



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

WARMXTRONG GOMES MAIA

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

**GUARABIRA
2018**

WARMXTRONG GOMES MAIA

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Trabalho de Conclusão de Curso da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Jossano Mendes de Amorim.

**GUARABIRA
2018**

É expressamente proibido 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 do trabalho.

M217c Maia, Warmxtrong Gomes.
O controle jurisdicional da discricionariiedade administrativa [manuscrito] : / Warmxtrong Gomes Maia. - 2018.
42 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2018.
"Orientação : Prof. Me. Jossano Mendes de Amorim, Coordenação do Curso de Direito - CH."

1. Direito Administrativo. 2. Controle Jurisdicional. 3. Discricionariiedade.

21. ed. CDD 342

WARMXTRONG GOMES MAIA

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

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

Área de concentração: Direito Administrativo.

Aprovado em: 11 / 06 / 2018 .

BANCA EXAMINADORA

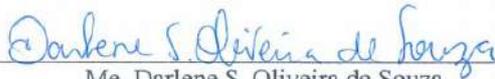


Me. Jossano Mendes de Amorim
Orientador

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Me. Thiago Maranhão Pereira Diniz
Professor Examinador
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Me. Darlene S. Oliveira de Souza
Professora Examinadora
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

SUMÁRIO

1.	INTRODUÇÃO.....	5
2.	CONTEXTO HISTÓRICO DA SERAÇÃO DOS PODERES.....	6
2.1.	A origem do poder e sua separação.....	7
2.2.	A organização dos poderes no Brasil.....	9
2.3.	O papel do Poder Judiciário no Estado de Direito contemporâneo e o sistema de freios e contrapesos.....	10
3.	A CONCEITUAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA, DOS PRINCÍPIOS, DOS ATOS E DA DISCRICIONARIEDADE.....	12
3.1.	Atividade administrativa.....	13
3.2.	Princípios da Administração Pública.....	13
3.2.1.	Princípio da Legalidade.....	14
3.2.2.	Princípio da Impessoalidade.....	15
3.2.3.	Princípio da Moralidade.....	16
3.2.4.	Princípio da Publicidade e Controle.....	16
3.2.5.	Princípio da Eficiência.....	16
3.2.6.	Princípio da Motivação.....	17
3.2.7.	Princípio da Proporcionalidade.....	17
3.2.8.	Princípio da Razoabilidade.....	18
3.3.	Ato administrativo.....	19
3.3.1.	Elementos do ato administrativo.....	20
3.3.2.	Atributos do ato administrativo.....	22
3.3.3.	Ato administrativo vinculado e discricionário.....	24
3.4.	Discricionariedade administrativa.....	24
3.4.1.	Os conceitos jurídicos indeterminados.....	26
4.	OS MECANISMOS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	26
4.1.	Os mecanismos de controle jurisdicional.....	28
4.2.	A diferenciação do controle nos atos discricionários e vinculados.....	29
4.3.	Teoria do Desvio de Poder.....	30
4.4.	Teoria dos Motivos Determinantes.....	31
4.5.	A utilização dos princípios como meio de controle.....	32
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	38
	REFERÊNCIAS.....	41

O CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Warmxtrong Gomes Maia¹

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo geral de conceituar e analisar as circunstâncias do controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária, trazendo a perspectiva histórica acerca da separação de poderes e controle entre estes. Residindo em um estudo sobre os limites da atuação do Poder Judiciário, ponderando em que situações a atuação judicial se apresenta de forma oportuna e relevante e, em até que ponto, o poder público executivo é dotado de discricionariedade – no sentido de juízo de conveniência e oportunidade – em sua atuação administrativa. A justificativa social do presente trabalho se mostra na necessária compreensão acerca do referido limite, bem como no conhecimento das nuances relacionadas à discricionariedade administrativa. A justificativa jurídica se dá na necessidade de aprofundamento dos debates acerca do tema, dada a pertinência da questão para o Direito Administrativo contemporâneo em razão da crescente atuação do Poder Judiciário no âmbito administrativo. A problemática do tema consiste no questionamento dos limites do Judiciário na atuação administrativa, especialmente no campo da discricionariedade. Concluindo-se que ainda é necessário o maior aprofundamento acerca dos mecanismos de controle, de modo que a legislação possa, cada vez mais, prever as variáveis que o administrador virá a se deparar em seu exercício, reduzindo-se a sua discricionariedade, fazendo com que sua atuação esteja crescentemente subordinada a lei.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Controle Jurisdicional. Discricionariedade.

1. INTRODUÇÃO

No Estado de Direito, em que toda a atuação estatal é pautada na legalidade, no seguimento de normas e princípios, a atuação administrativa deve se apresentar regida por tais normas. Deste modo, para a atuação administrativa estatal é essencial a existência de previsão legal – no sentido de que o Estado seguirá seus objetivos, pautado no caminho que a lei lhe confere.

Em razão da complexidade das relações humanas, torna-se impossível a previsão legal de todas as situações em que o administrador virá a se deparar no exercício de sua atuação. Assim, acaba-se conferindo ao administrador um âmbito de apreciação – juízo de oportunidade e conveniência – para que este, ao se deparar com tal situação peculiar, possa avaliar qual o melhor caminho para o atingimento dos objetivos da atuação administrativa.

O presente estudo tem por objetivo principal analisar a discricionariedade administrativa, focando na atuação do Poder Judiciário na revisão desta atuação. Buscando

¹ Aluno de Graduação em Direito na Universidade Estadual da Paraíba – Campus III.
E-mail: warmxtrongmaia@gmail.com.br

pontuar os meios de controle jurisdicional da atividade administrativa, e, assim, questionar: quais os limites conferidos ao Poder Judiciário ao revisar a atividade administrativa discricionária? Pode, o Poder Judiciário, fundamentar o referido controle com base nos princípios inerentes à atuação administrativa?

Evidente destacar a relevância desta análise para o direito contemporâneo brasileiro em razão da crescente atuação do Poder Judiciário, visto que o resultado da atuação da atividade administrativa tem se mostrado um dos principais pontos que levam a população a buscar a Justiça, além do fato do Poder Judiciário como um todo representar índices de confiança maiores do que o Poder Executivo.

Dada a relevante discussão contemporânea acerca da complexidade do tema e, considerando que a controvérsia não restará pacificada em um futuro próximo de debates doutrinários, o presente estudo não tem por objetivo a resolução final de tais questionamentos, mas sim, analisar historicamente a origem dos meios de controle jurisdicional, com a comparação das vertentes doutrinárias, utilizando-se como método de investigação o dedutivo, uma vez que se analisará a atuação do Poder Judiciário de forma geral na atividade administrativa discricionária para, só então, poder entender como tal controle poderá se realizar em uma ótica principiológica. Para atingir as finalidades propostas na atual pesquisa, utilizar-se-á da análise legislativa e doutrinária, sobretudo com o exame de livros e artigos de periódicos.

Norteia-se o presente trabalho desde o prelúdio da criação e separação do poder estatal, abordando, concisamente, seus aspectos históricos, passando pela definição da organização estatal e relevância do Poder Judiciário no estado de direito contemporâneo.

Finalmente, serão apresentados os princípios orientadores da Administração Pública, de forma que estes deverão ser observados no momento da revisão à atividade estatal. Além de estudar como a discricionariedade é apresentada doutrinariamente, demonstrando como são sustentados o seu fundamento e sua localização, ressaltando o papel fundamental que desempenha em nosso ordenamento jurídico.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DA SERAÇÃO DOS PODERES

Objetivando analisar a relevância do Poder Judiciário no Estado de Direito contemporâneo, faz-se necessário, inicialmente, recapitular o contexto histórico da origem do poder desde as suas estruturas mais primitivas, perpassando pela estrutura organizacional dos

poderes no Estado brasileiro e, finalmente, precisar a análise da atuação judiciária na atividade administrativa.

2.1. A origem do poder e sua separação

Desde a sua conjuntura mais primária, o homem, ainda que minimamente, buscou organizar as suas estruturas sociais com o intento da sobrevivência e progressão de sua espécie. Vivendo em bandos, em que os componentes deste eram dependentes entre si, por necessidades de buscar alimento e afastar os perigos, foram sendo criadas comunidades estruturadas que trouxeram, naturalmente, as primeiras noções de hierarquia e poder.

Uma vez que essas estruturas sociais eram organizadas, tinham-se líderes e liderados, e quanto mais bem organizadas fossem essas sociedades, maiores chances de progredir elas possuíam, trazendo cada vez mais complexidade a estes grupos.

Com a criação destas sociedades, em que foram constituídos líderes, tem-se o surgimento do poder em sua forma mais primitiva. Na união desses grupos, na medida em que os mais fortes se sobrepujam aos mais fracos, estes alcançavam posições de liderança e, no âmbito deste poder, perpetuando-se nestes passando por gerações. Assim, remonta-se aos primeiros traços do surgimento das monarquias absolutas.

Dessa forma, torna-se imperativa a impossibilidade de dissociar o surgimento das sociedades estruturadas com a criação do poder. Por isso, desde os primórdios do pensamento filosófico, houve grande preocupação por parte dos pensadores em entender e teorizar acerca do poder e suas relações na sociedade.

Nos primeiros Estados sociais, em que a monarquia era absoluta e imperativa, não havia separação do poder estatal na forma como é vista em grande parte da sociedade atual. Ficando a cargo de um só poder, uno e indivisível, a função de criar as leis, aplicá-las e os julgamentos das lides.

