

A SUBMISSÃO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, AO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO, COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

JARDIEL OLIVEIRA DA SILVA

Bacharel em Direito. Universidade Potiguar.

E-mail: stj.criminal@gmail.com

Envio em: Novembro de 2012

Aceite em: Agosto de 2013

Resumo

O sistema constitucional da Administração Pública brasileira foi estabelecido como um conjunto de princípios, subprincípios e algumas regras, considerados necessários à garantia de sua ordem e unidade internas, a fim de que as entidades e órgãos possam atuar, na maior harmonia possível, para a consecução dos seus fins. Em uma estrutura geral, no primeiro momento, ter-se-á, como parâmetro, a busca por uma definição de ato da Administração Pública e sua separação em ato vinculado e discricionário. Em rigor, este último possui uma margem de liberdade frente a uma circunstância concreta. Se, no exercício desse ato (em favor dessa margem de liberdade), houver a violação de um princípio constitucional, estaremos diante não apenas de um desequilíbrio sistemático específico, mas, também, de todo um sistema de comandos. Responder-se-ão as seguintes indagações: o que vem a ser um ato discricionário? Até que ponto os atos discricionários da Administração pública podem ser atuados com certa "liberdade" vinculada? Poderá haver controle (intervenção), por parte do Judiciário, caso essa discricionariedade ultrapasse os ditames não apenas infralegais, como, também, supralegais? O presente texto possui por objeto de estudo o controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública, analisado à luz da doutrina, com a finalidade de se identificar de que forma e com que alcance o controle da atividade administrativa não vinculada é exercido pelo poder Judiciário brasileiro. Chegando a uma conclusão concreta, será garantida uma irrefutável e insubstituível segurança da ordem constitucional, como expressão satisfatória do Estado em face do exercício de seus próprios desejos..

Palavras-chave: Atos da Administração Pública. Discricionariedade. Poder Judiciário. Ordem Constitucional.

SUBMISSION OF DISCRETIONARY ACTS OF PUBLIC ADMINISTRATION, THE CONTROL OF THE JUDICIARY AS A FORM OF PROTECTION OF CONSTITUTIONAL ORDER

Abstract

The constitutional system of the Brazilian Public Administration was established as a set of principles, sub and some rules, considered necessary to guarantee its internal order and unity, so that governmental entities and agencies can work in greater harmony as possible to the achievement of its purposes. In a general structure, at first, it will switch the search for a definition of the Public Administration Act and its separation into bound and discretionary act. Strictly speaking the latter has a margin of freedom from a concrete circumstance. If the exercise of that act (on behalf of the threshold) there is a violation of a constitutional principle, we are faced not only a specific writ imbalance, but also from a command system. It will be the starting point for the focus of the study. Will bring to the forefront will be the answer to these questions: what is to be a discretionary act? To what extent the discretionary acts of public administration can be actuated with a certain "freedom"? There may be control (intervention) by the judiciary if such discretion was not only beyond the dictates infra, but also above? This work has as its object of study the jurisdictional control of the discretionary acts of public administration, seen

in the light of the doctrine, jurisprudence, and legislation homeland in order to identify how and to what extent the control of administrative activity unbound power is exercised by the Brazilian judiciary. Reaching a concrete conclusion, an efficient and irreplaceable security irrefutable constitutional order as an expression satisfying the rule in relation to the exercise of their own desires.

Keywords: Acts of Public Administration. Discretion. Judiciary. Constitutional Order

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

De acordo com o princípio da legalidade, a Administração Pública somente está autorizada a atuar dentro dos limites da lei, razão pela qual todos os atos administrativos possuem os atributos da presunção de veracidade e da legitimidade. A veracidade tem relação com o conteúdo do ato administrativo, o qual se presume ser verdadeiro; e a legitimidade tem pertinência com a competência para a prática do ato, a qual se presume ser correta. Referida presunção é relativa, *juris tantum*, da qual cabe prova em contrário, com a exceção de poucos atos administrativos, que possuem presunção absoluta, *jure et de jure*, não admitindo qualquer produção probatória em sentido contrário.

