

A CRISE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO:

O Poder Judiciário deve fazer o controle do mérito dos atos administrativos discricionários?

Lara Lemos Maia¹

Dr.Marcus Vinicius Rozzetto Silva²

Resumo: O artigo se baseia em pesquisa doutrinária e aplicações no âmbito jurídico brasileiro, da competência do Poder Judiciário em fiscalizar e controlar os atos administrativos discricionários cometidos pela Administração Pública, contrabalanceando a independência entre os poderes e a crise que a discricionariedade vem sofrendo por parte de administradores, deixando de motivar seus atos ou, ainda, agindo com abuso de poder ou desvio de finalidade. Para isso, é imprescindível fazer uma análise dos princípios que conduzem a Administração Pública, da natureza do Estado, bem como sua evolução, e das características dos atos administrativos, abordando a respeito da conexão à legalidade para os atos administrativos vinculados, o que traz uma maior segurança jurídica e administrativa, em contraposição a liberdade de atuação dos gestores quando se trata dos atos administrativos discricionários, levando em conta que a motivação é a base para ser feito um controle desses atos. O tema foi examinado partindo de estudos doutrinários e artigos já consagrados, além da Carta Magna, utilizando dados secundários e o método dedutivo para chegar ao resultado da pesquisa. Torna-se evidente que essa discricionariedade excessiva tem trazido uma grande insegurança, devido os abusos cometidos pelos administradores, fazendo com que seja indispensável o controle do mérito dos atos administrativos discricionários, concepção defendida nesse artigo.

Palavras-chave: Atos administrativos, discricionariedade, Administração Pública, controle judicial, motivação do ato.

1 Introdução

O Estado é um ente personalizado dotado de direitos e deveres, de forma que todos os órgãos públicos da Administração Pública, seja direta ou indireta, devem cumprir com os encargos estabelecidos em lei, visando sempre o interesse coletivo. O Direito Administrativo brasileiro é repleto de princípios constitucionais e leis infraconstitucionais que regulam as ações da Administração Pública.

¹ Graduanda do 9º período do Curso de Direito no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves. Email: lalalemosmaia@yahoo.com.br

² Doutor em Direito pela Universidad Del Museo Social Argentino e professor no Centro Universitário Presidente Tancredo de Almeida Neves. Email: rozzetto@rozzettoesilva.com.br

Nesse artigo, será abordada a evolução do Estado, bem como suas funções e divisões de poderes.

Nessa perspectiva, o Estado não se equipara ao cidadão comum, pois, vinculado aos princípios previstos na Constituição da República, em especial o princípio da legalidade, é permitido fazer apenas aquilo que está previsto em lei. Além desse preceito, existem outros de suma importância a serem citados, bem como explicados, como o princípio da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, e talvez um dos mais importantes, princípio da supremacia do interesse público. É importante ressaltar que os princípios norteadores são normas que regulamentam o exercício dos agentes públicos, mais ainda, que protegem os cidadãos frente ao poder da Administração.

Será exposto como se dá a prestação de serviços da Administração Pública e a diferenciação do Poder Vinculado para o Poder Discricionário. Em suma, ambos estão relacionados ao princípio da legalidade e da supremacia do interesse público, que trazem uma segurança aos cidadãos. No entanto, um vincula a Administração a normas, exigindo que os agentes atuem em conformidade com o exposto, enquanto o Poder Discricionário, o legislador, deixa para o administrador uma certa liberdade em agir para cada caso concreto, seguindo os critérios de equidade e justiça.

Ademais, será abordado minuciosamente a respeito dos atos administrativos vinculados, que decorrem do Poder Vinculado, apontando como são realizados pelos agentes públicos e como é feito seu controle. Caso sejam executados com inconformidade a algum comando legal podem ser invalidados pelo próprio Poder Executivo ou mesmo pelo Judiciário. E ainda, com relação aos atos administrativos discricionários, decorrentes do Poder Discricionário, no qual a Administração Pública possui parâmetros a serem seguidos, ou seja, comandos que trazem mais de uma possibilidade de ação, uma liberdade ao administrador.

Conforme mencionado adiante, e objeto central desse artigo, o posicionamento majoritário doutrinário e jurisprudencial é que em se tratando dos atos administrativos discricionários, somente será objeto de análise pelo Poder Judiciário a parte legal do ato administrativo, ou seja, a parte vinculada. No que se refere ao mérito do ato administrativo discricionário, esse só poderá sofrer controle pelo próprio Poder Executivo.

Dessa forma, com a abertura que os administradores possuem, será visto que os agentes públicos têm agido com abuso de poder devido a crise da

discricionariedade, o que traz uma enorme insegurança jurídica e administrativa aos cidadãos, tendo em vista não ser permitido o controle por parte do Poder Judiciário.

Apesar da discricionariedade da Administração Pública ser tratada para a justiça brasileira com limites, na prática os agentes se aproveitam dela para agir com abuso e isso é um dos maiores motivos para a ocorrência de improbidade administrativa.

Foi utilizado o método dedutivo na elaboração desse artigo. Isso porque, partindo de princípios e leis constitucionais, bem como teorias consolidadas, foi aplicada uma nova teoria. A partir de uma premissa maior, ou seja, o tema central, foi problematizado, com o objetivo de chegar a premissa menor.