As primeiras correntes filosóficas eram uníssonas, em perceber os perigos de se estabelecer o poder a uma só pessoa ou ente, como bem leciona Sahid Maluf²:

[...] os filósofos antigos cogitaram a limitação do poder de governo. Platão, no Diálogo das leis, aplaudindo Licurgo por contrapor o poder da Assembleia dos Anciãos ao poder do Rei, doutrinou que “não se deve estabelecer jamais uma autoridade demasiado poderosa e sem freio nem paliativos”. E Aristóteles, em sua obra Política, chegou a esboçar a trílice divisão do poder em “legislativo, executivo e administrativo”.

² MALUF, Sahid., Teoria Geral do Estado. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 205.

A ideia concernente à separação dos poderes foi mais aprofundada com o filósofo Aristóteles, no século IV a. C., em sua obra *A Política*, que contempla a ideia da existência de três poderes divididos em Executivo, Deliberativo e Judiciário. Já no século XVII, o filósofo John Locke, na obra *Segundo Tratado do Governo Civil*, aduziu a existência de três poderes distintos, sendo eles o Poder Legislativo, Federativo e Executivo. A diferença entre as separações de poderes apresentados pelos filósofos ora mencionados é que, enquanto Aristóteles possuía a ideia de que aos poderes separados caberiam as decisões do Estado, John Locke trouxe o *status* de supremacia para o Poder Legislativo, porém, uma supremacia limitada consistente apenas na atuação de criação de leis que versassem sobre direitos naturais, ou seja, vida, liberdade e propriedade, enquanto que, os Poderes Federativo e Executivo possuíam a função de executar e julgar as leis positivas baseadas nas leis naturais.

Posteriormente, com um conceito mais moderno, especificamente nos idos do século XVIII, o francês Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis*, direcionou a constituição dos estados na estrutura desta separação. A referida obra serviu como principal ponto de partida para a quebra do sistema absolutista monárquico, uma vez que a evolução da sociedade, tanto do ponto de vista econômico quanto filosófico, não mais compreendia a estruturação aos moldes primários.

Assim, tomando-se por base o referencial teórico iluminista forjado com a Revolução Francesa, criou-se a teoria de que o Estado deveria possuir três poderes, divididos e estruturados, mas funcionando de forma independente e harmônica: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário – sendo esta a estruturação do Estado Constitucional de Direito contemporâneo.

Além disso, a criação desta divisão de poderes, decorre também da necessidade da criação de mecanismos para que um poder possa limitar a atuação do outro, assim, tem-se o surgimento do sistema de freios e contrapesos, que serviu como principal meio para o controle entre os poderes.

Como bem explana Dalmo de Abreu Dallari³:

[...] os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se a emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para

³ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**, 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 219 e 220.

cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitir a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências.

2.2. A organização dos poderes no Brasil

Com exceção da Carta Política do Império, 1824, outorgada por Dom Pedro I, todas as outras constituições brasileiras tiveram como princípio basilar norteador da organização político-administrativa a separação dos poderes.

A Constituição Brasileira de 1891, já estabelecia em seu texto normativo a organização dos poderes de forma bem semelhante ao modelo hodierno, elencando, em seu artigo 15, os órgãos do Estado como os três poderes – Legislativo, Executivo e Judiciário – enfatizando a harmonia e independência entre estes.

Nas constituições seguintes, 1934, 1937, 1946, 1967, seguiu-se com a previsão da separação e organização destes poderes, ainda que de forma meramente formal – como nas constituições de 1937 (Estado Novo) e 1967 (sob a égide do regime militar).

Em nossa Constituição atual, promulgada em 5 de outubro de 1988, há a previsão tripartite dos poderes em seu artigo 2º: “*São Poderes das União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*”. Tratando-se, portanto, de uma das cláusulas pétreas, conforme dispõe o artigo 60, § 4º, inc. III da Carta Maior.

Analisando o texto constitucional, ainda que haja uma divisão aparente dos poderes em três vertentes, pode-se perceber que este ainda é um só – a representação do poder que emana do povo – por este ser único e indivisível, devendo, esta, funcionar em prol de um interesse uníssono ainda que se execute de forma separada em sua estrutura. Em outras palavras, mesmo que haja a tripartição dos poderes, estes não podem direcionar os seus objetivos por caminhos diversos, uma vez que atuam como representação do poder da população e tem por objetivo satisfazer as necessidades destes. Assim, o que existe é uma especialização de funções e não uma “divisão” de poderes.

Desse modo, entende-se que a independência entre os poderes não diz sobre os objetivos de sua atuação, mas sim, sobre a estruturação destes órgãos em seu funcionamento. Cada vez mais, e com a crescente complexidade da sociedade como um todo, percebe-se a necessidade

do maior entrosamento na atuação destes poderes. Além dos freios e contrapesos, deve haver, também, uma necessária cooperação entre os mesmos.

No entanto, necessário observar que, ainda que esta separação estrutural se delimite no texto constitucional, os três poderes estatais também desempenham funções atípicas ao expreso no texto legal, pois há previsão constitucional para a atuação do poder Legislativo em função tipicamente executiva e judiciária (por exemplo: artigo 51, IV e 52, XIII, CF), no poder Executivo em função tipicamente judiciária e legislativa (por exemplo: artigo 62, 68, § 2º, CF) e no poder Judiciário em funções típicas de legislar e de executoriedade (por exemplo: artigo 96, I, a e f, CF).

2.3. O papel do Poder Judiciário no Estado de Direito contemporâneo e o sistema de freios e contrapesos

A divisão dos poderes estatais em três vertentes se dá com o fim de, harmoniosamente entre si, os três poderes do Estado, como se um só fossem buscar o bem-estar social e a realização dos anseios do povo – razão pela qual se dá a criação do poder Estatal.

Tais poderes representam uma forma de estruturação interna onde, no momento em que se divide suas atribuições, estas tornam o objetivo principal pelo qual o Poder foi criado numa busca por especialização, com o intuito de dirimir a concentração de todo o poder do Estado num único ambiente.

Assim, faz-se necessário delimitar a competência de cada poder, sob pena de tornar cada vez mais confusa a linha de sua separação, causando conflitos de competência. Referida separação deve atender os objetivos para qual cada poder foi criado e delimitado, atendendo os princípios da igualdade entre estes poderes. Nas palavras de Marcelo Alexandrino⁴:

Seguindo a tradicional doutrina, a Carta de 1988 estabelece, expressamente, que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário" (art. 2); veda, ademais, proposta de emenda constitucional tendente a abolir a separação dos Poderes (art. 60, § 4º, III), significa dizer, confere natureza de cláusula pétrea ao princípio da separação dos Poderes, ou princípio da divisão orgânica das funções do Estado.

Embora tenha sido adotada a divisão dos poderes afim de lhes conferir autonomia e objetividade através da especialidade, tais poderes porém vieram a possuir com a Constituição de 88 deveres mais flexíveis, o que se infere dizer que "*cada Poder passou a desempenhar não*

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 15.

só as suas funções próprias, mas também, de modo acessório, funções que, em princípio, seriam características de outros Poderes."⁵.

Dos três poderes, o Poder Judiciário é o que tem a sua estrutura administrativa mais complexa e dividida, sendo composto pelo Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça e seus tribunais específicos. O Poder Judiciário exerce a função jurisdicional, ou seja, a aplicação da lei e a resolução dos conflitos inerentes as relações humanas.

Ainda que se fale na separação dos poderes estatais, com a necessária delimitação da atribuição de cada poder, é mister observar que essa separação não pode se apresentar de maneira absoluta e intransigente, uma vez que a cada poder, mostra-se necessária a competência atípica, onde o mesmo exerce funções de outro. Neste sentido, aborda José dos Santos Carvalho Filho⁶:

Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos poderes. Há, sim, preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição.

A aplicação de separação dos poderes, já prevista por Montesquieu, foi colocada em prática de forma consciente nos Estados Unidos da América nos primeiros anos de sua separação da Inglaterra, perdendo assim o *status* de colônia e passando a ser reconhecido como independente.

Neste momento, em imposição da celebração do chamado "Contrato Social" entre os ali residentes, seus realizadores perceberam a necessidade de separação dentre esses poderes, e principalmente, na criação de meios de prevenção e eventual punição, de usurpação de poderes que pudessem a vir ocorrer entre tais.

Desta forma, idealizou-se o sistema de freios e contrapesos, lecionado por Hely Lopes Meirelles⁷, ao comentar o pensamento de Montesquieu tratando da separação dos poderes:

[...] Aliás, já se observou que Montesquieu nunca empregou em sua obra política as expressões "separação de Poderes" ou "divisão de Poderes", referindo-se unicamente à necessidade do "equilíbrio entre os Poderes", do que resultou entre os ingleses e

⁵ *Idem. Ibidem*, p. 15.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 2

⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 65.

norte-americanos o sistema de *checks and balances*, que é o nosso método de freios e contrapesos, em que um Poder limita o outro, [...].

De tal maneira, há de se inferir que dentre os poderes o elaborador de tal sistema preocupava-se, em especial, com o Poder Legislativo. Em se tratar de um poder necessariamente político, aquele que demonstra com efetiva voz a vontade do povo, havia de se proteger tal vontade como princípio primordial à proteção da democracia, mas também deveria ter um controle sobre si, para que não acabasse por despertar um furor anárquico caso as demandas populacionais não fossem atendidas da maneira que lhes fosse mais cômoda.

É, portanto, o sistema mencionado, a maneira pela qual os Poderes continuam a manter sua autonomia sem que, no seu exercício de atribuição, entenda ser mais necessária que os outros poderes e os usurpem ações ou, ainda, entendimentos.

Como exemplo de aplicação prática, temos o *impeachment* que atribui ao Poder Legislativo a possibilidade de destituir de poder o chefe do Executivo que venha a cometer crimes sob função do cargo e, que em decorrência de tais delitos, venha a prejudicar todo o sistema de governo naquele Estado instaurado.

