



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA – UEPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
CURSO DIREITO**

WANDERSON MOURA DA SILVA

**ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DA
INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES DE
MÉRITO.**

CAMPINA GRANDE – PB

2014

WANDERSON MOURA DA SILVA

ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DA
INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES DE
MÉRITO.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de
Graduação em Direito da Universidade Estadual da
Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Lucira Freire Monteiro

CAMPINA GRANDE – PB

2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

S586a Silva, Wanderson Moura da

Análise da discricionariedade dos atos da administração pública e a possibilidade da intervenção do poder judiciário nas questões de mérito [manuscrito] / Wanderson Moura da Silva. - 2014.

31 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2014.

"Orientação: Prof. Esp. Lucira Freire Monteiro, Departamento de Direito Público".

1. Ato Administrativo. 2. Controle Jurisdicional. 3. Direito Administrativo. I. Título.

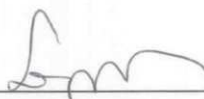
21. ed. CDD 342

WANDERSON MOURA DA SILVA

ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DA
INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES DE
MÉRITO.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência
para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em: 04/07/2014



Prof.ª Lucira Freire Monteiro / UEPB

Orientadora



Prof. Plinio Nunes Sousa / UEPB

Examinador



Prof. Ednaldo da Costa Agra / UEPB

Examinador

ANÁLISE DA DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A POSSIBILIDADE DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NAS QUESTÕES DE MÉRITO.

¹ SILVA, Wanderson Moura da

RESUMO

O objetivo deste trabalho é fazer uma análise da possibilidade de se exercer o controle jurisdicional sobre a atuação do administrador público na execução de atos discricionários, quando se encontrarem baseados em termos vagos e imprecisos. Para tanto será feita uma análise da construção do ato administrativo enfatizando seus elementos e atributos diferenciando-os dos demais atos da administração e atos dos particulares. Ademais se estabelecerão quais são os tipos de controle do ato administrativo e quais critérios eles obedecem, enfatizando a atuação controladora do poder jurisdicional. Neste artigo serão analisados os pontos favoráveis e desfavoráveis ao controle jurisdicional do ato administrativo, assim como também as restrições impostas a atuação do gestor público através dos atos administrativo e a utilização de princípios como norteadores das suas condutas. Por fim, será feito uma apreciação jurisprudencial favorável ao controle do ato administrativo pelo judiciário de forma ampla.

PALAVRAS-CHAVE: ATO ADMINISTRATIVO. DISCRICIONARIEDADE. CONTROLE JURISDICIONAL. PRINCÍPIOS.

¹ Estudante do 10º período do curso de graduação em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). E-mail: Wanderson_m.s@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO.

A Administração pública, como ramo do Direito Público, pode ser definida como um conjunto de órgãos, serviços e agentes do Estado, bem como das demais pessoas coletivas públicas que asseguram a satisfação das necessidades coletivas variadas, regidos pelos conjuntos harmônicos de princípios jurídicos, tendentes à realização concreta, direta e imediata do interesse público através do exercício da função administrativa.

Desta forma, na busca por este interesse, o Poder Público age concretamente através do seu ato administrativo, este, por sua vez, corresponde a uma conduta humana em nome da Administração Pública sob a égide do Direito Público e sujeito ao controle notadamente judicial. Essa atuação deve ser feita sempre com observância da lei.

Essa conduta, sendo a declaração de vontade do Ente Público, poderá ser feita de forma vinculada, com delimitações previamente delineadas pela norma jurídica, como também de forma discricionária, que possui certa margem de liberdade para a atuação do administrador.

Neste sentido, num primeiro momento será feita uma abordagem do surgimento do Direito Administrativo como um ramo específico do Direito, analisando o contexto de surgimento, procurando verificar o caminho que os Governos, submetidos a uma monarquia, percorreram até chegarem ao Estado Democrático de Direito subordinados a uma Constituição.

Posteriormente verificaremos as características formadoras do ato administrativo, sem os quais não seria possível a sua existência, até chegarmos aos seus atributos que através destes o diferencia dos atos dos particulares e dos atos materiais da Administração Pública.

Procuraremos delimitar os limites entre o ato discricionário e o ato vinculado sem que aquele viole normas e princípios, necessitando de intervenção para sanar seus defeitos. Em seguida, adentraremos as modalidades de controle dos atos praticados pelo Poder Público. Nesta direção, notaremos que poderá ser feito de forma interna, pela própria Administração Pública, e externa, principalmente pelo Poder Judiciário.

Nesses termos, ganha relevo a necessidade de se repensar o controle jurisdicional dos atos administrativos. O presente trabalho tem por fito fazer uma avaliação a respeito desse

controle, demonstrando que, na prática, o mérito administrativo deve ser apreciado de forma ampla, à luz dos princípios jurídicos e do senso comum.

Em face do princípio da inafastabilidade do judiciário, entende-se que o Poder Jurisdicional pode efetivar o controle da legalidade dos atos da administração pública, ou seja, sua adequação à lei, como também a sua adequação aos princípios implícitos e explícitos presentes nas normas jurídicas e ao atendimento prioritário do interesse público.

Assim, sendo o controle jurisdicional, totalmente proibido em épocas em que o cidadão nem sempre tinha como prioridade do Estado a dignidade da pessoa humana, na atualidade vê-se uma transformação em face da importância dada aos atos administrativos, com predominância dos princípios constitucionais que colocam o ser humano em destaque, a fim de sanar violações a direitos básicos e atender ao interesse da coletividade.

No que tange ao mérito administrativo, em que o administrador público atua com liberdade decisória, o magistrado não pode realizar a substituição de vontade do gestor público, mas sim, um redirecionamento da vontade quando este não agindo com bom senso, dentro dos parâmetros legais e principiológicos, não atender o interesse público.

Com isso, surgem as principais indagações deste estudo: Quais os limites da atuação dos atos discricionários da Administração Pública sem que os mesmos adentrem na seara da ilegalidade e assim necessitem da intervenção do Poder Judiciário? Até onde o Judiciário poderia intervir sem tocar no mérito quando a lei se utiliza de termos “vagos” e “imprecisos”? O que devem fazer os agentes públicos ao se depararem com essas situações e em que artifícios legais devem se pautar?