Através dos dados utilizados, quais sejam: artigos e pesquisas já realizadas, doutrinas e legislações interpretadas, é possível perceber que o entendimento majoritário no direito administrativo brasileiro difere do resultado dessa pesquisa, tendo em vista considerar que todos os atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, quando não demonstrarem motivação e observância aos princípios constitucionais, devem sofrer controle pelo Poder Judiciário.

2 Origem, Funções e Evolução De Estado

Não se pode precisar o momento em que o Estado surgiu, mas pode-se afirmar que sua origem é fruto de uma evolução política dos grupos sociais na Idade Média.

Quando os indivíduos viviam livremente em tribos ou clãs, não se falava em comandos superiores. Essas sociedades sequer precisariam de um Estado. No entanto, foram surgindo agrupamentos humanos que passaram a exigir um chefe, alguém que os administrasse.

À medida que foram surgindo ameaças, disputas de interesses e aumento dos grupos, a lei de Deus foi se tornando insuficiente diante dos conflitos. A situação foi amedrontando os grupos, de forma que a maneira que encontraram para conseguir de volta a segurança era a criação de uma entidade que aplicasse sanções e administrasse os interesses de todos.

Diante disso, ao Estado era transferida uma parte dos poderes de cada membro do grupo para que este desenvolvesse seu papel de administrar e proteger cada um.

Contudo, aqueles que representariam toda a sociedade não cumpriam com o

objetivo a que foram escolhidos. Surgiram os autoritários, os opressores. O Estado autoritário submetia os cidadãos as suas vontades, ninguém tinha liberdade.

Durante o modelo de Estado Absoluto, a vontade do soberano prevalecia. Dessa forma, as leis eram elaboradas sem a participação do povo, e sua aplicação controlada por um grupo específico do governo. Tudo era concentrado nas mãos de um governante, que legislava, punia e administrava. Aristóteles (382-322 a.C.) já dizia existir três funções distintas, porém acreditava que deviam ser exercidas pelo poder soberano, concentrado em um único órgão.

A divisão do Estado em três poderes independentes e autônomos entre si surgiu com Montesquieu em seu livro “O Espírito das Leis”. Ele entendia que cada poder (Legislativo, Executivo e Judiciário) exercia uma função típica, bem como funções atípicas.

O objetivo principal dessa divisão é combater a concentração de poder, o absolutismo, e garantir a liberdade individual por meio do equilíbrio político, minimizando o abuso de poder.

Com os anseios, reivindicações e a evolução social da população, encontraram sustentação no movimento cultural na Europa. As revoluções burguesas surgiram em oposição ao absolutismo. O interesse do povo era colocar os governantes sob a vontade da lei, mas sobretudo, garantir a liberdade individual.

A Revolução Francesa instituiu o chamado Estado Liberal de Direito, aderindo a tripartição de poderes e os ideais de igualdade entre todos, liberdade e fraternidade, embalados pelo liberalismo econômico e político.

A respeito desse assunto, Enio Moraes da Silva (2005, p. 6), escrevendo para a Revista de Informação Legislativa, discorre: “O Estado de Direito, de cunho liberal, portanto, é caracterizado, em suma, pela presença de dois elementos: a limitação do poder estatal e o respeito aos direitos fundamentais do homem”.

O Estado de Direito, desde sua concepção tem como um de seus maiores objetivos a submissão do governo à lei, garantindo liberdade do cidadão frente a um Estado autoritário e assegurando órgãos institucionalizados e independentes.

O Estado liberal de Direito deveria garantir a segurança de todos e a sociedade se organizaria livremente, de forma que o Estado só interviria nos casos em que houvesse descumprimento de regras. Acreditavam que a sociedade devia ser livre, sem a interferência do Estado. No entanto, essa não interferência do Estado num sistema capitalista gerou inúmeros danos, pois não se investia em

questões sociais, só se investia e queria obter lucro.

Devido à grande insatisfação da população frente a ineficácia de um Estado Liberal, foi reconhecido que o Estado deveria promover o bem-estar social. Essa visão trouxe reformas constitucionais visando o interesse social, políticas de intervenção na atividade econômica, criando-se assim o Estado do bem estar.

Com relação ao Estado Social, encontra-se muito bem explicado no seguinte trecho da obra de José Afonso da Silva (1999):

O Estado Social nascido no século XX como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo é o Estado Social Material, aquele modelo de Estado historicamente determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e que veio superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal. O adjetivo “social”, dessa maneira, refere-se “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social (p. 119).

A sociedade ansiava por uma intervenção mais democrática engajados nas revoluções. O grande desafio era aproximar o Estado do indivíduo, conseguir uma interação para que o mesmo não tomasse suas decisões unilateralmente, mas sim com fiscalização daqueles que os elegessem. A grande mudança ocorreu com a transição da abstenção do Estado para a intervenção pública em prol do social, visando melhorar a situação de toda população e diminuir as desigualdades.

Nessa perspectiva, Enio Moraes da Silva (2005, p.11) na Revista de Informação Legislativa explica muito bem: “O Estado de Direito inicia, então, seu processo histórico de mudanças fundamentais, numa evolução a justificar, portanto, o novo rótulo que passaria a receber de “Estado Social”.