Por outra ótica, tem-se o veto presidencial que é auferido ao chefe do Executivo para evitar que legislações abusivas ou ainda sem embasamento suficiente, passem a vigorar em solo nacional sob suposta explicação de que é necessária sem que, para tal comprovação, houvesse qualquer estudo ou apontamento indicando pretensa imposição.

Assim, é de incontestável importância para a compreensão do assunto abordado, a noção de que o Estado, em toda a sua forma, sempre estará submetido à lei. No entanto, essa submissão deve se apresentar da forma mais harmoniosa e progressiva possível, uma vez que, apesar da separação do Estado em três poderes independentes, estes não deixam de ser um só, e por assim o serem se faz mister o controle de uns para com os outros de forma que, ao executarem suas ações próprias não interfiram em esfera privativa ao outro Poder.

3. A CONCEITUAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA, DOS PRINCÍPIOS, DOS ATOS E DA DISCRICIONARIEDADE

O cerne deste trabalho encontra-se na análise do controle por parte do Poder Judiciário na atividade administrativa, ou seja, do Poder Executivo. Para a referida análise, faz-se necessário, preliminarmente, conceituar a atividade administrativa e os princípios que a norteiam, além de tratar de sua discricionariedade.

3.1. Atividade administrativa

Por ser o resultado da materialização dos objetivos, no sentido de função primordial, do Poder Executivo, a atividade administrativa consiste na concretização da função Estatal em garantir o bem-estar individual e o progresso social. Tendo a sua organização, como uma estrutura de poder, seccionada em órgãos e serviços, a atividade administrativa em sua melhor definição “*é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum.*”⁸

No entanto, ainda que tenha o seu exercício como principal atribuição do Poder Executivo, não é só por ele exercido, uma vez que a função administrativa não é de exclusividade deste – ainda que haja uma predominância por sua tipicidade.

3.2. Princípios da Administração Pública

Para exercer seu poder da maneira devida, contudo, é preciso respeitar, e se manterem as ações praticadas no âmbito administrativo, de forma a permanecerem sob a égide dos princípios que norteiam e formam a base da administração pública.

Como consabido, a taxação de princípios normativos em qualquer seara do Direito, por vezes, mostra-se restritiva, já que, por ser uma ciência em constante transformação, tem-se por novos princípios cotidianamente.

Embora trazidos da Constituição Federal os princípios carecem, dentro da legislação, de uma definição sobre sua razão de ser, bem como qual a consequência empírica de sua aplicação no cotidiano jurídico. Oportuna é a definição de Marcelo Alexandrino⁹ ao dizer que “*Os princípios são as ideias centrais de um sistema, estabelecendo suas diretrizes e conferindo a ele um sentido lógico, harmonioso e racional [...]*”.

Desta forma, são eles que determinarão o campo de atuação de determinada regra, regendo e encaminhando um dado subsistema do ordenamento jurídico, balizando a interpretação e a própria produção normativa¹⁰.

Assim, observados os conceitos e entendimentos da doutrina acerca dos princípios e de suas implicações práticas, busca, o presente trabalho, tratar dos princípios expressamente previstos na Constituição – art. 37, CF –, além dos principais elencados pela doutrina.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. NOTA 7, p. 88.

⁹ ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit. NOTA 4, p. 203.

¹⁰ *Idem. Ibidem*, p. 203.

3.2.1. Princípio da Legalidade

Previsto no artigo 37, “caput”, da Constituição Federal, o princípio da legalidade é o resultado da submissão do Estado às leis, assim, em um Estado de Direito, será esse o princípio basilar que norteará toda a atividade estatal, em que toda a atividade administrativa se delimitará por força de lei. Em palavras semelhantes, José Afonso da Silva¹¹ aduz que o princípio da legalidade é nota essencial do direito, e, como consequência, é um princípio basilar do Estado Democrático do Direito, haja vista que é a essência do seu conceito subordinar-se à Constituição e fundar-se na legalidade democrática.

Na contramão principiológica da legalidade para os entes particulares, onde é lícito fazer tudo que a lei não proíbe – art. 5, inc. II, CF – a legalidade para a Administração Pública, prevê toda a atividade que será exercida por quem a detém, fugindo da legalidade os atos que são emanados sem a devida previsão legal, ou seja, só é permitido fazer na seara pública o que a lei autoriza. Neste prisma, José Afonso da Silva¹², ao citar Celso Antônio Bandeira de Mello, menciona que “[...] *A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'*”.

Não à toa, o princípio da legalidade está sempre relacionado como o primeiro princípio inerente a administração pública, isto porque, a partir deste princípio que toda a atividade administrativa deve ser pautada, não estando, esta, sujeita apenas à lei, mas ao ordenamento jurídico como um todo.

Nesse sentido, há a abordagem contemporânea do conceito de juridicidade como uma vertente ou subprincípio relacionado ao princípio da legalidade. Uma vez que a atuação administrativa deve se pautar no objetivo de satisfazer os interesses da população – supremacia do interesse público – não é concebível que o administrador deva seguir uma norma jurídica quando esta não se apresentar como a solução mais adequada ao caso em tela.

Assim, faz-se necessária uma compreensão mais atual do princípio da legalidade, já que não faz sentido que o administrador exerça suas funções de forma dependente às leis ordinárias quando estas se mostrarem em conflito com os princípios constitucionais basilares ao exercício da administração pública. Para isso, há de se ampliar a compreensão no sentido de que são as normas constitucionais que fundamentam a atividade administrativa.

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 84.

¹² *Idem. Ibidem*, p. 87.

Em razão da complexidade das relações sociais, e também de sua avançada evolução, não é de causar surpresa a situação de que o administrador se depare com a sua atuação voltada na busca pela realização do interesse social estando, no entanto, em conflito com a lei.

Porém, a juridicidade não pode fundamentar uma escolha do administrador pelo não seguimento da lei, uma vez que a atuação administrativa não pode se desvincular do cumprimento de leis. Desse modo, ainda que se oponha, eventualmente, a alguma legislação ordinária, seus atos devem estar em conformidade com o Direito em um sentido amplo – seguindo as normas e princípios constitucionais.

Nesse sentido, é relevante citar Raimundo Parente Albuquerque Júnior, (2010, p. 199), apud SILVA¹³:

Em virtude dos fenômenos da principalização e da constitucionalização do Direito, não mais se justifica explicar as relações da Administração Pública com o ordenamento jurídico à luz da ideia de vinculação positiva à lei. É que a vinculação da Administração ao ordenamento jurídico não se restringe somente à lei formal e à regra legal veiculada, mas à totalidade sistêmica do ordenamento jurídico que se manifesta na unidade de sentido normativo.

Dessa forma, percebe-se que a atividade administrativa não está meramente sujeitada à lei, mas sim, em consonância com todo o sistema jurídico em sua compreensão mais ampla – normas, princípios e doutrinas.

3.2.2. Princípio da Impessoalidade

A análise deste princípio deve ser feita a partir de duas vertentes: o tratamento que a administração pública dá aos seus administrados e a natureza de seus atos.

Em se tratando do primeiro aspecto, este se detém à finalidade da atuação administrativa, que deve estar sempre pautada de forma neutra, da maneira que seus atos não beneficiem ou prejudiquem pessoas determinadas, assim, os resultados de seus atos devem ter como ponto final a indeterminação de pessoas – relaciona-se com o princípio da isonomia.

Por outra vertente, analisando da ótica da origem da atividade da administração pública, toda a sua atuação deve ser, também, de forma impessoal, em que os atos cometidos pela autoridade administrativa não estão relacionados ao agente que os praticou, mas sim, a entidade a que este representa.

¹³ SILVA, Matheus Teixeira da. **Da vinculação à lei à vinculação ao direito: a juridicidade como paradigma.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro. V. 2, n. 22. Rio de Janeiro, 2012, p. 11.

Assim como o princípio da legalidade, a impessoalidade deve ser base de toda a administração pública, uma vez que esta não possui meios de atingir os objetivos de realização social sem o tratamento igualitário aos seus administrados.

3.2.3. Princípio da Moralidade

Ainda que venha travestido de legalidade, os atos emanados pela administração pública podem ofender a moral, os bons costumes ou os fins reais da administração, dessa forma, tem-se clara ofensa ao princípio da moralidade. Uma vez que toda atividade administrativa deve reger-se em atendimento a todos os requisitos acima elencados.

A atividade administrativa, ainda que eivada de previsão legal, não pode agir em dissonância com a ética, com os valores sociais e, principalmente, com a finalidade de sua existência.

3.2.4. Princípio da Publicidade e Controle

Mesmo sendo executada dentro de sua previsão legal, a atividade administrativa – pela sua finalidade de atender ao fim social – não pode estar contida em uma esfera de ocultação, assim, toda a atividade administrativa deve estar pautada na ampla divulgação de seus atos.

Até mesmo pela necessidade de controle de sua atividade, a administração pública – que sempre funcionará no intento finalístico de promoção social – deverá caminhar com a transparência, resultante no conhecimento por todos, inclusive seus administrados, de sua atividade e seus atos.

3.2.5. Princípio da Eficiência

Todo o funcionamento da atividade administrativa deve estar pautado no melhor resultado possível de seus atos, assim, toda a estruturação da atividade administrativa, e seu modo organizacional, deve sempre buscar o resultado equacional de melhor resultado ao menor custo possível.

Enquadrado no artigo 37 da Constituição Federal a partir da Emenda nº 19/1998, tal princípio apresentou-se no momento em que ocorria a Reforma Administrativa e buscou inserir no sistema administrativo brasileiro uma forma mais gerencial da administração pública, onde

busca, em sua principal atividade, o alcance de resultados mais eficazes e bem implementados principalmente na gestão dos órgãos públicos.

