciro di Benatti Galvão

Ao Deus da minha compreensão, autor de todo o bem, aos meus familiares, esposa e filhos, amor e motivação, aos amigos, bálsamo e alento, aos professores que nos doaram seu tempo e saber e a todos aqueles que de alguma forma contribuíram nessa caminhada.

AGRADECIMENTOS

Ao Deus da minha compreensão

Pela inspiração e por ser a força e alento para não desistir diante dos desafios.

A minha família

Meus pais por todo o zelo e carinho, minha esposa e filhos pelo apoio, compreensão, paciência e sacrifícios. Por serem o amor, a força que me move.

Aos amigos, colegas de turma

Por serem o bálsamo que suaviza as dificuldades, notadamente a Juciane pelo incentivo nos momentos mais difíceis.

Aos professores

Pelo tempo que nos doaram e pelo conhecimento que compartilharam, notadamente a orientadora Profa. Karina pela orientação, a Profa. Carla pela dedicação e a Profa. Raquel pelo altruísmo.

Aos amigos do trabalho

Por suportarem um fardo que não lhes pertencia.

A todos os funcionários da instituição.

Por contribuírem de forma anônima em todas as nossas atividades.

RESUMO

Este trabalho tem por objetivo fazer uma crítica acerca do controle judiciário dos atos administrativos discricionários, tratando o conflito de princípios constitucionais envolvidos e o real alcance do referido controle, com os aspectos positivos e negativos advindos. No primeiro capítulo são tratados o conceito e os requisitos do ato administrativo, sendo competência, objeto, forma, finalidade e motivo, discriminando os elementos em que cabe a discricionariedade dos que são sempre vinculados. No segundo capítulo trata-se da distinção entre ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário, sendo demonstrado que mesmo os atos administrativos ditos discricionários possuem aspectos vinculados e discricionários. Aborda-se a definição de ato administrativo discricionário e os conceitos de discricionariedade e mérito. São apresentados também os princípios constitucionais que devem reger os atos administrativos, sendo a legalidade, a supremacia do interesse público, a impessoalidade, a moralidade administrativa, a razoabilidade e proporcionalidade e, por fim, a motivação. No último capítulo aborda-se o controle do ato administrativo discricionário que pode se dar pela própria Administração Pública ou pelo Poder Judiciário, conferindo maior enfoque sobre o último, sendo apresentadas as principais teorias acerca do assunto, sendo a teoria dos motivos determinantes, a teoria do desvio de poder e dos conceitos jurídicos indeterminados. Aborda-se ainda o conceito de Estado de Direito, que submete à lei a Administração e os administrados. O Princípio da Inafastabilidade da jurisdição é evocado a fim de justificar o controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, sendo trabalhado o conceito do alargamento do Princípio da Legalidade, entendido como Princípio da Juridicidade já que passa a abarcar os princípios e as normas, o que também alarga o rol de abrangência do controle judiciário. Por fim trata-se da unidade do Poder Público, ainda que se manifeste em três poderes individuais e harmônicos entre si, bem como a necessidade e legitimidade do ato administrativo discricionário.

Palavras-chave: Ato Administrativo; Ato Administrativo Discricionário; Controle do Ato Administrativo Discricionário

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O ATO ADMINISTRATIVO	9
1.1 Definição	9
1.2 Elementos ou requisitos – divergência	10
1.2.1 A competência ou o Sujeito	12
1.2.2 O Objeto	13
1.2.3 A Forma	13
1.2.4 A Finalidade	14
1.2.5 O Motivo	15
2 O ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO E DISCRICIONÁRIO	17
2.1 O ato administrativo vinculado	17
2.2 O ato administrativo discricionário	18
2.2.1 – Definição	20
2.3 A Discricionariedade	21
2.4 O Mérito	22
2.5 Princípios	23
2.5.1 Legalidade	23
2.5.2 Supremacia do Interesse Público	25
2.5.3 Impessoalidade	26
2.5.4 Moralidade Administrativa	27
2.5.5 Razoabilidade e Proporcionalidade	29
2.5.6 Motivação	30
3 O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO	31
3.1 O Controle dos atos administrativos discricionários	31
3.2 O Estado de Direito	32
3.3 A Inafastabilidade da Jurisdição	33
3.4 O Controle dos Atos Administrativos Discricionários pelo Poder Judiciário	34
3.4.1 Teoria do desvio de poder	34
3.4.2 A teoria dos motivos determinantes	35
3.4.3 Conceitos Jurídicos Indeterminados	37
3.4.4 O Alargamento do Princípio da Legalidade	38
3.5 A Unidade do Poder Público	39
3.6 Legitimidade do ato administrativo discricionário	39
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a uma reflexão acerca da constitucionalidade do controle dos atos administrativos discricionários pelo poder judiciário. Para tanto o tema foi abordado sob a ótica dos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, bem como a interpretação do direito, através dos quais tenta-se contrapor a legalidade, a necessidade e os limites desse controle.

A importância dessa pesquisa se dá devido ao período crítico pelo qual passa a sociedade, uma vez que suas instituições públicas sofrem de grande descrédito, sobretudo pela enxurrada de notícias que fazem crer na falta de valores morais de alguns daqueles encarregados da gestão pública, que estão mais empenhados em obter ou conceder vantagens individuais e pessoais em detrimento do bem público que deveriam perseguir.

Diante desse cenário percebe-se a relevância do tema, uma vez que se depara com a necessidade de um controle efetivo e isento para fazer frente aos crescentes atos ilegais ou imorais que dilapidam as instituições públicas, pois percebe-se que os recursos que deveriam ser aplicados ao bem coletivo se esvaem pela má gestão, de forma que o controle representa uma forma de resguardar o interesse coletivo perseguido pela lei.

O trabalho percorreu uma linha muito tênue em que prevalecem conflitos aparentes entre princípios constitucionais de igual relevância, mas que diante de uma interpretação tendente ao objetivo do bem social termina por fazer prevalecer aqueles que melhor parecem alcançar o espírito perseguido pela constituição.

No primeiro capítulo foram trabalhados o conceito e os elementos do ato administrativo, tais como a competência, o objeto, a forma, a finalidade e o motivo, de maneira a formar uma base sobre a qual buscou-se entender os atos administrativos à luz dos princípios constitucionais envolvidos e perseguidos pela Administração Pública.

No segundo capítulo foram tratados os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública e que são imprescindíveis para a aplicação dos atos administrativos, tais como a legalidade, a supremacia do interesse público, a impessoalidade, a moralidade administrativa, a razoabilidade e proporcionalidade e, por fim, a motivação. Buscou-se fazer a acentuação e distinção entre o ato administrativo vinculado e o ato administrativo discricionário.

No último capítulo, foram abordados o controle do ato administrativo discricionário e o controle do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário, pelo que foram

apresentadas as principais teorias acerca do assunto: A teoria dos motivos determinantes, a teoria do desvio de poder e dos conceitos jurídicos indeterminados. Foram mencionados ainda o conceito de Estado de Direito, que a todos submete à lei e o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

Por fim, foi trabalhado o conceito do alargamento do princípio da legalidade, o que fundamenta o controle judiciário do ato administrativo discricionário, pois tal alargamento constitui o que a doutrina moderna entende como Princípio da Juridicidade, em que o direito é interpretado à luz das normas e dos princípios, de forma que há uma ampliação dos aspectos relacionados à legalidade e, portanto, passíveis de controle pelo Poder Judiciário, restringindo o rol dos aspectos abrigados pela discricionariedade.

1 O ATO ADMINISTRATIVO

1.1 Definição

O Ato Administrativo já foi considerado como o próprio coração do direito administrativo, uma vez que é a concretização da atividade administrativa pública, consistindo em uma das formas de materialização de uma vontade administrativa com o fim de produzir efeitos jurídicos, perseguindo o interesse público. Embora a doutrina mais moderna considere o processo administrativo como sua faceta mais importante, se sobrepondo ao próprio ato administrativo, o último ainda possui grande relevância no âmbito do Direito Administrativo.

Para melhor explicar o ato administrativo, convém discorrer brevemente sobre o fato administrativo, que é o resultado do próprio exercício da atividade administrativa que resulta em efeitos práticos para a Administração Pública, mas que nem sempre constitui ato administrativo propriamente dito. Assim pode-se dizer que o fato administrativo abriga o ato administrativo.

Diante desse conceito, pode-se dizer que o ato administrativo constitui a materialização de um fato administrativo, enquanto nem sempre o fato administrativo se consume através de um ato administrativo. No âmbito do presente trabalho, pode-se sintetizar nas palavras de Carvalho Filho (2012, p. 96) o que é necessário ter por parâmetro.

Em síntese, podemos constatar que os fatos administrativos podem ser voluntários e naturais. Os fatos administrativos voluntários se materializam de duas maneiras: 1ª) por atos administrativos, que formalizam a providência desejada pelo administrador através da manifestação da vontade; 2ª) por condutas administrativas, que refletem os comportamentos e as ações administrativas, sejam ou não precedidas de ato administrativo formal. Já os fatos administrativos naturais são aqueles que se originam de fenômenos da natureza, cujos efeitos se refletem na órbita administrativa. Assim, quando se fizer referência a fato administrativo, deverá estar presente unicamente a noção de que ocorreu um evento dinâmico da Administração.