Para responder aos questionamentos acerca desses pontos, utilizou-se o método descritivo-analítico, por meio de um levantamento bibliográfico e documental, englobando, por fim a pesquisa jurisprudencial que unidos trouxeram dados relevantes e essenciais ao trabalho aqui desenvolvido.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

No ano de 1800, período após a Revolução Francesa e o fim do Segundo Império na França, o direito administrativo surgiu como ciência que a conhecemos atualmente. Em um contexto de liberalismo estatal, lentamente o direito administrativo se esboçou com a afirmação de uma jurisdição administrativa especializada e que submetia a administração a

regras distintas das do direito privado, ou seja, não simplesmente aplicava as regras do direito civil. O que não significa que inexistissem anteriormente normas administrativas, pois onde quer que exista o Estado existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas (DI PIETRO, 2011, p. 199).

O direito administrativo surgiu com a instauração dos governos subordinados a uma constituição, diferentemente dos governos absolutistas que só respeitavam leis de manutenção de assuntos financeiros e patrimoniais privados. O conhecido Estado de Polícia, cuja finalidade é apenas de assegurar a ordem pública (DI PIETRO, 2011, p. 202), precedeu ao direito administrativo, à afirmação do princípio da divisão dos poderes e à sujeição do poder executivo. As normas criadas no poder legislativo tornou possível a própria eficácia das leis de organização e atividade dos órgãos da administração pública, além do surgimento de relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos.

Os novos Estados de Direito, ou seja, aqueles Estados que são obrigados a observarem as leis impostas aos seus cidadãos, organizaram-se em distintos Poderes para a execução de suas funções. Falou-se, a partir deste momento, em função administrativa, função legislativa e função judiciária.

Assim a função precípua do Legislativo é a elaboração da lei (função normativa); a do Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial); a do Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa). O que há, portanto, não é a separação de Poderes com divisão absoluta de funções, mas, sim, distribuição de três funções estatais precípua entre órgãos independentes e harmônicos entre si (CF, art. 2º) e com suas funções reciprocamente indelegáveis e coordenadas no seu funcionamento, mesmo porque o poder estatal é uno e indivisível.

Neste sentido, importa para o nosso estudo a função administrativa. Esta conceituada como a atividade desempenhada pelas pessoas estatais, bem como pelas pessoas que fazem às vezes do poder público, sujeitas a controle jurisdicional, no fiel cumprimento do dever de alcançar o interesse público. Essa função é caracterizada pela reunião de dois princípios do regime jurídico administrativo, quais sejam: o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público.

O princípio da prevalência do interesse público sobre o interesse particular assegura a quem exerce a competência administrativa uma posição de privilégio e supremacia a fim de que as necessidades sociais sejam alcançadas e, desse modo, a finalidade pública seja cumprida.

Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público, está o princípio da indisponibilidade do interesse público. Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2004, p.69), a respeito do tema conceitua:

Significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*. Isto quer dizer que os órgãos e entidades estatais são meros instrumentos da realização da função administrativa, cujo exercício é destinado ao benefício social.

Portanto, como a Administração não titulariza somente seus interesses, estes conhecidos como secundários, mas também os interesses públicos primários¹ podemos afirmar que estes interesses são indisponíveis pelas pessoas estatais cabendo as mesmas, na sua gestão protegê-los.

Importa registrar que o conceito de função administrativa tem sido matéria de grande dificuldade para os doutrinadores, tendo em vista a extensão e a heterogeneidade do tema. Celso Antônio Bandeira de Mello (MELLO, 2010, p. 36) nos ensina que:

Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça às vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquico* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamento infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*.

A partir da existência da função administrativa e do respectivo poder é que nasceu o próprio direito administrativo. Primeiramente com uma lei, seguida por outros documentos legais, doutrina e, finalmente, dos cursos ou cadeiras nos países ao redor do mundo.

Os agentes, no exercício de sua função administrativa, emite uma manifestação de vontade, ao qual desencadeia um efeito no mundo em que se vive. A esta ação da Administração pública, damos o nome de Ato Administrativo.

¹ Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*, 2010, p.386) diz que interesse público primário diferencia-se do interesse público secundário, no que tange que aquele é eminentemente relacionado ao interesse da coletividade, possuindo supremacia sobre o particular, já este trata-se de um interesse que não é público, configurando-se apenas como o interesse da administração pública, do aparato administrativo.

Preliminarmente, cabe registrar, alguns conceitos para que se possa entender o que é um Ato Administrativo, são eles: Fato, Ato, Fato Jurídico, Ato Jurídico, Fato da Administração, Ato da Administração.

Fato é qualquer ocorrência no mundo em que se vive. Ou seja, toda sucessão de eventos e/ou condutas que integram a vida são fatos. E ato é toda conduta imputável ao homem, que decorre de uma manifestação de vontade, isto é, de um comportamento humano voluntário.

Feito a diferenciação entre o Fato e Ato, podemos analisar o significado do fato jurídico e ato jurídico. O fato jurídico corresponde à definição contida na lei os quais produzem efeitos no mundo do direito. O ato jurídico, por sua vez, corresponde ao ato humano decorrente de uma manifestação de vontade que desencadeia efeitos jurídicos.

Sendo assim, podemos entender que alguns fatos e alguns atos têm mais importância para o Direito do que outros. Aqueles que modificam, extinguem ou declaram direitos, ou seja, os que têm relevância na seara jurídica são tidos como jurídicos.

Para Maria Sylvia Di Pietro (2011, p. 197), fato da administração é aquele que não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo. Ou seja, tem o sentido de atividade material que visa a efeitos de ordem prática para a Administração.

E finalmente chegamos ao conceito de Ato da administração que para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 374) trata-se de atos jurídicos praticados pela Administração Pública que não se enquadram no conceito de atos administrativos, como atos legislativos expedidos nos exercícios de função atípica, os atos políticos definidos na Constituição Federal, os atos regidos pelo direito privado e os atos meramente materiais.

Sabendo que existem atos administrativos praticados fora dos domínios da Administração Pública, como ocorre com aqueles expedidos por concessionárias e permissionárias, é possível concluir: nem todo ato jurídico praticado pela Administração é ato administrativo; nem todo ato administrativo é praticado pela administração (MAZZA, 2011, p. 177).

Desta forma, aqueles atos praticados pela Administração Pública que modificam, extinguem ou declaram direitos, nada mais são do que atos jurídicos, tratando-se de uma

manifestação de vontade que produz efeitos jurídicos, caracterizando-se como uma espécie do gênero ato jurídicos (MARINELA, 2006, p. 175).

