



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM PRÁTICA JUDICIÁRIA**

JOSÉ CARLOS DE SANTANA

**O CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PODER
JUDICIÁRIO**

**CAMPINA GRANDE – PB
2014**

JOSÉ CARLOS DE SANTANA

O CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PODER
JUDICIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso,
monografia apresentada à pró-reitoria de
pós-graduação e pesquisa do curso de
pós-graduação em prática judiciária da
Universidade Estadual da Paraíba.
Orientador: Prof. Ms. Tércio de Sousa
Mota.

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.

S232c Santana, José Carlos de
O controle dos atos da administração pública pelo poder
judiciário [manuscrito] / José Carlos de Santana. - 2014.
34 p.

Digitado.

Monografia (Especialização em Prática Judiciária) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.

"Orientação: Prof. Me. Tércio de Sousa Mota, Departamento
de Direito Público".

1. Ato administrativo. 2. Administração Pública 3. Poder
Judiciário I. Título.

21. ed. CDD 351.712

JOSÉ CARLOS DE SANTANA

O CONTROLE DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELO PODER JUDICIÁRIO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para a obtenção do título de especialista em prática judiciária pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB.

Aprovada em 04 / 06 / 2014.



Prof. Me. Tércio de Sousa Mota / UEPB
Orientador



Prof. Dr. Félix Araújo Neto / UEPB
Examinador



Prof. Me. Daniel Esquerira de Lira / UEPB
Examinador

RESUMO

O Estado surgiu do desejo e da necessidade da sociedade em organizar-se politicamente. A figura estatal sempre teve como objetivo a consecução do bem comum, devendo ao mesmo tempo limitar a ação dos indivíduos e garantir a realização dos interesses públicos. A concepção de Estado sofreu uma série de avanços até que fosse identificada com a atual realidade, na qual a atuação estatal, além de estar subordinada à legalidade, deve submissão à legitimidade representada pelos interesses socialmente definidos e juridicamente determinados, fundamentos estes em que repousa o Estado de Direito. O objetivo geral da pesquisa é analisar o controle dos atos da administração pública pelo poder judiciário. Os objetivos específicos são: identificar os benefícios sociais trazidos pelo poder judiciário, no controle dos atos praticados pelos gestores públicos, bem como ainda analisar como seria o controle do judiciário nos órgãos Estatais. Em função do objeto a pesquisa será do tipo: bibliográficas, com revisão da literatura feita através de artigos, doutrinas e a jurisprudência, conforme seguem alguns doutrinadores analisados e jurisprudências já mencionadas. Do exposto, viu-se que a discricionariedade só poderá ser adotada nos casos em que não estiver presente a imperatividade da vinculação da norma jurídica, ou seja, quando a lei não dispuser expressamente o caminho a ser percorrido pelo Administrador. Em tais casos, o Administrador deve obedecer critérios objetivos de conveniência, oportunidade e justiça. Pode-se concluir, portanto, que a revisão pelo Judiciário é possível quando a discricionariedade ultrapassar os limites previstos na lei, não mais se admitindo a ausência de controle dos atos administrativos discricionários. Contudo, a *oportunidade* e a *conveniência* de um ato administrativo, quando existirem, continuarão não passíveis de revisão por outro Poder, senão pelo Executivo, sob pena de violação do pacto federativo. Apenas para lembrar, a abrangência do *mérito*, que antes era completamente inatacável, atualmente em muito tem sido reduzida e ganhando maior controle, que apenas foi possível com aprofundada dissecação anatômica de todos os elementos do ato administrativo.

Palavras-Chave: Controle. Administração Pública. Poder Judiciário.

ABSTRACT

The state arose from the desire and the need for society to organize themselves politically. The state figure always aimed at achieving the common good, while it must limit the actions of individuals and ensure the realization of public interests. The concept of the state suffered a series of advances until it was identified with the current reality, in which state action, in addition to being subject to legality, must submit to the legitimacy represented by socially defined and legally certain interests, which rests on these grounds the rule of law. The overall objective of the research is to analyze the control of the acts of public administration by the judiciary. The specific objectives are to identify the social benefits of the judiciary, in control of the acts committed by public officers and even analyze how serious the control of the judiciary in the State organs. Depending on the research object is of type: bibliography, with a literature review done through articles, doctrines and jurisprudence, as are some scholars and analyzed case law already mentioned. From the above, it was seen that discretion can only be adopted in cases where this is not the imperative of binding legal norm, ie, when the law does not expressly laid the path to be taken by the Administrator. In such cases, the Administrator must meet objective criteria of convenience, opportunity and justice. It can be concluded therefore that the review by the Judiciary is possible when the discretion beyond the limits provided for by law, no longer assuming the absence of control of discretionary administrative acts. However, the opportunity and the convenience of an administrative act, if they exist, remain not subject to review by another power, but by the Executive, under penalty of violation of the federal pact. Just to remind, the scope of merit, which was previously completely unassailable, now much reduced and has been gaining greater control, which was only possible with detailed anatomical dissection of all elements of the administrative act.

Keywords: Control. Public Administration. Judiciary.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	REFERENCIAL TEÓRICO	16
2.1	ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	16
2.2	VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO	16
2.3	TEORIAS DO DESVIO DE PODER E DOS MOTIVOS DETERMINANTES	22
2.4	VÍCIO DE LEGITIMIDADE E DESCONFORMIDADE COM A FINALIDADE LEGAL	24
2.5	VÍCIO DE PODER – VÍCIO DE FINALIDADE	25
2.6	APRECIAÇÃO DO MOTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO	29
2.7	APRECIAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	31
3	METODOLOGIA	33
4	CONCLUSÃO	34
	REFERÊNCIAS	35

1 INTRODUÇÃO

O Estado surgiu do desejo e da necessidade da sociedade em organizar-se politicamente. A figura estatal sempre teve como objetivo a consecução do bem comum, devendo ao mesmo tempo limitar a ação dos indivíduos e garantir a realização dos interesses públicos. A concepção de Estado sofreu uma série de avanços até que fosse identificada com a atual realidade, na qual a atuação estatal, além de estar subordinada à legalidade, deve submissão à legitimidade representada pelos interesses socialmente definidos e juridicamente determinados, fundamentos estes em que repousa o Estado de Direito.

Para coibir um possível abuso de poder instituiu-se a tripartição dos Poderes do Estado, quais sejam: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, outorgando para cada um deles funções típicas (essenciais) e também funções atípicas (excepcionais). Assim, cabe ao Poder Legislativo a função típica de legislar, e eventualmente as funções atípicas de administrar e de julgar, ao Executivo as funções típicas de administrar e excepcionalmente as demais, e por fim ao Judiciário a função essencial de julgar e de forma atípica as de legislar e administrar.

Atualmente, diante da hipertrofia do Poder Executivo e da atuação por vezes omissa do Poder Legislativo é imprescindível a ação do Poder Judiciário no que diz respeito ao controle dos atos administrativos. Diante disso, indaga-se até onde pode ir o Poder Judiciário? Responder à questão de se o controle por parte do Poder Judiciário estaria limitado aos atos vinculados ou se abrangeria também os atos discricionários o que é a intenção deste trabalho.

Entende-se que o alicerce da teoria da separação dos poderes reside no sistema de freios e contrapesos, por meio do qual um Poder limita e controla o outro. Dessa forma, o Poder Judiciário exerce o controle sobre os atos provenientes da Administração Pública. Primeiramente, é importante que se faça uma distinção entre o controle jurídico e o controle político.