Adota-se no sistema brasileiro a tripartição de poderes exposta por Montesquieu estabelecida na Carta Magna de 1988 expressamente: “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (CF, art. 2º).

Dessa forma, o Legislativo tem suas funções típicas de legislar e fiscalizar a parte financeira, contábil, orçamentária e patrimonial do Executivo, e como função atípica de natureza executiva dispõe sobre sua organização, além da natureza jurisdicional, que, para exemplificar, temos o artigo 52, inciso II da Constituição Federal, rezando que o Senado deve julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade.

No que diz respeito ao Executivo, sua função típica pode ser definida como a prática de atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração. Já com relação às funções atípicas de natureza legislativa pode ser citada a medida provisória com força de lei adotada pelo Presidente da República e o julgamento e apreciação de defesas e recursos administrativos para as funções de natureza jurisdicional.

No que tange à função típica do Judiciário esta sucintamente é definida como dever de dirimir os conflitos que lhe são levados aplicando a lei e dizendo o direito no caso concreto. Relativamente as funções atípicas de natureza legislativa podem ser representadas pelo regimento interno de seus tribunais e a concessão de férias aos magistrados, bem como administração dos tribunais representa uma função de natureza executiva.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu artigo 1º “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

Isso quer dizer que, além de ser um Estado Social, que busca maior igualdade material através de políticas públicas, o território brasileiro é um Estado Democrático de Direito que busca uma maior democracia representativa e, principalmente, proteger a soberania popular. Esse Estado deve trazer de fato a proteção e garantia dos direitos humanos, de forma a preservar, acima de tudo, a dignidade da pessoa humana.

3 Administração Pública - Princípios e a Prestação de Serviços

O conceito de Administração Pública surgiu com a adoção da teoria da tripartição dos poderes. A administração deixou de ser apenas uma função do Estado, assumiu um papel de poder estatal, o poder Executivo. Ocorre que o Direito judicializou a atividade administrativa, criando então o Direito Administrativo, que estabelecia direitos e deveres da Administração Pública, que deveria agir conforme os dispositivos legais.

Nessa perspectiva, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014, p.4), elucidam: “É importante frisar que, embora a atividade de administração pública seja função típica do Poder Executivo, os outros Poderes (Legislativo e Judiciário) também praticam atos que, pela sua natureza, são objeto do direito administrativo”.

O Direito Administrativo, como ramo autônomo do Direito Público, é considerado novo. Este surgiu para disciplinar a relação da Administração com seus órgãos, entidades e todas empresas portadoras de serviço público. Mas o mais importante é a garantia dada aos cidadãos contra abusos praticados por agentes públicos.

A respeito disso, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2014) exemplificam:

Em síntese, o objeto do direito administrativo abrange todas as relações internas à administração pública – entre os órgãos e entidades administrativas, uns com os outros, e entre a administração e os administrados, regidas predominantemente pelo direito público ou pelo direito privado, bem como atividades de administração pública em sentido material exercidas por particulares sob regime de direito público a exemplo da prestação de serviços públicos mediante contratos de concessão ou permissão (p.4).

No âmbito jurídico brasileiro, a Administração Pública divide-se em direta e indireta. Isso quer dizer que os serviços são prestados pelos órgãos públicos integrantes da administração direta e pelas entidades públicas componentes da administração indireta: autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações.

A Administração Pública, como entidade, tanto pode prestar seus serviços através de seus órgãos como pode delegá-los a terceiros para que assim o façam. No entanto, esses serviços devem sempre visar o bem comum, tendo em vista o Brasil ser um país que adota em seu texto constitucional o Estado Democrático e Social de Direito.

Dentre esses serviços, alguns devem ser exclusivamente prestados pela administração pública direta, como no caso da segurança pública, e outros prestados pelas entidades da administração pública indireta. Além desses serviços, existem aqueles prestados pelas empresas particulares mediante parcerias público privadas.

Um dos temas mais importantes dentro do Direito Administrativo brasileiro diz respeito aos princípios que estão dispostos de forma implícita ou explícita no texto da Constituição Federal, que norteiam as condutas da Administração. Em se tratando daqueles previstos no artigo 37 da Carta Magna, são eles: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Com relação aos outros inerentes a função administrativa deve-se enfatizar: supremacia do interesse público,

motivação, razoabilidade e proporcionalidade.

O princípio da legalidade impõe a Administração Pública uma conduta estritamente ligada a lei. Todos os atos e atividades devem seguir a lei, de tal forma que somente poderá atuar quando existir uma lei que determine ou autorize a conduta, podendo ser vinculada ou discricionária. Mas, mesmo que discricionária deve seguir os limites e autorizações legais.

Dessa forma, na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Quando se trata de particular, é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

O princípio da impessoalidade determina que a Administração deve tratar a todos com imparcialidade, ou seja, não pode haver benefícios para alguns em detrimento de outros. Da mesma forma, não se permite perseguições ou favoritismo. Isso porque a Administração deve buscar concretizar o interesse público e não do particular.

O princípio da Moralidade, previsto também no texto constitucional, é um dos mais importantes. A moralidade administrativa é exigida em todos os atos dentro de uma Administração, de forma que a moral é analisada juridicamente, podendo inclusive invalidar os atos praticados sem a observância deste. Deve-se enfatizar, contudo, que o controle jurídico da moralidade não se confunde com análise do mérito administrativo.