Estes esclarecimentos de termos foram necessários, pois a Administração pública não só produz atos jurídicos, como já visto, mas também fatos jurídicos, e é preciso, então, separar os atos administrativos dos fatos da Administração, o que só foi possível depois destes esclarecimentos. Esta distinção foi necessária, porque os atos administrativos possuem prerrogativas que os fatos da administração não possuem, é o caso da presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade, autoexecutoriedade e tipicidade, que fazem parte dos atributos do ato administrativo.

2.1 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.

Os atos administrativos são revestidos de propriedades jurídicas especiais decorrentes da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio já explicado anteriormente.

Tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente as finalidades consagradas como próprios da coletividade.

Nessas características reside o traço distintivo fundamental entre os atos administrativos e as demais categorias de atos jurídicos, especialmente os privados. Alguns autores nos ensinam que existem apenas quatro atributos, é o caso de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 417). Já outros autores que fazem parte da doutrina mais moderna, é o caso de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p.204) e Alexandre Mazza (2010, p. 180), nos informam que são cinco os atributos dos atos administrativos, são eles: presunção de legitimidade; imperatividade; exigibilidade; autoexecutoriedade; tipicidade.

A presunção de legitimidade advém do princípio da legalidade que engloba toda atividade da Administração Pública. Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 419) vê este atributo como a qualidade que reveste os atos administrativos, presumindo-os como verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário, ou seja, o atributo diz respeito à conformidade do ato com a lei.

Nas palavras de Cassagne (apud Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2000:183):

A presunção de legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo. Se não existisse esse princípio, toda a atividade administrativa seria diretamente questionável, obstaculizando o cumprimento dos fins públicos, ao antepor um interesse individual de natureza privada ao interesse coletivo ou social, em definitivo, o interesse público.

A Imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância (Di Pietro, p. 207). Desta forma, não importa se o seu destinatário reputar válido ou inválido o ato, posto que somente após obter o pronunciamento da Administração ou do Judiciário é que poderá furtar-se à obediência da determinação administrativa.

A Exigibilidade, nas palavras de Alexandre Mazza (2010, p. 182), consiste no atributo que permite à Administração aplicar punições aos particulares por violação da ordem jurídica, sem necessidade de ordem judicial, resume-se, portanto, ao poder de aplicar sanções administrativas, a exemplo de multas, advertências e interdição de estabelecimentos comerciais.

A autoexecutoriedade consiste na possibilidade de a própria Administração executar seus próprios atos, impondo aos particulares, de forma coativa, o fiel cumprimento das determinações neles consubstanciadas. Permite que a Administração Pública realize a execução material dos atos administrativos ou de dispositivos legais, usando a força física se preciso for para desconstituir situação violadora da ordem jurídica (MAZZA, 2011, p. 182).

Cabe aqui fazer uma distinção entre a Autoexecutoriedade e a Exigibilidade. Esta se aplica uma punição ao particular, mas não desconstitui materialmente a irregularidade, representando uma coerção indireta. Enquanto aquela (Autoexecutoriedade), além de punir, desfaz concretamente a situação ilegal, constituindo mecanismo de coerção direta.

Por fim, chegamos ao conceito de tipicidade. Alguns autores acrescentam a tipicidade no rol dos atributos do ato administrativos. Já outros simplesmente não o entendem como um atributo é o caso do renomado Celso Antônio Bandeira de Mello. Desta forma, a tipicidade diz respeito à necessidade de respeitar-se a finalidade específica na lei para cada espécie de

ato administrativo. Dependendo da finalidade que a Administração pretende alcançar, existe um ato definido em lei.

2.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.

Dando seguimento a este estudo do Ato Administrativo chegamos aos seus elementos. Estes aos quais se não existissem não haveria ato algum, administrativo ou não, ou seja, inexistiria o próprio ser que designa pelo nome de ato jurídico. (MELLO,2010, p. 393).

Os elementos essenciais à formação do ato administrativo constituem a sua infraestrutura, daí serem reconhecidos como requisitos de validade. Com relação aos elementos, apesar das divergências doutrinárias quanto à sua indicação e à terminologia, a maioria dos autores adotam cinco conceitos básicos constitutivos do ato administrativo.

A Lei nº 4.717, de 29-6-65 (Lei da ação popular), consagra em seu artigo 2º, os cinco elementos acima mencionados, quais sejam: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

A competência (ou sujeito) é o primeiro requisito de validade do ato administrativo, tratando-se de um requisito vinculado². Esta se refere ao poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho de suas funções. Para que o ato seja válido, inicialmente é preciso verificar se foi praticado pelo agente competente, segundo a legislação, para a prática da conduta.

Em seguida temos o objeto (ou conteúdo) que é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 393) o objeto é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. Trata-se de um requisito discricionário.

A forma trata-se de um requisito vinculado a termos da lei, envolvendo o modo de exteriorização e os procedimentos prévios exigidos na expedição do ato administrativo (MAZZA, p. 195). Para que o ato produza efeitos no mundo jurídico, é preciso que exista a exteriorização de sua vontade. Representa, desta forma, a própria formação do ato e é fundamental para completar o seu ciclo de existência.

² A vinculação a discricionariedade será tratada mais adiante no nosso estudo.

O motivo, por sua vez, representa as razões que justificam a edição do ato. É a situação de direito e de fato que determina a conduta do agente quando da prática do ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. O pressuposto de fato corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

Cabe uma diferenciação entre motivo e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. Assim, a motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato; Já o motivo, é a situação de fato e de direito que autoriza e determina o agir da Administração Pública.

Por fim temos a finalidade. Esta se refere ao resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Todavia, o ato administrativo, além da finalidade geral que é o interesse coletivo, deve também observar a finalidade específica, prevista pela lei, tendo em vista que para cada propósito que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei, caracterizando-se a sua tipicidade.

2.3 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO.

Em razão da supremacia que a Administração Pública possui sobre o particular, lhe é concedido poderes para assegurar o desempenho de suas funções Estatais e sem os quais não conseguiria atingir os seus fins. Mas esses poderes, no Estado de Direito, que tem por base o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades as quais as autoridades poderiam ser levadas.

Isto significa dizer que tudo relacionado à Administração Pública, como seus atos, poderes e qualquer atitude que gere algum efeito, jurídico ou não, deve ser regrado pelo sistema jurídico vigente, não podendo a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade.

Considerando esse regramento legal que pode atingir diversos aspectos de uma atividade determinada, de uma conduta praticada pelo agente, é possível dividir os atos administrativos de acordo com o maior ou menor grau de liberdade concedido pela lei e, assim, existem atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários.