No âmbito da presente pesquisa, foi adotada a primeira definição, do ato administrativo como a formalização da vontade do administrador.

Embora o ato administrativo seja sempre regido pelo direito público, nem todas as atividades e relações da Administração Pública são regidas por esse ramo do direito, pois se fosse de forma contrária outorgaria uma prerrogativa de vantagem indevida para o ente

público em situações que não seria cabível um tratamento desigual.

Os atos praticados de forma bilateral, envolvendo interesses diversos, não estão sob a tutela do direito público, estando antes abrigados sob o domínio do direito privado, como por exemplo o pagamento de fornecedores, constituindo um “ato da administração”.

Nas palavras de Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 430): “A doutrina, por vezes, utiliza a expressão “atos da administração” para se referir especificamente a esses atos que a Administração Pública pratica quando está desprovida de prerrogativas públicas, quando está atuando em igualdade jurídica com os particulares, sob regência predominante do direito privado”.

Os aludidos autores exemplificam a diferença dos atos administrativos para os atos da administração e as consequências dessa diferença, citando a emissão de um cheque por parte da Administração Pública para efetuar o pagamento de um fornecedor. Nesse caso, após o ato, emissão do cheque, as relações comerciais advindas seriam regidas pelo direito privado, sobretudo para evitar um desequilíbrio desarrazoado, pois a administração não poderia revogar o ato por uma iniciativa unilateral, fato que seria possível no caso de se tratar de um ato administrativo sob a égide do direito público, o que seria lesivo para a outra parte, no caso o fornecedor, não existindo razão para que o estado pudesse gozar de tal proteção em um simples pagamento (ALEXANDRINO ; VICENTE PAULO, 2012, p. 430).

Assim pode-se dizer que o ato administrativo é a manifestação de uma vontade administrativa, que tem como objetivo a produção de um efeito jurídico imediato, abrigado sob a égide do direito público. Diferem dos fatos administrativos que são mais amplos que os atos administrativos e que nem sempre estão abrigados pelo direito público, bem como dos atos da administração, que não são sempre a manifestação de uma vontade e, em certos casos, não visam a produção de efeitos jurídicos imediatos.

1.2 Elementos ou requisitos: divergência

Os doutrinadores tendem a dissecar o ato administrativo em elementos para uma melhor compreensão, sendo que Lopes Meirelles (2012, p. 151-155) entende que um exame do ato administrativo revela a existência de cinco requisitos necessários à sua existência, sendo a competência, a finalidade, a forma, o motivo e o objeto.

Bandeira de Melo (2012, p. 373-374) entende que os elementos constitutivos do ato administrativo são apenas dois, a saber: O conteúdo e a forma; enquanto que os demais elementos são de validade do ato, sendo esses: O sujeito, o motivo, os requisitos

procedimentais, a finalidade, a causa e a formalização.

Para Justen Filho (2010, p. 364), seria mais adequado referir-se a aspectos do ato administrativo do que a elementos do ato administrativo, pois “elementos” pressupõem a existência de partes dotadas de autonomia própria, o que não seria o caso, pois o ato administrativo constitui um todo indissociável composto de diversas facetas, as quais estão permanentemente ligadas entre si. O autor define da seguinte forma:

O sujeito do ato administrativo é quem o produz, que pode ser denominado agente.

O conteúdo é aquilo que por ele é determinado ou estabelecido.

A forma é o modo de exteriorização do ato.

O motivo é a causa jurídica eleita pelo agente para produzir o ato.

A finalidade é o resultado ou o interesse que se busca satisfazer por meio do ato.

O Direito disciplina o ato administrativo, regulando sua existência, sua validade e sua eficácia. As regras jurídicas dispõem sobre os diferentes aspectos do ato administrativo. Isso envolve disciplina em níveis diversos e com finalidades distintas. (JUSTEN FILHO, 2010, p. 364).

No mesmo sentido defende Carvalho Filho (2012, p. 104), o qual menciona a controvérsia doutrinária acerca da nomenclatura a ser adotada quanto aos aspectos do ato, oscilando entre “elementos” e “requisitos de validade”, de forma que o autor diz que entre os cinco pressupostos de validade do ato administrativo classicamente aceitos, alguns devem ser classificados como elementos e outros como requisitos de validade (competência).

Para Di Pietro (2014, p. 211), há grande divergência na indicação dos elementos que constituem o ato administrativo, começando pelo próprio vocábulo “elementos”, pois alguns preferem utilizar a terminologia “requisitos”. Quanto a diferença entre os dois termos, ela define que os elementos agente, forma e objeto, são indispensáveis para a validade do ato, enquanto que os requisitos são os elementos acrescidos de características que lhes imprimem condições para produzir os efeitos jurídicos perseguidos.

De qualquer forma, o ponto principal não são os títulos com os quais se nomeia os aspectos do ato administrativo, mas o fato de que a inexistência de qualquer um dos elementos intrínsecos ao ato administrativo o contaminam de vício de legalidade, estando em alguns casos sujeitos a anulação e em outros casos de vício insanável, que ensejaria a nulidade do ato.

Sem entrar no mérito da classificação dos aspectos do ato administrativo, são tratados cada um deles que, conforme já mencionado, são em regra imprescindíveis para

a existência do ato.

1.2.1 A Competência ou o Sujeito

A competência é o poder legal conferido ao agente ou órgão público que algumas vezes é chamado na doutrina como sujeito. Nas palavras de Justen Filho (2010, p. 364) “A competência administrativa é a atribuição normativa da legitimação para a prática de um ato administrativo”.

Na definição de Di Pietro (2014, p. 211): “Apenas com relação à competência é preferível fazer referência ao sujeito, já que a competência é apenas um dos atributos que ele deve ter para a validade do ato; além de competente, deve ser capaz, nos termos do código civil”.

Para Carvalho Filho (2012, p. 105-106), a competência nesse caso se refere à competência administrativa, que difere da competência legislativa e judicial, de forma que se divide devido às várias atividades desempenhadas pelo Estado, estando também atrelada à capacidade aplicada ao direito privado, exigindo-se um agente competente e capaz. A competência pode advir de diversas fontes, desde a Constituição, leis infraconstitucionais ou ainda de normas administrativas. Ainda na linha de pensamento do mesmo autor, a competência é inderrogável, ou seja, não se transfere de um órgão para outro, bem como também é improrrogável, de forma que a incompetência não se transforma em competência a menos que a norma seja alterada e a torne competente.

Nesse aspecto, Di Pietro (2014, p.213) faz uma ressalva, pois desde que não seja conferido pela lei exclusividade de competência a determinado agente ou órgão, é possível a delegação ou avocação, ficando vedada apenas a derrogação por vontade das partes, se sobrepondo ao texto legal que confere a competência, pois a competência é atributo conferido pela própria lei.

Justen Filho (2010, p. 365) também traz uma observação evocando o princípio da legalidade. Ele diz que não há competência além dos limites da lei, e que toda competência é limitada, sendo o conjunto das competências partilhadas entre os diversos órgãos e agentes. A partir dessa afirmação, pode-se determinar a distribuição da competência obedecendo certos critérios, conforme distingue Di Pietro: Em razão da matéria, do território, em razão do grau hierárquico, do tempo e em razão do fracionamento entre os diversos órgãos.

1.2.2 O Objeto

O objeto é o próprio conteúdo do ato administrativo. Como o ato administrativo produz efeitos jurídicos, o próprio efeito que se pretende constitui como o objeto ou conteúdo do ato.

Nas palavras de Carvalho Filho (2012, p. 108):

Objeto, também denominado por alguns autores de conteúdo, é a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar. Significa, como informa o próprio termo, o objeto imediato da vontade exteriorizada pelo ato, a proposta, enfim, do agente que manifestou a vontade com vistas a determinado alvo.

Ainda na linha de pensamento do autor, para que o ato seja válido, ele deve obedecer aos critérios de licitude, devendo também ser possível, determinado ou determinável.

Di Pietro (2014, p. 216) acrescenta um outro critério de que deve se revestir o objeto do ato administrativo, a moralidade, de forma que o ato deve estar “em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos e éticos”.

Esse aspecto será trabalhado novamente quando forem tratados especificamente os princípios da Administração Pública que devem ser observados na prática dos atos administrativos.

1.2.3 A Forma

A forma se refere tanto a maneira como o ato se exterioriza e produz seus efeitos, como quanto aos requisitos de que se deve revestir o ato no seu processo de formação.

Para Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 462), o ato administrativo deve seguir a forma determinada pela lei, de maneira que quando esta não exigir uma forma específica a administração deve imprimir a forma que considere mais adequada de acordo com seus critérios de conveniência e oportunidade, desde que produza segurança jurídica e não prejudique os administrados no exercício do contraditório e da ampla defesa. Nesses casos, os autores entendem que o vício de forma, em regra, é passível de convalidação, desde que a lei não determine uma forma essencial à validade do ato e essa forma não tenha sido transgredida, o que ensejaria a nulidade do ato.

Carvalho Filho (2012, p. 109) traz uma outra perspectiva, definindo a vontade como elemento psíquico, que ao se exteriorizar toma uma forma que não se confunde com a

forma válida. Assim, para que a forma seja considerada válida, ela deve se amoldar ao que dispõe a lei ou ato equivalente possuidor de força jurídica. Assim, não basta a exteriorização da vontade, mas que essa vontade seja exteriorizada nos termos exigidos pela lei.