De acordo com Pedro Lenza (2017, p.1487), “a Administração Pública, de acordo com o princípio da moralidade administrativa, deve agir com boa-fé, sinceridade, probidade, lealdade e ética”.

O princípio da publicidade está ligado a transparência que a Administração Pública tem como dever frente a sociedade. Na esfera administrativa o sigilo só se admite, a teor do art. 52, XXXIII, quando “imprescindível a segurança da Sociedade e do Estado”.

Por fim, o último princípio expresso no artigo 37 da Carta Magna denomina-se Princípio da Eficiência. Este consiste na organização dos meios e recursos humanos para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdade dos consumidores.

A eficiência tem uma relação com os meios que os agentes públicos usam na Administração, o desempenho e o resultado alcançado.

Em relação aos princípios implícitos pelo texto da Carta Magna, necessário

falar sobre a motivação, que encontra fundamento nos arts. 1º e 93, inciso IX. Este princípio é o basilar para a produção deste artigo, tendo em vista que todos os atos administrativos devem ser motivados, servindo como causa para edição desse ato. Posteriormente quando analisado o ato administrativo em si, sua motivação, controle e validade será abordado melhor esse princípio.

A respeito disso, Celso Antônio Bandeira de Mello (1975, p.1-19) entende: “Motivo é pressuposto do ato, pressuposto do fato, situação ocorrida no mundo das relações empíricas, fato real, dado verificado na esfera das objetividades materiais.”

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estão implícitos na Constituição, e como alguns doutrinadores afirmarem se tratar de um mesmo princípio, devem ser vistos conjuntamente. A proporcionalidade evidencia que a Administração deve agir conforme sua competência, dentro da extensão e validade necessárias, não podendo ultrapassar, sob pena de agir com abuso de poder. Nessa perspectiva, a razoabilidade permite verificar se as condutas da Administração Pública que fogem aos seus limites são ilegais. Caso sejam consideradas ilegais o ato pode ser anulado pelo Poder Judiciário.

Por último, mas não menos importante, o princípio da supremacia do interesse público apresenta relação com os atos administrativos, isto porque, é condição de existência para uma sociedade, nenhuma administração deve analisar o interesse de um particular em detrimento do interesse público. A respeito desse tema, elucida o Prof. Dr. Marcus Rozzetto (p. 26) em sua tese:

O princípio da supremacia do interesse público é característico do regime de direito público, fundamentando todas as prerrogativas especiais de que dispõe a administração como instrumento para a consecução dos fins que a Constituição e as leis lhe impõem. Decorre dele, que, existindo conflito entre o interesse público e o particular, deverá prevalecer o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitados, entretanto, os direitos e garantias individuais expressos na Constituição, ou dela decorrentes.

Dessa forma, todos os princípios são ideias centrais de um ordenamento jurídico que estabelecem diretrizes a serem seguidas, neste caso, pela Administração Pública, de forma a promover o bem comum através de seus atos administrativos, determinando o alcance de todas condutas praticadas pela administração.

4 Poder Vinculado e Poder Discricionário

Como bem exposto anteriormente, a Administração Pública possui poderes e deveres frente aos cidadãos, e estes poderes e atribuições inerentes estão todos vinculados ao princípio da legalidade e da supremacia do interesse público pelo privado, tendo em vista que o poder estatal é regrado pelo sistema jurídico vigente e não pode violar essas regras, sob pena de agir com ilegalidade.

Dessa forma, esses preceitos impostos a administração atingem vários aspectos de uma atividade, e quando forem estreitos, de forma que a lei não possibilita agir de forma diferente, o ato será vinculado. A doutrinadora Maria Sylvia Zanella de Pietro (2017) entende que a lei não deixa opções, impondo que diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de uma forma ou de outra. Neste caso o particular tem o direito subjetivo de exigir da administração a edição de determinado ato quando se tratar de poder vinculado, sob pena de correção judicial caso não cumpra.

No entanto, há alguns casos em que o poder da administração é discricionário. Isso quer dizer que a lei deixa margem para o administrador decidir em determinados casos concretos, optando por uma solução válida dentre várias possíveis. Uma grande questão a ser abordada é que no caso do poder discricionário, mesmo o administrador podendo adotar posições distintas, este sempre o deve fazer seguindo os critérios de equidade, conveniência, oportunidade e justiça.

A grande justificativa para a existência do poder discricionário se dá devido ao legislador não conseguir reger todos os assuntos e fatos que surgirão no âmbito da Administração Pública, e que interessam ao direito e a sociedade.

A respeito do Poder Discricionário, Edimur Ferreira de Faria (2011) explana:

O poder discricionário é a arte de escolher o melhor, a arte de apreciar e avaliar todas as coisas, tendo em vista a sua finalidade. A escolha verifica-se quanto a conveniência ou a oportunidade, pois os interesses sociais não escapam a previsão legislativa. Desta forma, o agente administrativo, mesmo sob o poder discricionário, deve agir segundo o fim querido pela lei (p. 146-147).

Sendo assim, o poder discricionário nunca poderá ser utilizado em benefício de interesse particular, sempre de acordo com o interesse geral, em conformidade com o princípio da Administração Pública da supremacia do interesse público sobre

o privado.