Aragón (1995, p. 91-93), de forma brilhante, elucida que o controle jurídico tem um caráter objetivado, isto é, o parâmetro de controle é um conjunto normativo preexistente e não-disponível para o órgão que o exerce. Além disso, a valoração do objeto submetido ao controle está sujeito a razões jurídicas, tem um caráter necessário e é exercido por órgãos imparciais, independentes, dotados de conhecimento técnico especial para entender as questões de Direito. Diversamente, o

controle político é dotado de um caráter subjetivo, de modo que não existe cânone fixo e predeterminado de valoração, já que esta reside na livre apreciação realizada pelo órgão controlador, nesse caso, o parâmetro pode ser definido como de composição eventual e plenamente disponível. Aqui, o juízo de valoração do objeto repousa em razões políticas ou de oportunidade, e o controle já não é mais “necessário”, mas sim “voluntário”.

Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. Por isso, qualquer medida que tomada pelo Poder Administrativo em face de determinada situação individual será injurídica, se não houver preceito de lei que a autorize ou se exceder o âmbito de permissão da lei (FAGUNDES, 1984, p. 80-81). Os atos administrativos, para que sejam legítimos e operantes, devem ser praticados em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade).

Há ainda que se perseguido, nos termos do acréscimo trazido pela Emenda Constitucional n. 19/98, o princípio da eficiência: os atos administrativos devem primar pela celeridade, dentro do possível, e pelas escolhas ótimas. Faltando, contrariando ou desviando qualquer desses princípios, a Administração vicia o ato o qual poderá ser anulado pela Administração ou pelo Poder Judiciário (MEIRELLES, 1994, p. 606). Todavia, em certos casos, é reconhecida ao Poder Executivo maior liberdade de atuação. Ele age, então, de modo discricionário em relação à conveniência, à oportunidade e ao modo de agir.

Assim, quando não existir uma peremptória fixação de prazo para a aplicação da regra, resta ao Poder Executivo a faculdade de conciliar a execução com as conveniências de tempo e utilidade indicadas por circunstâncias que só a Administração pode auferir. Ou seja, para o bom andamento da Administração Pública, é indispensável que a ela seja permitido resolver, por mais de um modo, determinadas situações, segundo entenda, diante dos fatos concretos. Seja como for, mesmo na hipótese de competências discricionárias, permanecem limitações às atividades administrativas, como as referentes à forma, à competência, à finalidade, vinculando-a à legalidade (FAGUNDES, 1984, p. 83-84).

Mas é preciso notar que, à medida que os parlamentos criam textos legais com pouca densidade regulativa, usando conceitos abertos e vagos, ou que O controle dos

atos administrativos pelo Poder Judiciário Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 7-18, jan./jun. 20089 concedem amplos espaços de decisão para escolher os meios adequados para a solução de casos concretos, diminui a vinculação da atuação da Administração Pública. Nesses casos, o legislador transfere para a Administração uma parte de sua liberdade de conformação legislativa (KRELL, 2004, p. 25).

A idéia corrente de discricionariedade enfatiza a noção de poder. Ressalta a presunção de que o agente público, quando a lei lhe outorga o que se denomina discricionariedade, dispõe de um poder para fazer escolhas livres na suposição de que, entre as alternativas comportadas pela norma em abstrato, quaisquer delas são de indiferente aplicação no caso concreto. Com razão, Mello (2003, p. 15-16) sustenta que o que há, na verdade, é um dever discricionário, pois o poder discricionário tem de ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal.

No dizer de Meirelles (1994, p. 607), nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial porque, quanto à competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento. Ressalta o ilustre administrativista que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, motivo que leva o Judiciário a examinar o ato dito discricionário, primeiro para verificar se realmente pode ser definido como tal; segundo para apurar se a discricção não desbordou para o arbítrio.

Esse controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em virtude da atividade administrativa não-vinculada tem como fundamento o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional; o princípio da publicidade com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle (MORAES, 1999, p. 101).

Freitas (1995, p. 145) entende que se trata, na verdade, de discricionariedade vinculada, já que a discricionariedade, no Estado Democrático, é de algum modo vinculada aos princípios, sob pena de ser traduzido em arbitrariedade e de subtrair os limites indispensáveis à liberdade e à abertura como racionais características fundastes do sistema jurídico.

Na mesma linha, Maurer (2001, p. 50), sustenta que não existe um poder discricionário livre, mas um juridicamente vinculado. Se a autoridade não ob serva essas vinculações, ela atua antijuridicamente. Tais vícios no poder discricionário são, na verdade, vícios de direito; os tribunais estão obrigados a revisar a observância

das vinculações do poder discricionário e a revogar uma decisão de exercício de poder discricionário vicioso por causa da antijuridicidade. Nesse sentido, partilha-se do entendimento de Krell (2004, p. 46).

2 REFERENCIAL TEÓRICO

A seguir, tem-se a explanação do referencial teórico da pesquisa, em que serão abordadas considerações acerca: dos atributos do ato administrativo; da vinculação e discricionariedade do ato administrativo; das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes; do vício de legitimidade e desconformidade com a finalidade legal; do vício de poder e vício de finalidade; da apreciação do motivo pelo poder judiciário; e, por fim, da apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados.

2.1 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Atributos constituem prerrogativas que existem em face dos interesses que a Administração representa, são as qualidades que permitem diferenciar os atos administrativos dos outros atos jurídicos. Segundo Mello (2001, p. 372), “a Administração Pública, para cumprimento dos fins que lhe são legalmente assinalados, dispõe de meios jurídicos peculiares, perfeitamente diversos dos que presidem as relações entre particulares.”

Esses poderes (atributos) dados à Administração Pública justificam-se pelo fato da qualidade dos interesses que deve prover, ou seja, tais prerrogativas só existem porque o Poder Público tem que sempre satisfazer o bem da coletividade, isto é, o interesse público. Existem atributos que se referem às garantias dos administrados, como a atuação da Administração em prol do interesse público, o dever de obediência às formalidades legais, dentre outros; e, ainda, os atributos que dizem respeito somente à Administração, tais como a presunção de legitimidade, a imperatividade, a autoexecutoriedade, presunção de veracidade. Existem ainda alguns autores que relacionam a exigibilidade como atributo do ato administrativo.

2.2 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Nos atos vinculados, a norma criada pelo Legislador determina expressa e minuciosamente a conduta a ser realizada pelo Administrador. Quando a lei estabelece previamente a conduta da Administração sem lhe dar margem de atuação diversa, diz-se que a atividade administrativa é vinculada. Vinculação é, pois, a sujeição da atividade administrativa à prévia determinação legal de seu conteúdo e de sua extensão. Não há nada que dependa do juízo de valor do Administrador, não há oportunidade e conveniência em realizar ou não o ato administrativo.

Atos vinculados são aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato. (MELLO, 2001, p. 222).

Já nos atos discricionários a lei outorga ao Administrador certa margem de liberdade, permitindo-lhe decidir sobre qual o melhor caminho a ser seguido para a consecução do interesse coletivo, observada a disposição legal, sob pena de viciar o ato administrativo por ilegalidade. É um poder-dever que a Lei concede à Administração para a prática de atos administrativos, com certa margem de liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência, oportunidade e justiça. Justen Filho (2005, p. 154), lembra que “a discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto.”

É Muito questionável é a interferência do Poder Judiciário nos atos praticados pela Administração Pública (direta ou indireta) sob a alegação de que não é possível tal interferência quanto ao mérito do ato discricionário. Em razão disso, muitas decisões acolhem a tese de que a interferência do mérito do ato administrativo corresponderia a uma violação do princípio da separação dos poderes (CR, art. 2º). Mas, alguns esclarecimentos precisam ser feitos quanto à matéria.

Preambularmente, cabe destacar a possibilidade de o Poder Judiciário fazer o controle dos atos administrativos, ainda que considerados sob o manto da discricionariedade, pois, conforme lição de Meirelles (1999), poder discricionário não se confunde com poder arbitrário, eis que são atitudes totalmente diversas. “Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.”