Essa presunção possui grande relevância em termos processuais, diante do ônus da prova no direito processual civil, regido pela Lei Federal nº. 5.869 de 1973. Logo, não é abalada por meras alegações genéricas, ou desprovidas de efetivo suporte.

Em razão disso, para fazer frente aos efeitos de atos administrativos que não sejam válidos, os administrados enfrentam uma luta processual, que já se inicia desequilibrada, diante da verticalidade jurídica entre o poder público e os particulares. É nesse ponto que buscaremos versar na produção em tela, sob a égide dos atos vinculados e a necessidade da validação dos atos discricionários submetidos ao controle do Poder Judiciário.

2 A PROBLEMATIZAÇÃO DOS CONCEITOS ENTRE ATO ADMINISTRATIVO E ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Não é de se estranhar que haja autores que divirjam quanto à definição dos institutos que gravitam ao redor do Direito Administrativo, já que esta ciência tem como objeto central os estudos dos meios utilizados para a consecução dos fins desejados pelo Estado, e que este, por sua vez, externiza-os por meio de “atos”. Convém apresentar distinção e similitude, que caminham lado a

lado, sob os aspectos conceituais do que venha ser *Ato Administrativo* e *Ato da Administração Pública*.

Hely Lopes Meirelles (2010, p. 146) nos traz o seguinte conceito de ato administrativo:

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

A expressão “atos da administração” tem sentido mais amplo e abrange todos aqueles atos praticados pela Administração Pública. Já os “atos administrativos” representam uma categoria dos atos da administração, e se caracterizam como sendo aqueles praticados no exercício da função administrativa (MEIRELLES, 2010, p. 146).

Segue posição doutrinária quanto à definição de ato administrativo, de Maria Sylvia Z. di Pietro (2004, p. 181): “A declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da Lei, sob o regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Na lição de D. Gasparini (2010, p. 55):

Toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposto à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da Lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo judiciário.

Segundo a docência de Celso A. Bandeira de Mello (2010, p. 330-331):

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

Ato da Administração e ato administrativo são conceitos que não se confundem. Desde já, a precisa lição

de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005, 356) revela a diferença:

[...] A noção de ato administrativo não deve depender, isto é, não deve ser tributária, da noção de Administração Pública (conjunto de órgãos do Poder Executivo, autarquias e demais sujeitos da Administração indireta), porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública.

Perscrutando-se o tema com mais detença, podemos extrair a distinção entre um e outro a partir dos conceitos de ato administrativo dados pela doutrina, com ênfase em e Carvalho Filho (2004, p.91) e Justen Filho (2009):

Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício da função administrativa¹; É a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público²; Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Independentemente dos conceitos formulados pelos autores acima nominados e por outros de renomada, que também operam na seara do direito administrativo, emergem dois aspectos de importância crucial para distinção entre atos administrativos e atos da Administração. O primeiro deles concerne ao sujeito.

Em relação ao sujeito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2005) já ressalta que há atos que não são praticados pela Administração Pública, mas que devem ser incluídos entre os atos administrativos, porquanto se submetem à mesma disciplina jurídica aplicável aos demais atos da Administração, habitualmente reputados

como atos administrativos.

Diversamente dos atos da Administração Pública, que, com o perdão da tautologia, só podem ser praticados pela própria Administração Pública, os atos administrativos também podem ser praticados por aqueles que lhe façam as vezes.

Isso se dá porquanto o ato administrativo é produzido no desempenho de função administrativa, cujo exercício, em muitos casos, é atribuído a particulares que são delegatários de serviço público.

O segundo aspecto que desnuda a dessemelhança entre ato administrativo e ato da Administração é justamente o regime ao qual está submetido o primeiro, isto é, os atos administrativos, necessariamente, submetem-se ao regime jurídico de direito público, não se lhes aplicando o regime jurídico de direito privado.

Dessa submissão ao regime jurídico de direito público, deflui-se que, aos atos administrativos, atribuem-se todas as prerrogativas e, conseqüentemente, todas as restrições inerentes ao Poder Público.