Vale ressaltar que o poder discricionário é exercido pela Administração dentro dos limites legais estabelecidos, sendo assim, caso a lei seja silenciosa não há que se falar em prática de qualquer ato, isso porque o administrador não deve agir segundo sua própria vontade.

A discricionariedade decorrente desse poder no Estado de Direito brasileiro tornou-se incômoda, pois os atos que decorrem do poder discricionário não estão sujeitos a apreciação do poder judiciário, e, portanto, possibilita abusos de poder e desvios de finalidade por parte do administrador.

5 Atos Administrativos – Requisitos, Mérito e Motivação

Inicialmente, cumpre estabelecer a diferença entre atos administrativos e atos da administração. Atos da administração são aqueles que embora praticados pela Administração Pública não são analisados como atos administrativos e não carregam uma importância grande para o Direito.

Como explana Maria Sylvia Zanella de Pietro (2017, p. 270): “Essa expressão – ato da Administração – tem sentido mais amplo do que a expressão ato administrativo, que abrange apenas determinada categoria de atos praticados no exercício da função administrativa”.

Para o presente artigo, é necessário abordar apenas a respeito dos atos administrativos, dissertando a respeito dos seus requisitos e classificações.

Preliminarmente, em se tratando dos requisitos do ato administrativo, importante salientar quanto a enorme divergência doutrinária em relação ao número desses requisitos ou, ainda, elementos, como alguns doutrinadores denominam. Para que estes atos sejam considerados válidos, obrigatoriamente, como primeiro requisito deve ser executado pelo sujeito competente, ou seja, aquele que a lei denomina ser o competente para a prática do ato.

Além disso, deve-se analisar o objeto ou conteúdo do ato administrativo, que nada mais é que o efeito jurídico que este ato produz, ou seja, qual direito nasce, extingue-se ou se transforma com ele.

Outro elemento ou requisito do ato administrativo é a forma. Existem duas teorias que defendem esse elemento. A teoria que adota a concepção restrita considera forma como o modo de exteriorização do ato. Em contrapartida, a concepção ampla entende que a forma não é somente o modo que esse ato se

exterioriza, também todos os preceitos a serem seguidos durante o processo de formação desse ato. A concepção que parece mais válida é a ampla, tendo em vista que a forma do ato não deve ser analisada somente como o modo que ele chega a ser público, mas também todo o procedimento para a prática do ato.

Um dos requisitos mais importantes denomina-se finalidade. Este nada mais é que o fim que a Administração busca com a prática do ato, ou seja, o efeito mediato alcançado. Atrelado a esse elemento, está um que talvez seja considerado o principal deles, o motivo. O motivo é o que justifica a execução do ato, ou seja, deve ter o pressuposto de direito, que é o dispositivo legal permitindo essa prática e o pressuposto fático, circunstâncias que fundamentam este ato. A administração pública deve apresentar o porquê da prática do ato, conjuntamente com a finalidade. Caso haja ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

Com relação às classificações dos atos administrativos, estas não serão abordadas de forma completa, apenas a diferenciação entre atos administrativos vinculados e discricionários.

O ato vinculado ou também chamado de regrado é praticado no exercício do poder vinculado. Conforme exposto no tópico anterior, a Administração Pública tem regulamentado certos comportamentos que o administrador deve seguir, de forma que essa lei determina medidas e condições a serem praticadas, sem deixar margem de escolha.

Alguns autores renomados como, Celso Antônio Bandeira de Mello (2016) e Maria Sylvia Zanella de Pietro (2017), entendem que o ato não devia ser denominado discricionário, mas sim, ato decorrente do exercício o poder discricionário. Essa corrente adota essa posição por entender que a discricionariedade é do administrador, tendo em vista que a lei o confere o poder e esse decide conforme a conveniência e oportunidade. No entanto, a corrente majoritária adota a posição de que os atos são por si discricionários, e não apenas o poder da Administração.

O mérito do ato administrativo é ligado ao fato dele ser vinculado ou discricionário. Quando o administrador está diante de um ato administrativo vinculado, todos os elementos a serem seguidos vêm definidos em lei. Em se tratando de um ato discricionário, alguns dispositivos vêm descritos em lei e outros são critérios do administrador. Sendo assim, necessário se falar em legalidade e

mérito dos atos. Sobre esse tema Maria Sylvia Zanella de Pietro (2017) tem o seguinte posicionamento:

Por isso se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir (p. 296).

Dessa forma, o mérito do ato administrativo discricionário diz respeito a parte não vinculada que ele possui, ao aspecto relativo a conveniência e oportunidade do administrador, reservada a análise do poder executivo, mas não do judiciário como no caso da legalidade.

Somente com a motivação obrigatória o judiciário pode investigar aspectos ainda mantidos na penumbra. Todo ato administrativo pode ser levado ao judiciário para análise do juiz. Cabe a ele examiná-lo, verificando quais os aspectos vinculados e quais os discricionários. É importante ressaltar que o juiz pode e deve ter acesso a todos os atos, o que ele não pode é manifestar contra a manutenção desse ato se, sendo ele vinculado estiver conforme os ditames da lei, ou sendo ele discricionário, proceder dentro dos comportamentos alternativos validados. Caso o juiz verifique que o administrador executou o ato fora do que estava resguardado legalmente, anulará este ato, deixando à Administração a oportunidade de praticar novo ato, dentro dos limites opcionais.