Em outra passagem Meirelles (1999) esclarece que:

O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado por forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato discricionário para ser ato arbitrário – ilegal. (MEIRELLES, 1999, p. 86).

Dessa distinção entre discricionariedade e ilegalidade é que surge a possibilidade de o Poder Judiciário anular os atos administrativos que, embora decorrentes do poder discricionário são, na realidade, arbitrários e, conseqüentemente, ilegais.

Doutrina e jurisprudência são uníssonas em admitir a intervenção do Poder Judiciário em se tratando de atos administrativos discricionários. Com efeito, Gasparini (2012, p. 84) salienta que “a submissão dos comportamentos da Administração Pública ao controle jurisdicional é uma decorrência do Estado de Direito.”

Meirelles (1999), com a sabedoria que lhe é peculiar, afirma que:

Erro é considerar-se o ato discricionário imune á apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração. (MEIRELLES, 1999, p. 86).

Por outro lado, a jurisprudência reconhece que o reexame da decisão administrativa limitado aos aspectos da legalidade do ato administrativo não caracteriza ofensa ao princípio da separação de poderes.

Para finalizar, vale lembrar que a moderna supremacia do Estado de Direito e das Constituições escritas sobre todas as espécies de atos normativos impõe a necessidade de acesso total e irrestrito ao Poder Judiciário, cujas garantias constitucionalmente deferidas possibilitam maior independência e imparcialidade perante a Administração Pública, respeitando-se a razão do surgimento do Direito Administrativo, qual seja, a limitação do poder estatal, com pleno respeito aos direitos fundamentais.

Nos Estados democráticos, as autoridades públicas e os cidadãos estão submetidos ao direito, que deve ter uma origem legítima, não apenas uma legalidade objetiva. Todos os atos da administração devem ser controlados, divergindo os Estados na maneira e instrumentos adequados à sua efetivação.

Di Pietro (2001, p. 67), entende que é a “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e

conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito.” Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a 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. (MELLO, 2001, p. 48).

Note-se que a discricionariedade advém da própria norma jurídica, que indica a existência ou não dessa margem de liberdade no atuar da Administração. O poder-dever discricionário é outorgado pelo Legislador quando, dentre outras situações, é impossível se prever antecipadamente a melhor solução para cada situação concreta. Essa outorga implica na obrigatória observância dos motivos legítimos pelos quais o Legislador optou quando da elaboração da lei, devendo respeito, ainda, à moralidade pública e principalmente à finalidade específica de cada ato administrativo. Será permitida, portanto, a discricionariedade diante da impossibilidade de reconhecimento da melhor alternativa para atender a vontade da lei em um determinado momento, situação que não acontece nos atos vinculados.

Outro fator que permite a existência da discricionariedade relaciona-se aos conceitos indeterminados e genéricos utilizados para resolver as mais diversas situações, atingindo um fim legal, e pautando sua conduta de acordo com as finalidades públicas em geral, específicas para cada ato a ser praticado, sempre considerando que existe uma necessidade a tutelar.

A discricionariedade se justifica à medida que as normais legais buscam alcançar a conduta capaz de melhor atender ao interesse coletivo. Saliente-se que a discricionariedade não é absoluta, podendo incidir sobre alguns dos elementos constitutivos do ato administrativo, ao passo que os demais serão necessariamente vinculados.

A doutrina entende que os elementos *agente competente* (ou, por alguns autores, simplesmente *competência*) - e *forma* são de regra vinculados; ao passo que o *conteúdo* (para alguns autores, *objeto*), a *finalidade* e os *motivos* podem ser vinculados e/ou discricionários.

A discricionariedade é representada pelo chamado *mérito do ato administrativo* - que é a possibilidade de opção pelo Agente dentro dos ditames legais. A relevância acerca da distinção entre ato vinculado e ato discricionário reside na questão inerente às matérias que poderão ser levadas ao Judiciário, que

poderá julgar acerca da competência do agente, da forma, da finalidade e dos motivos do ato, mas não poderá analisar se o ato deveria ou não ter sido praticado, pois isto é a discricionariedade do ato, o mérito do ato administrativo.

Por mais discricionário que seja o ato, sempre haverá vinculação, eis que a *competência* será, a princípio, sempre definida em lei e a *finalidade* será sempre pública. Quanto aos *motivos*, tem-se que:

A seguir serão considerados alguns vícios no exercício do poder discricionário: o não uso do poder discricionário, caso a autoridade não faça uso do poder discricionário que lhe compete, caso esteja juridicamente vinculada, mas, na realidade, tenha um espaço de poder discricionário; o excesso do poder discricionário, quando a autoridade excede o quadro determinado legalmente do poder discricionário; o uso defeituoso do poder discricionário, quando a autoridade não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade do poder discricionário; a infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais, pois a autoridade deve observar geralmente os direitos fundamentais e os princípios administrativos gerais, no cumprimento de seu poder discricionário (MAURER, 2001, p. 51).

Essa margem de discricionariedade outorgada ao administrador ora enseja-lhe praticar ou não o ato diante daquela situação, 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 autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma. Nessas hipóteses, há discricionariedade porque há um juízo subjetivo do administrador no que se refere, de forma isolada ou cumulativa: à determinação ou ao reconhecimento da situação fática, a agir ou não agir, à escolha da ocasião para fazê-lo, à forma jurídica do ato, à eleição da medida idônea para satisfazer a finalidade legal.

Frisa, com propriedade, Mello (2003, p. 17), que, embora seja comum falar-se em ato discricionário, na verdade o que é discricionária é a competência do agente quanto a determinados aspectos. O ato será apenas o produto do exercício dela.

De qualquer modo, a Administração Pública estará submetida à ordem jurídica, em um tríptico sistema de controle: controle interno, controle legislativo e controle jurisdicional. O controle administrativo constitui um autocontrole dentro da Administração Pública, tendo por propósito corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo. Esse controle, no interesse da Administração, exerce-se ex officio, por meio do poder disciplinador de instruções, ordens. Já o

controle sob provocação é realizado a posteriori, dependendo de um interesse direto, pessoal e atual de quem provoca. Por seu turno, o controle legislativo ou externo compete ao Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas. É em larga medida político, destinando-se à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista geral da sua legalidade e da conveniência ao interesse público. Em nosso regime político, esse controle tem um alcance restrito, – na elaboração orçamentária, é exercido mais de perto sob o comando da Administração. A jurisdição, em sentido próprio, compete ao Poder Judiciário (BRASIL, 1984, p. 87-88).

Assim, todas as situações contenciosas em que estiver envolvida a Administração poderão ser examinadas pelo Poder Judiciário, cabendo aos juízes federais de primeira instância, ao Tribunal Regional Federal e ao Supremo Tribunal Federal julgar as causas declinadas na Constituição; e competindo aos juízes estaduais o julgamento das matérias restantes (FAGUNDES, 1984, p. 117-118).

No regime brasileiro, Fagundes aponta que há duas exceções ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário. A primeira diz respeito ao julgamento, pelo Senado Federal, nos termos do Artigo 52, I, da Constituição Federal, do Presidente e do Vice nos crimes de responsabilidade, e dos Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles.

A segunda diz respeito ao julgamento de regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuídos ao Poder Legislativo, de forma derradeira, nos termos do Artigo 71 da Constituição Federal (FAGUNDES, 1984, p. 118). Todavia, entende-se que não se trata de verdadeira exceção, já que é atividade “quase jurisdicional” – em todos os casos, a jurisdição é do Poder Judiciário, nos termos do Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Como já mencionado, o controle político tem caráter voluntário, e o jurisdicional caracteriza-se por ser necessário. Esse exercício necessário do controle jurisdicional significa que o órgão que o exerce não só há de conhecer, sempre que tenha jurisdição e competência, necessariamente do assunto para o qual é requerido, devendo emitir seu juízo sobre o assunto, como também há de ditar a sanção de invalidade, de modo necessário, quando tal juízo seja juridicamente negativo para o objeto controlado; quer dizer, quando estimado que tenha sido produzida uma contradição, insolúvel, por via interpretativa, entre dito objeto e o parâmetro de

controle.