Ainda na linha de pensamento do autor, enquanto no direito privado prevalece a vontade das partes em detrimento da solenidade, no direito público, para a prática do ato administrativo, há de se conferir supremacia à solenidade, pois a vontade decorre da lei e a ela deve se conformar. Assim, um vício deve ser observado com comedimento e razoabilidade, pois se não afetar o conteúdo legítimo do ato, pode ser sanado, adequando-se o procedimento, o que não ocorre quando o vício contamina o próprio conteúdo do ato, o que o torna nulo. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 109).

1.2.4 A Finalidade

Enquanto o motivo antecede a prática do ato se referindo às circunstâncias que levam a administração a perseguir determinado objetivo, a finalidade sucede a prática do ato, correspondendo ao objetivo que a administração pretende alcançar. O conjunto motivo-finalidade, constitui o que pode-se denominar de vontade da administração.

Para Di Pietro (2014, p. 219), a finalidade comporta dois sentidos distintos:

1. Em 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;
2. Em sentido restrito, 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.

A autora ainda exemplifica dizendo que a finalidade deve alcançar aquilo que é determinado pela lei, de forma que se a lei impõe a demissão como uma espécie de punição, ela deve ser empregada como punição e jamais com outra finalidade que não seja a de punir. Por outro lado, a remoção de funcionário *ex officio*, com vistas a atender ao interesse público não deve atender a outro intento, como por exemplo o de punição, pois nesse caso a finalidade extrapolaria o critério previsto na lei.

Para Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 460-461), a finalidade é a faceta do ato administrativo em que se encontra impregnado Princípio da Impessoalidade, pois a finalidade é sempre um elemento vinculado, de forma que o agente nunca determina a finalidade de seu ato, mas a lei a determina.

Segundo os autores, um vício de finalidade é sempre insanável, ensejando a nulidade do ato. Esse desvio de finalidade pode assumir dois aspectos, com o agente buscando uma finalidade alheia ou contrária ao interesse público, ou um ato que seja condizente com o interesse público, mas que não esteja previsto no que determina a lei. Na primeira hipótese os autores exemplificam com o interesse de beneficiar ou prejudicar alguém. No segundo caso eles citam um caso em que seja necessária a movimentação de um servidor para uma determinada localidade em que haja necessidade, atendendo o interesse público, mas aplicando a transferência como punição num caso em que não seja previsto na lei como forma de punição. Nos dois casos os atos seriam nulos. (ALEXANDRINO ; VICENTE PAULO, 2012, p. 460-461).

Para Carvalho Filho (2012, p. 118-119), o elemento principal da finalidade é o interesse público, de forma que sempre o desvio de finalidade caracteriza um abuso de poder, uma vez que contraria os princípios da impessoalidade e da moralidade. Embora o objeto sobre o qual se aplique o ato seja variável, a finalidade é sempre a mesma, o interesse público.

1.2.5 O Motivo

O motivo se refere à situação de fato e de direito que determina ou permite a prática de determinado ato administrativo. Di Pietro (2014, p. 219) dispõe que o pressuposto de direito se refere ao princípio legal em que se baseia o ato, enquanto que o princípio de fato se refere ao conjunto de circunstâncias, acontecimentos ou situações que levam a administração à prática de determinado ato.

Ilustrando o conceito, Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 463) exemplificam num ato de punição de um funcionário público, o motivo para o ato de punição é a sua conduta infratora. Na concessão de licença paternidade, o que justifica o ato é o nascimento de um filho; no tombamento de um determinado imóvel, o motivo é seu valor cultural. Assim, apresentado o elemento fático, como a prova do nascimento de um filho, a administração ao verificar o fato, o enquadra em determinada hipótese descrita na norma legal - pressuposto de direito, pelo que teria a obrigação de praticar o ato, no caso um ato vinculado.

Não se confunde motivação com o motivo, pois motivação se refere a exposição de motivos, a demonstração dos fatos que fundamentam o ato. Nesse ponto existe uma divergência doutrinária quanto à obrigatoriedade da motivação para todos os atos

administrativos, existindo uma corrente que entende que a motivação só é necessária nos atos administrativos vinculados, caso em que a administração deve provar que o ato está em conformidade com a lei que o determina. Outra corrente entende que a motivação tem que estar presente sobremaneira nos atos administrativos discricionários, pois são os casos em que ela se faz mais necessária, pois sem ela não seria possível controlar a legitimidade dos motivos que levam a administração a praticar esses atos.

Neste trabalho é adotado o entendimento de Di Pietro (2013, p. 220), que defende que a motivação é requisito de legalidade que fundamenta todos os atos, sejam vinculados ou discricionários.

Todos os elementos apresentados são imprescindíveis ao ato administrativo, sendo importante ressaltar que alguns deles são sempre vinculados, mesmo nos atos administrativos discricionários, é o caso da Competência, da Forma (quando definida em lei) e da Finalidade. Os elementos Motivo e Objeto são discricionários de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade do administrador público.

No próximo capítulo serão abordados e classificados especificamente os atos administrativos e estudados os princípios constitucionais que norteiam toda atividade administrativa pública, os quais são fundamentais para a validade dos atos administrativos.

2 O ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO E DISCRICIONÁRIO

2.1 O ato administrativo vinculado

No primeiro capítulo foram apresentados os requisitos de existência e validade dos atos administrativos. Neste momento pode-se classificá-los em duas situações, o ato administrativo vinculado e o ato administrativo discricionário. Embora o objetivo do trabalho recaia sobretudo sobre os atos administrativos discricionários, é importante entender o que distingue uma espécie da outra, já que mesmo os atos administrativos discricionários guardam elementos vinculados.

Os atos administrativos vinculados são aqueles nos quais a vontade do administrador público ao praticá-lo deve se conformar ao que está definido pela lei. Dessa forma, já que decorre da própria lei, justifica-se a nomenclatura, “vinculado”, pois que o ato estaria vinculado à respectiva lei. Na definição de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 432):

Atos vinculados são os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade de decisão, pois a lei previamente determinou o único comportamento possível a ser obrigatoriamente adotado sempre que se configure a situação objetiva descrita na lei. Não cabe ao agente público apreciar a oportunidade ou conveniência administrativas quanto à edição do ato; uma vez atendidas as condições legais, o ato tem de ser praticado, invariavelmente.

Isso não quer dizer que exista alguma espécie de ato administrativo que não decorra da lei, ou da vontade pública, pois todos os atos administrativos têm de atender aos seus elementos, devendo o sujeito ser competente (competência definida pela lei); o ato deve possuir um objeto e uma finalidade tendente ao bem público, deve seguir uma formalidade previamente definida e, na ausência dessa, embora o administrador possa exercê-la conforme seus critérios de conveniência e oportunidade, não pode ferir os direitos do administrado de maneira não motivada.

Presentes os elementos pressupostos de um fato e havendo previsão legal de uma conduta administrativa diante desse fato, está presente a exigibilidade da prática do ato. O administrador não tem a possibilidade de formular qualquer juízo de oportunidade ou de conveniência, antes deve cumprir o que está determinado na lei, pelo que pode se dizer que seu ato é vinculado.

Essa vinculação para Di Pietro (2014, p.221-222), assenta-se no fato de que o Estado tem uma supremacia, uma vantagem sobre os administrados, sem a qual não seria capaz de atingir os seus objetivos, mas que deve ser limitada pela lei a fim de impedir abusos e arbitrariedades por parte das autoridades – O Princípio da Legalidade. O ato vinculado pressupõe uma única alternativa imposta pela lei ao administrador não existindo qualquer margem de avaliação subjetiva.

Nas palavras de Carvalho Filho (2012, p. 123)

Quando o agente administrativo está ligado a lei por um elo de vinculação, seus atos não podem refugir aos parâmetros por ela traçados. O motivo e o objeto do ato já constituirão elementos que o legislador quis expressar. Sendo assim, o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. A conclusão, dessa maneira, é a de que não se pode falar em mérito administrativo em se tratando de ato vinculado.

Ainda existe a possibilidade de distorção da finalidade pública mesmo na prática de um ato administrativo vinculado, mas nesse caso não se pode atribuir a distorção ao ato em si, mas à lei que o motivou e o legitimou, uma vez que ele está indelevelmente ligado a ela. Tal avaliação é muito subjetiva, de forma que não foi abordada a seara dos critérios de legalidade e moralidade no processo legislativo no presente trabalho. Partiu-se do pressuposto de que basta que o ato se conforme à lei. Foram analisados os critérios subjetivos apenas do ato administrativo discricionário, mais passíveis de se tornarem instrumento de violação de direitos, desvio de finalidade e abuso de poder.

2.2 O ato administrativo discricionário

Após discorrer sobre os atos administrativos vinculados, pode-se estudar o ato administrativo discricionário. Ele difere do ato administrativo vinculado porque existe uma subjetividade, devido a margem de discricionariedade no critério de aplicação do ato por parte do administrador público. Conforme Di Pietro (2014, p. 221):

A lei deixa certa margem de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça e 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. Daí porque se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.