Os atos vinculados ou regrados são aqueles em que a Administração age nos estritos limites da lei, simplesmente porque a lei não deixou opções. Ela estabelece os requisitos para a prática do ato, sem dar ao administrador liberdade de optar por outra forma de agir.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p.393), atos vinculados são “os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos”. Logo, nesse caso, o administrador não interfere com nenhuma apreciação subjetiva.

Os atos discricionários, por sua vez, são aqueles em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto, ou seja, há margem de liberdade para que ele possa atuar com base em um juízo de conveniência e oportunidade, porém, sempre dentro dos limites da lei.

Esta escolha, que se baseia na subjetividade de quem pratica o ato, deve pautar-se no bom senso do homem comum e estar dentro dos parâmetros principiológicos que regem todo o sistema jurídico, principalmente aqueles que se aplicam diretamente ao direito administrativo.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 962) discricionariedade é:

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

Assim, se o agente público, que age em nome da Administração Pública, extrapola essa margem de liberdade que o ato administrativo discricionário possui, ou age em desacordo com o interesse coletivo, é perfeitamente possível ao Poder Judiciário apreciar a atuação administrativa e determinar as medidas necessárias para sanar as irregularidades.

Ainda sobre essa especificidade do controle do judiciário sobre a administração pública, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 979) diz que:

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionário.

Desta forma, a discricionariedade não pode ser pretexto para o desvio de poder ou qualquer outra forma de uso indevido da coisa pública. Ela é, isto sim, uma técnica que permite a melhor gestão dos interesses públicos, fazendo-se absolutamente necessária em diversos casos.

E assim, após explicações a respeito do ato administrativo, da forma como se constitui e quais são suas características, adentraremos no tema a que objetiva este artigo: O controle do poder judiciário nas questões de mérito dos atos da administração pública, procurando analisar se de fato existe este controle ou se o que o judiciário realiza é apenas a avaliação do ato.

3. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO.

Existem diversos tipos e formas de controlar os atos da administração pública. Estes variam conforme o Poder, órgão ou autoridade que o exercitará, ou também pela sua fundamentação, modo e momento de efetivação.

De modo geral, abordaremos duas formas de controlar o ato administrativo: O controle interno e o externo. Sobre este último, para o nosso estudo, especificaremos como controle externo o controle judiciário sobre os atos da administração pública, que será aprofundado em um ponto específico.

Já o controle interno é aquele que é exercido pela entidade ou órgão que é o responsável pela atividade controlada, no âmbito de sua própria estrutura. Assim, a Administração Pública, no exercício cotidiano de suas funções, está autorizada a anular ou revogar seus próprios atos, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, quando estes são contrários à lei ou aos interesses públicos.

Este autocontrole que a Administração Pública exerce está intimamente ligado ao princípio de autotutela administrativa. Para Odete Medauar (2008, p.130), este princípio nos mostra que:

A Administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos ao interesse público. Se a Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, poderá anulá-los por si própria; se concluir no sentido da inoportunidade e inconveniência, poderá revogá-los.

Do exposto, percebe-se a necessidade de mecanismos que garantam o respeito da Administração aos direitos dos particulares – mecanismos de controle da atuação do Estado,

portanto. Do contrário, mais frequentes do que já são, seriam os desmandos dos entes públicos ou daqueles que lhes façam às vezes.

3.1 CONTROLE EXTERNO JURISDICIONAL.

Dentre as formas de controle da Administração Pública, sobressai o controle externo exercido pelo judiciário. Isto porque é o mais efetivo, podendo qualquer cidadão ou outros órgãos legitimados para a tutela coletiva ingressar em Juízo sempre que direitos subjetivos ou direitos coletivos *lato sensu* forem violados.

Graças a adoção do sistema da jurisdição una, fundamentado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, no direito brasileiro, o Poder Judiciário deverá apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, mesmo que o autor da lesão seja o poder público.

Assim, havendo a constatação de alguma irregularidade praticada pelo Poder Público ou por quem atue em seu nome, o judiciário deverá realizar a anulação do ato, nunca a sua revogação, e terá efeitos retroativos, desfazendo as relações resultantes do ato. Dessa forma, na quase totalidade dos casos, só é possível buscar a cessação de irregularidades e a reparação dos danos sofridos com o recurso ao Judiciário.

3.1.1 CONTROLE DOS ATOS VINCULADOS PELO JUDICIÁRIO.

Aqui cabe um pequeno comentário a respeito do Ato Vinculado. Para estes tipos de atos em que não possuem margem de escolha, devem-se seguir fielmente o que a lei ordenar. Caso venham a desobedecer a algum dos elementos, isto é, a competência, o objeto, o motivo, a forma e a finalidade, deveram ser anulados pelo judiciário.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 224) nos diz a respeito do controle jurisdicional que:

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Desta forma, nada há de se debater sobre o controle jurisdicional sobre os atos vinculados da administração pública. Sendo certo que agindo de forma diversa de como a lei ordena estaria infringindo-a e o Poder Judiciário viria à baila para anular o ato ilegal.

3.1.2.1 POSICIONAMENTO CONTRÁRIO AO CONTROLE JUDICIÁRIO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS.

E aqui chegamos ao ponto específico a que se dedica este trabalho. Em saber se o controle que o judiciário exerce sobre os atos da administração pública poderá abranger os atos discricionários que se utilizam da conveniência e oportunidade para se efetivar.

Com relação aos atos discricionários, diversas são as opiniões da possibilidade do controle jurisdicional. Existem doutrinadores que entendem que ao ocorrer o controle do judiciário sobre as questões do ato da administração pública ocorreria uma ingerência abusiva de um poder sobre as atribuições do outro. Alegam que compete ao Executivo – e aos demais poderes, quando no exercício de função administrativa – exercer atividade administrativa, na qual se inclui a possibilidade da prática de atos discricionários.

Era categórica a ideia de que nenhum ato que envolvesse a escolha de conveniência e oportunidade, ou seja, o mérito, pelo agente público pudesse passar pelo crivo do judiciário. O entendimento era que aquela função era somente do administrador e cabia a ele, e somente a ele, decidir qual a melhor forma de agir. Até porque se ele foi escolhido pelos cidadãos do seu Estado, ele possuiria capacidade suficiente de atender com maestria o interesse público.