Tal princípio, pode ser entendido ainda como a busca da administração pública pela excelência no gerenciamento dos recursos atendendo a princípios tais como “[...] *economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional.*”¹⁴

Inegável também é a comparação da implementação de tal princípio com o compreendido na iniciativa privada. Há uma lógica empresarial de busca eficaz de resultados lucrativos, fazendo com que, no momento em que se emprega técnicas e métodos de manejo de pessoal, de tratamento de funcionários, ou ainda na implementação de avaliações que determinarão o nível de imprescindibilidade de tal colaborador, aplicam o ente público uma similaridade com corporações privadas que almejam lucro e prestígio.

No entanto, o Estado não é uma empresa e sabe-se, que essa eficiência não será objetivada a qualquer custo, pois não é esse o objetivo do Estado, muito menos é sua motivação alcançar altos níveis de lucro mas sim devem de ser respeitados os limites previstos em lei, sobretudo o respeito à dignidade humana de seus administrados, devendo ser analisado e implementado tal princípio em conjunto com os demais dispostos pelo Direito Administrativo, fazendo com que a administração pública alcance resultados positivos e eficazes através da melhor aplicação da legislação.

3.2.6. Princípio da Motivação

Toda a atuação da administração pública deve estar pautada em razões, assim, todo ato emanado pela autoridade administrativa, deve ser motivado e fundamentado. Uma vez que a administração pública representa a atuação dos seus administrados, esta deve satisfazer aos seus, e expor a estes os motivos de cada uma de suas ações. Até mesmo para o alcance de seu controle, faz-se necessário que seja de conhecimento público a motivação de seus atos. Sendo os atos motivados será possível verificar se houve a observância da lei, como também aos outros princípios da administração pública.

3.2.7. Princípio da Proporcionalidade

¹⁴ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 144.

Mesmo que venha buscar a eficiência, a atividade administrativa não pode objetivar essa a qualquer custo, como já mencionado. Assim, tem-se que a aplicação da atividade administrativa deve estar relacionada com os objetivos por ela visados, onde a figura do administrador só poderá agir na dimensão proporcional ao fim necessário para a execução do ato, não podendo transpor tais limites. Pois, a desproporcionalidade do ato está intimamente ligada com a sua ilegalidade, sendo, por este motivo, objeto de revisão pela autoridade judiciária que deve invalidá-lo – isto quando não puder invalidar apenas a parte de sua atuação em excesso.¹⁵

Assim, entende-se que a proporcionalidade – sendo, esta, apresentada implicitamente na Constituição – busca limitar o campo de discricionariedade administrativa, evitando que a Administração Pública aja com excesso em sua atuação.

Para basilar a estruturação do princípio da proporcionalidade, a doutrina seguidora da escola alemã, conforme citado por Karoline da Silva Costa¹⁶, estabelece três elementos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

A atividade administrativa deve atuar sobre os ditames da legalidade, utilizando-se dos meios adequados para a realização finalidade de seu ato, preenchendo assim o primeiro elemento. Com relação ao segundo elemento – necessidade – a atuação administrativa não deve se ater para além do necessário, submetendo-se o administrado à desvantagem desnecessária, ou seja, a medida a ser escolhida, frente ao caso concreto, pelo administrador, não pode ultrapassar os limites adequados ao seu objetivo.

O terceiro elemento, versa sobre a quantidade da relação meio/fim: a proporcionalidade em sentido estrito; que busca verificar se a medida utilizada é proporcionalmente adequada, nem mais, nem menos para o objetivo do ato, ou seja, verificar-se-á se não houve medida exagerada ou insuficiente.

3.2.8. Princípio da Razoabilidade

Não tendo previsão expressa constitucional, o princípio da razoabilidade é um elemento de grande importância, no sentido de nortear a atividade administrativa. Para a consagração da

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

¹⁶ COSTA, Karoline da Silva. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle judicial da discricionariedade administrativa**. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2009, p. 88.

razoabilidade do ato administrativo, este tem que ser proporcional aos fins pretendidos e que a sua atuação se dê de forma mais eficiente possível para o alcance do fim almejado.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁷, o princípio da razoabilidade deve ser visto como uma forma de impor limites à discricionariedade conferida ao administrador, onde a falta de razoabilidade está intrinsecamente relacionada à ausência de proporcionalidade – onde se busca a correlação entre os meios utilizados e os fins almejados. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁸ defende que as condutas que não estão justificadas neste elo de meios e fins, devem ser consideradas inválidas, uma vez que a administração pública deve galgar sempre o cumprimento de critérios aceitáveis do ponto de vista racional.

3.3. Ato administrativo

Conceitualmente tratando, o ato administrativo consiste na expressão da máquina Estatal, tendo nele a materialização de suas atribuições e execuções. O doutrinador Hely Lopes Meirelles¹⁹, leciona que o ato administrativo “*é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*”.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro²⁰, o ato administrativo consiste na “*declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*”, adotando, portanto, um critério subjetivo e objetivo para determinada conceituação. Quanto ao critério subjetivo, Di Pietro²¹, aduz que ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos relacionados às suas decisões, ficando, portanto, excluídos os atos do Poder Legislativo e Judiciário, ainda que as decisões tenham características administrativas. O critério objetivo para a definição de ato administrativo possui fundamentação na separação dos poderes do Estado, vez que se define como ato administrativo aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, sendo que, aqui, independe se o ato for editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos. Já que, como consabido, os poderes Legislativo e Judiciário

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991, p. 147.

¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit. NOTA 15, p. 91.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. NOTA 7, p. 173.

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 185.

²¹ *Idem. Ibidem*, p. 182.

também praticam atos administrativos, uma vez que também desempenham funções administrativas, no entanto, a presente abordagem não será objeto de análise deste trabalho.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello²², define, de forma semelhante a Di Pietro, o ato administrativo como “*a declaração do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.*”

Finalmente, ao analisar as mais expressivas definições do termo, temos a definição de ato administrativo, cunhada por Phillip Gil França²³:

[...] é considerado a menor expressão estatal indicativa de contextualizações, determinações e realizações públicas. Nesse cenário, trata-se da atuação jurídica (comissiva ou omissa), unilateral e concreta, exteriorizada pela Administração Pública, ou por aqueles legalmente legitimados para tanto, advinda do seu exercício de função administrativa do Estado.

Representando a manifestação do maquinário público para que se façam valer, para que se justifiquem, para que se sustentem a escolha e a confiança da sociedade, como um todo, e de cada cidadão, singular ou coletivamente, em um regime estabelecido com vistas a melhorar suas vidas, incessantemente.

3.3.1. Elementos do ato administrativo

Definido em que consiste o ato administrativo, necessária se faz a sua classificação, no entanto, há de se considerar que existem diversas espécies de classificação do ato administrativo.

Para o enfoque do presente trabalho, analisar-se-á os atos administrativos na esfera de seu aspecto de subordinação ao ordenamento jurídico pois, a atuação administrativa pode ser dividida em duas espécies de atos: os atos administrativos vinculados e os atos administrativos discricionários.

Todavia, antes da conceituação e distinção entre os atos administrativos vinculados e discricionários, é imperioso trazer ao presente trabalho uma análise dos elementos e atributos dos atos administrativos.

Neste prisma, o artigo 2º da Lei nº 4.717/65 – Lei de Ação Popular – foi a base para que a doutrina definisse quais seriam os elementos que iriam compor o ato administrativo, haja vista

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit. NOTA 15, p. 393.

²³ FRANÇA, Phillip Gil. **Controle do ato administrativo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Mauricio Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, p. 01.

que na referida norma, ficaram determinadas as hipóteses de nulidade dos atos lesivos ao patrimônio jurídico. Senão, vejamos:

Art. 2º. São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Desta forma, a doutrina majoritária brasileira chegou à conclusão que o ato administrativo seria composto pelos seguintes elementos: competência, forma, motivo, finalidade e objeto. Esta definição também foi primordial para a distinção entre os atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários. Sem margem para exceções, os atos administrativos vinculados necessariamente precisam conter os cinco elementos ora mencionados, ao conferir poder à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, o legislador determina de imediato os elementos e requisitos necessários à sua formalização. De maneira distinta acontece com os atos vinculados da Administração Pública, vez que a lei confere ao sujeito responsável, pelos critérios de conveniência e oportunidade, conforme o interesse público, a melhor opção para a prática do ato, ou seja, o legislador permite uma margem de escolha em relação à dois elementos: objeto e motivo.

O elemento da competência sempre será determinado por lei, consistente na delimitação das atribuições do órgão, entidade ou agente que pratica o ato. A competência poderá ser objeto de delegação ou avocação, desde que não seja de competência exclusiva em lei. Quanto à finalidade, esta é o resultado que a administração pública pretende atingir com a prática do ato, que é igual para todo ato administrativo, ou seja, é o interesse público (finalidade genérica), ou aquele definida em lei para cada ato administrativo (finalidade específica).

A exteriorização do ato administrativo é realizada através da forma, que deverá obedecer à duas regras gerais, ou seja, a vontade da Administração Pública deverá ser escrita e sob os parâmetros do vernáculo da língua portuguesa. Todavia, excepcionalmente, a Administrativa Pública poderá exprimir a sua vontade através de ordens verbais, sinais, cartazes e placas, como por exemplo, a proibição de estacionamento nas ruas, desde que tais sinalizações sejam compreendidas pelos destinatários.

Em continuidade, para a validação do ato, tem que este necessita de um motivo (ou causa), sem o qual, o ato será submetido à verificação de legitimidade, vez que o motivo está relacionado à exposição dos fatos e do direito cuja ocorrência autoriza ou determina a prática

do ato e não se confunde com motivação, que por sua vez é a exposição por escrito do motivo, ou seja, a demonstração de que este realmente existe. Conforme já mencionado, o motivo poderá ser vinculado ou discricionário.