Em termos de controle da constitucionalidade isso significa contradição entre a lei ou ato normativo e a Constituição (ARAGÓN, 1995, p. 139).

Todavia, quando no desempenho de suas funções essenciais, a Administração Pública deve estrita observância aos princípios gerais do Direito, bem como aos princípios informadores da função administrativa, sobretudo aqueles que estão descritos no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, pois a Administração Pública só pode atuar conforme os ditames legais. Assim, a Administração nunca pode agir *contra legem* (contra a lei) ou *praeter legem* (fora da lei), pois tais condutas são proibidas até mesmo nas relações privadas, e, sim, agir somente *secundum legem* (segundo a lei), sob pena de ferir o dispositivo constitucional referido, isto é, a Administração só pode fazer aquilo que a lei autoriza.

Entretanto, no desempenho de suas funções públicas, o administrador encontra situações em que a função administrativa não vem exaustivamente descrita na lei, conferindo assim certa “liberdade” para o exercício de sua competência funcional. Tal “liberdade”, que se traduz na competência discricionária da Administração Pública, permite à autoridade competente fazer alguma apreciação subjetiva para aplicar a melhor solução frente ao caso concreto para a satisfação da finalidade legal.

Em relação a contextualização da situação problema, tem-se que: Ao controlar os atos da administração pública, estaria o poder judiciário invadindo a esfera de competência dos outros poderes e violando o princípio da repartição dos poderes.

Assim, caso a Administração exceda tal competência, não restam dúvidas de que o Poder Judiciário deve rever e anular os atos administrativos eivados de vícios. A submissão ao controle jurisdicional do ato administrativo levou algum tempo para ser concebida, já que se usava o argumento de que o Poder Judiciário estaria invadindo a esfera de competência dos outros poderes e violando o princípio da repartição dos poderes. Mas, depois de vários estudos doutrinários e jurisprudenciais, firmou-se a importância da apreciação jurisdicional dos atos administrativos discricionários, o que evidencia a possibilidade de controle externo pelo Poder Judiciário, cabendo apreciação dos limites da discricionariedade administrativa.

O ato administrativo é a declaração unilateral do Estado dotada de autoexecutoriedade. Constitui-se de vários elementos, que, nos termos da Lei 4.717/65, que regula a ação popular, são: o *agente competente* (pessoa que pratica o ato, dotada de competência, sempre originária da expressa disposição legal), o *motivo*

(fatos pelos quais um ato é praticado e sua respectiva valoração jurídica, que deve ser existente, lícito e exato), o *conteúdo* ou *objeto* (prescrição ou mandamento do ato), a *forma* (maneira pela qual o ato se tornará público) e a *finalidade* (objetivo último do ato que, em regra, é o interesse público).

A presença de todos esses elementos é obrigatória para que o ato administrativo exista, seja perfeito, válido e produza efeitos jurídicos. Uma vez existente, goza de *pressupostos típicos*, quais sejam a *presunção de legitimidade*, a *imperatividade* e a *coercibilidade*.

Portanto, o objetivo geral da pesquisa é analisar o controle dos atos da administração pública pelo poder judiciário. Os objetivos específicos são: identificar os benefícios sociais trazidos pelo poder judiciário, no controle dos atos praticados pelos gestores públicos, bem como ainda analisar como seria o controle do judiciário nos órgãos Estatais.

O presente trabalho justifica-se, pela importância da atuação do judiciário no combate a corrupção praticadas nos órgãos públicos. Diante do exposto a escolha do tema justifica-se pela contribuição trazida pelo órgão judiciário, evitando que a sociedade em geral seja afetada pelos maus gestores, administradores que nas suas funções devia recursos públicos com a finalidade de promover-se, enriquecendo de forma ilícita. Daí o controle do judiciário para evitar distorções e desvio de finalidades.

Ao desempenhar as suas funções, a Administração Pública está sujeita ao controle interno, que consiste no controle do ato efetuado dentro do próprio órgão que o emanou, ou seja, no dever da Administração de fiscalizar seus próprios atos, impondo-lhe a invalidação ou revogação.

Já o controle externo, consiste naquele em que existe uma fiscalização da Administração direta sobre a indireta, bem como o controle desenvolvidos pelos Poderes Legislativos e Judiciários sobre a função administrativa. Nesse respectivo trabalho, interessa o controle externo exercido pelo Poder Judiciário, especificamente em relação aos atos administrativos discricionários. Outorga-se para a Administração Pública as funções típicas, quais sejam, executar as leis em consonância com o ordenamento jurídico e com a legitimidade.

Assim, afirma-se que o Estado, como organização politicamente organizada, está sempre voltado à consecução dos interesses públicos, mas nem todas as necessidades públicas legitimadas estão positivadas. E é nesse sentido que sempre que a Administração agir de forma ilegítima ou desobedecer a norma legal, acabará

ultrapassando os limites da discricionariedade e possibilita a coletividade contestar as suas ações.

No Brasil, diferente de outros países submetidos ao controle jurisdicional, através do contencioso administrativo, adota-se o sistema de jurisdição única, sendo que é somente ao Poder Judiciário que é outorgado o poder de solucionar as lides administrativas com força de coisa julgada, isto quer dizer que mesmo diante de decisão administrativa de última instância, incumbe ao Judiciário decidir a controvérsia quando provocado. Encontramos na obra de Di Pietro (2003) o mesmo entendimento:

O direito brasileiro adotou o sistema de jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada. (DI PIETRO, 2003, p. 616).

Dúvida não existe no tocante à apreciação da legalidade do ato administrativo pelo Judiciário, ou seja, em relação aos aspectos vinculados do ato é evidente o dever de proferir sentença para solucionar a controvérsia referente à existência ou não de afronta a disposição legal. A problemática reside na apreciação dos aspectos discricionários do ato.

No tocante à doutrina, veda-se a possibilidade do Poder Judiciário adentrar no mérito do ato, ou seja, é vedado ao juiz interferir na apreciação subjetiva desenvolvida pelo administrador e substituir a opção estabelecida, sob pena de agressão ao princípio da separação dos poderes. Acontece, que quando se fala na apreciação da discricionariedade administrativa não se está somente fazendo referência ao mérito e sim aos limites da discricionariedade. Quanto aos atos administrativos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de os meios outorgados aos administrados para contestar a atuação administrativa, quais sejam, mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública não serão objetos do presente trabalho.

Esse é um dos posicionamentos adotados pela doutrina, nas palavras de Di Pietro (2003, p. 616). Além de tais limitações acima impostas, cabe ainda à Administração Pública o dever de submeter-se à função administrativa, bem como aos princípios gerais do direito e aos princípios constitucionais norteadores de sua

atividade, princípios estes que foram expostos no primeiro capítulo deste trabalho. Tudo isso serve para coibir o arbítrio e o abuso de poder que porventura possa a Administração vir causar ao administrado.

Existem ainda, outros limites que serão expostos neste capítulo, relativos à existência e veracidade dos motivos e à causa do ato administrativo, visto que não são limites verificáveis no momento de elaboração do ato e sim apenas através da apreciação pelo Judiciário, daí resulta imprescindível a análise dos limites da discricionariedade pelo Poder Judiciário.

Os motivos do ato administrativo não são apenas condições de oportunidade ou conveniência. O entendimento do que toda matéria de fato é estranha ao exame da legalidade já perdeu, há muito, foros de atualidade. Ao Poder Judiciário ou à jurisdição administrativa, é lícito examinar os fatos como meio de diagnóstico dos requisitos legais do ato administrativo. É mister não confundir a ponderação dos motivos – que é sintoma típico da discricionariedade administrativa – com a sua existência material ou a sua correlação com a lei – que são aspectos de estrita legalidade. (TÁCITO, 1997, p. 301).