O grande marco da história no Brasil que se pode verificar com clareza essa ideia de que o judiciário não poderia revisar o mérito dos atos do poder executivo foi na ditadura. Nos anos de 1964 até 1985, a atuação do Poder Executivo limitava a área de competência do legislativo e em especial a do Judiciário. Por essa razão, a atuação jurisdicional passou a ser submissa aos militares e aos Atos Institucionais, deixando marcas de afronta violação de direitos muito acentuados.

Clássicos doutrinadores à época, a exemplo de José Cretella Junior (1995, p. 266.), eram taxativos no sentido de afirmar que a apreciação do mérito administrativo caberia apenas ao administrador, sob presunção de legitimidade da “melhor escolha”:

Aspecto algum do mérito admite revisão pelo Judiciário. Ao contrário, repele-a. o Judiciário tem campo próprio para locomover-se, não invadindo terreno privativo da Administração. Se alguma fração de mérito, por menor que fosse, se entrelaçasse, confundindo-se com a legalidade, estas duas entidades perderiam sua razão de ser, ou a noção de legalidade, nos setores comuns, sobrepujaria a noção de mérito. [...]

Surpreende, por isso, que credenciado julgador tenha, embora dando ao mérito sentido exato, afirmado: “Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada”. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a

apreciar o ato administrativo do ângulo da legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça.

Felizmente, ao longo do tempo e com o advento da Constituição de 1988 que trouxe uma visão pós-positivista que se consolidou de forma mútua ao Estado Democrático de Direito, além de grande prevalência dos valores e princípios, num contexto em que o Direito e Justiça andam juntas, as ideias dos pensadores clássicos já não possuem mais forças na atualidade.

Desta forma, o agente público é livre apenas para alcançar a tutela efetiva do direito fundamental à boa administração, buscando o bem comum daqueles a quem administra, e não agindo da forma que melhor entender.

3.1.2.2 POSICIONAMENTO FAVORÁVEL AO CONTROLE JUDICIÁRIO.

Com o advento da Constituição de 1988, que trouxe a concepção de novos valores juntamente com a prevalência dos princípios, surgiu a possibilidade do controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. É o que se extrai do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no Art. 5º, XXXV, da Constituição Cidadã segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, conceito que já se tornou irrefutável. Isso quer dizer que decisão alguma, em âmbito administrativo, será afastada do controle jurisdicional.

Não há nenhuma dúvida de que o Judiciário tem o poder-dever de apreciar o juízo de conveniência e oportunidade do ato administrativo frente aos princípios constitucionais. Ao apreciar o chamado mérito administrativo não estará, de forma alguma, substituindo o administrador público e, conseqüentemente, afrontando o princípio da separação dos poderes.

Dessa forma, por ser o judiciário o guardião da constituição, o controle jurisdicional do ato administrativo é amplo, seja ele vinculado ou discricionário, ultrapassando as fronteiras da legalidade e, adentrando na decisão administrativa, deve analisar, sim, se a tomada de decisão da Administração seguiu os critérios de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, princípios expressos no Art. 37, caput, da CRFB. Se assim não for, deve, de ofício, ordenar a anulação do ato.

O problema surge quando o judiciário, verificando se a Administração ultrapassou esses limites da legalidade, procura identificar onde é o fim da discricionariedade e o começo da irregularidade. Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 927) faz referência a conceitos

flúidos, onde existe a incerteza da conceituação da palavra utilizada pela norma. O mesmo autor fala de conceitos “vagos”, “imprecisos”, “elásticos”, “indeterminados” que a própria lei se utiliza para remeter a determinadas situações.

E continua o festejado autor, o mesmo questiona que caso a norma estabeleça atendimento médico gratuito às pessoas “pobres” em dado hospital, é pressuposto do direito ao atendimento o estado de pobreza. Mas qual seria a aceção precisa, rigorosa, indisputável, de pobreza?

É certo que a conceituação de pobreza varia de autor para autor. Sendo alguns apenas menos abastados do que outros e mesmo assim não seriam consideradas pobres, já outros se incluíam facilmente no conceito. Tornando-se o tema de difícil conceituação e, ainda que houvesse critérios que pudessem delimitar tal conceituação quem poderia definir tais conceitos, sendo certo que mais de um possa ser indicado?

É certo que se este critério não for traduzível em uma expressão numérica, quantificada, objetiva até seu último extremo, reabre-se o círculo vicioso com o retorno de conceitos práticos, sempre duvidosos.

Bandeira de Mello citando Hart (2010, p. 969), no intuito de firmar a incerteza de dados conceitos e palavras que os rotulam, cita como exemplo a pergunta de quantos fios de cabelo é preciso que alguém tenha ou não tenha para qualificar-se como “calvo”?

Demonstrando mais uma vez que a definição de certas palavras se torna de difícil conceituação, sendo preciso a realização de um juízo de valor para conceitua-las, o que pode facilmente ser prejudicial a quem recebe os efeitos originados do ato administrativo, na medida de que o agente da administração pública, ao realiza-lo, se utiliza da sua subjetividade.

Desta forma, vários seriam os critérios para a conveniência e a oportunidade da utilização do ato administrativo, tornando-se os motivos da escolha pelo agente, imprecisos e indeterminados, necessitando do controle do judiciário quando o particular ou quem seja afetado pelo ato se veja lesado.

4. RESTRIÇÕES Á DISCRICIONARIEDADE.

A norma ao permitir a “liberdade” de escolha do agente público para a utilização de determinado ato administrativo sobre diversas situações, atua com o intuito de que o agente público escolha a melhor forma possível na busca da satisfação do interesse público, de forma que essa escolha seja realizada dentro de parâmetros permitidos da própria lei.

Assim, a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade, por expressa disposição constitucional, constante no caput do art. 37, da CRFB, ao qual pode ser entendida segundo uma concepção ampla, abarcando no seu sentido não apenas as normas jurídicas, normas-princípios, mas também princípios implícitos, informadores do sistema jurídico brasileiro.

A legalidade é o princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio e o agente público tem por obrigação pautar suas atividades nos estritos termos dispostos no direito. Desse modo, mesmo quando se diz estar diante de uma competência discricionária do administrador público, este, em última análise, irá atuar em consonância com a lei, vez que, apesar desta lhe conferir certa liberdade de escolha, o faz estipulando certos limites previamente delineados no ordenamento jurídico.

Caso essa limitação venha a ser ultrapassada por parte do agente administrativo o ato por ele praticado poderá ser considerado ilegal, e sua prática será tomada como abuso de poder. Hely Lopes Meirelles (2005, p. 89), em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, define:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.”

E continua:

“A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso, fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.