Segundo a autora, a discricionariedade é de suma importância para o administrador fazer frente as inúmeras e crescentes necessidades sociais, uma vez que o legislador não pode prever todas as possibilidades, determinar condutas e fixá-las em lei. Assim, evita-se o automatismo e dota o aparelho estatal da flexibilidade necessária ao desempenho de suas funções. (DI PIETRO, 2014, p. 221-222).

Justen Filho (2009, p. 144-150), em sua obra afirma que a discricionariedade não se confunde com falta de controle, pois para que a decisão do agente seja válida, é indispensável que ele exponha as razões que o levaram a uma dentre as várias escolhas possíveis, fato mencionado na seção em que foi tratado o Motivo. A decisão discricionária que não é apoiada pela motivação é ato arbitrário. O autor ainda frisa que o ato não pode ser justificado pelo argumento de que o agente tinha liberdade de escolha, pois tal liberdade não se confunde com a autonomia privada, mas só existe com vistas ao melhor desempenho da função administrativa.

Segundo Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 472), a motivação decorre diretamente dos princípios da transparência e princípio da indisponibilidade do interesse público, estando presente no texto constitucional, em seu Art. 93 Inc. X.

Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 472) citam Bandeira de Melo

Os atos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo poder judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnada pelo juízo, não possa oferecer segurança e certeza de que os motivos aduzidos efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.

Ao analisar os elementos do ato administrativo, sujeito, objeto, forma, finalidade e motivo, pode-se perceber que quanto ao sujeito o ato é sempre vinculado, pois somente aquele a quem a lei investiu de competência pode praticar o ato. Quanto a finalidade, embora nem sempre seja especificamente ditada pela lei, pois em certos casos se assenta em noções mais amplas e subjetivas, como finalidade social, bem estar, segurança pública, conceitos que deixam uma margem de interpretação, ela também é vinculada. No exemplo de Di Pietro (2014, p. 195), o ato de autorização para a realização de um evento em local público se assenta em critérios de decisão por parte do administrador, que tomará a decisão fazendo um julgamento se tal fato atenta ou não contra a ordem pública, o que pressupõe

certa discricionariedade na interpretação. Quanto à forma, em geral os atos são vinculados, pois sempre que a forma esteja prevista em lei ela deve ser seguida. Por fim, no objeto e nos motivos se assentam as possibilidades da discricionariedade, pois é o campo em que existem possibilidades de escolhas por parte do agente público.

Diante das escolhas da Administração Pública, deve-se atentar para dois aspectos, a legalidade e o mérito do ato administrativo. Para Di Pietro (2014, p. 223), nos atos vinculados devem ser observados apenas os critérios de legalidade para a validade do ato, enquanto que nos atos administrativos discricionários devem ser observados os dois aspectos, pois o mérito serviria para se avaliar os aspectos discricionários do ato, sob os critérios de oportunidade e conveniência.

Durante muito tempo prevaleceu a ideia de que cabia o controle externo dos atos administrativos pelo Poder Judiciário apenas pelo critério da legalidade, estando as questões de mérito reservadas à competência da Administração Pública, de forma que nem chegavam a ser analisadas pelo Poder Judiciário pela simples alegação de serem discricionárias. Contudo, houve uma evolução no entendimento a esse respeito, abrigando-se princípios do Direito Administrativo e Direito Constitucional pois, em última instância, há de se observar se o administrador realmente se encontrava diante de diversas opções de igual valor previstas na lei e aceitáveis diante do interesse público perseguido, conforme será tratado no próximo capítulo.

2.2.1 – Definição

Os atos administrativos de forma geral, sejam vinculados ou discricionários, devem estar sujeitos à legalidade, a qual constitui um dos princípios da Administração Pública. Dessa forma, depreende-se que todos os atos administrativos se encontram regulados pelas leis.

Como mencionado, o que difere o ato administrativo discricionário do ato administrativo vinculado é a margem de decisão facultada ao administrador público no caso dos atos administrativos discricionários fundada nos critérios de conveniência e oportunidade, segundo os quais o administrador orienta sua decisão e, ainda, nas situações em que estão presentes os indiferentes jurídicos, possibilidades que só interessam ao administrador público.

Assim, pode-se dizer que no caso do ato administrativo discricionário existe uma gama de opções dentro do estrito limite da lei, dentre as quais o administrador público pode

decidir atentando para a que melhor atenda ao interesse público e à finalidade perseguida pela lei. No caso de extrapolar as opções dispostas na lei, o administrador público ultrapassa os limites do poder discricionário e seu ato constitui um ato arbitrário. Existem duas questões fundamentais que se deve abordar com relação ao ato administrativo discricionário, conforme já foi exposto, o mérito e a discricionariedade, conforme passa-se a comentar.

2.3 A Discricionariedade

Enquanto o mérito é o critério que orientaria a escolha diante das possibilidades presentes no ato administrativo discricionário, a discricionariedade é a própria liberdade de escolha, dentro das possibilidades admitidas pela Lei. Nesse sentido, entende-se a discricionariedade como mais ampla, de forma que o mérito é um elemento da discricionariedade.

Há de se ressaltar que a discricionariedade nunca atinge todos os atos administrativos, mas apenas aqueles os quais a lei, expressamente, confere a liberdade de agir, àqueles sobre os quais a lei é omissa e aos indiferentes jurídicos, cuja escolha não acarreta violação de direitos ou princípios. De qualquer forma essa discricionariedade é sempre limitada pela lei.

Nas palavras de Carvalho Filho (2012, p. 49).

A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar, na qualidade de administrador dos interesses coletivos.

No que se refere aos elementos do ato administrativo, conforme já tratado anteriormente, a discricionariedade fica restrita a apenas alguns elementos, de forma que, relativo aos demais, o ato continua vinculado. Quanto a competência o ato é sempre vinculado, ou seja, o agente público deve ser sujeito competente para a prática daquele determinado ato. No que se refere a forma, a mesma deve ser observada sempre que for disciplinada pela lei, conforme tratado no capítulo anterior e segundo entendimento de Di Pietro (2014, p. 217).

A obediência à forma não significa, no entanto, que a administração esteja

sujeita a formas rígidas e sacramentais; o que se exige, a rigor, é que seja adotada, como regra, a forma escrita, para que tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento; a não ser que a lei preveja expressamente determinada forma (como decreto, resolução, portaria etc.), a administração pode praticar o ato pela forma que lhe parecer mais adequada. Normalmente, as formas mais rigorosas são exigidas quando estejam em jogo direitos dos administrados.

Por fim, o ato administrativo, mesmo o discricionário, encontra-se vinculado à finalidade, a qual deve perseguir o interesse público, sob pena de ocorrer desvio de finalidade. Do exposto entende-se que os elementos do ato administrativo discricionário que são reservados à decisão do administrador público são o Objeto e o Motivo.

2.4 O Mérito

Pode-se descrever o mérito partindo da margem de liberdade de escolha facultada ao administrador diante de certos parâmetros legais, liberdade essa conferida devido a subjetividade das possibilidades existentes, de forma que não existe uma determinada escolha que seja considerada definitivamente a melhor, ou mais adequada, sendo o mérito a orientação de que sentido tomar diante das variadas possibilidades.

Nas palavras de Carvalho Filho (2012, p. 123):

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.

Segundo o entendimento do mesmo autor, o mérito é a própria avaliação de conveniência e oportunidade relativos ao motivo e ao objeto do ato. Os demais elementos do ato administrativo, competência, finalidade e forma, são sempre vinculados, de forma que não cabe qualquer margem de escolha por parte do agente público.

Ao analisar o conceito de mérito proposto por Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 468), percebe-se que há uma divergência no que se refere ao elemento forma do ato administrativo, pois os autores divergem de Carvalho Filho, o qual entende que se trata de elemento que pode não estar vinculado, por exemplo nos casos em que a lei não prevê a forma pela qual o ato deveria ser praticado. Nas palavras de Alexandrino e Vicente Paulo:

Nos atos discricionários, somente são estritamente vinculados os elementos competência, finalidade e forma, com a ressalva que parte da doutrina, e

mesmo algumas leis, admitem a possibilidade de existir certo grau de discricionariedade quanto à escolha da forma, se não houver exigência legal expressa de forma determinada. Diferentemente, os elementos motivo e objeto são discricionários, nos atos discricionários. (ALEXANDRINO e VICENTE PAULO, 2012, p. 468).

No âmbito deste trabalho, trata-se o mérito como o parâmetro de julgamento para se fazer as escolhas conferidas pela lei ao administrador público, conforme seus critérios de conveniência e oportunidade, obedecendo os princípios da Administração Pública, a fim de perseguir o bem comum e a finalidade pública. Tais questões não são alvo de controle pelo poder judiciário, a menos que afetem ou violem aspectos da legalidade ou modernamente da Juridicidade, conceito mais amplo que engloba as normas e os princípios.