Por fim, para a concreta validação do ato administrativo tem-se o objeto ou “conteúdo”. O objeto é o efeito jurídico imediato que o ato produz, e, apesar de ser um elemento discricionário da Administração Pública, o objeto deve ser lícito, ou seja, conforme previsão legal, possível quanto à realização do ato no mundo dos fatos e do direito, certo em relação ao destinatário, ao tempo e lugar, como também, deve ser moral, isto é, há a necessidade de harmonia entre o objeto e os padrões comuns de comportamento social.

3.3.2. Atributos do ato administrativo

Além dos elementos, os atos administrativos também são dotados de atributos ou características, conforme preceituam alguns doutrinadores. Os atributos diferem dos elementos do ato administrativo, vez que não são requisitos de validade para a eficácia do ato, todavia, são características que diferenciam os atos administrativos dos demais atos praticados por particulares.

São quatro os tipos de atributos do ato administrativo, sendo eles: a) presunção de legitimidade ou veracidade; b) autoexecutoriedade; c) imperatividade; e d) tipicidade. A presunção de legitimidade ou veracidade está relacionada ao Princípio da Legalidade da Administração Pública, ou seja, presume-se, até prova em contrário, que o ato administrativo foi realizado de acordo com a lei e que os fatos alegados pela administração para a prática do ato, também, sejam verdadeiros. Porém, apesar do referido atributo permitir a execução imediata do ato administrativo, essa presunção de legitimidade ou veracidade é relativa e não absoluta, pois admite prova em contrário. Nesse sentido, leciona Alexandre Mazza²⁴:

[...] importante destacar que se trata de uma presunção relativa (*juris tantum*), podendo ser afastada diante de prova inequívoca da ilegalidade do ato. Por óbvio, o ônus de provar o eventual defeito incumbe a quem alega, isto é, cabe ao particular provar a existência do vício que macula o ato administrativo. Daí afirmar-se que a presunção de legitimidade inverte o ônus da prova, não cabendo ao agente público demonstrar que o ato por ele praticado é válido, e sim ao particular incumbe a prova da ilegalidade.

A característica de auto executoriedade consiste no poder em que a Administração Pública tem de executar o ato sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, todavia,

²⁴ MAZZA, Alexandre. op. cit. NOTA 14, p. 212.

necessita de previsão expressa na lei, dispensando a necessidade do texto normativo mencionar a palavra auto executoriedade. O ato administrativo também pode ser auto executório quando ocorrer uma situação de urgência onde o interesse do público foi violado e, conseqüentemente, inexistir um meio judicial idôneo capaz de evitar a lesão. O atributo em tela encontra-se diretamente correlacionados aos Princípios da Razoabilidade e Princípios da Proporcionalidade, pois os atos administrativos devem possuir como finalidade o interesse público e não o interesse público do sujeito responsável pelo ato. Nesse sentido, relevante trazer à baila a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro citada por Marcelo Alexandrino²⁵:

No Direito Administrativo, a autoexecutoriedade não existe, também, em todos os atos administrativos; ela só é possível:

1. quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas autoexecutórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade a execução do contrato, a encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas autoexecutórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir;
2. quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece, também, no âmbito da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoas e coisas.

Quanto ao terceiro atributo, os atos administrativos são dotados de imperatividade ou exigibilidade. A primeira está relacionada ao poder que a Administração Pública possui para impor obrigações a terceiros, independentemente da concordância destes. Por sua vez, a exigibilidade é o poder que os atos administrativos possuem de serem exigidos quanto ao seu cumprimento, sob ameaça de sanção, distinguindo-se da imperatividade apenas porque prevê uma coerção para que o ato administrativo seja cumprido conforme determinação legal.

Por fim, o último atributo do ato administrativo é a tipicidade. Trata-se do atributo pelo qual o ato da administração pública deve corresponder ao texto normativo, ou seja, em lei, e, tão somente desta maneira, encontra-se apto a produzir determinados efeitos na realidade da administração pública. Em virtude de existir a imposição de vontade da Administração Pública, a tipicidade existe apenas nos atos unilaterais (atos normativos, atos punitivos e atos de polícia), não ocorrendo nos atos bilaterais, como por exemplo, nos contratos administrativos, que por sua vez, dependem de aceitação da parte contrária.

Desta maneira, verifica-se que os elementos dos atos da Administração Pública são requisitos necessários para a validade dos mesmos, vez que a ausência de um dos elementos

²⁵ ALEXANDRINO, Marcelo. *op. cit.* NOTA 4, p. 573.

pode tornar o ato inválido, e, posteriormente, nulo, enquanto os atributos dos atos administrativos são características peculiares que os distinguem dos demais atos realizados por particulares. Todavia, é oportuno destacar que, tanto os elementos quanto os atributos dos atos administrativos necessitam de amparo legal, mesmo quando tratar-se de ato vinculado ou discricionário da Administração Pública, assunto este que será tratado no seguinte tópico.

3.3.3. Ato administrativo vinculado e discricionário

É de suma importância, para melhor abordagem do presente trabalho, diferenciar o ato administrativo vinculado e o discricionário.

Ao vincular a atuação administrativa, objetivando e prevendo as possibilidades que o administrador encontrará, frente o caso fático, o legislador busca restringir a apreciação da administração aos juízos de conveniência e oportunidade de sua atuação, assim, temos a definição de ato administrativo vinculado.

Por sua vez, os atos discricionários, conferem ao administrador a liberdade de, ao se deparar com as mais diversas situações do dia a dia da administração pública, tenha este a possibilidade de analisar a conveniência e oportunidade ao editar seus atos.

Evidentemente, esta amplitude não pode se apresentar de forma desregulada, estando, o administrador, ainda que tenha sua liberdade, vinculado aos ditames legais, desse modo, surge o controle jurisdicional da atuação administrativa, que nada mais é do que a revisão dos atos, sobretudo os discricionários – justamente pela liberdade conferida pelo legislador – por parte da autoridade judiciária.

3.4. Discricionariedade administrativa

É de suma importância que, na execução da atividade administrativa, a figura que representa o Estado em seus atos tenha a amplitude e liberdade de direcionar o trabalho de acordo com as mais diversas nuances e possibilidades que o mundo real apresenta.

Por mais que o legislador busque prever, objetivando normatizar, as situações em que o Estado virá a se deparar com o desempenho de sua atividade, a complexidade das relações humanas, inexoravelmente trará novas situações.

Assim, o administrador, até mesmo pela sua proximidade com o exercício e resultado da atividade administrativa, necessita ter a amplitude de análise e conveniência de seus atos, prevendo todas as hipóteses necessárias ao alcance de sua finalidade, sendo assim mais preparado para tomar as decisões e escolhas mais adequadas as situações fáticas.

Nesse sentido, Karoline da Silva Costa²⁶ observa que:

[...] embora a Administração Pública esteja adstrita à observância da lei quando da realização de suas atividades, muitas vezes se faz necessário que se atribua certa margem de liberdade de escolha ao administrador, do contrário, sua atuação se reduziria meramente a algo mecânico: ao simples cumprimento de ordens emanadas do legislador. Dessa forma, dentro dos parâmetros legais, a discricionariedade é conferida ao gesto público, não para que este utilize o poder como uma prerrogativa pessoal, mas para que este exerça seu mister na busca da realização do interesse público da melhor maneira possível.

A discricionariedade, frente ao caso concreto, possui sua razão de existência no alcance do objetivo do ato administrativo – em sempre buscar a melhor solução –, porque caso a lei previsse determinada conduta, dentre as várias possíveis, poderia limitar o administrador, a depender do caso, a não conseguir atingir a melhor resposta. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello²⁷ conclui:

“[...] tem-se de concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricionariedade reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo *pretendido como imprescindível* e reputado capaz de assegurar, *em todos os casos*, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma. Daí a outorga de discricionariedade para que o administrador – que é quem se defronta com os casos concretos – pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.” Grifo do autor.

É objetivando o melhor comportamento do administrador, frente ao caso concreto, que a norma cria esse campo de discricionariedade, dando certa margem a este de atuar sob os mais diversos nuances apresentados.

No entanto, oportuno salientar que a discricionariedade necessária à atividade administrativa não deve confundir ao administrador como uma mera liberdade – sem possibilidade de controle – uma vez que, por vezes, tem se mostrado a tenuidade entre esta amplitude e a autonomia necessária para a sua atuação.

Deste modo, referida extensão de possibilidades não pode ser confundida com um passe livre para a tomada de decisões ao livre arbítrio do administrador sem a devida observação aos critérios de validade do ato administrativo: competência, motivo, objeto, forma e finalidade. Observando-se a ausência de qualquer destes critérios, tal ato passa a ser sujeito de apreciação judiciária no sentido de invalidá-lo.

²⁶ COSTA, Karoline da Silva. op. cit. NOTA 16, p. 47.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 33.

3.4.1. Os conceitos jurídicos indeterminados

Para conceituar a necessidade da amplitude na atuação da atividade administrativa, doutrinariamente, busca definir as situações de fato – em que ensejará uma maior liberdade ao administrador – em que consiste os conceitos jurídicos indeterminados:

[...] definição propositadamente vaga utilizada pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições socioeconômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei.²⁸

Em se tratando dos conceitos jurídicos indeterminados, há duas correntes que tratam do tema, como evidencia Maria Sylvania Zanella Di Pietro²⁹, a primeira corrente diz que os conceitos jurídicos indeterminados não trazem à atividade administrativa a discricionariedade – no sentido de liberdade de atuação – uma vez que a atuação administrativa será de mera interpretação do caso concreto com a aplicação da lei, tendo, assim, uma única solução possível conferida ao administrador; a segunda corrente, entende que os conceitos jurídicos indeterminados se tratam de conceitos de valor, conferindo, assim, uma possibilidade de apreciação ao administrador, diante do caso concreto, no entanto, essa discricionariedade pode ser afastada, diante de certos casos, quando se verificar uma situação em que não será admitida soluções alternativas. Ou seja, as duas teorias, apesar de coadunarem no sentido de conferir a liberdade ao administrador, diferenciam-se ao interpretar o que é a discricionariedade, de fato, e o que é a mera atividade interpretativa.