Desta forma, o administrador, ao atuar administrativamente, deve agir sempre dentro dessas “barreiras” impostas pela própria lei, que delimitam até onde se deve ir sem sair da seara da legalidade.

Essa limitação imposta é perfeitamente compreensível para termos que possuem conceituações expressas, que para qualquer homem comum se torna aceitável o seu significado. Contudo, voltamos ao ponto inicial do problema que este artigo se propõe a responder: E em relação a termos vagos, imprecisos, qual seria o limite que o administrador poderia alcançar sem ultrapassar essas “barreiras” impostas pela lei? Passamos a outros pontos que nos darão uma melhor resposta a respeito do tema.

4.1 PRINCÍPIOS COMO MEIO DE PARÂMETROS

Os princípios passaram a ter observância obrigatória diante do panorama jurídico atual, o Direito passa a ser entendido como o conjunto de regras e princípios, com base nos quais se devem dar as atividades administrativas. Na lição de Juarez Freitas (1997, p. 142), o sistema jurídico deve ser compreendido:

(...) como uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição.

Neste sentido, os atos discricionários executados por essas atividades passaram a dever obediência aos princípios (implícitos e explícitos) orientadores do sistema positivo e não apenas às regras jurídicas. Nesses termos, permite-se uma maior apreciação dos elementos do ato discricionário, a partir de uma noção principiológica.

Desse modo começa a se vislumbrar a solução dos problemas propostos pelo artigo. Ao pautar-se a atuação dos atos dos agentes públicos ao um controle não somente legal, que de diversas maneiras deixam brechas com palavras “vagas” ou “imprecisas” que dão origem a vários entendimentos, a atuação daqueles restringem-se a limites axiológicos regulados pelo senso comum e que sempre busca o interesse da coletividade em detrimento do interesse particular.

Portanto, a importância atual dos princípios para a ordem jurídica brasileira, as concepções trazidas a respeito das irregularidades nos atos do gestor, bem como a utilização de palavras com conceitos indeterminados para designar a atuação através dos atos

administrativos, convergem para a necessidade de um maior controle por parte do Judiciário sobre os atos administrativos discricionários.

Como consequência prática direta de uma maior apreciação desses atos pelo magistrado, se tem o exame do mérito administrativo de forma abrangente, que não se limita apenas a apreciar o ato quando ultrapassa as “barreiras” da legalidade, mas também, mesmo quando dentro desses limites o ato não se direcione a atender ao interesse da coletividade ao qual qualquer ato se presta a satisfazer.

O que se percebe é que mesmo o gestor público atuando na sua discricionariedade de escolher qual o melhor momento e qual ato se utilizar, ele opta pelo ato que, mesmo indiretamente, sirva para promoção pessoal, desviando-se da finalidade de atender ao interesse público.

Um exemplo concreto para que possamos entender melhor essa problemática é quando em uma determinada cidade interiorana, carente de diversos recursos e estabelecimentos como hospitais, escolas, creches, área de lazer, entre tantos outros, decide-se construir uma praça pública em detrimento de um hospital ou escola, medidas estas mais urgentes do que aquela.

Mesmo dentro da legalidade e do poder discricionário que o gestor público possui, é do senso comum que um hospital ou uma escola é mais necessário para aquela sociedade do que uma praça pública.

Outro exemplo mais específico é quando nesta mesma cidade, passando por um surto de alguma doença grave, como exemplo da cólera, e o hospital da cidade necessitando de remédios para atender seus cidadãos, o gestor decide pela compra de ambulâncias em detrimento de remédios que socorram quem deles precisam. Tanto a ambulância como os remédios são necessários para aquela cidade, ambos estão dentro da legalidade e do senso comum. Mas na situação que se encontra a cidade qual seria mais urgente: os remédios ou as ambulâncias?

O que se nota é que muitos dos atos dos gestores se pautam em sua promoção pessoal. Em atos que quando concretizados, no caso da compra das ambulâncias, dará uma repercussão muito maior para ele do que a compra de medicamentos que, de certa forma, se manterão escondidos dentro das paredes do hospital.

Deve-se advertir, todavia, que a posição assumida por este estudo não é que se possa analisar o mérito administrativo do agente público, substituindo-o pelo do magistrado, mas de que há a possibilidade de o Judiciário realizar, à luz da legalidade, dos princípios e do atendimento prioritário do interesse público inspiradores da função administrativa, um redirecionamento da vontade do gestor quando este age de forma que não atenda o interesse público.

Com isso, quer-se dizer que, diante da nova conjuntura do sistema positivo brasileiro, no qual os princípios passaram a assumir grande importância, o controle jurisdicional sobre os atos discricionários recebeu conotação ampla. Assim sendo, poderá o Judiciário apreciar de uma melhor forma o mérito administrativo, no que se refere à sua adequação com o sistema normativo brasileiro.

4.1.1 OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Por fim, no que tange aos princípios regentes da função administrativa, cumpre explicitar a respeito dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que possuem similitudes e, no dizer de José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 28), “é objetivo de ambos a outorga ao Judiciário do poder de exercer controle sobre os atos dos demais Poderes”. Esses princípios estão expressamente previstos na Lei de Processo Administrativo Federal e implicitamente nas normas constitucionais.

O agente público tem por dever alcançar as finalidades públicas e, para tanto, deve proceder de forma razoável, optando pela melhor escolha entre as possíveis para o atendimento do interesse público. Tão importante é a importância desse princípio que a Emenda Constitucional 45/04 acrescentou entre os direitos e garantias fundamentais o direito à duração razoável do processo, no art. 5º, LXXVIII. Esse artigo enuncia, que: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

A razão de ser do princípio da proporcionalidade é conter o excesso de poder, ou seja, o administrador público tem por obrigação cumprir as finalidades legais a que está adstrito e deve utilizar, para tanto, dos meios adequados e suficientes, de tal forma que proporcione mais vantagens.

Carvalho Filho (2005, p.28) diz:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado.

Destarte, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade proporcionam um maior controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, na medida em que permitem verificar a pertinência do ato. Esse também é o entendimento professado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 390), ao discorrer que:

A proporcionalidade não é senão uma faceta da razoabilidade, pois através do exame da proporcionalidade o que se quer verificar é se a providência tomada (conteúdo do ato) perante certo evento (motivo) manteve-se nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou mais extensa do que o necessário. Ora, um ato que exceder ao necessário para bem satisfazer o escopo legal não é razoável.