2.5 Princípios

Conforme ressaltado nos tópicos anteriores, os parâmetros para a decisão do administrador público quando diante de diversas opções permitidas pela lei, devem estar pautados nos critérios de conveniência e oportunidade, de forma que o julgamento do administrador deve atentar para os princípios da Administração Pública, pois somente atendendo aos seus princípios poderia se justificar uma determinada escolha diante das outras. Assim, torna-se fundamental estudar os princípios que devem ser levados em consideração a fim de se verificar o mérito de determinado ato administrativo discricionário, sendo que quando contrariados os princípios o administrador não estaria perseguindo o bem público, para tanto foram trabalhados os princípios da Legalidade/Juridicidade, Supremacia do Interesse Público, Impessoalidade, Moralidade Administrativa, Razoabilidade - Proporcionalidade e Motivação. Nesse contexto, o entendimento atual é de que uma violação de princípios também justifica uma intervenção e controle do poder judiciário, mesmo sobre os atos administrativos discricionários, fato que era reservado apenas àquelas situações de transgressão da norma.

2.5.1 Legalidade

O princípio da legalidade é o principal norteador de um Estado de Direito. Conforme entendimento de Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 191), já que a própria qualificação de “Estado de Direito” sugere que a atuação do Estado esteja integralmente sujeita ao

ordenamento jurídico, vigorando o que se pode chamar de “Império da Lei”. Ainda no entendimento dos autores, tal princípio encontra-se de forma mais genérica no Art. 5º da Constituição, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Art. 5º, Inc. II da CR/88).

A Legalidade permeia toda a atividade administrativa, pois enquanto o cidadão comum - o administrado - está sujeito a lei no sentido de que a mesma proíbe que ele pratique certas condutas, sendo permitidas todas as outras não proibidas pela lei, no âmbito do direito administrativo o agente público só pode fazer aquilo que é determinado pela lei, estando proibidas as demais condutas.

Segundo Di Pietro (2014, p.64), o princípio da legalidade nasceu com o Estado de Direito e é uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isso porque além de definir certos direitos, ainda restringe os limites da atuação da Administração Pública de forma a resguardar os direitos de todos.

Nas palavras da autora

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicado é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe. (DI PIETRO, 2014, p.64)

No mesmo sentido entende Carvalho Filho (2012, p. 19):

É extremamente importante o efeito do princípio da legalidade no que diz respeito aos direitos dos indivíduos. Na verdade, o princípio se reflete na consequência de que a própria garantia desses direitos depende de sua existência, autorizando-se então os indivíduos a verificação do confronto entre a atividade administrativa e a lei. Uma conclusão é inarredável: Havendo dissonância entre a conduta e a lei, deverá aquela ser corrigida para eliminar-se a ilicitude.

No que se refere ao princípio da legalidade aplicado aos atos administrativos discricionários, houve uma evolução muito grande no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição de 1988. O Poder Judiciário restringia seu controle sempre que se deparava com os aspectos discricionários reservados à Administração Pública, sendo que essa discricionariedade tinha um sentido muito amplo.

Após a promulgação da constituição de 1988 e a consequente constitucionalização dos princípios, conforme menciona Di Pietro (2014, p.227), houve uma restrição aos aspectos discricionários ante o alargamento do princípio da Legalidade, de forma que se

passou a não abranger somente os atos normativos, princípio da legalidade interpretado de forma restrita, mas também os princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na constituição, princípio da legalidade interpretado de forma ampla ou Princípio da Juridicidade. O resultado é que questões que eram tidas como de mérito passaram a ser questões de legalidade e, portanto, sujeitas ao controle do Poder Judiciário, conforme apresentado no último capítulo.

O Princípio da Legalidade infunde todo o ato administrativo discricionário, seja quando a lei estipule as possibilidades de escolha do administrador público, o que faz com que o ato possa ser discricionário, seja quando define como tal ato deve ser praticado, elemento forma, ou quem pode praticá-lo, elemento sujeito. Dessa forma, ao decidir conforme seus critérios de conveniência e oportunidade, o administrador público está sujeito ao Princípio da Legalidade, pois deve perseguir o interesse público conforme determina a lei, sob pena de praticar um ato inválido por ser ilegal, como num caso de desvio de finalidade.

2.5.2 Supremacia do Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público estabelece a supremacia do interesse público sobre o interesse particular. Contudo não se deve entender o interesse público como um interesse da Administração Pública com o fim de se alcançar os objetivos de um estado soberano que objetiva subjugar seus administrados, mas no sentido de fazer prevalecer o interesse da Administração que persegue o interesse da coletividade, protegendo o interesse de todos diante do interesse dos particulares. O interesse do estado encarna, nesse sentido, o objetivo do bem coletivo.

No entendimento de Carvalho Filho (2012, p. 32)

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vistas de um interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. E se, como visto, não estiver presente esse objetivo, a atuação estará inquinada de desvio de finalidade.

Contudo, tal princípio não tem caráter absoluto. Ele não está determinado expressamente na Constituição Federal, mas visa a consecução dos objetivos expressos na mesma. Há de se ressaltar que havendo conflito com os direitos fundamentais expressos no texto constitucional, os direitos devem prevalecer em detrimento do interesse público.

Nas palavras de Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 186)

O princípio da supremacia do interesse público é característico do regime de direito público e, como visto anteriormente, é um dos dois pilares do denominado regime jurídico-administrativo, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que dispõe a Administração como instrumentos para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõe. Decorre dele que, existindo conflito entre o interesse público e o interesse particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou dela decorrentes.

Para Di Pietro, (2014, p. 62), a supremacia do interesse público parte do próprio processo legislativo, uma vez que as leis visam ao interesse da coletividade, devendo manifestar a vontade geral. Para a autora, o Estado, a exemplo da ciência, incluído nela o próprio direito, evoluiu, passando da busca da satisfação do interesse particular à satisfação do interesse público, estando implícito nesse interesse público o bem-estar social. Assim, quando o Estado age, inclusive restringindo direitos, como quando atua através de seu poder de polícia ou poder de império, ele não persegue outro fim senão o bem-estar da coletividade, limitando direitos individuais em prol dos coletivos.

Ainda para a autora, o Princípio da Supremacia do Interesse Público pode ser desdobrado no Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, pois o administrador não pode se eximir de perseguir esse interesse coletivo, não só podendo, mas devendo utilizar a supremacia do interesse público para alcançar o objetivo do Estado de Direito.

No que se refere aos atos administrativos discricionários, entende-se que a escolha do administrador deve ser tendente ao bem público, de forma que se o administrador agisse diversamente, contrariando o princípio, seu ato deveria ser reexaminado, podendo até ser anulado, conforme o caso, para se adequar novamente em direção à finalidade do bem público.

2.5.3 Impessoalidade

Segundo Di Pietro (2014, p. 68) o princípio da impessoalidade abarca duas situações principais, sendo a primeira relativa à Administração Pública praticar seus atos sem interesse específico no sentido de favorecer ou prejudicar determinado indivíduo, uma vez que deve perseguir o bem comum. A segunda situação refere-se ao fato de que os atos da administração são atos da própria Administração Pública, não do indivíduo que exerce a função de administrador público, sendo assim esses atos não podem servir a finalidade

de promoção pessoal.

Carvalho Filho (2012, p.20) ainda menciona que o princípio da impessoalidade traz uma faceta do princípio da isonomia e, também, do princípio da finalidade, como transcrito a seguir:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a administração deve dispensar aos administrados, que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a Administração voltar-se exclusivamente para o interesse público, e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outros e prejudicados alguns para favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, sempre estampado na obra dos tratadistas da matéria, segundo o qual o alvo a ser alcançado pela administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discriminatória.

Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 198) trazem um exemplo atrelando o Princípio da Impessoalidade ao Princípio da Finalidade, no caso de necessidade de transferência de um servidor para certa localidade por excesso de funcionários em uma localidade e falta em outra. Assim, seria correto o ato que atenderia ao interesse público. Contudo se fosse transferido um funcionário determinado devido ao fato de ter praticado um ato de indisciplina, estaríamos diante de um desvio de finalidade. Mesmo que atente ao interesse público, ou seja, suprir uma vaga existente, os meios não estariam corretos se a falta não ensejasse a punição de remoção. O objetivo deveria ser o preenchimento da vaga para uma melhor prestação de serviço público por parte do órgão e não a punição de determinado servidor.

No que se refere aos atos administrativos discricionários, percebe-se claramente a necessidade de aplicação do princípio da impessoalidade, pois do contrário a decisão do administrador poderia refletir um interesse de beneficiar a si próprio ou a terceiro ou, ainda, a prejudicar terceiros, o que macularia o ato. O administrador poderia ainda utilizar de seu ato para uma autopromoção, o que também ofenderia ao Princípio da Impessoalidade. Assim, o ato administrativo discricionário deve atentar para os aspectos legais, o interesse público e a obediência aos princípios da Administração Pública.

2.5.4 Moralidade administrativa

No que se refere a moralidade, embora alguns autores defendam que o princípio já

tenha sido absorvido pelo próprio conceito de Legalidade, entende-se que o mesmo ainda subsiste e tem importância no âmbito do presente trabalho, uma vez que permeia os atos administrativos discricionários, dentro da questão do mérito.

Segundo Di Pietro (2014, p. 78)

A imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios ilícitos para atingir finalidades metajurídicas regulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.

Ainda segundo a autora, a imoralidade passou a ser vista como desvio de poder, constituindo-se em hipótese de ilegalidade, o que a torna suscetível de apreciação pelo poder judiciário, conforme tratado no Capítulo III.