Todavia, os atos da Administração, sobre poderem sujeitar-se ao regime de direito privado, também podem ser identificados em situações outras que não se vinculam ao exercício da função administrativa, considerando a acepção estrita de ato administrativo.

A respeito do exercício da função administrativa, que se vincula ao conceito de ato administrativo em sentido estrito, o escólio percuciente de Weida Zancaner (2008, p.29):

Ademais, a expressão 'ato administrativo' pode ser usada em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo serve para abarcar os atos praticados no exercício da função administrativa que têm regime jurídico semelhante, quais sejam: os atos unilaterais gerais, os atos unilaterais concretos e os chamados contratos administrativos. Por sua vez, a mesma expressão, quando utilizada em sentido estrito, serve para designar apenas os atos unilaterais concretos expedidos no exercício da função administrativa, buscando, pois, uma semelhança ainda maior quanto

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 91.

2 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 273.

ao regime jurídico que se lhes aplica.

Assim, conforme a preleção de Celso Antônio Bandeira de Mello (2005), a Administração Pública pratica inúmeros atos que não interessa considerá-los como atos administrativos, tais:

a) Atos regidos pelo Direito Privado, como, por exemplo, a simples locação de uma casa para nela instalar-se uma repartição pública. O Direito Administrativo só lhes regula as condições de emanção, mas não lhes disciplina o conteúdo e correspondentes efeitos.

[...]

b) Atos materiais, tais o ministério de uma aula, uma operação cirúrgica realizada por médico no exercício de sua atividade como funcionário, a pavimentação de uma rua, etc. Por não serem sequer atos jurídicos, também não há interesse em qualificá-los como atos administrativos. Esses comportamentos puramente materiais da Administração denominam-se 'atos administrativos'.

c) Atos políticos ou de governo, praticados com margem de discricção e diretamente em obediência à Constituição, no exercício de função puramente política, tais o indulto, a iniciativa de lei pelo Executivo, sua sanção ou veto, sub color de que é contrária ao interesse público, etc. Por corresponderem ao exercício da função política e não administrativa, não há interesse em qualificá-los como atos administrativos, já que sua disciplina é peculiar. Inobstante também sejam controláveis pelo Poder Judiciário são praticados de modo amplamente discricionário, além de serem expedidos em nível imediatamente infraconstitucional – ao invés de infralegal –, o que lhes confere fisionomia própria.

Desse modo, levando em consideração a diferença conceitual proposta neste trabalho, o ato unilateral concreto expedido na função administrativa não é ato da Administração, mas sim ato administrativo em sentido estrito.

3 A VINCULAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE COMO GRAU DE LIBERAÇÃO DO ATO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A classificação mais importante dos atos administrativos, enquanto objeto de nosso trabalho, relaciona-se com o grau de liberdade de atuação da Administração Pública.

Assim sendo, os atos administrativos também se classificam em vinculados e discricionários. Os primeiros são os atos que a Administração Pública pratica sem qualquer margem de liberdade de atuação, tendo em vista que a lei já tipificou o único comportamento possível diante de determinada hipótese objetivamente prevista. Os segundos são os atos que a Administração Pública pratica, dispondo de certa margem de liberdade de atuação, tendo em vista que a lei não tipificou um único comportamento possível diante de determinada hipótese objetiva, pelo contrário, deixou um campo aberto para a atuação subjetiva do agente público, no que diz respeito ao mérito do ato administrativo, cabendo-lhe, portanto, atuar da forma que melhor atenda aos interesses públicos, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2002, p. 380):

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. Atos 'discricionários', pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou de decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles. A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade.

E conclui:

A diferença nuclear entre ambos residiria em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar".⁶⁶ Como exemplo de ato vinculado tem-se a aposentadoria compulsória pela idade; e como exemplo de ato discricionário tem-se a autorização para o porte de arma (MELLO, 2002, p. 380).