O mais importante hoje, é a motivação dos atos discricionários, isto porque, faz-se necessário demonstrar que estão nos limites postos pela lei. Nota-se, portanto, que, embora haja controle dos aspectos discricionários do ato, a motivação é sempre elemento indispensável para essa análise do judiciário, porque, quanto menos intensamente regrado o ato, mais a motivação é necessária.

É pela motivação que o administrador busca persuadir os destinatários de que o ato administrativo feito daquela maneira foi a melhor solução. Demonstra que a interpretação se deu segundo a razoabilidade.

Para Florivaldo Dutra de Araújo (2005), a legalidade do ato deve ser analisada conforme as alegações feitas. Portanto, substituir essas alegações por outras, seria reedição do ato, o que só pode ser feito internamente pela

Administração Pública, através da autotutela. Já no caso de abundância de motivação, o órgão controlador poderá fazer a análise para detectar entre vários fundamentos aquele que se encaixa no ato praticado. Se houver ilegalidade ou desarmonia com a finalidade legal, estará caracterizado desvio de poder ou ofensa à lei, o que implicará em anulação do ato.

6 Discricionariedade e Seus Limites – Abuso De Poder

O administrador, apesar de possuir poder discricionário, não possui uma discricionariedade plena para adotar condutas conforme sua livre escolha. A vontade da lei sempre vai ser imposta frente a vontade subjetiva do administrador.

Dessa forma, o poder discricionário está condicionado a limites internos e externos. Esses limites internos são relativos aos princípios que se valem para atuar no caso concreto, como a supremacia do interesse público, motivação, razoabilidade, necessidade, entre outros. Já os limites externos são aqueles que colocam a Administração em uma situação perante a prática daquele ato, ou seja, são fatores ou direitos subjetivos dos administrados que limitam.

A razoabilidade é um conceito jurídico que possibilita limitar a atuação dos administradores. Os atos administrativos devem observar o princípio da razoabilidade, e caso não seja feito, estará ultrapassando os limites da discricionariedade. Da mesma forma o princípio da proporcionalidade limita o poder discricionário da Administração Pública, pois atua como um ponto de equilíbrio entre o ato praticado pelo administrador e o que se pretendia alcançar com ele.

O abuso de poder é caracterizado para Edimur Ferreira de Faria (2011, p.180) como: “compreende a atuação do agente administrativo, sem previsão legal ou fora dos limites legais ou ainda contrários aos fins previstos na lei”.

Atualmente, com a grande crise que a discricionariedade está sofrendo, verifica-se com frequência o abuso de poder. Os administradores estão agindo além dos limites da discricionariedade impostos por lei, pra atender objetivos diversos daqueles que deveriam ser.

7 Controle Dos Atos Administrativos

A Administração Pública exerce seu controle através da fiscalização hierárquica, recursos administrativos e fiscalização financeira e orçamentária. A fiscalização hierárquica acontece conforme a organização da Administração, de

forma que, agentes e órgãos trabalham com uma relação de subordinação, cabendo aos superiores ordenar e coordenar as ações inferiores.

Os recursos administrativos são meios pelos quais o administrado ou o agente público solicita o reexame de determinado ato praticado. Os recursos administrativos de iniciativa do administrado fundam-se no artigo 5º, XXXIV da Constituição da República. São espécies de recursos a representação administrativa e reclamação administrativa.

A motivação em se tratando do autocontrole dos atos administrativos é de suma importância, tanto quando se tratar de fiscalização hierárquica, que exercida previamente faz com que o conhecimento de outros motivos de atos da mesma natureza praticados na Administração sirvam de bússola, bem como na hipótese de fiscalização posterior ao ato perfeito, o agente que deve homologar, por exemplo, importará saber as razões que envolvem a prática do ato.

No que diz respeito aos recursos administrativos, primeiramente, é visto que se motivado e fundamentado o ato ao administrado, muitas vezes lança mão do recurso. Além disso, mesmo que feito o recurso pelo administrado, a motivação exposta no ato impugnado, o controlador terá ciência das razões de legalidade e conveniência que geraram o ato.

A Constituição da República teve clara preocupação em fortalecer o Poder Legislativo, de forma que, além de sua função típica de legislar, este tem maior poder de fiscalização do executivo. Dentre outras formas de fiscalização do executivo pelo Poder Legislativo, há de ser ressaltado: a) a fiscalização dos atos por meio de comissões parlamentares de inquérito; b) controle do Poder Regulamentar e da delegação legislativa; c) controle dos atos executivos em geral, incluindo da Administração Indireta.

Mais uma vez vê-se a importância da motivação para o controle do ato administrativo no que diz respeito a verificação da legalidade do ato que está sendo examinado.

Saliento a prerrogativa parlamentar de sustação dos atos normativos do Executivo que exorbitem do poder regulamentar, contida no art. 49, V da CR. Isto porque, na prática, o administrador que emitia um regulamento, quase sempre não se limitava ao âmbito estrito de suas faculdades legais, e o judiciário, que detinha integralmente o controle do poder regulamentar, se limitava a julgar, por preocupação a separação de poderes. Por isso, a Constituição da República

possibilitou ao legislativo o poder de impedir que o executivo ultrapasse os limites que lhe são impostos. O administrador além de não ultrapassar os limites, deve cuidar de demonstrar a motivação dos atos administrativos gerais e abstratos, sendo basicamente uma exposição de motivos.