Há dúvida acerca de a *finalidade* admitir ou não hipótese de discricionariedade. Apesar de ser imperioso que a finalidade dos atos seja sempre o interesse público, e aí haveria vinculação, tem-se de levar em consideração que na finalidade da norma com frequência é dada ao Administrador a ponderação sobre referido interesse público.

A finalidade exerce, inclusive, papel limitador do poder discricionário, por estarem os atos administrativos vinculados a um fim público, uma finalidade específica expressa ou implícita em lei. Assim, o fato de a finalidade precisar ser, necessariamente o interesse público, também servirá como um forte instrumento na análise da legalidade dos atos administrativos.

Mas a discricionariedade possui limites além da vinculação legal, que são a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade, e a *motivação* do ato administrativo, ainda previstos no artigo 2º da Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo (BRASIL, 1999).

O princípio da *razoabilidade* proíbe o cometimento de excessos, por meio do equilíbrio entre os objetivos que se busca alcançar e os meios utilizados para tanto, evitando restrições desnecessárias e até abusivas aos particulares (MEIRELLES, 1999). É a aplicação do bom senso na esfera jurídica afastando formalismos excessivos da lei, destituídos de qualquer interesse público (BUCCI, 1996).

A *proporcionalidade* busca garantir que haja proporção entre os fatos

ocorridos e a regra jurídica aplicada. Ou seja, que a consequência jurídica de um dado acontecimento seja da intensidade que ele de fato demanda, não sendo nem mais amena, nem mais restritiva. Veda, portanto, que haja desproporção entre os meios utilizados para a obtenção de um fim; por exemplo, “não é lícito à Administração Pública valer-se de medidas restritivas ou formular exigências aos particulares além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada.” (FERRAZ, 2002, p. 64).

A *moralidade* pode ser administrativa e social, esta inspiradora daquela. A moralidade social é o conjunto de costumes e modos de proceder pautados na ética, na boa-fé e na lealdade, pelos quais devem balizar-se todas as ações do ser humano. O princípio da moralidade é de tal importância que a Constituição Federal, em seu artigo 37, caput, o tornou balizador do atuar da Administração Pública.

Figueiredo (2003, p. 56) transpõe a moralidade social para a moralidade administrativa, afirmando que “o princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os standards comportamentais que a sociedade deseja e espera.” A sociedade espera mesmo que o Administrador dê o exemplo e atue obedecendo a esses parâmetros, até mesmo porque a própria Constituição Federal impõe que assim o faça.

A moralidade administrativa é pressuposto de validade dos atos administrativos, tanto que sua não-observância implicará no não atendimento à finalidade do ato: o interesse público, e por consequência torná-lo-á nulo.

Não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração. [...] A moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima. (MEIRELLES, 1999, p. 86).

Já o *motivo* é o acontecimento da realidade que autoriza ou impõe a prática de um determinado ato administrativo. É o pressuposto de *fato* de um ato jurídico que, contudo, necessita também de um pressuposto de *direito*. Este, por sua vez, é um dispositivo legal no qual o ato administrativo é baseado, enquanto o pressuposto de fato é a circunstância que levou a Administração a praticar o ato. Assim, os motivos que justificam a existência de um ato administrativo são a soma de seus pressupostos de fato e de direito.

Quando o motivo já estiver previsto em lei, a atuação do Agente Público estará

obrigatoriamente a ele vinculada para a prática do ato, não havendo margem de discricionariedade; mas quando este motivo não tiver previsão legal, poderá ser escolhida a situação fática em função da qual o ato será realizado, sempre dentro dos limites legais estabelecidos previamente. Por isso é que se pode afirmar que nem sempre os atos administrativos possuem motivo legal, pois haverá casos em que o motivo concreto é fático, tendo como pressuposto legal apenas a hipótese em abstrato, cuja subsunção caberá ao Administrador. Esta subsunção é a discricionariedade da escolha do melhor caminho para o melhor resultado do ato administrativo.

Além dos limites legais, mesmo agindo discricionariamente, o Administrador deve observar sua competência discricionária, havendo ainda outro limite, que se encontra dentro do campo da *razoabilidade*. Assim, a atuação do Administrador deve ser pertinente ao conteúdo e à finalidade jurídica do ato, sob pena de incorrer em arbitrariedade e, conseqüentemente, em abuso de poder, que tornará todo o ato viciado, passível de anulação.

Mister, ainda, não confundir motivo do ato administrativo com sua *motivação*. Aquele é o conjunto dos pressupostos de fato e de direito do ato administrativo, enquanto este é a justificativa, por escrito, oriunda da autoridade que praticou o ato, na qual são explicadas as *razões* de fato e de direito que ensejaram sua prática. A ausência de qualquer um deles implica na nulidade do ato administrativo.

2.3 TEORIAS DO DESVIO DE PODER E DOS MOTIVOS DETERMINANTES

Há duas teorias que inibem o atuar arbitrário e limitam a discricionariedade, conferindo força ao Judiciário para controlar estes atos. São as teorias do desvio de poder e a dos motivos determinantes.

Quanto à primeira, o Administrador tem o dever-poder de atuar conforme a lei, até mesmo em se tratando dos atos discricionários, que são parcialmente vinculados. Caso o Administrador se afaste dos objetivos delineados pela norma posta, descaracteriza o ato, tornando-o inválido.

O foco desta teoria é de que, quando o poder-dever discricionário deixa de ser utilizado para a busca do interesse público, é porque está sendo utilizado abusivamente, ou seja, desviado de sua função original disposta em lei, arredio à finalidade a que foi criado. Nestes casos, o ato administrativo poderá ser revisto pelo Judiciário, pois será ilegal. Ainda, o artigo 2º da Lei 4.717/65 preconiza que:

São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: [...] e) desvio de finalidade. [...] e) o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência. (BRASIL, 1965, p. 1).

A teoria do *abuso de poder* tem íntima ligação com o elemento *finalidade* do ato administrativo, enquanto a teoria dos *motivos determinantes* preocupa-se mais com os próprios *motivos* que fundamentam a existência desse ato, determinando se ele é válido ou não. Pela teoria dos motivos determinantes, tem-se que os motivos alegados pelo Administrador para a prática de um ato administrativo ficam a ele atrelados de tal modo que a prática de um ato administrativo mediante a alegação de motivos falsos ou inexistentes determina a sua invalidade.

Uma vez utilizando-se como justificção para determinado ato administrativo um motivo a ele inerente, se tal motivo for considerado inexistente, o ato poderá ser invalidado. Uma vez viciado este motivo, que é um dos pressupostos de validade do ato administrativo, não se poderá alegar outro, pois o primeiro está umbilicalmente vinculado ao ato, em homenagem à teoria dos motivos determinantes.

Essa teoria se aplica a todos os atos administrativos, inclusive aos que aparentemente prescindam de motivo legal, casos em que a autoridade, por meio da motivação, expõe os fatos que a levaram à prática do ato. Ainda, caso seja considerado inexistente ou não se enquadre nas hipóteses jurídicas, será mesmo inválido.

É a presença da motivação que permitirá o controle da legalidade desse ato, no que tange a avaliação de existência e/ou veracidade dos pressupostos fáticos expostos pelo Administrador, cuja interpretação é essencial para a subsunção do fato à norma que, inclusive, aferirá transparência ao atuar da Administração Pública.

O próprio Superior Tribunal de Justiça entende que:

Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. [...] O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219). (BRASIL, 2004, p. 219).