4 A APRECIÇÃO (CONTROLE E EXTENSÃO) DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO COMO FORMA DE PROTEÇÃO DA ORDEM CONSTITUCIONAL

a) O OBJETO DO CONTROLE

O controle judicial é exercido pelo poder Judiciário, com base na sua função constitucional de apreciador equidistante da constitucionalidade e legalidade de atos e normas jurídicas, fiscalizando, dessa forma, a atividade administrativa exercida pelo poder Executivo, pelo poder Legislativo, pelo Ministério Público e pelo próprio poder Judiciário (CARVALHO FILHO, 2008).

Um importante instrumento que auxilia no exercício desse controle judicial veio com a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004³, que, em seu art. 2º, inseriu o art. 103-A na Constituição Federal, criando a súmula vinculante, posteriormente regulamentada pela Lei Federal nº. 11.417 de 2006⁴. Por seu regramento, pode vir a ser aprovada pela decisão de 2/3 (dois terços) dos membros do STF, seja de ofício, seja por provocação, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, sendo que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do poder Judiciário e Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, podendo o STF, por decisão de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir tais efeitos, ou decidir que estes só tenham eficácia a partir de outro momento, por razões de segurança jurídica ou excepcional interesse público. Ademais, importante registrar que mencionado efeito não afeta a atividade precípua do poder Legislativo, puramente normativa, o que nada tem a ver com sua atividade administrativa.

b) OS INSTRUMENTOS DO CONTROLE E EXTENSÃO DA DISCRICIONARIEDADE

São inúmeros os instrumentos de controle judicial dos atos administrativos; podem ser classificados em meios inespecíficos e em meios específicos.

Os primeiros são as ações judiciais que qualquer interessado pode manejar; não demandam a presença obrigatória do poder público em um dos polos do processo, tal como ocorre com as ações ordinárias em geral.

Os segundos são as ações judiciais destinadas, especificamente, para a tutela de direitos individuais ou coletivos contra ilegalidades e inconstitucionalidades decorrentes da prática de atos administrativos, sejam estes comissivos ou omissivos, e que, em regra, exigem a presença da autoridade administrativa responsável pela edição do ato impugnado em um dos polos do processo, tal como ocorre com a ação popular, mandado de segurança, etc.¹²⁹ Os instrumentos específicos de controle serão, brevemente, conceituados a seguir.

O mandado de segurança é ação judicial de fundamento constitucional (art. 5º, LXIX da CF), pela qual se busca a proteção jurisdicional do Estado, em razão de ameaça ou efetiva lesão a direito líquido e certo não amparado pelo *writ* de *habeas corpus* ou de *habeas data*, em virtude de ato inválido praticado por autoridade investida na função administrativa. Sua previsão infraconstitucional encontra-se disciplinada na lei Federal nº. 1.533 de 1951.

O habeas corpus é uma ação de fundamento constitucional (art. 5º, LXVIII da CF), que visa a proteger o paciente sempre que sofrer ou estiver ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Sua previsão infraconstitucional está positivada no Código de Processo Penal.

O habeas data é uma ação de fundamento consti-

³ Emenda Constitucional nº. 45, de 30/12/2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. D.O.U. de 31.12.2004.

⁴ 118 Lei nº. 11.417, de 19/12/2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. D.O.U. de 20.12.2006.

tucional (art. 5º, LXXII da CF), que visa a garantir ao impetrante o conhecimento de informações relativas à sua pessoa, constantes de registro ou banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público; ou para a retificação de dados, quando não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial. Sua previsão infraconstitucional encontra-se disciplinada na Lei Federal nº. 9.507 de 1997.

A *ação popular* é outra ação de fundamento constitucional (art. 5º, LXXIII, CF), pela qual qualquer cidadão pode buscar a invalidação de ato praticado pelo poder público (ou por entidade de que este participe) lesivo à moralidade administrativa, ao meio ambiente, ou ao patrimônio histórico e cultural, com a condenação dos responsáveis em perdas e danos. A disciplina infraconstitucional desta ação está prevista na Lei Federal nº. 4.717 de 1965.