Os excessos cometidos pelos agentes públicos e a adoção de medidas fora dos padrões normais de aceitabilidade diante do caso concreto, quando no uso de suas atribuições próprias, devem ser corrigidos, afinal representam ilicitude, situando-se no campo da ilegalidade.

E finalmente encontramos parâmetros para entender os limites que o administrador deve atuar ao realizar o ato administrativo. A Administração Pública deve-se pautar dentro de padrões normais de aceitabilidade, com isso, quer-se dizer que, uma vez deferida por lei a possibilidade de escolha ao administrador público para atuar de acordo com juízo de oportunidade e conveniência, ele deve operar segundo o sentido possível a ser adotado diante da norma jurídica, conforme padrões de normalidade aceitáveis pelo homem comum. No caso de atuação fora dos modelos passíveis de aceitação, haverá vício, devendo o ato administrativo ser retirado do mundo fático.

Desta forma, mesmo com as constantes mudanças de conceitos de valores que a sociedade passa alguns padrões se mantem aceitáveis por todos. E é essa noção que se espera do administrador, que foi colocado no poder pelos cidadãos que o elegeram, de entender que mesmo existindo duas ou mais possibilidades de atuação que ele escolha a que melhor favoreça o interesse público. Que ele atue não seguindo os seus ideais ou seus sentimentos, mas sim, colocando-se no lugar de quem será afetado pela sua escolha e sinta que ficaria satisfeito com tal atitude, caso fosse realizada por outro no seu lugar.

5. POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

Em recente decisão do STJ, de 09 de fevereiro de 2010, em que teve como relator o Min. Napoleão Nunes Maia Filho, em matéria administrativo disciplinar, pode-se verificar que a jurisprudência tende a se curvar no sentido de que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando apenas aos aspectos legais, formais, como se observa no trecho da ementa, transcrito abaixo³:

Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao Regime Jurídico Disciplinar de Servidor Público e mesmo a qualquer relação jurídica de Direito Sancionador, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. (grifo nosso).
Precedente. [...]

Recurso provido para anular a Portaria 135/06 - CONAE-2, da Assessora Técnica da Divisão de Recursos Humanos da Coordenadoria dos Núcleos de Ação Educativa da Secretaria de Educação do Município de São Paulo, de 20.04.2006, que demitiu a impetrante do cargo de Professora Adjunto do Ensino Fundamental I, promovendo-se sua imediata reintegração, com o pagamento dos vencimentos e cômputo de tempo para todos os efeitos legais.

Verifica-se pela jurisprudência acima a grande predominância dos princípios como meios de controle do ato. Saiu-se daquela ideia que os doutrinadores clássicos possuíam que os atos quando eivados de vícios só podiam ser controlados quando violassem normas legais. O que se constata na doutrina e também na jurisprudência é a vinculação dos magistrados aos princípios norteadores nos seus julgados, prezando sempre pelo interesse público.

Dando continuidade à análise jurisprudencial sobre a temática que este estudo se propôs a fazer sobre a análise do mérito, destaca-se o excerto da decisão monocrática do Ministro Celso de Mello no julgamento da ADPF 45-9 abaixo transcrita:

[...]

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração - de implantação sempre onerosa -, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos

³ BRASIL. STJ. RMS 24584 - SP. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em: 09 fev 2010, publicado no D.Je em: 08 mar 2010. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=919033&sReg=200701667492&sData=20100308&formato=PDF >.

componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.(Grifo nossos)

É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, ai, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. (Grifo nossos). (ADPF 45/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo nº 345, 2004, vide também o RE 436996/SP).

Depreende-se da leitura do excerto acima do Ministro Celso de Mello que o Judiciário estaria autorizado a intervir em políticas públicas, caso a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo se desse de maneira inconstitucional, ferindo os direitos fundamentais e havendo assim um controle amplo dos atos administrativos.

Por fim, dando continuidade análise jurisprudencial que corroboram para a apreciação ampla dos atos administrativos, observa-se no trecho da ementa do acórdão em que foi relator o Min. Jorge Scartezzini, a contemporânea tendência de que o ato administrativo para que seja válido deve observar, dentre outros princípios, o da impessoalidade e da publicidade, pois, mesmo se tratando de um ato discricionário, se não observados estes princípios, o ato poderá gerar uma arbitrariedade, sendo passível de controle jurisdicional⁴:

O ato administrativo, para que seja válido, deve observar, entre outros, o princípio da impessoalidade, licitude e publicidade. Estes três pilares do Direito Administrativo fundem-se na chamada motivação dos atos administrativos, que é o conjunto das razões fáticas ou jurídicas determinantes da expedição do ato. Tratando-se, na espécie, de ato do tipo discricionário e não vinculado – posto que visa a examinar a vida pregressa e investigar socialmente o candidato à admissão em concurso público -, uma vez delimitada a existência e feita a valoração, não há como o administrador furtar-se a tais fatos. Não se discute, no caso sub judice, se o ato que prevê a análise da conduta pessoal e social do indivíduo, através da apuração de toda sua vida anterior, é legal ou não, porquanto, notoriamente sabemos que o é. [...]

⁴ BRASIL. STJ. RMS 11336 - PE. Relator: Min. Jorge Scartezzini. Julgamento em: 07 nov 2000, publicado no D.J em: 19 fev 2001. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=64996&nreg=199901051096&dt=20010219&formato=PDF>>.

Recurso conhecido e provido para, reformando o v. acórdão recorrido, conceder a ordem, assegurando ao impetrante-recorrente, em virtude de sua aprovação no Concurso para o Cargo de Juiz Substituto do Estado de Pernambuco, sua nomeação neste, obedecida sua classificação no certame.

Ante o exposto, o que se percebe é a tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração que se acentua a cada vez mais a partir da Constituição Federal de 1988. A Carta Magna está impregnada de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. E é esse espírito que o Magistrado vem absorvendo ao longo do tempo, vislumbrando-se na indicação de mais parâmetros da atuação, mesmo discricionária, da Administração, em especial do princípio da proporcionalidade e o princípio da razoabilidade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Ao longo da história do direito administrativo, desde a queda da Monarquia até a chegada do Estado de Direito que conhecemos atualmente, vários entendimentos doutrinários se formaram para que o ato administrativo pudesse ser realizado da forma como se apresenta, dentro da legalidade e buscando a finalidade do interesse público.