A Ministra Eliana Calmon, com muita propriedade, ensina:

No passado, estava o Judiciário atrelado ao princípio da legalidade, expressão maior do Estado de direito, entendendo-se como tal a submissão de todos os poderes à lei. A visão exacerbada e literal do princípio

transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário. [...] Não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do Administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219). (BRASIL, 2004, p. 219).

2.4 VÍCIO DE LEGITIMIDADE E DESCONFORMIDADE COM A FINALIDADE LEGAL

Diz-se que existe discricionariedade quando a própria norma defere uma faculdade a Administração de atuar ou não, quanto ao momento de agir, ao prazo de vigência do ato, ou a adoção de uma ou outra medida juridicamente válidas. Já se sabe que qualquer posição adotada pelo administrador, quando da competência discricionária, deve estar adstrito à legalidade e à legitimidade, que sempre será o atendimento ao interesse público.

Assim, deve a autoridade competente praticar o ato que melhor se adapte ao caso concreto e atinja a necessidade pública prevista em lei, pois se não satisfizer aquilo que a norma pretende (o interesse público), tal ato será desconsiderado por ir de frente com a finalidade legal, tornando-se inválido. É nesse sentido que se pronuncia o Professor Mello (2003) em enfatizar que:

A Administração tem o dever funcional de adotar a medida exata, a medida ideal, caso seu conteúdo não prescreva tal comportamento ideal, incumbindo ao Judiciário proferir controle sobre o ato. Mesmo que não seja a decisão mais correta, deve ser a ideal para o administrador, argumentando que o legislador contenta-se com uma decisão objetivamente inútil, não sendo qualquer decisão, mas sim o melhor, segundo critérios da autoridade competente. (MELLO, 2003, p. 32).

Por outro lado, se diante do caso concreto, tiver a autoridade competente mais de uma solução possível de ser adotada, a discricionariedade administrativa ainda permanece, mesmo que de forma restrita. Assim, a autoridade competente concluirá pela melhor medida a ser adotada, e será vedado ao Judiciário apreciar a sua validade, sob pena de adentrar no mérito administrativo. Se a solução adotada não estiver dentre as possibilidades jurídicas válidas, ou sendo impróprio para o caso concreto e em desconformidade com a satisfação legal, necessária se faz a sua invalidação pelo Poder Judiciário.

Moreira Neto (1991, p. 51) esclarece que “a escolha do objeto envolve a conveniência do ato, de modo que o ato administrativo diz-se conveniente quando a escolha do seu conteúdo jurídico leva à produção de um resultado que, em tese, atende à finalidade para qual é praticado.”

Já para a identificação do conteúdo conveniente, tem-se que:

Necessário se faz saber que os princípios da realidade e da razoabilidade são os utilizados, pois o primeiro, diz respeito ao objeto, o qual deve ter possibilidade jurídica, ou seja, deve ser lícito e em consonância com o ordenamento jurídico, no sentido de ser hábil a atingir os resultados materiais. Quanto à razoabilidade, o conteúdo deve sempre almejar a finalidade, isto é, deve sempre ir em busca do interesse público, pois se houver desconformidade entre o que o ato enuncia e a finalidade legal (busca do interesse público), estará caracterizado o vício de legitimidade e a possível apreciação pelo Poder Judiciário. (MELLO, 2003, p. 95).

Em suma, pode-se dizer que quando a discricionariedade estiver localizada no comando da norma, haverá três possibilidades de controle externo pelo Poder Judiciário, a saber: a) a primeira se dá quando a discricionariedade prevista na norma em abstrato comporta apenas uma solução válida a ser adotada pela autoridade administrativa no caso concreto. Caso o conteúdo não tenha prescrito tal solução, o ato deve ser invalidado pelo órgão jurisdicional; b) outra hipótese é aquela que diz que a discricionariedade administrativa permanecerá diante do caso concreto, ou seja, a autoridade fará uma opção de mérito, pois existirá mais de uma solução hábil para ser aplicada ao caso concreto, sendo que neste caso não caberá nenhum tipo de apreciação jurisdicional; c) a última refere-se à possibilidade do agente não adotar nenhuma das medidas juridicamente válidas.

Neste caso a interferência do Poder Judiciário será possível e a anulação do ato indispensável. Assim, a utilização dos princípios da realidade e da razoabilidade torna-se indispensável para a identificação se diante de cada caso concreto caberia tão-somente um comando administrativo ou a individualização das medidas juridicamente válidas para o atendimento da finalidade legal. Logo, para evidenciar a inconveniência do conteúdo e a consequente possibilidade de apreciação jurisdicional, deve ser verificada sua impossibilidade física ou jurídica, sua desconformidade com a finalidade legal ou sua ineficiência para satisfazê-la.

2.5 VÍCIO DE PODER – VÍCIO DE FINALIDADE

Se a autoridade utilizar a competência discricionária para fins diversos que

não a finalidade legal incorrerá em desvio de poder, ocasionando vício de finalidade no ato administrativo, ao qual será imposta a invalidação pelo Poder Judiciário. Para que se configure o desvio de poder, não basta somente a necessidade do ato atender finalidade privada, ou que seja destinado à perseguição de adversários ou favorecer protegidos, sendo que tais exemplos não são únicos, pois se o administrador ao expedir um ato, mesmo visando à finalidade pública, mas diverso daquela finalidade prevista na norma, cometerá também desvio de poder.

Assim, diz-se que existem duas hipóteses que ocorrem desvio de poder e ensejam a apreciação pelo Poder Judiciário, quais sejam, a primeira quando o ato tem em vista interesses alheios ao interesse público, ou seja, quando o ato atender a ambições políticas, favorecer terceiros, etc., e o segundo quando, mesmo que o ato for expedido para atender a uma finalidade pública, mas é utilizado visando finalidade diversa da previsão legal.

Diante do exposto, pode-se concluir com embasamentos nas palavras de Mello (2003, p. 95) que “entende-se por desvio de poder a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição.” Cabe ressaltar que em todos os casos em que pode ocorrer desvio de poder, a autoridade competente sempre coincidirá com o sujeito emissor do ato, visto que não é a competência que está sendo violada e sim a finalidade prevista na norma legal. Assim, resta distinguir vício de finalidade de incompetência formal, no qual este último caracteriza-se quando o ato é produzido por uma autoridade que não era competente, sendo que não há que se falar em desvio de poder e sim em vício de incompetência formal.

É o que aduz a lição de Mello (2003), ao falar que:

Só há desvio de poder quando a autoridade possui, em tese, competência para prover sobre a matéria objeto do ato. Se mesmo abstratamente lhe falecessem poderes para decidir do modo como o fez, o vício no qual teria incorrido seria outro, pura incompetência formal. (MELLO, 2003, p. 56).

A primeira modalidade de desvio de poder ocorre quando a Administração faz uso do poder popular para atender interesses diversos daqueles consensualmente legitimados, ou seja, se o móvel do agente (aquilo que impulsiona a sua vontade, isto é, relaciona-se com a intenção do agente), não estiver visando o interesse público, haverá vício de finalidade do ato, implicando sua invalidação pelo Poder Judiciário. Isso quer dizer que a intenção do administrador é imprescindível para a configuração dessa modalidade de desvio de poder, visto que se o Judiciário

identificar que a vontade da autoridade ao expedir o ato desvirtuou-se para o atendimento de anseio pessoais ou político, configurado está o desvio de poder.

Assim, mesmo que o ato esteja em consonância com os ditames legais, pode-se, todavia, restar identificado que aquilo que impulsionou o administrador a praticar tal ato esteja contrário ao interesse público prescrito em lei, pois além de ferir o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, tal modalidade de desvio de poder ocasiona frontal violação aos princípios da moralidade e da impessoalidade da Administração Pública.

Pode-se dizer então, conforme entendimento a seguir, que:

Se o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público, atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser de perseguição a alguém como de favoritismo ou mesmo para atender a um interesse individual do próprio agente, comete desvio de poder. (MELLO, 2003, p. 57).