4. OS MECANISMOS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Inicialmente é válido destacar a disseminação na legislação brasileira, acerca dos mecanismos de controle da atividade administrativa. Uma vez que os diplomas legais que tratam de direito administrativo são, de muitas maneiras, esparsos, não compreendidos em um

²⁸ Termo precisamente definido por José Eduardo Faria, apud, FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 222, p. 97-116, out. 2000, p. 107.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. op. cit. NOTA 20, p. 204.

único lugar como acontece com os ritos processuais ou ainda com legislações de caráter explicativo e definitivo como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

A aplicação de um controle às atividades desempenhadas no âmbito administrativo ao poder público deriva de uma característica essencial dos Estados de Direito, conforme leciona Marcelo Alexandrino³⁰:

A sujeição das atividades administrativas do Poder Público ao mais amplo controle possível é um corolário dos Estados de Direito, nos quais somente a lei, manifestação da vontade do povo, único titular da coisa pública, deve pautar toda a atividade da administração pública, atividade esta cujo fim mediato deve sempre ser o mesmo: a defesa do interesse público.

Assim, pode-se compreender este controle exercido no âmbito administrativo como aquele em que, na concatenação de diversos instrumentos estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, permitem que haja uma honesta fiscalização das atividades exercidas pelo poder público seja pelos três poderes, seja pelo próprio povo através dos órgãos fiscalizadores com o intuito de trazer mais eficiência aos atos administrativos.

Dentro das modalidades de controle a doutrina as classifica por interno, externo e popular, onde o primeiro é o “*exercido dentro de um mesmo Poder, seja o exercido no âmbito hierárquico, seja o exercido por meio de órgãos especializados, sem relação de hierarquia com o órgão controlado*”³¹; por exemplo, como o poder que têm os cargos de chefia perante os demais servidores. Tal controle é trazido na Carta Magna de 1988 em seu Art. 74, *in verbis*:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de:

I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União;

II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

III - exercer o controle das operações de crédito, avais e garantias, bem como dos direitos e haveres da União;

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

§ 1º Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

§ 2º Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

³⁰ ALEXANDRINO, Marcelo. op. cit. NOTA 4, p. 883.

³¹ *Idem. Ibidem*, p. 885.

O controle externo, por sua vez são aqueles exercidos por um Poder sobre outro Poder, a exemplo como o já citado *impeachment* que se traduz no controle que tem o Legislativo perante o Executivo, citando como exemplo os dispostos no Art. 49, V e IX da Constituição Federal.

O controle popular decorre do núcleo da democracia, da palavra grega *demokratia* onde o *demos* significa povo e o *kratos* poder, ou seja, o poder do povo. Portanto, em um Estado Democrático de Direito, exerce o povo um papel de destaque. Constatado tal poder, ainda no Art. 1^a da Carta Constitucional, onde em seu parágrafo único expressa “*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.*” Grifo nosso.

Assim, cabe ao povo, por meio de órgãos e determinações estipuladas pelo governo mas, principalmente, pela legislação, fiscalizar e se for o caso, demonstrar a insatisfação proveniente de, o que se pode entender por, gestão irregular; eis a razão pela qual as contas dos municípios, por exemplo, devem ficar, pelo período de 60 dias, todo ano, a disposição de qualquer contribuinte.³²

Tendo abordado, ainda que brevemente, os conceitos da atividade administrativa, seus princípios e sua discricionariedade, bem como os tipos de controle aos atos administrativos, passa-se a análise do controle por parte do Poder Judiciário da atividade administrativa, sobretudo de sua execução, com a emanção de seus atos.

4.1. Os mecanismos de controle jurisdicional

O exercício da função administrativa não está apenas submetido à lei em sentido formal, mas sim a todo o ordenamento jurídico. Desse modo, a atividade administrativa deve caminhar em conformidade com a lei, com a doutrina e os princípios como um todo.

Oportuna é a definição de Phillip Gil França³³ ao conceituar o controle jurisdicional sobre a perspectiva da atuação administrativa do Estado, em que estabelece o referido controle como a atividade de revisão que decorre das relações entre os sujeitos – administrador e administrado – tendo esta atuação o poder de cancelar, corrigir, substituir, anular ou determinar providências acerca da atuação estatal que seja passível de alteração ou confirmação.

³² *Idem. Ibidem*, p. 885.

³³ FRANÇA, Phillip Gil. op. cit. NOTA 23, p. 08 e 09.

Por ter sua previsão constitucional, ainda que implícita, no art. 5º, inc. XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” – o controle jurisdicional da atividade administrativa não pode ser considerado uma invasão na competência de discricionariedade deste, uma vez que, a citada previsão legal, mostra-se apenas como a necessária averiguação do primeiro requisito do ato administrativo – a legalidade.

Sobre o tema, posicionou-se Odete Medauar³⁴: *A proteção judiciária representa um dos pilares do Estado de Direito, sobretudo como corolário do princípio da legalidade que norteia a atuação dos poderes públicos.*

Nesse sentido, Juarez Freitas³⁵ leciona que a atuação administrativa, ainda que se trate dos atos administrativos discricionários, deve estar ligada à totalidade aos princípios de maneira insolúvel, sob pena de se confundir a liberdade administrativa com arbitrariedade, posto que não há como o administrador atuar – em coaduno aos interesses da população – à margem do campo principiológico ou, até mesmo, contra este.

No entanto, além de examinar a atividade administrativa, o Poder Judiciário necessita estabelecer um elo de confiança entre o administrado e sua chancela, para que, ao se sentir lesionada, a parte interessada tenha caminhos a seguir, trazendo, assim, a razão de existência do referido controle.

Assim, já que a atividade administrativa se correlaciona a todo o ordenamento jurídico, é de se esperar que o seu controle perpassa a mesma área de atuação. Desse modo, o juízo de controle analisa as Teorias do Desvio de Poder e dos Motivos Determinantes, bem como os princípios que regem a atividade administrativa, respeitando, obviamente, a discricionariedade necessária conferida ao administrador.

4.2. A diferenciação do controle nos atos discricionários e vinculados

Necessário lembrar que o controle jurisdicional da atividade administrativa está vinculado a um controle de legalidade, e não de mérito. Uma vez que, ao analisar a atuação discricionária do administrador, o judiciário, caso chegue à conclusão de que referido ato não preenche os requisitos legais de validade, deve declarar a sua invalidade. Para a referida conclusão, faz-se necessário perceber que o administrador só poderia chegar a uma única decisão, e esta não foi a adotada. Caso se visualize mais de um caminho, não deve poder, o

³⁴ MEDAUAR, Odete. **Controle jurisdicional da Administração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 166.

³⁵ FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 129.

judiciário decidir quais caminhos a administração deve seguir. Por isso, classifica-se o referido controle como uma atuação no campo da legalidade, e não no mérito do ato administrativo.

No controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados, uma vez que estes têm os seus critérios previstos no dispositivo legal, toda a apreciação por parte da atividade judiciária se dará de forma plena, já que, nessa situação, não caberá ao administrador nenhum juízo de conveniência ou oportunidade para a emanção do ato.

Em se tratando de mérito do ato administrativo, este reside na atuação política do administrador, e a atuação do Poder Judiciário neste campo, entra em conflito direto com o princípio da separação dos poderes, assim, o referido controle não pode ser confundido com um campo de possibilidade conferido ao Judiciário em reavaliar tal mérito, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho³⁶.

Assim, não pode ser conferido, no exercício deste controle, ao Poder Judiciário as atribuições típicas da atividade administrativa, devendo, a sua análise, constituir-se apenas da revisão metodológica utilizada pelo administrador, evitando-se abusos e desvios ao conduzir a máquina pública.

4.3. Teoria do Desvio de Poder

Tratando do controle jurisdicional da atividade administrativa, é de grande relevância abordar a Teoria do Desvio de Poder que consiste na atuação do agente administrativo que, ao praticar o ato, o fazê-lo por uma finalidade diversa do previsto legalmente, retirando assim, deste ato, a sua validade por vício de finalidade ou quando o agente emana o ato administrativo sem a necessária competência para tal, atuando excessivamente aos seus limites legais.

Assim, entendem Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷ e Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁸ que o desvio de poder se apresenta em duas situações: quando há um desvio completo em relação ao interesse público – aqui o administrador pratica atos em completo desconforme com a finalidade pública – ou quando há um desvirtuamento em relação à finalidade específica do instituto jurídico utilizado.

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. op. cit. NOTA 06, p. 920.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade - Fundamentos, natureza e limites. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 122, dez. 1975, p. 16 e 17.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. NOTA 20, p. 207.

Em outras palavras, o administrador, no uso de seus poderes conferidos legalmente, faz da máquina pública um meio para o alcance de interesses privados – seus ou de terceiros – retirando, do ato, o fim principal que é o interesse público.

Para a Teoria do Desvio de poder, o interesse público é o fim principal da atividade administrativa, assim, um ato que busca favorecer entes privados, encontra-se eivado de vício, afastando a sua legalidade, sendo, portanto, anulável.

Deve-se constar a relevância de tal teoria, uma vez que esta proporcionou uma melhor análise com relação ao controle da atuação administrativa discricionária, pois definiu-se que toda a administração pública deve funcionar num só sentido de finalidade – este previsto em lei – sob pena de se verificar o vício de legalidade em sua atuação.