O controle judiciário é exercido na órbita civil e penal. Na primeira, o controle ocorre nas hipóteses em que a Administração exija prestação patrimonial, ou que nela seja convertida. Já no âmbito penal, o controle é feito para quem viola a lei, impondo uma penalidade.

Como já dito, nenhum ato, seja ele vinculado ou discricionário, foge ao controle do Poder Judiciário, que examina os atos mediante procedimento comum ou ações com ritos especiais. O procedimento comum dá-se pela ação ordinária, enquanto que as ações especiais, além de terem o rito mais acelerado, são de berço constitucional.

Entre as ações especiais, cito três que considero de suma importância: a) ação de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, devendo ser amplo o controle jurisdicional, seja na fixação do preço ou nas nulidades processuais, abrangendo também a verificação das circunstâncias legais invocadas para sua validade. Por isso a motivação é de suma importância, pois por ela será analisado os instrumentos legais utilizado pelo administrador, a norma que prevê a hipótese de expropriação, bem como os elementos fáticos que levaram a ocorrência da hipótese invocada; b) ação de habeas corpus, quando a autoridade pública pratica ato que ameaça ou viola a liberdade de locomoção de alguém, caracterizando abuso de poder. No entanto, é importante ressaltar que tem casos em que a intervenção administrativa é urgente, podendo a manifestação da Administração, bem como sua motivação virem depois, exprimindo o inteiro teor das providências e suas respectivas motivações; c) ação de mandado de segurança, em que é reconhecido direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data. Tendo em vista as garantias e direitos individuais, as normas aplicáveis ao Poder Público, e os princípios que regem o direito administrativo, é necessária a motivação anterior ou contemporânea ao ato, sob pena de responder pela anulação do ato, independentemente de ser válido ou não, pois este não está motivado.

8 Controle do Mérito do Ato Administrativo

Como é possível perceber até o presente momento, os atos administrativos sofrem controle tanto pela própria administração, quanto pelo poder Legislativo e Judiciário. No entanto, esses atos submetidos a controle são feitos apenas no âmbito da legalidade, sendo vinculado ou discricionário. Dessa forma, os atos discricionários que possuem além da legalidade o mérito, para o direito brasileiro, somente sofrem controle pela própria administração.

A justificativa da doutrina majoritária e jurisprudência para tal posicionamento é que seria uma violação a Tripartição de Poderes, de forma que o Poder Judiciário estaria intrometendo na seara do Poder Executivo.

No entanto, a ideia defendida neste artigo está em conformidade com o pensamento do Edimur Ferreira de Faria, entre outros professores e estudiosos que entendem que o excesso de poder da administração se dá em decorrência da falta de controle dos atos.

Apesar de não haver uma discricionariedade plena, os administradores encontram formas de burlar a lei, agindo com abuso de poder, muitas vezes beneficiando poucos, ignorando os princípios básicos da constituição impostos a Administração Pública. A inobservância de qualquer um dos princípios resulta em ilegalidade do ato.

Nessa perspectiva, é evidente que a discricionariedade vem sofrendo uma crise absurda, pois agentes públicos praticam atos baseados na conveniência e oportunidade, mas, muitas vezes não apresentam finalidade e motivação para esses atos. No entanto, quando feito o controle pela própria administração, não verificam tais condutas e o judiciário analisa apenas o âmbito da legalidade dos atos, não adentrando no seu mérito.

Com tudo isso, sabe-se que os posicionamentos dos juristas mudaram um pouco com relação ao controle pelo judiciário, bem como com relação a necessidade de restringir a discricionariedade dos agentes públicos. Os entendimentos têm mudado, mas a prática ainda não.

O objetivo do legislador ao declarar que a Administração Pública teria poder discricionário para praticar determinados atos, não foi deixar o agente público livre para escolher como achasse melhor, não foi para que praticassem condutas abusando do poder. O objetivo foi que o administrador tivesse discricionariedade frente a um caso concreto não conhecido ainda legalmente, mas com razoabilidade, com proporcionalidade.

Acerca disso o professor Edimur Ferreira de Faria (2011) explana:

Na prática, o que o legislador efetivamente quis nessa situação não foi conferir ao administrador competência ou poder para escolher a seu talante a solução que melhor lhe agrade. Não, não foi isso. O agente publico não tem, nessa condição, vontade livre. A vontade que manifesta é a vontade da lei, é a vontade social, é a vontade que verdadeiramente atende ao interesse público (p. 253).

Posto isso, o exame do mérito do ato administrativo discricionário pelo Judiciário tem basicamente o intuito de verificar sua conformidade com normas e princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública. Ademais, não se encontra na Constituição Federal, nem em leis infraconstitucionais norma que proíba o referido controle.

Os princípios da moralidade, da eficiência, da supremacia do interesse público são os que mais são transgredidos quando um agente publico age com má fé, com abuso de poder ou não adota a melhor solução ao interesse publico.