Para Carvalho Filho (2012, p. 22), o princípio da Moralidade tem autonomia própria, muito embora a ofensa ao princípio geralmente acarreta ofensa a algum outro princípio. Por exemplo, o comportamento imoral em muitos casos ofende dispositivos legais, o que acarreta uma ofensa ao Princípio da Legalidade. O autor diz que o ato imoral pode também constituir ato de improbidade administrativa, o que é regulado por diploma próprio. Menciona ainda que a ação popular, a ação civil pública e a disciplina aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça acerca do nepotismo refletem a ânsia da sociedade em ver aplicado de forma concreta o Princípio da Moralidade.

Segundo entendimento de Alexandrino e Vicente Paulo (2012, p. 194)

É importante compreender que o fato de a Constituição haver erigido a moral administrativa em princípio jurídico expresso permite afirmar que ela é um requisito de validade do ato administrativo, e não de aspecto atinente ao mérito. Vale dizer, um ato contrário à moral administrativa não está sujeito a uma análise de oportunidade e conveniência, mas a uma análise de legitimidade, isto é, um ato contrário à moral administrativa é nulo, e não meramente inoportuno ou inconveniente.

Os autores ainda sinalizam no sentido de que o Princípio da Moralidade complementa o próprio Princípio da Legalidade, tornando-o mais efetivo. Nesse sentido, para os autores seria possível a apreciação do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário sempre que ocorrer ofensa ao Princípio da Moralidade, pois a apreciação não abarca os critérios de conveniência e oportunidade, mas a própria legitimidade do ato.

2.5.5 Razoabilidade e Proporcionalidade

Segundo Di Pietro (2014, p. 80), o Princípio da Razoabilidade ou da Proporcionalidade é mais um meio de se impor limitações à discricionariedade administrativa e de se ampliar a possibilidade de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Segundo a autora, mesmo que uma decisão discricionária não transgida qualquer norma, será ilegítima se não for razoável, como nos casos de não apresentar os fundamentos de fato e de direito em que se assenta, que não levarem em conta fatos constantes do expediente ou públicos e notórios, e os que não mantenha uma proporção equilibrada entre os meios que emprega e o fim que a lei persegue.

O princípio visa sobremaneira alcançar a finalidade pública, sendo mais um critério na avaliação das possibilidades disponíveis, o que limita o aspecto discricionário no sentido de que a escolha deve ser razoável dentro dos parâmetros de equilíbrio dos meios empregados para atingir determinado fim, que deve sempre atender a finalidade pública.

Para Carvalho Filho (2012, p. 39), o Princípio da Razoabilidade não constitui mais uma forma de controle sobre a discricionariedade, uma vez que representa apenas o liame daquilo que é considerado comumente aceitável, de forma que se o mencionado liame for rompido, estariam presentes outros vícios que ensejariam a nulidade ou a anulabilidade, seja por contrariar o Princípio da Legalidade, da Moralidade ou ainda da Impessoalidade.

Nas palavras do autor:

Com esses elementos, desejamos frisar que o princípio da razoabilidade tem que ser observado pela Administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Significa dizer, por fim, que não pode existir violação ao princípio quando a conduta do agente é inteiramente revestida de licitude. (CARVALHO FILHO, 2012, p.39).

Entende-se que o princípio da razoabilidade representa uma limitação ao poder discricionário apenas na medida em que a busca do bem comum deve se pautar em atos razoáveis, equilibrados, sendo que o rompimento de tal equilíbrio ensejaria uma ilegalidade, pois na medida em que constituir apenas critério de juízo de valor, não poderia haver hierarquia com supremacia do Poder Judiciário em face do legítimo detentor do poder discricionário no que se refere a atividade administrativa.

2.5.6 Motivação

O Princípio da Motivação consiste na necessidade do administrador público demonstrar o que ensejou a prática de determinado ato. No que se refere aos atos administrativos discricionários, pode-se dizer que é a “exigência para que a Administração Pública apresente os fundamentos de fato e de direito de suas decisões”. (DI PIETRO, 2014, p. 82).

Entende-se que a inobservância do princípio enseja uma afronta ao próprio Princípio da Legalidade de forma que, sempre que não houver uma razão para a prática de determinado ato, o mesmo é passível de invalidação.

O motivo se reveste de especial significado quando se observa o Estado como o garantidor dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição, pois dessa posição a Administração Pública passa a demonstrar que a motivação intrínseca dos seus atos é a persecução dessas garantias.

No entendimento do autor *Ciro Galvão* (2013, p. 44 – 48), a motivação além de obrigatória é fundamental, pois ao motivar os seus atos a Administração Pública age de forma transparente e deixa claro seus objetivos, possibilitando que o Poder Judiciário e a sociedade possam verificar se o fim que ela persegue é realmente o bem público. Diante dessa maior transparência, a Administração Pública passa a ter que direcionar os seus atos à finalidade da consecução dos princípios e garantias constitucionais. Nesse contexto a motivação assume um papel de “nota de fundamentalidade”, de demonstração de que o ato da Administração Pública busca a garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

O próximo capítulo trata das principais teorias que fundamentam o controle do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário, sendo que o alargamento do Princípio da Legalidade que passa a ser conhecido como Princípio da Juridicidade, abarcando como critério de legalidade as normas e os princípios, de forma que a inobservância dos princípios torna o ato passível de apreciação pelo poder judiciário.

3 O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO

3.1 O Controle dos atos administrativos discricionários

Existem algumas questões que devem ser levadas em conta quando se fala de ato administrativo discricionário, pois não existem atos administrativos absolutamente discricionários em todos os seus elementos, mas apenas elementos do ato administrativo que podem ser discricionários. Nesse contexto há o próprio conceito de Estado de Direito, com todas as Instituições Públicas buscando a finalidade expressa na Lei, tudo abarcado pelo espírito perseguido pela Constituição Federal.

Na Constituição encontram-se princípios que devem reger toda a atividade Estatal, sendo que o princípio que fundamenta o controle jurisdicional dos atos administrativos é o Princípio da inafastabilidade da jurisdição (Art. 5º Inc. XXXV CR/88). Pautado nesse princípio, bem como na dilatação do Princípio da Legalidade que passa a ser entendido como Princípio da Juridicidade, uma vez que abarca além das normas também os princípios constitucionais, observa-se uma proliferação de teorias que alargam e justificam o controle do ato administrativo com aspectos discricionários pelo Poder Judiciário, sendo a Teoria do desvio de poder, Teoria dos motivos determinante e a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, conforme apresentados a frente.

O controle dos atos administrativos discricionários é exercido desde o processo legislativo, uma vez que o legislador é quem determina quais atos devem estar sujeitos a avaliação do administrador dentro de seus critérios de conveniência e oportunidade. Tal controle ocorre tanto expressamente quanto tacitamente, pois o legislador pode indicar que determinado ato pode ser praticado de forma mais “livre”, dentro de possibilidades semelhantes, ou, ainda, pode não determinar como um ato deve ser praticado, de forma que existiria tacitamente uma margem para escolha do administrador.

Existe, ainda, um controle na própria formação do ato, que deve conter certos elementos, sob pena de nulidade ou anulabilidade. O ato administrativo, de forma geral e, sobretudo, o ato administrativo discricionário deve atender a certos princípios de direito público, os quais a falta poderia ensejar vício sanável ou insanável.

É importante ressaltar que o controle do ato administrativo discricionário também pode ser feito pela própria Administração Pública, no exercício da autoexecutoriedade,

sendo que ela pode anular ou revogar o seu ato. A anulação é reservada aos aspectos de legalidade, enquanto que a revogação se refere às questões de mérito. Enquanto o Poder Judiciário deve ser provocado para intervir e anular um ato administrativo, a Administração Pública pode agir de ofício para anular ou revogar seu ato.

Embora a Administração Pública possa agir de ofício, a autora Odete Medauar (2014, p. 179) defende que a Administração tem o dever de anular os atos dotados de ilegalidade, já que seus atos são norteados pelo Princípio da Legalidade e que em certos casos, diante de vícios de pequena gravidade, a autoridade pode deixar de anular visando o interesse público, evitando que as repercussões da anulação sejam mais gravosas que a manutenção do ato contaminado de vício.

3.2 O Estado de Direito

O conceito de “Estado de Direito” é um dos pontos fundamentais para se justificar o controle jurisdicional de um ato administrativo. Um fato que, a priori, pareceria causar um conflito de poderes, uma vez que colocaria em contraposição o exercício administrativo e jurisdicional, fazendo crer que uma esfera estaria invadindo o âmbito de atuação que seria exclusivo da outra, pode ser explicado e até justificado tomando-se por base o referido conceito.

Canotilho (1996, p. 11) traz uma abordagem muito interessante ao diferenciar “Estado de Direito” de “Estado de não direito”:

“Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.”

Assim, pode-se depreender que o controle jurisdicional não representa um conflito de poderes, executivo contra judiciário, mas o pleno desabrochar do estado de direito, em que a sociedade se vê cercada e protegida pelas leis, mesmo quando diante de atos dos entes públicos. É uma limitação imposta levando-se em conta parâmetros legais.

Alexandrino e Vicente Paulo contrapõem o governo das leis ao governo dos homens, conforme transcrevemos:

“Trata-se do princípio da legalidade, base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada com o advento do constitucionalismo, porquanto acentua a ideia de “governo das leis”, expressão da vontade geral, e não mais

“governo dos homens”, em que tudo se decidia ao sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio de um governante”. (ALEXANDRINO ; VICENTE PAULO, 2007, p. 145).