4.4. Teoria dos Motivos Determinantes

Como consabido, todo ato administrativo deve ser motivado, com o devido fundamento de sua atuação, assim, quando há um desvio entre o motivo alegado na verificação do ato e os motivos reais para a sua aplicabilidade, tem-se a teoria dos motivos determinantes.

A Teoria dos Motivos Determinantes busca analisar os fundamentos que motivaram o administrador a emanar tal ato, verificando se tais motivos realmente existiram e estão, assim, de acordo com a verdade.

Sobre o tema, é de mister importância citar a definição de Hely Lopes Meirelles³⁹:

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

À exemplo da citada teoria, temos o caso em que o administrador, alegando falta de verba para a manutenção do cargo, resolve exonerar o agente público e, logo em seguida, sem haver modificação da situação econômica, nomeia outro funcionário para preencher a vacância deste mesmo cargo – importante frisar que, o exemplo em tela, ocorre nos cargos *ad nutum*, ou seja, cargos em comissão, de livre preenchimento e exoneração.

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit. NOTA 7, p. 223 e 224.

A análise da teoria dos motivos ao emanar o ato administrativo tem-se demonstrado com relevante mecanismo na revisão dos atos administrativos discricionários, uma vez que esta teoria busca verificar os motivos reais e alegados – se são verdadeiros e foram fielmente descritos – na emanação do ato.

Como bem observado por Antônio Carlos de Araújo Cintra⁴⁰, a teoria dos motivos determinantes mostra sua relevância ao delimitar a atuação discricionária sem reduzir o juízo de conveniência e oportunidade legalmente conferido ao administrador, atenuando a noção de que o juízo de discricionariedade é um espaço de liberdade ao administrador permitindo a sua arbitrariedade.

Referida teoria evidencia a sua importância ao pontuar a necessidade de uma existência e veracidade dos motivos que validam o ato administrativo – sobretudo os discricionários.

A Teoria dos Motivos Determinantes, no entanto, encontra obstáculos em sua análise, uma vez que se mostra oportunamente difícil ao questionador a prova de que os reais motivos para o proferimento do referido ato se encontram em dissonância com os motivos alegados.

4.5. A utilização dos princípios como meio de controle

O controle jurisdicional possui por finalidade assegurar que a atividade administrativa atue de acordo como os princípios que a rege, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, motivação, proporcionalidade, razoabilidade; assim, depreende-se que tarefa primordial desta atuação reside no âmbito da garantia dos fins sociais tratados como objetivos fundamentais do Estado, previstos no art. 3º da Carta Magna.

Evidente destacar que o exercício de controle de tal atividade também deverá estar unido de tais requisitos. A utilização dos princípios no referido controle tem forte influência da natureza garantista da Constituição Federal de 1988, que traz ao primeiro plano a ampliação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴¹ leciona que o controle da atividade administrativa baseado na observância dos princípios deve estar atento aos princípios constantes na Carta Magna – sejam estes os explícitos ou implícitos. Complementando a teoria de Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello⁴², defende que a ótica

⁴⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 188.

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* NOTA 20, p. 173.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.* NOTA 15, p. 94.

do referido controle deve observar, principalmente, a causa/motivo que ensejou a emanção do ato.

Nesse sentido, é válido citar Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴³:

Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz.

Ainda que se considere a grande necessidade de conferir liberdade ao administrador no exercício de suas funções de decidir o melhor caminho, sabe-se que esta deve ser pautada no coaduno com os princípios inerentes à administração pública, é preciso preencher a atividade administrativa com os objetivos que pretendem alcançar a Constituição – realizando os princípios e valores ali consagrados. Nesse sentido, Juarez Freitas⁴⁴, pontua:

Toda discricionariedade, exercida legitimamente, encontra-se, sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais, acima das regras concretizadoras. Nessa ordem de ideias, quando o administrador público age de modo inteiramente livre, já deixou de sê-lo. Tornou-se arbitrário. Quer dizer, a liberdade apenas se legitima ao fazer aquilo que os princípios constitucionais, entrelaçadamente, determinam.

Ainda que sua atuação, eventualmente, se colida com alguma norma ordinária, esta colisão jamais poderá ser tolerada frente à Constituição – sobretudo seus princípios. Sobre a relevância do princípio, conclui Celso Antônio Bandeira de Mello⁴⁵:

O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Assim, imperioso destacar que a violação de um princípio não se constitui como um mero descumprimento normativo, mas sim, uma grave violação ao ordenamento jurídico como um todo; configurando-se como a mais séria ilegalidade.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. NOTA 20, p. 181.

⁴⁴ FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 08.

⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. op. cit. NOTA 15, p. 922 e 923.

Importante observar que, quando se fala em legalidade, não se tem a sua abordagem em seu sentido mais específico, mas sim em toda a amplitude de seu conceito, devendo estar subordinado aos princípios constitucionais em sua totalidade.

Em outras palavras, não há como se compreender a atividade administrativa se conduzindo fora dos princípios criados pelo ordenamento jurídico, que serão observados a seguir:

O princípio da legalidade é considerado o primeiro e mais importante princípio inerente à administração pública, uma vez que toda as atividades administrativas são subordinadas ao ordenamento jurídico como um todo – e não somente à lei em seu sentido estrito. Sobre a importância da legalidade como um princípio de diretriz da atuação administrativa, Rubem Dário Peregrino Cunha⁴⁶ leciona:

A legalidade é a base matriz de todos os demais princípios constitucionais que instruem, condicionam, limitam e vinculam as atividades administrativas. Assim, os demais princípios constitucionais servem para esclarecer e explicitar o conteúdo do princípio maior ou primário da legalidade.

Exatamente por servir de base para os demais princípios, a legalidade não se apresenta como um único meio suficiente a conferir o controle jurisdicional, sendo imperioso que esta seja o meio de inspiração à idealização dos outros princípios na vertente dos valores e anseios objetivados pela sociedade.

Já a impessoalidade possui duas óticas, como já foi tratado no presente trabalho, são elas: o tratamento que a autoridade administrativa dá aos seus administrados (não podendo beneficiar a si ou a outrem por interesses particulares) e a descaracterização da pessoa do administrador em sua atuação (os atos emanados pela administração não podem ser imputados a pessoa do emanador destes).

Para a verificação de controle da atividade administrativa, é necessário observar a primeira vertente da impessoalidade. Assim, não é aceitável o subjetivismo injustificado da atuação administrativa, devendo esta agir de forma equânime e sempre objetivando atingir os fins sociais. À exemplo da violação da impessoalidade administrativa, que pode ensejar a atuação do controle jurisdicional, são o nepotismo, partidarismo e a promoção pessoal do administrador.

⁴⁶ CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa**. Salvador: Vercia, 2005, p. 180.

Ao estudar o controle jurisdicional pela ótica do princípio da moralidade administrativa, é oportuno trazer o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴⁷:

Sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

A atuação administrativa deve ser pautada no exercício contínuo de moralidade, uma vez que, ao se verificar sua ausência, o ato deverá ser invalidado pois, a administração, deve coadunar sua atuação segundo os valores éticos e morais esperados e defendidos pela sociedade.

Ao se executar o controle jurisdicional da atividade administrativa sobre a perspectiva da publicidade de seus atos, deve, o Poder Judiciário, analisar a transparência de sua atuação, bem como a ampla divulgação de seus atos – seja em relação ao povo de forma geral ou ao cidadão específico que vier a requerer tal conhecimento.

Ao inserir o princípio da eficiência como constitucional à atividade administrativa, compreende-se que o exercício do dever de administrar deve sempre alcançar o melhor resultado ao menor custo possível. Assim, torna tal aspecto um fim a sempre ser alcançado e, conseqüentemente, a sua não observância evidenciará a possibilidade do controle jurisdicional no sentido de observar o meio mais eficaz para a realização do ato.

Relacionado ao controle sob a ótica do princípio da eficiência, está a realização desta revisão considerando os aspectos em objetivar o atendimento do melhor interesse da administração pública. No sentido de orientar-se pelo inexorável caminho de alcançar o melhor interesse público – ainda que hajam múltiplas opções, certamente uma delas representará melhor o sentido de sua atuação.

Como já estudado, o princípio da motivação exige que o administrador fundamente seus atos em situações de fato e de direito. A não observância de tais aspectos, sujeita o ato à declaração de invalidade pelo Poder Judiciário, como bem leciona Adilson Abreu Dallari⁴⁸:

A discricionariedade não é nem um cheque em branco, nem uma palavra mágica. O Poder Judiciário pode e deve julgar a licitude de atos praticados no exercício e competência discricionária, para decretar nulidades do ato praticado com desbordamento dos limites da discricionariedade (...). Se o ato praticado não for devidamente motivado, se não for precedido de motivação explícita, não haverá como

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. op. cit. NOTA 20, p. 70.

⁴⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Controle do desvio do poder**. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. e LIMA, Liana Maria Tabora (coords.). O abuso de poder do estado na atualidade. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006, p. 05.

se proceder a uma verificação da consistência dos motivos que ensejaram a decisão tomada. A falta de motivação é um vício autônomo, capaz de ensejar a decretação da nulidade do ato. Sem explicitação dos motivos é quase impossível o controle da discricionariedade e do desvio de poder.

Ainda que, doutrinariamente⁴⁹, enxergue-se a proporcionalidade apenas como um dos aspectos da razoabilidade, esta não tem menor importância no exercício de controle da atividade administrativa pela autoridade judiciária. Já que, à luz do referido princípio, verificar-se-á se a atuação administrativa agiu dentro dos ditames legais – sem se exceder ou faltar aos requisitos legais necessários – e, ainda, que tenha se utilizado dos meios adequados.

No entanto, para Rubem Cunha⁵⁰, a proporcionalidade e a razoabilidade são princípios diferentes, ainda que estejam relacionados entre si. Para ele, os motivos que determinam a atuação estatal e a emanção dos seus atos devem ser adequados, sensatos, aceitáveis, não excessivos e, o resultado, proporcional a todos estes elementos, utilizando-se, sempre, os meios adequados para tal.