Os Tribunais, em geral, têm entendido que para a configuração do desvio de poder, mister se faz à verificação da moralidade do ato, ou seja, um ato expedido pode, em princípio estar de acordo com a legalidade, mas estar contrário ao interesse público e, por conseguinte estar afrontando a moralidade administrativa, devendo tal ato de plano ser fulminado. Nesse sentido, o julgando do Superior Tribunal de Justiça: “É lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio de poder. Com o princípio inscrito no artigo 37, a Constituição Federal cobra do administrador, além de uma conduta legal, comportamento ético.”

Do mesmo modo encontra-se que o desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto de lei) ou por censurável comportamento do agente, valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abandonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. A análise da motivação do ato administrativo, revelando um mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público, defluindo o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento. No caso, embora guardando aparência de regularidade, ressaltado o desvio de finalidade, revestindo-se de ilegalidade, deve ser anulada a resolução concessiva do aumento da remuneração. Para se verificar com maior precisão a existência de desvio de poder, necessário se faz que o ato expedido venha acompanhado da devida motivação.

Todavia, se tal ato vir desprovido de justificação, ou o ato viciado não tenha exposto seus motivos e a relação de pertinência lógica entre o ato emanado e a finalidade a ser atingida, nada impede que seja declarada a sua invalidade, pois a motivação apenas facilita a constatação de incongruência entre a finalidade legal e a finalidade do ato, mas não afastaria sua apreciação, caso configurado o desvio. Ato com finalidade pública, mas em desconformidade com a finalidade legal.

Outra modalidade de desvio de poder ocorre quando a finalidade visada com a prática do ato for pública, mas contrária com a finalidade para a qual o ato se destina, ou seja, não precisa necessariamente que o ato praticado vise interesses particulares, para a configuração do desvio de poder, basta tão-somente que a competência a ser utilizada vise fim diverso daquela para o qual foi instituída.

Em tal caso, a autoridade competente praticou um ato impróprio, isto é, utilizou-se de um meio inidôneo para atingir a finalidade pública, já que o ato produzido não era o legalmente adequado para atender o fim público para qual a competência se destinava.

Como diz Enterría (apud MELLO, 2003, p. 65), “os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o que aparta-se do mesmo obscurece a fonte de sua legitimidade.”

Ainda, nas lições de Mello (2003, p.65), encontra-se que:

[...] o ato pretende minimizar os vencimentos dos vereadores da futura legislatura, não para proteger o erário público, mas para amesquinhar a função da edilidade, diante do fator fundamental: não foram eleitos. Não buscaram atingimento do interesse público, mas o de amesquinhar exercício do cargo. Já que não reeleitos, reduzamos a remuneração dos futuros vereadores. [...] no caso dos autos, pois, ressalta o desvio de finalidade da Câmara dos vereadores. Não pensou na economia que o pagamento dos edis traria aos cofres públicos, embora fosse esse um dos motivos invocados. Pensou no amesquinamento da função; calcou-se na raiva da não reeleição, trouxe o ato revestido de ilegalidade, o que se apura pelo contraste entre a finalidade pública e a competência gizada na norma legal. (MELLO, 2003, p. 65).

De acordo com o autor abaixo, tem-se a seguinte conclusão:

Cada competência só pode ser exercitada pra alvejar os fins em vista dos quais foi normativamente instituída; donde, os atos consecutórios de uma competência não podem ser expedidos senão para atender às finalidades a ela inerentes. Daí serem viciados de desvio de poder os comportamentos administrativos que mira, dado objetivo público por meio de atos cujos escopos, à luz do direito positivo, sejam os de servir outros objetivos públicos, distintos dos que foram colimados. (HARGER, 2004, p. 8).

Um exemplo dessa modalidade de desvio de poder decorrente do ato praticado visando finalidade diversa da prevista em lei encontra-se no julgado do Supremo Tribunal de Justiça que diz: “É lícito ao Poder Judiciário declarar nulo decreto expropriatório onde se verifica desvio de poder. É nulo decreto declaratório de utilidade ou necessidade pública, onde não se especifica a finalidade da desapropriação.”

Portanto, pode-se dizer que existe uso impróprio da competência em dois casos: primeiro quando ela é utilizada para expedir ato visando fim estranho ao interesse público, seja de caráter pessoal, destinados a favorecer protegidos, seja de caráter político, para a perseguição de inimigos; e, segundo, quando a competência destinasse ao fim público que não aquele visado pela norma legal. Assim, desvio de poder consiste num vício objetivo do ato, na medida em que existe uma desconformidade entre a finalidade do ato e a finalidade almejada pela lei, sendo que além de configurar vício objetivo do ato, o desvio de poder encerra puro vício de finalidade.

2.6 APRECIÇÃO DO MOTIVO PELO PODER JUDICIÁRIO

Já se sabe que o motivo consiste nas situações fáticas que, quando coincidirem com a circunstância prescrita na hipótese legal justifica a produção do ato. Em outras palavras motivo é a situação de fato ou de direito que autoriza ou exige a prática do ato. Partindo dessa premissa, pode-se diferenciar o motivo de fato e de direito, sendo que o primeiro diz respeito ao mundo empírico, ao plano dos fatos, e o segundo refere-se às circunstâncias previstas na norma legal, que autorizariam a produção de um determinado ato. Assim, para que um ato exista, é necessário que seus elementos essenciais (sujeito, forma, motivo, conteúdo e finalidade) estejam presentes, bem como para que se torne válido devem sempre estar pautados na lei.

O motivo sempre deve ocorrer de maneira enunciada, pois se tal elemento for invocado para fundamentar a expedição do ato inexistente, ou falso, estará configurado o vício apto a ser controlado pelo Poder Judiciário. Todavia, a inexistência ou a falsidade da circunstância fática não é a única hipótese cabível de apreciação jurisdicional do motivo. Outra hipótese ocorre quando se estiver diante dos conceitos jurídicos indeterminados, pois se deve verificar a discricionariedade da

norma enfocada para a configuração do ato, já que a Administração Pública poderia ultrapassar seus limites. Segundo Mello (2003, p. 88), não há como fugir à conclusão de que o controle dos atos administrativos se estende, inevitavelmente, ao exame dos motivos. A ser e outra sorte, não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos. Daí que a doutrina não apresenta qualquer hesitação em sufragar o entendimento exposto.

Nessa ótica, identificam-se três situações passíveis de controle pelo Poder Judiciário, envolvendo o motivo dos atos administrativos: a) quando a Administração faz uso de motivo inexistente ou falso e tal solução a ser adotada estava prevista na norma legal; b) quando não estiver previsto na norma e a Administração atua de forma desproporcional ou desarrazoada; e, c) quando estiver previsto por conceitos jurídicos indeterminados e a Administração, ao proferir uma solução, ultrapassa seus limites.

A inexistência e a falsidade do motivo relacionam-se com a Teoria dos Motivos Determinantes, pois a Administração não está obrigada a motivar seus atos, mas se o fizer deverá informar os pressupostos de fato que efetivamente existiram, pois se tal motivo não corresponder à realidade, deverá ser controlado pelo Poder Judiciário.

Assim, os fatos invocados para fundamentar a expedição do ato que não ocorrerem da forma como prescreve a hipótese legal, são tidos como motivos inexistentes ou falsos, já que não guardam identidade com a situação concreta e sequer chegaram a existir, pois a competência administrativa somente é legitimamente utilizada quando conjugados todos os fatores hábeis à imposição do ato, se o motivo de fato não coincidir com o motivo de direito, o ato é ilegal e passível de apreciação pelo Poder Judiciário.