9 Conclusão

O Estado divide-se em três poderes que são autônomos e harmônicos entre si, sendo eles: Executivo, Legislativo e Judiciário. Cada um desses poderes possui funções típicas e atípicas, de forma que nenhum pode ultrapassar ou adentrar na esfera de outro. Contudo, durante a história do Brasil, o Estado passou por diversas mudanças, desde o absolutismo, ao Estado Liberal, mudando para Estado do bem-estar social, até hoje, que pode ser chamado de Estado Democrático de Direito. As normas que regulam esse atual panorama que encontra o país visa mais igualdade material e mais isonomia.

Dessa forma, cada ente federativo, seja município, estado ou união, através de políticas públicas, devem buscar a isonomia e o bem-estar social.

A administração Pública pode prestar serviços à população de forma direta ou indireta, delegando funções, mas sempre buscando o bem comum. Todos os órgãos da Administração Pública devem respeitar inúmeros princípios constitucionais, sejam implícitos ou explícitos. Como regra geral, todos visam o tratamento igualitário dos cidadãos, além de frear os atos praticados pela Administração Pública, de forma que só pode ser feito aquilo que está legalmente previsto, e moralmente aceito, sendo ambos analisados juridicamente e podendo invalidar os atos praticados.

Dentro desses atos praticados pela Administração Pública, existem aqueles que são decorrentes de um Poder Vinculado e aqueles decorrentes de um Poder Discricionário. Importante reforçar que, mesmo sendo discricionário, o agente público deverá agir buscando sempre a equidade e justiça, não podendo ser usado em benefício de particular, mas sempre de acordo com interesse coletivo. Todos esses atos administrativos, sejam eles decorrentes da vinculação ou discricionariedade, podem ser analisados por qualquer dos poderes, quando se tratar da análise da legalidade do mérito, da moralidade. Com relação ao mérito desse ato administrativo, este não pode ser analisado pelo Poder Judiciário.

O grande problema enfrentado atualmente com os agentes públicos está relacionado à excessiva discricionariedade dos atos administrativos. Isso porque, um ato administrativo quando é vinculado, segue exatamente o que é legalmente previsto, de forma que não há meios de extrapolar, pois os elementos são todos permitidos ou não anteriormente em lei. Quando se trata de um ato administrativo discricionário, alguns elementos veem descritos em lei, mas outros devem ser usados conforme o critério do administrador. Caso esse agente público não respeite o princípio da legalidade, poderá esse ato administrativo, mesmo que discricionário, ser revisto e anulado pelo Poder Judiciário. No entanto, quando se tratar do mérito do ato administrativo discricionário, ou seja, quando diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público, não poderá ser objeto de controle pelo Poder Judiciário.

Por conseguinte, todos os atos administrativos vinculados podem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, pois dizem respeito apenas a legalidade, mas, com relação aos atos administrativos discricionários, só será objeto de controle a parte vinculada, pois a parte discricionária só pode ser analisada pelo poder Executivo.

O método mais eficaz para conseguir reger a Administração Pública talvez seja a motivação do ato. Quando este é vinculado, não há dificuldade, mas quando for discricionário, e quanto menos regado, menos vinculação tiver, mais difícil fica de controlá-lo. Por isso, a motivação se faz importante, pois limita o abuso de poder dos agentes públicos, de forma que deve ser demonstrado porque a prática do ato foi a melhor solução, seguindo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Caso haja incoerência entre a motivação e prática do ato, este poderá ser invalidado.

Apesar de ser entendimento majoritário na doutrina que os atos administrativos discricionários não sofrem controle pelo Poder Judiciário, em observância a Tripartição de Poderes, este artigo está em consonância com a doutrina minoritária, entendendo que a crise da discricionariedade, por parte da Administração Pública, tem trazido imenso abuso de poder.

Grande parte dos administradores e agentes públicos burlam a lei, desrespeitando os princípios constitucionais, e, mesmo que não exista uma discricionariedade plena, sempre encontram meios para agir com abuso de poder ou desvio de finalidade.

A partir do método dedutivo utilizado para a construção desse artigo, o entendimento final é de que os atos administrativos, sejam vinculados ou discricionários, devem passar pelo controle do Judiciário, pois a crise moral, ética, legal e discricionária que se encontra a administração pública não permite qualquer segurança aos cidadãos. Deve-se ainda, restringir o poder discricionários dos agentes públicos, para que esses não possam agir com livre escolha e com inobservância dos princípios constitucionais.

Foi possível chegar a esse desfecho através de análises de teorias já consolidadas por autores renomados, bem como da Carta Magna e leis em sentido amplo. Além disso, os dados secundários utilizados como, doutrinas, artigos e legislações comentadas foram os materiais de apoio para conseguir obter um resultado preciso e original.

Referências

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e Controle do Ato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

FARIA, Edimur Ferreira. *Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário*. 1ª Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCELO, Alexandrino; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 22ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 33ª Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade, fundamentos, natureza e limites. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 122, p. 1-19, out./dez. 1975).

OLIVEIRA, James Eduardo. Constituição Federal – Anotada e Comentada – Doutrina e Jurisprudência. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. Direito Administrativo. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

SILVA, E. N. O Estado Democrático de Direito. Revista de Informação Legislativa. Brasília: a.42, n. 167, p. 1-18, jul/set. 2005.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marcus Vinicius Rozzetto. Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário. Orientadora: Maria Maida. 2015. 143f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidad Del Museo Social Argentino, Argentina, 2015.