A verificação da atuação administrativa, pela autoridade judiciária, sobre a ótica do princípio da proporcionalidade reside em verificar a relação entre os meios utilizados pelo administrador e os fins alcançados, ponderando se tal atuação se deu de maneira equilibrada, sem excessos e proporcionalmente adequada ao objetivo a ser atingido⁵¹.

Assim, pode-se entender que o que norteia o controle sobre o fundamento do princípio da proporcionalidade versa sobre o excesso de poder da autoridade ao emanar o ato – quando este poderia ter o feito de maneira diversa, menos danosa ao Estado e seus administrados.

Segundo Edimur Ferreira de Faria⁵²:

O administrador público, ao atuar, deverá sempre sopesar o gravame que pretende impor ao administrador e o fim que almeja com a medida. Caso a autoridade adote sacrifício maior do que o fim almejado para o destinatário do ato, dir-se-á ter havido arbitrariedade por parte do autor da medida. Nesse caso o ato resultante da conduta aparentemente legal sujeitar-se-á ao controle do Poder Judiciário, podendo ser anulado se constada a desproporcionalidade a atuação do agente, caso a Administração Pública não reveja em tempo hábil o seu ato danoso.

Mesmo quando a lei confere uma certa margem de escolha ao administrador, este deve fazer suas opções objetivando sempre o melhor resultado aos fins do Estado. Então, o objetivo

⁴⁹ Conforme observado por COSTA, Karoline da Silva. op. cit. NOTA 16, p. 85.

⁵⁰ CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa**. Salvador: Vercia, 2005, p. 184.

⁵¹ COSTA, Karoline da Silva. op. cit. NOTA 16, p. 89.

⁵² FARIA, Edimur Ferreira de. **O controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 178.

do princípio da proporcionalidade é manter a discricionariedade de forma válida, conferindo, ainda, ao administrador o campo de liberdade que lhe é necessário sem, no entanto, não retirar os objetivos finais da atuação estatal.

Ao analisar, ainda que de forma sucinta, os meios de controle jurisdicional da atividade administrativa, faz-se necessário pontuar os limites do referido exercício de atuação, pois, quando age com arbitrariedade, o administrador ultrapassa a esfera de sua competência, trazendo vício ao ato. Juarez Freitas⁵³, sucinta que o poder discricionário não se vincula somente ao juízo de legalidade, pois a vinculação dos atos administrativos aos demais princípios jurídicos é intrínseca a estes. Desse modo, a atividade administrativa – ainda que discricionária – que não se submete aos princípios jurídicos se revela de maneira arbitrária.

O juízo de escolha conferido ao administrador é, louvadamente, explicado com uma analogia a uma viagem de trem, contada por Romeu Felipe Bacellar Filho⁵⁴:

A atividade discricionária assemelha-se a uma viagem empreendida por uma composição ferroviária, em que a Administração seria a locomotiva com os respectivos vagões, sendo o maquinista o Administrador Público. Os trilhos correspondem à lei. O itinerário seguirá tranquilo e previsível, pois submetido ao princípio da legalidade o administrador deverá traçá-lo sempre em cima dos trilhos, sob pena de descarrilamento da composição. Haverá de chegar um momento, contudo – uma encruzilhada com várias vertentes –, em que a lei não o informará qual a direção a ser seguida. Incumbirá ao maquinista, administrador público, sem se afastar dos trilhos da lei, aferir a oportunidade e a conveniência da escolha do caminho ou da vertente apropriada. Incumbir-lhe-á, sempre, inclinar-se pela melhor opção.

Na analogia contada pelo autor, ao se deparar com a situação em que precisa tomar uma decisão – frente aos vários caminhos, o administrador deve escolher qual vertente seguir, objetivando, sempre, a melhor escolha aos interesses do povo e da máquina pública, sob pena de ver toda a atuação administrativa “sair dos trilhos”.

Por fim, faz-se necessário pontuar que, ao se fazer o controle jurisdicional da atividade administrativa, analisando pela ótica principiológica, deve-se atentar para a tenuidade do referido controle, uma vez que, dada a subjetividade dos princípios, pode-se acabar permitindo, por outro lado, que o Poder Judiciário perpassse sua competência interferindo de modo ostensivo na atuação administrativa. Em outras palavras, o referido controle não poderá interferir nos aspectos reservados à subjetividade dos conceitos de conveniência e oportunidade da administração pública.

⁵³ FREITAS, Juarez. op. cit. NOTA 35, p. 133.

⁵⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61 e 62.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou abordar a atuação do Poder Judiciário no exercício de controle da atividade administrativa, em razão do, cada vez mais crescente, controle jurisdicional nesta atividade.

A questão do controle do exercício de poder remonta desde as primeiras noções de separação de poder estatal – separação no sentido de especialização de poderes – uma vez que, para o atingimento do objetivo final da sociedade, a atuação do Estado deve estar expurgada de interesses particulares.

Pôde-se compreender que para o melhor exercício da atuação estatal, faz-se necessário conferir ao administrador certa liberdade de escolha, frente ao caso concreto, no entanto, tal amplidão não pode ser confundida como um campo de arbitrariedade. Por este motivo, o exercício do controle da atividade administrativa se apresenta de maneira crucial para a realização dos objetivos da administração pública.

Como foi demonstrado no presente trabalho, a discricionariedade administrativa não pode ser entendida como uma mera liberdade conferida ao administrador para atuar da maneira que vier a lhe convir, sobrepondo os interesses privados aos da administração pública, assim, direciona-se o referido controle balizando a atuação judiciária nos princípios de direito.

Por outro lado, é imperioso observar que o controle jurisdicional da atividade administrativa não pode se dar de maneira livre e desordenada pela autoridade judiciária, uma vez que, da mesma forma que o Poder Executivo tem limitações normativas em sua atuação, o Poder Judiciário também é dotado de tais limites. Assim, a referida revisão deve se direcionar na observância dos princípios inerentes a administração pública, como a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, motivação, proporcionalidade, razoabilidade, dentre os outros princípios que residem na fundamentação da atividade administrativa.

Além disso, deve-se realizar a observância de teorias específicas acerca do tema, como a Teoria dos Motivos Determinantes e a Teoria do Desvio de Poder, onde limita-se a discricionariedade administrativa ao verificar os motivos reais e alegados que ensejam a emanção do ato, bem como a sua finalidade. Já que a finalidade e o motivo são requisitos necessários para a validade do ato.

Cumpra observar, também, que o controle jurisdicional não pode interferir no mérito que fundamenta a atuação administrativa, uma vez que tal seara é conferida ao administrador, não podendo, o Judiciário, tomar para si a função administrativa.

Desse modo, toda as vezes em que se falar no controle judicial, deve se estar tratando da legalidade da atuação do administrador, verificando se sua decisão foi a melhor possível, dentre as soluções possíveis no caso concreto, restringindo a revisão ao campo normativo.

Ao estudar o controle judicial, é evidente perceber que, cada vez mais, o espaço de atuação – no campo discricionário – tem (e deve ter) sido reduzido, uma vez que é nesta seara que se encontra os pontos mais críticos da atividade administrativa irregular, onde os interesses privados acabam se sobrepondo ao interesse da população – indo de encontro como o que é esperado da atuação administrativa e, conseqüentemente, dos objetivos do Estado.

THE JURISDICTIONAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE DISCRIMINATION

Warmstrong Gomes Maia

ABSTRACT

The present work has the general objective of conceptualizing and analyzing the circumstances of the jurisdictional control of the discretionary administrative activity, bringing the historical perspective on the separation of powers and control between them. Residing in a study on the limits of the Judiciary Branch, considering in which situations the judicial action is presented in a timely and relevant manner and, to what extent, the executive public power is endowed with discretion - in the sense of judgment of convenience and opportunity - in their administrative performance. The social justification of the present work shows itself in the necessary understanding about the mentioned limit, as well as in the knowledge of the nuances related to the administrative discretion. The legal justification is given in the need to deepen the debates on the subject, given the pertinence of the issue to the contemporary Administrative Law due to the growing performance of the Judiciary in the administrative scope. The problematic of the subject consists in the questioning of the limits of the Judiciary in the administrative action, especially in the field of discretion. It is concluded that further deepening of the control mechanisms is necessary, so that legislation can increasingly predict the variables that the administrator will face in his exercise, reducing his discretion, that its performance is increasingly subordinated to the law.

Keywords: Administrative Law. Jurisdictional Control. Discretionary.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. **Motivo e motivação do ato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- COSTA, Karoline da Silva. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle judicial da discricionariedade administrativa**. Monografia (Graduação em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2009.
- CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridicização da discricionariedade administrativa**. Salvador: Vercia, 2005.
- DALLARI, Adilson Abreu. **Controle do desvio do poder**. In: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. e LIMA, Liana Maria Taborda (coords.). **O abuso de poder do estado na atualidade**. Rio de Janeiro, América Jurídica, 2006.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- _____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991
- FARIA, Edimur Ferreira de. **O controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.
- FRANÇA, Phillip Gil. **Controle do ato administrativo**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/13/edicao-1/controlado-ato-administrativo>>. Acesso em: abril de 2018.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 222, p. 97-116, out. 2000. Disponível

em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/48940>>. Acesso em: abril de 2018.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Discricionariedade - Fundamentos, natureza e limites. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 122, dez. 1975. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41365>>. Acesso em: abril de 2018.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Matheus Teixeira da. Da vinculação à lei à vinculação ao direito: a juridicidade como paradigma. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade Estadual do Rio de Janeiro. V. 2, n. 22. Rio de Janeiro, 2012.