Por fim, a *Ação De Improbidade Administrativa* também possui fundamento de validade constitucional (art. 37, § 4º da CF) e infraconstitucional (Lei Federal nº. 8.429 de 1992/135), sendo destinada a apurar responsabilidades e impor sanções por atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a Administração Pública.

c) A APRECIACÃO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA PELO PODER JUDICIÁRIO E A REALIZAÇÃO DO CONTROLE

Conforme restou exposto anteriormente, existem casos em que a lei prevê a existência de determinadas situações de fato, diante das quais a conduta do agente público é previamente disciplinada, por critérios estritamente objetivos, estabelecendo qual o comportamento único que este deverá adotar, sem qualquer margem de liberdade. Nesses casos, o ato praticado pela autoridade administrativa é chamado de vinculado. No entanto, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007):

[...] casos há, embora excepcionais, em que a regra de Direito se omite em mencionar a situação de fato. O normal, sem dúvida, é que a lei

a refira, entretanto, ao fazê-lo, freqüentemente descreve-a mediante expressões que recobrem conceitos algo fluidos, algo imprecisos, também chamados de vagos ou indeterminados ou elásticos, tais como 'situação urgente', 'notável saber', estado de pobreza', 'ordem pública' (portanto, suscetíveis de interpretações ou inteleccões variadas) ou, então, ainda quando a descreve em termos estritamente objetivos, defere, no comando da norma, certa margem de liberdade ao administrador.

Essa relativa liberdade ora enseja-lhe praticar ou não praticar o ato diante daquela situação (que é o que se passa quando a lei diz 'pode', ao invés de 'deve'); ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo; ora permite-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato; ora, finalmente, autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre, pelo menos, duas alternativas abertas pela norma aplicanda (MELLO, 2007).

Nesses casos, o ato praticado pela autoridade administrativa é denominado discricionário, uma vez que se sujeita à interferência de um juízo subjetivo do administrador, no que diz respeito ao reconhecimento ou não da situação fática contemplada na norma; à decisão de agir ou não agir; à escolha do momento adequado para a prática do ato; à forma pela qual praticará o ato; ou à escolha da medida tida por idônea para atender à situação de fato (FAGUNDES, 1957).

O fato de a Administração Pública ter que sempre adotar o comportamento ideal diante da situação de fato apresentada não significa que o ato discricionário que vier a praticar é, em verdade, ato vinculado dissimulado, pois a providência a ser tomada permanece objetivamente incognoscível, estando, em verdade, dentro de um número limitado de opções tidas por razoáveis para atender à prognose da norma e ao interesse público no caso concreto.

Essa gama de opções em aberto autorizada por lei é um elemento necessário para completar a definição dos elementos essenciais para a prática do ato pela Administração Pública, em especial o motivo e o objeto. Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2002, p. 34) expõe que:

Na referência ao atendimento de um interes-

se público específico, enfatiza-se que esses dois elementos que devem ter seu conteúdo integrado pela Administração, o motivo e o objeto, caracterizam uma definição derivada e particularizada do interesse público contido na definição originária e generalizada, presente, explícita ou implicitamente na lei. É por essa razão que a definição legal do interesse público deverá sempre existir em qualquer manifestação de vontade administrativa, seja no ato administrativo, seja no contrato, ou seja, no ato administrativo complexo, como um elemento juridicamente vinculado: a finalidade. [...] se a finalidade é sempre vinculada, tanto o motivo quanto o objeto é nela que encontrarão os seus limites. Em outros termos: a discricionariedade não pode ser exercida contra a finalidade nem mesmo sem ela, mas, apenas, em favor dela (MOREIRA NETO, 2002, p. 34).

A discricionariedade é, portanto, a competência atribuída ao poder público, no exercício de suas funções administrativas, de forma a possibilitar a integração da vontade da lei durante a execução de seu conteúdo diante de determinada situação, constituindo-se em verdadeiro poder vinculado ao atendimento da finalidade pública que dita a sua existência.

Essa vinculação ao interesse público constitui o limite interno da atuação do Estado, imposta pela sociedade, cujo descumprimento enseja a ilegitimidade do ato, marcando a má-administração. Como limite interno da atuação do Estado encontra-se a lei, imposta por ele próprio, cujo descumprimento enseja a ilegalidade do ato.