O Ato Administrativo como foi apresentado ao longo deste estudo, apresenta diversos elementos e características próprias que o diferencia dos demais atos da administração, um deles é a liberdade que o ato possui, podendo ser de forma vinculada e discricionária. A vinculação que possui todos os seus elementos pré-definidos em lei não é de tanta importância para nosso estudo, pois o gestor público ao exercê-lo deve se pautar totalmente no que a lei impõe. Diferentemente do ato discricionário que possui certa “liberdade” para a atuação do administrador público.

Desta forma, visando responder às perguntas propostas introdutoriamente percebeu-se que inicialmente a atuação do administrador público deve-se sempre se pautar dentro dos parâmetros que a própria lei impôs, ou seja, dentro da legalidade. A legalidade é o princípio basilar do ordenamento jurídico pátrio e o agente público tem por obrigação pautar suas atividades nos estritos termos dispostos no direito.

Nesse diapasão, mesmo quando se diz estar diante de uma competência discricionária do administrador público, este, em última análise, irá atuar em consonância com a lei, vez que, apesar desta lhe conferir certa liberdade de escolha, o faz estipulando certos limites

previamente delineados no ordenamento jurídico, arriscando incorrer em ilegalidade caso ultrapasse-os.

Os outros dois questionamentos propostos se referem a imprecisão e obscuridade dos termos da lei e o que agente administrativo deverá fazer em tais situações. A melhor forma encontrada para solucionar essa situação foi de que o gestor público deverá agir com bom senso, se baseando não somente na legalidade, mas também através dos princípios norteadores de todo o ordenamento jurídico.

Desta forma, o agente público, que está atuando em nome da Administração Pública, age não como se estivesse administrando o seu próprio bem, mas sim na gerência de bens e interesses de terceiros. O administrador não é dono da coisa pública, é tão somente encarregado de administra-la da melhor forma possível, como se dele fosse, em busca do interesse da coletividade, sendo as normas e princípios seus grandes orientadores.

As pessoas que são eleitas pela coletividade atuam no intuito de representar a vontade daqueles que os elegeram. Os agentes públicos, através do ato administrativo, regulam o convívio da população e se submetem também ao seu ordenamento, seguindo apenas seus comandos e estabelecendo os contornos de todo o desenrolar da atividade administrativa.

É certo que na elaboração de normas de condutas que não deixam margem de atuação para agir de outra forma, obriga o gestor público a seguir à risca os comandos normativos, que, por sua vez, irão conter a previsão da solução mais satisfatória aos reclamos da comunidade, pois as leis sempre buscam atingir o interesse público.

Por outro lado, por causa das grandes mudanças que a sociedade passa ao longo do tempo, devido a sua dinâmica dos fatos sociais, conceitos que antigamente eram taxativos, hoje não mais, sofrendo constantes modificações, e considerando a complexidade da realidade que o gestor público se depara, torna-se extremamente difícil o exercício anterior de elaboração das leis para cada fato que venha a surgir na sociedade, tornando-se comum, e mesmo necessária, a utilização da técnica da discricionariedade.

Quando se refere a competência discricionária, a lei atribui uma certa margem de liberdade para que o gestor atue de acordo com o caso concreto. Essa limitação de quem elabora a lei nada mais é que a própria limitação que o ser humano possui de não poder prever todos os tipos de fatos possíveis. E como forma de compensar essa limitação, atribui a quem

irá realizar o ato o poder de escolher o melhor modo de agir diante do caso concreto, e que muitas vezes, somente diante da situação fática, é que se saberá qual a melhor forma de agir.

Logo, o gestor agindo no interesse da coletividade e identificando qual a melhor maneira de agir, não poderá atuar de maneira diversa. Seria ilógico pensar diferente, pois nada autoriza o agente público a dispor da coisa pública ou dar a ela o destino que melhor lhe aprouver segundo sua vontade pessoal, donde se presume que, sendo possível vislumbrar a alternativa ótima a ser implantada, ela torna-se obrigatória ao administrador, mesmo porque teria sido necessariamente prevista no texto legal se o legislador dela tivesse conhecimento.

Portanto, conclui-se que o controle que o Poder judiciário realiza sobre a Administração Pública de uma forma ampla, não se restringe somente a aspectos legais, mas também aos princípios e ao bom senso que todo homem comum deve-se pautar. Ao controlar o ato viciado o juiz não estará substituindo ou adentrando na competência do executivo, estará tão somente realizando um redirecionamento da vontade do gestor que por algum motivo se desviou da finalidade do interesse público.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze the possibility of judicial controlling public official actions in the performance of discretionary acts, which are based on vague and imprecise terms. For that, an analysis of administrative acts has been made, emphasizing its elements and attributes and distinguishing them from other administrative and individual acts. Furthermore, ways of controlling administrative acts will be established and also what criteria they follow, emphasizing the controlling role of judicial power. Entering the object of this article, we will analyze favorable and unfavorable points to the judicial control of administrative action will be observed, as well as some imposed restrictions on the activities of public management through administrative acts and the use of principles as a guide to their conduct. Finally, a study of current jurisprudence will be made, since it is favorable to the control of administrative acts.

KEYWORDS: ADMINISTRATIVE ACTS; DISCRETION; JUDICIAL CONTROL; PRINCIPLES

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>

Acesso em: 12 jun 2014.

_____. **Lei nº 4717, de 29 de Junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm> Acesso em: 17 jun 2014.

_____. **STJ. RMS 24584 - SP**. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Julgamento em: 09 fev 2010, publicado no D.Je em: 08 mar 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sSeq=919033&sReg=200701667492&sData=20100308&formato=PDF>. Acesso em: 12 jun 2014.

_____. **STJ. RMS 11336 - PE**. Relator: Min. Jorge Scartezini. Julgamento em: 07 nov 2000, publicado no D.J em: 19 fev 2001. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/IMG?seq=64996&nreg=199901051096&dt=20010219&formato=PDF>>. Acesso em: 12 jun 2014...

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Atlas 2005

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25. ed. 2. reimpr. São Paulo: Atlas, 2011.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MARINELA DE SOUSA SANTOS, Fernanda, **Direito Administrativo**. 2^a ed. rev. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2006

MAFRA, Francisco. **História do Direito Administrativo: idéias para um debate.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VIII, n. 20, fev 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=918k>. Acesso em jun 2014.

MAZZA, Alexandre. Manual de direito administrativo. 1ª Edição. 2ª Tiragem. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

Miranda, Henrique Savonitti, **Curso de direito administrativo**, 3ª ed., rev., Brasília: Senado Federal, 2005.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. **As funções da administração pública.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9090>. Acesso em jun 2014.