Dos conceitos evocados entende-se que não se admite um exercício da vontade pessoal no âmbito da Administração Pública, uma vez que esta deve perseguir um interesse coletivo, enunciado em na Carta Magna, de forma que o ato discricionário se limita a diversidade de opções, as quais devem perseguir o mesmo fim. Assim, o meio pelo qual é possível evitar o arbítrio e decisões tendentes a satisfazer interesses pessoais antes dos coletivos é o controle através da legalidade, sendo o Poder Judiciário um dos encarregados desse controle.

3.3 A Inafastabilidade da Jurisdição

A jurisdição se refere ao poder do Estado para aplicar o direito a um caso concreto. O objetivo é solucionar os conflitos e fazer prevalecer a ordem jurídica, a supremacia da lei em detrimento das vontades e interesses pessoais, visando a vontade coletiva expressa nas leis.

A inafastabilidade da jurisdição refere-se a uma cláusula estabelecida na constituição, estando disposta no Art. 5º, Inciso XXXV, e diz que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Do exposto, com o advento da democracia nos estados modernos, deixou-se para trás o direito de sangue que imperava nas monarquias, sobretudo absolutistas, em que o monarca impunha sua vontade a toda a sociedade e a exercia livremente. Dessa forma, hoje os administrados elegem um representante e um administrador, que deve reger o aparelho público a fim de satisfazer os anseios coletivos, em tese, expressos nas leis elaboradas pelos representantes, de forma que a perpetuação do exercício de uma vontade administrativa que não busque a finalidade pública representa um retrocesso. Pode-se dizer também que as leis são a expressão da vontade social coletiva.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição é a principal garantia que possuem os indivíduos e pessoas jurídicas quando se veem diante de uma ameaça de lesão ao seu direito. Nesse sentido expressam Alexandrino e Vicente Paulo:

“Consubstancia, outrossim, uma das mais relevantes garantias aos indivíduos (e também às pessoas jurídicas), que têm assegurada, sempre que entendam estar sofrendo uma lesão ou ameaça a direito de que se julguem titulares, a possibilidade de provocar e obter decisão de um Poder

Independente e Imparcial. Por essa razão, não só a lei está impedida de excluir determinadas matérias e controvérsias da apreciação do Judiciário; a inafastabilidade de jurisdição, sendo garantia individual fundamental, está gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV), insuscetível de abolição, nem mesmo mediante emenda à Constituição.” (PAULO, Vicente ; ALEXANDRINO, Marcelo, 2007, p.146).

Nesse caso entende-se que a apreciação e controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário encontra abrigo no Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

3.4 O Controle dos Atos Administrativos Discricionários pelo Poder Judiciário

O controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, antes do advento da Constituição de 1988 era muito limitado. Basicamente ele se restringia a determinar se certo ato consistiria ou não em ato discricionário, de forma que se fosse observado que se tratava de ato discricionário, imediatamente seria excluído da apreciação do Poder Judiciário, uma vez que se entendia como uma afronta ao princípio da tripartição harmônica entre os poderes. A discricionariedade era, portanto, intocável pelo Poder Judiciário.

Ocorre que a Constituição de 1988 trouxe uma série de princípios, os quais constituíam a positivação de um anseio social, sendo um dos principais o Princípio da Moralidade, uma vez que a sociedade como um todo estava carente da aplicação do mencionado valor na Administração Pública. Assim, como princípio exposto na própria Constituição e, uma vez que passou-se a perceber a aplicação dos princípios como pressuposto de legalidade, entende-se que houve uma dilatação da esfera de atuação e apreciação pelo Poder Judiciário, constituindo não apenas uma possibilidade, mas antes um dever-poder, já que segundo a própria Carta Magna, à luz do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, o Poder Judiciário não poderia se furtar a apreciação sempre que estivesse diante de ameaça de lesão a direito.

3.4.1 Teoria do desvio de poder

Segundo Di Pietro (2014, p. 226), a teoria do desvio de poder serviu para o alargamento do controle judiciário da Administração Pública e um encolhimento da discricionariedade administrativa, pois permitiu o exame da finalidade do ato administrativo, incluindo a necessidade de atender ao interesse público, sendo todos tratados como

aspecto legal e, portanto, sujeitos à análise do Poder Judiciário, sendo os princípios envolvidos considerados como critério de validade do ato.

O controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário será exercido apenas no que tange ao aspecto da legalidade, mas diante do alargamento de sua interpretação com a constitucionalização dos direitos foi dilatado o rol de aspectos abarcados pelo critério de legalidade, aumentando o poder de controle pelo Poder Judiciário.

Assim encontra-se solução para o aparente conflito dos princípios constitucionais da tripartição harmônica dos poderes e da inafastabilidade da apreciação pelo Poder Judiciário, pois diante da interpretação constitucional do direito, a fim de atender a finalidade que a Administração Pública deve perseguir à luz dos princípios constitucionais, sob o enfoque da unidade do poder público fragmentada em diversos órgãos que o exercem com vistas a um propósito comum: o bem público, ocorre uma primazia do Princípio da Inafastabilidade em detrimento do Princípio da Tripartição Harmônica entre os Poderes.

3.4.2 A teoria dos motivos determinantes

Segundo Di Pietro (2014, p. 226), foram elaboradas diversas teorias para se justificar a extensão do controle judiciário sobre os atos administrativos, que passou a alcançar aspectos que, até então, eram considerados abrangidos pelo conceito de mérito e, portanto, não poderiam ser alvo de controle pelo Poder Judiciário, dentre elas a teoria dos motivos determinantes.

A teoria dos motivos determinantes permitiu o exame dos fatos e motivos que levariam à prática do ato, considerando-os como questões de legalidade e não mais de mérito, de forma que estariam sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário. Tal fato se deu devido a constitucionalização dos princípios que passaram a ser abrangidos como questões de legalidade, em sentido amplo, diferentemente do conceito de legalidade em sentido estrito, que abrangia somente matérias as quais exigiam leis. Assim o motivo deve estar em consonância com os princípios elencados na Constituição.

Nesse sentido, uma das hipóteses que possibilitaria o controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário seria a avaliação das causas que motivaram a Administração Pública e nos quais ela se fundamentou para a prática do ato. Assim, o Poder Judiciário tem a faculdade de verificar a ocorrência dos acontecimentos suscitados e sua adequação aos fins e interesses exigidos pela lei. Se os motivos de qualquer forma não

corresponderem à realidade ou, ainda, não estiverem em consonância também com a lei, o ato administrativo, ainda que discricionário, poderia ser invalidado pelo Poder Judiciário. Corroborando os argumentos apresentados, apresenta-se decisão da suprema corte, conforme transcrito:

Trata-se de recurso extraordinário, interposto com suporte na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição da República, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Acórdão assim do (fls. 630): REMESSA EX OFFICIO E APELAÇÃO VOLUNTÁRIA -AÇÃO ORDINÁRIA -LIMITES DO ATO DISCRICIONÁRIO -TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES -ART. 93, INCISO IX DA CF -ATO DE BRAVURA DECRETO 666/64 -PROMOÇÃO -RECURSO IMPROVIDO 1 -Pela teoria dos motivos determinantes, sempre que o ato, a despeito de discricionário, contiver motivos indicados, a estes passa a ser vinculado .2 - **Assim, se apresentados os motivos na feitura de um ato discricionário, a esses motivos estará vinculado. A inexistência ou incorreção verídica dos motivos levará à sua invalidação.** 3 -In casu, uma vez presentes os requisitos elencados no decreto 666/64, deve-se indubitavelmente coroar com a dita promoção aquele que se encaixar nos moldes de admissibilidade. 4 -Recurso improvido. "2. Pois bem, a parte recorrente aponta violação ao art. 2º, ao caput e incisos I e II do art. 5º, ao caput do art. 37, ao art. 61, bem como ao art. 169, todos da Magna Carta de 1988. 3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo de Tarso Braz Lucas, opina pelo não conhecimento do recurso, e, se conhecido, pelo seu desprovimento. 4. Tenho que a insurgência não merece acolhida. De saída, anoto que os arts. 61 e 169 do Magno Texto não foram apreciados pelo arresto impugnado, tampouco foram alegados nos embargos declaratórios opostos. Logo, é de incidir no ponto a Súmula 282 do STF. 5. De mais a mais, entendimento diverso do adotado pela Instância Judicante de origem exigiria o reexame da legislação infraconstitucional pertinente, bem como a análise do conjunto fático-probatório dos autos. Providências vedadas neste momento processual. 6. Quanto à alegada ofensa ao art. 2º da Constituição Federal, é firme nesta nossa Corte o entendimento de que "o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgride o princípio da separação de poderes " (MS 56 23.452, sob a relatoria do ministro Celso de Mello). Ante o exposto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso.Publicue-se. Brasília, 20 de maio de 2010.Ministro AYRES BRITTO. (611525 ES, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 20/05/2010, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 02/06/2010 PUBLIC 04/06/2010)".