Logo, para a Administração Pública, sempre ao lado do aspecto atributivo da função administrativa, que é o poder, deve haver o aspecto limitativo, que é o dever. Nesse caso: tanto o dever de obedecer à legislação, como o dever de ter uma boa administração.

Daqui em diante, segue-se a posição essencial da presente produção, respaldando a defesa da necessidade do controle dos atos discricionários da Administração Pública pelo Poder Judiciário, visando a proteger a matriz material das normas: a Constituição.

Desta feita, nada como relembrar que a *inafastabilidade do controle jurisdicional* é princípio constitucional, assim previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal

da República Federativa do Brasil, de 1988, que afirma: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Um princípio é o mandamento nuclear de um sistema jurídico; sua violação é muito mais grave que a violação a uma regra, visto que não configura uma ofensa pontual a um mandamento obrigatório, mas um verdadeiro atentado ao sistema jurídico, como um todo, abalando as vigas mestras, nas quais, as regras encontram suporte (MELLO, 2002).

José dos Santos Carvalho (2002) defende que o controle judicial sobre os atos administrativos se dá, exclusivamente, no plano da legalidade, ou seja, que ao poder Judiciário cabe apenas competência para confrontar os atos da Administração Pública com a lei ou com a Constituição Federal, verificando sua conformidade com o ordenamento jurídico, anulando os atos inválidos. Com relação ao controle dos atos discricionários, referido autor afirma que:

O que é vedado ao Judiciário, como corretamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência (CARVALHO FILHO, 2008, p.900).

Além do mais. A invasão de atribuições é vedada na Constituição, e face do sistema da tripartição de Poderes (art. 2º). Alguns autores têm cometido o exagero de ampliar os limites de atuação do Judiciário, invocando princípios que, em última análise, acabam por recair no aspecto fundamental – o exame de legalidade.

A despeito dessa evidente distorção, os Tribunais, sensíveis às linhas que demarcam a atuação dos Poderes, têm, sistematicamente, rejeitado essa indevida ampliação e decidido que o controle do mérito dos atos administrativos é da competência exclusiva da Administração (CARVALHO FILHO, 2008).

No entanto, não se pode admitir que a Administração Pública, sob o pretexto de estar praticando ato administrativo discricionário (cujo mérito seria insuscetível de controle judicial), possa atentar contra a finalidade pública.

Os princípios da realidade e da razoabilidade atuam sobre o motivo e o objeto do ato, na condição de elementos do ato administrativo, cuja integração é realizada pela análise da conveniência e oportunidade, dimensionando o mérito administrativo e, em última análise, dando limites à discricionariedade.

É o desvio da finalidade que, por decorrer do descumprimento dos limites da discricção administrativa, autoriza o Judiciário a invalidar os atos discricionários praticados pela Administração Pública em descumprimento da competência que lhe foi atribuída por lei (princípio da legalidade) para o exercício de suas funções.

Portanto, no choque entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da jurisdição, de um lado; e da separação e independência dos poderes da República, de outro, aquele deve prevalecer sempre que a Administração Pública atue contra o direito, ou melhor, contra o próprio equilíbrio do sistema constitucional.

Importante ressaltar que a prática de ato inválido acobertado pelo manto da discricionariedade é extremamente perigosa, muito mais do que a prática, por exemplo, de um ato vinculado, patentemente, anulável, justamente porque não importa em uma violação aberta, aferível de plano, mas em uma violação que, por muitas vezes, é mais difícil de ser percebida.

Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Melo esclarece que é precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo (MELLO, 2002).

É inegável que, em países que adotam o sistema de jurisdição dual, o controle dos atos administrativos discricionários evoluiu muito mais rapidamente, que nos

países que adotam o sistema da unicidade de jurisdição, em virtude do nível de especialização da matéria submetida à julgamento perante os tribunais administrativos. Porém, isso não significa que, em países como o Brasil, o poder Judiciário não deva assumir essa envergadura, pois, caso isso não aconteça, a defesa dos administrados em juízo restará profundamente prejudicada.