Desse modo, observa-se que o controle de existência e veracidade dos motivos do ato administrativo consiste no exame da legalidade do ato. É nesse sentido que se posiciona o autor a seguir:

[...] no exame da legalidade, cumpre ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo sob todos os aspectos, a partir do nascimento, passando depois por todos os elementos integrantes, sem descuidar, entretanto, de aprofundar a investigação e perscrutar-lhe as entranhas, ou seja, a finalidade visada. (CRETELLA JÚNIOR, 2001, p. 336).

Para evidenciar a possibilidade do Judiciário rever o motivo do ato quando inexistente (ou falso, se não estiver retratando com exatidão a realidade), cita-se o

julgado do Superior Tribunal de Justiça:

O Judiciário pode e deve examinar o motivo ou mérito do ato administrativo, no que não for estritamente discricionário. Comprovado às escâncaras o estado de doença prolongada que acometeu o servidor, não poderia a Administração, a seu nutum, desconsiderando os motivos que o impediram de comparecer ao serviço, sem processo administrativo, a lhe garantir ampla defesa, exonerá-lo [...]. No caso concreto, portanto, visto que o Judiciário pode examinar o motivo, mérito, de ato administrativo, no que não for estritamente discricionário, o acerto da controvérsia dependia de verificar se o recorrente faltou ao serviço por justa causa ou não, de modo a investigasse o fundo de direito, e não enfocar-se apenas um dos ângulos da questão, limitando-se a apurar se a licença médica era imprescindível ou não para a interrupção do estágio probatório.[...] A justa causa para a falta do serviço está caracterizada, não podendo exonerar-se o recorrente por esse fundamento, tal como aconteceu. (ROMS 866/SP, Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, RSTJ 26/279).

Analisando o texto acima, verifica-se que o funcionário faltou ao serviço, sendo que esse fato é existente. Porém, sua ausência ao serviço decorreu de uma grave enfermidade, de modo a tornar o motivo para provocar sua exoneração falsa, o que acaba por descaracterizar a sua existência.

Diante do exposto, pode-se dizer que quando a conduta praticada pela Administração for excessiva, insuficiente, inadequada, verifica-se que tal conduta não era o perquirido pela lei, isto é, os fatos levados em consideração para a atuação administrativa eram distintos daquele que a norma legal implicitamente descrevia. Quando tal situação ocorrer, tal conduta é passível de controle pelo Poder Judiciário, que desenvolverá apreciação quanto à causa do ato administrativo, ou seja, verificará se a conduta prescrita pela norma (conteúdo) tem compatibilidade com o fato no qual se baseou (motivo), e se foi em prol do interesse público (finalidade pública).

Caso falte algum desses requisitos acima expostos, a conduta praticada pela administração será invalidada. Para que o motivo do ato seja válido mister se faz que seja oportuno, auferido através dos princípios da razoabilidade e da realidade. Através do princípio da realidade, o motivo será constatado se for verificada a real existência do alegado, ou seja, é necessário que haja correlação entre o que efetivamente ocorreu e o fato narrado no ato para a fundamentação da decisão. Já pelo princípio da razoabilidade, o motivo será válido se ficar constatado os seguintes fatores: compatibilidade, adequabilidade e proporcionalidade, pois caso se constate que algum desses requisitos esteja faltando o ato é passível de apreciação jurisdicional. Assim, se o motivo for inexistente ou insuficiente, em relação ao

princípio da realidade, ou inadequado, desproporcional ou incompatível, em relação ao princípio da razoabilidade, caberá ao Poder Judiciário a verificação da validade do ato em relação a esses elementos.

2.7 APRECIÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Como já esclarecido antes, grande parte da doutrina identifica a possibilidade de discricionariedade na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, já que existem situações em que será possível a aplicação de mais de uma interpretação juridicamente válida, desde que razoável ao caso concreto. Nesse aspecto o Professor Mello (2003, p. 90) fala em “qualificação dos motivos pelo Poder Judiciário, esclarecendo que expressões indeterminadas terão um campo significativo indubitoso.”

Assim, se a interpretação proferida não guardar razoabilidade com o contexto legal, caberá apreciação pelo Poder Judiciário. Para concluir, as condutas administrativas oriundas de normas estabelecidas, através de conceitos jurídicos indeterminados em seu motivo ou em sua finalidade, serão passíveis de controle pelo Poder Judiciário sempre que a conduta não corresponder com a única solução cabível para a espécie em questão, ou ao menos quando. Segundo o professor a seguir, tem-se que:

[...] verificar se a interpretação administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável perante o caso concreto e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos em face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-los. (MELLO, 2003, p. 92).

Fora dessas hipóteses – adoção de comportamento diverso da única solução cabível frente ao caso concreto ou desempenho diverso da interpretação razoável dos conceitos jurídicos indeterminados – não há que se falar em apreciação jurisdicional dos conceitos fluídos, pois assim estar-se-ia invadindo a esfera de discricionariedade da autoridade administrativa.

3 METODOLOGIA

Em função do objeto a pesquisa será do tipo: bibliográficas, com revisão da

literatura feita através de artigos, doutrinas e a jurisprudência, conforme seguem alguns doutrinadores analisados e jurisprudências já mencionadas.

4 CONCLUSÃO

Do exposto, viu-se que a discricionariedade só poderá ser adotada nos casos em que não estiver presente a imperatividade da vinculação da norma jurídica, ou seja, quando a lei não dispuser expressamente o caminho a ser percorrido pelo Administrador. Em tais casos, o Administrador deve obedecer critérios objetivos de conveniência, oportunidade e justiça.

Enquanto inquestionável pelo Judiciário, a discricionariedade do ato administrativo, em especial acerca do mérito, era utilizada como uma carta branca ao Administrador para a prática de certos atos até ilegais. Tornou-se, contudo, após evolução doutrinária e jurisprudencial, um instrumento mais transparente, possibilitando ao Judiciário seu controle.

Pode-se concluir, portanto, que a revisão pelo Judiciário é possível quando a discricionariedade ultrapassar os limites previstos na lei, não mais se admitindo a ausência de controle dos atos administrativos discricionários. Contudo, a *oportunidade* e a *conveniência* de um ato administrativo, quando existirem, continuarão não passíveis de revisão por outro Poder, senão pelo Executivo, sob pena de violação do pacto federativo. Apenas para lembrar, a abrangência do *mérito*, que antes era completamente inatacável, atualmente em muito tem sido reduzida e ganhando maior controle, que apenas foi possível com aprofundada dissecação anatômica de todos os elementos do ato administrativo.

Atualmente, não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo. De fato, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Tal “principlização” do Direito – consistente na adoção dos princípios da proibição da arbitrariedade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da igualdade, da proteção da confiança legítima aumentou a margem de vinculação dos atos discricionários.

Essa nova visão a respeito do ato discricionário, admitindo amplamente sua sindicabilidade perante o Judiciário, já foi inclusive incorporada pelo Supremo Tribunal

Federal, quando, em recentes decisões, outorgou tutela específica, exigindo da Administração Pública, mesmo quanto à sua margem de conveniência e oportunidade, que seus atos fossem pautados pela moralidade e pela razoabilidade.

No Brasil, verifica-se a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, através do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988, na qual diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, quando a Administração Pública estiver fazendo uso da competência discricionária deverá observar os limites impostos para o desenvolvimento dessa apreciação subjetiva e, caso tal limitação seja desrespeitada, o ato administrativo concebido estará submetido ao controle pelo Poder Judiciário, conforme foi analisado neste trabalho.

REFERÊNCIAS

ARAGÓN, Manuel. **Constitucion y control del poder**. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1995.

BRASIL. STJ. Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, n. 16, p. 173, 1996.

DI PIETRO, M. Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

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

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

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre 'conceitos jurídicos indeterminados' e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre, ano 5, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

LIMA, Rui Cirne. **Princípios do direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MAURER, Harmut. **Droit Administratif Allemand**. Paris: LGDJ, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

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

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2001.

TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.