Na decisão apresentada, percebe-se o entendimento do STF no sentido de que quando apresentados os motivos de determinado ato discricionário, o ato estará vinculado a esses motivos, sob pena de ser invalidado no caso de não se conformar a eles.

3.4.3 Conceitos Jurídicos Indeterminados

Outra questão que merece ser comentada no que se refere ao alargamento do rol das possibilidades de apreciação do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, é a questão dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais são questões vagas e de múltiplos significados, passíveis de interpretação. Tais conceitos devem ser avaliados segundo os critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública, a fim de se conformarem ao caso concreto, contudo tal avaliação não é absoluta, estando sujeita ao controle pelo Poder Judiciário, uma vez que a interpretação pode extrapolar a vontade do legislador, podendo ser interpretada pelo Poder Judiciário.

Alguns autores tendem a associar o Conceito Jurídico Indeterminado à discricionariedade, pois entendem que a margem de interpretação devido a amplitude do conceito faz com que o Administrador tenha uma margem de escolha na própria interpretação. No presente trabalho adotou-se o entendimento da autora Odete Medauar (2014, p. 133) que defende a teoria de que o conceito jurídico indeterminado não deve ser associado a discricionariedade, conforme transcrito.

Melhor parece considerar que o direito sempre utilizou tais fórmulas amplas, mesmo no direito privado, sem que fossem necessariamente associadas a poder discricionário. Havendo parâmetros de subjetividade para enquadrar a situação fática na fórmula ampla, ensejando uma única solução, não há falar em discricionariedade. (ODETE MEDAUAR, 2014, p. 133).

Diante da possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários, em razão da interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, pode-se ilustrar com uma decisão do STF.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. "Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. **Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.** 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a

ocorrência de desídia - art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido". (STF, RMS 24699/DF, Rel. Min. Eros Grau, DJ 30/11/2004).

Nesse sentido percebe-se que o direito brasileiro, após o processo de constitucionalização, passou a perseguir a aplicação de princípios tendentes a realizar o bem e a vontade coletiva, de forma que a interpretação de conceitos mais vagos ou indeterminados deve se submeter ao espírito da lei constitucional, sendo o controle de tal interpretação parte do rol de responsabilidades do Poder Judiciário.

3.4.4 O Alargamento do Princípio da Legalidade

Com o advento da Constituição de 1988 e a consequente constitucionalização dos princípios, conforme menciona Di Pietro (2014, p.227), houve uma restrição aos aspectos discricionários ante o alargamento do Princípio da Legalidade, de forma que passou a não abranger somente os atos normativos, Princípio da Legalidade interpretado de forma estrita, mas também os princípios e valores previstos explícita ou implicitamente na Constituição, Princípio da Legalidade interpretado de forma ampla ou Princípio da Juridicidade. O resultado disso é que questões que eram tidas como de mérito passaram a ser questões de legalidade e, portanto, sujeitas ao controle do Poder Judiciário.

De todo o exposto, no que se refere ao presente trabalho, pode-se dizer que o princípio da Legalidade infunde todo o ato administrativo discricionário, seja quando a lei estipule as possibilidades de escolha do administrador público, que faz com que o ato possa ser discricionário ou quando determina o fim a ser perseguido sob a luz dos princípios constitucionais, pois mesmo ao decidir conforme seus critérios de conveniência e oportunidade, o administrador público ainda está sujeito ao princípio da Juridicidade, pois deve perseguir o interesse público conforme o espírito perseguido pela Constituição a fim de resguardar seus princípios, a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais.

3.5 A Unidade do Poder Público

Diante de uma análise superficial, o controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário poderia parecer constituir uma afronta direta a um dos princípios mais básicos dos estados modernos, a tripartição harmônica entre os poderes. Contudo, a luz do constitucionalismo e da evolução doutrinária no que se refere ao Direito Constitucional e seus princípios, bem como a constitucionalização dos direitos, sobretudo, no caso pesquisado, do Direito Administrativo, pode-se dizer que não há razão para se vislumbrar um choque entre princípios de igual envergadura, uma vez que o poder é um só. Quando se observa o Poder Judiciário cerceando e controlando de alguma forma o exercício do Poder Executivo, na verdade se observa uma dinâmica do Estado, limitando o próprio Estado, a fim de cumprir o que foi determinado como a vontade do povo, expressa nas leis e, sobretudo, na Constituição. Não é o Poder Judiciário manifestando um poder maior que o Poder Executivo, mas o exercício do poder que é um só e é maior que suas instituições.

Deve-se salientar, ainda, que o controle não é uma forma de se conferir supremacia de um poder, no caso o judiciário, em detrimento de outro, o executivo, de forma a fazer prevalecer uma outra forma de imposição pessoal, mas constitui, antes, a manifestação do império da lei. O Poder Judiciário teria o poder de anular por ilegalidade uma decisão administrativa, não porque seja mais competente para fazer uma interpretação e tomar a decisão em praticar um ato em detrimento de outro, mas antes porque é o poder dotado de jurisdição, capacidade de dizer o direito. Contudo, mesmo o órgão capaz de dizer o direito está sujeito às leis, às quais deve se vincular. Assim, percebe-se que permanece o sistema de freios e contrapesos, com um poder limitando o outro, tudo isso tendendo a realizar a vontade coletiva, protegendo os indivíduos de uma possível supremacia do Estado sobre seus direitos individuais, assegurados pela Constituição Federal.

No Estado Democrático de Direito não existe espaço para o império de instituições ou de vontades individuais, mas, apenas, da vontade coletiva, expressa na Constituição e nas leis que a ela se sujeitam.

3.6 Legitimidade do ato administrativo discricionário

É de suma importância mencionar a grande importância do ato administrativo discricionário para o desempenho da função administrativa pública. Ocorre que as atividades administrativas públicas são múltiplas, uma vez que têm de abarcar tudo aquilo

que pode vir a constituir o universo dos diversos órgãos que tem a função de gerir os recursos coletivos. O ideal seria que todos esses fatos fossem abrangidos e disciplinados pelas leis, contudo seria impossível, uma vez que o legislador não poderia imaginar todas as hipóteses possíveis e positivá-las. Assim, a discricionariedade dota a Administração Pública de “movimento”, tornando-a capaz de responder às necessidades que se lhe apresentam, mantendo a continuidade de suas funções.

Diante do exposto, espera-se que tenha ficado bastante claro que seria impossível o bom funcionamento do Estado sem esse valioso recurso. Dessa forma, o controle do ato administrativo discricionário se deve apenas na medida em que, de qualquer forma, ainda que não exista uma lei prevista para a prática daquele determinado ato discricionário, ele deve responder e estar em consonância ao “espírito da lei”, exposta em princípios gerais que disciplinam o objetivo a ser perseguido pelo Estado, encarnado na Constituição através dos princípios da Administração Pública.

Assim, o controle só é exercido pelo Poder Judiciário quando a decisão discricionária não atende e não persegue o fim que deveria ser o norteador de toda atividade pública, nas suas mais diversas manifestações. Esse controle não constitui uma afronta a qualquer princípio constitucional, mas antes um mecanismo valioso de controle e moralização da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendemos que a Administração Pública reflete o movimento do estado buscando atingir a finalidade a que se destina, qual seja, realizar a vontade coletiva expressa na constituição e nas leis infraconstitucionais. Uma das formas desse movimento é através dos atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários. Ocorre que todo esse movimento do estado através de sua administração deve se conformar aos princípios dispostos na constituição, contudo devido a diversidade desses princípios ocorrem alguns conflitos aparentes que devem ser solucionados à luz do espírito da lei, ou seja, tentando entender o que ela persegue.

No caso específico dos atos administrativos discricionários, vemos por um lado a necessidade de sua aplicação, uma vez que o legislador não tem condições de prever todas as facetas da administração a fim de positiva-las disciplinando quais atos devem ser praticados e de que forma devem ser praticados em todas as circunstâncias práticas, assim eles auxiliam na mobilidade do Estado para fazer frente a todos os desafios com os quais se depara.

Por outro lado, temos o mau emprego dessa prerrogativa de maior flexibilidade, o que pode ensejar um mau uso do aparato administrativo, desviando-se do fim objetivado pela Administração Pública, o que faz surgir a necessidade de um controle mais efetivo, levando-se em conta todos os princípios dispostos na constituição. Atendendo a um desses princípios, o da Inafastabilidade da Jurisdição, o Poder Judiciário se apresenta como o órgão competente para realizar essa demanda, assentado na constitucionalização do direito e no alargamento do Princípio da Legalidade, que passa a ser melhor definido como Princípio da Juridicidade, já que dilata sua esfera de atuação por abarcar além das normas os Princípios Constitucionais.

Assim vemos o estado exercendo seu poder único através dos diversos órgãos que o compõe, perseguindo a consecução da vontade coletiva positivada na Constituição.

Espera-se que tenha ficado claro nessa pesquisa a necessidade dos atos administrativos discricionários para o bom funcionamento da Administração Pública, bem como a necessidade e legalidade do controle exercido sobre esses atos pelo Poder Judiciário, não mais se vislumbrando afronta ao princípio da tripartição harmônica entre os poderes, mas antes, o pleno exercício da finalidade pública.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GALVÃO, Ciro Di Benatti. *O Dever Jurídico de Motivação Administrativa*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Discricionariedade e Controle Juridicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.