Assim procedendo, o poder Judiciário não elimina a discricionariedade, pois não ultrapassa os limites objetivos de significação da norma, mantendo íntegro o campo de apreciação subjetiva do administrador, como deve ser não apenas em um Estado Democrático de Direito, mas em um Estado Garantidor das Garantias Constitucionais.

E é justamente com a utilização dos princípios instrumentais da realidade e da razoabilidade que essa tarefa se torna possível, permitindo ao poder Judiciário examinar se o mérito do ato administrativo foi, devidamente, integrado de acordo com o interesse público que sua norma de regência se presta a tutelar. Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

O silogismo judiciário pode ser precisamente montado, com a premissa maior na finalidade da norma e a premissa menor no mérito do ato, de modo a evidenciar-se o pertine ou as impertinências: o respeito ou a exorbitância dos limites à discricionariedade. Observe-se que, nesta tarefa, o instituto da discricionariedade não fica comprometido, mas, ao contrário, valorizado, na medida em que sua proteção não mais se vincula a uma praxe acomodada da doutrina e dos tribunais, mas a um sistema racional e permanentemente aprimorável.

De fato, com a paulatina eliminação dos desvios de finalidade que decorrem do abuso da Administração Pública no exercício do poder discricionário, a prática desses atos tenderá, cada vez mais, a guardar sintonia com o interesse público contido em sua finalidade legal, de sorte que o exercício da discricção administrativa será constantemente aperfeiçoado, em benefício da sociedade brasileira como um todo.

Para tanto, no entanto, o poder Judiciário deve, efetivamente, atuar de forma comissiva, e, de fato, invalidar os atos que excedam os limites da discricionariedade,

deixando de realizar uma análise restrita de legalidade, para realizar uma análise principiológica e teleológica dos atos administrativos diante do sistema jurídico pátrio [...], visando à proteção de uma ordem constitucional presente, sempre, em um Estado em que a atuação deste, para determinados fins, estará sempre pautada em uma vinculação normativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle da Administração Pública funda-se no princípio da legalidade e possui, por objetivo primordial, a fiscalização das políticas administrativas, a fim de assegurar que o poder público alcance o interesse coletivo, e a finalidade pública imanente às normas jurídicas, sem que a sua liberdade de atuação atente contra o ordenamento jurídico pátrio.

Com relação aos atos administrativos vinculados, não existe ressalva a ser feita. Quanto aos discricionários, ainda há polêmica, permeando a questão da possibilidade de controle pelo poder Judiciário, pois tais atos dispõem de certa margem de liberdade de atuação, tendo em vista que a lei não tipificou um único comportamento possível da Administração Pública diante de determinada hipótese objetiva, deixando um campo aberto para a atuação subjetiva do agente público, no que diz

respeito ao mérito do ato administrativo, cabendo-lhe, portanto, atuar da forma que melhor atenda aos interesses públicos, dentro de um juízo de conveniência e oportunidade.

A competência discricionária, no entanto, encontra limites nos princípios da realidade e razoabilidade, os quais atuam sobre o motivo e o objeto do ato, cuja integração, realizada pela análise da conveniência e da oportunidade, dimensiona o mérito administrativo e, em última análise, delinea os contornos dos limites do controle judicial.

O controle judicial, nessa hipótese, é, portanto, plenamente possível, diante de uma análise principiológica e teleológica dos atos administrativos, com fulcro no princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, e em busca da finalidade pública tutelada em sua norma de regência.

Referido controle, além de manter íntegro o campo de apreciação subjetiva do administrador, coíbe a prática de atos maculados por desvios de finalidade, decorrentes dos abusos da Administração Pública, de sorte a tornar viável um constante aperfeiçoamento do exercício da discricionariedade administrativa, em benefício da sociedade brasileira como um todo, prezando, sempre, pela imutabilidade do sistema constitucional e suas garantias.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Emenda Constitucional** nº. 45, de 30/12/2004. Brasília, 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19.Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.Ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 22. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade. 4.Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**, 3. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

