



Administração pode ser controlada pelo Poder Judiciário

Dentre as justificativas de existência do Estado está a constante busca da realização do interesse público. Mas o legislador nem sempre consegue prever exatamente os fatos que ocorrerão no futuro, motivo pelo qual, haverá ocasiões em que certa flexibilização desse sistema far-se-á imprescindível, de sorte a permitir que ele possa agir eficazmente, ao mesmo tempo em que observa o regramento legal. Aos atos realizados pela Administração Pública dá-se o nome de atos administrativos, e a essa liberdade, ainda que velada, dá-se o nome de “discricionariedade”.

Essa liberdade deve observar as hipóteses objetivas previstas em lei, para que não se incorra em arbitrariedade, que é ilegítima, fazendo-se demonstrar pelo desvio de poder, em detrimento da discricionariedade. Caso isso ocorra, cabível será o controle judicial, que poderá anular o ato administrativo.

A doutrina e a jurisprudência mais conservadoras tendiam na direção de permitir que o controle da discricionariedade do ato administrativo fosse feito apenas pelo Executivo, mas não pelo Judiciário. Esse entendimento vem sofrendo importante mudança, que inclusive já pode ser constatada nos últimos julgados de nossos Tribunais Superiores.

Antes de se falar em controle de discricionariedade, fundamental tecer alguns comentários acerca dos elementos de formação do ato administrativo.

Elementos formadores do ato administrativo

O ato administrativo é a declaração unilateral do Estado dotada de auto-executoriedade. Constitui-se de vários elementos, que, nos termos da Lei 4.717/65, que regula a ação popular, são: o *agente competente* (pessoa que pratica o ato, dotada de competência, sempre originária da expressa disposição legal), o *motivo* (fatos pelos quais um ato é praticado e sua respectiva valoração jurídica, que deve ser existente, lícito e exato), o *conteúdo* ou *objeto* (prescrição ou mandamento do ato), a *forma* (maneira pela qual o ato se tornará público) e a *finalidade* (objetivo último do ato que, em regra, é o interesse público).

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

Vinculação e discricionariedade do ato administrativo

Nos atos vinculados, a norma criada pelo Legislador determina expressa e minuciosamente a conduta a ser realizada pelo Administrador.

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



administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello aduz que:

“Atos vinculados são aqueles que a Administração pratica sob a égide de disposição legal que predetermina antecipadamente e de modo completo o comportamento único a ser obrigatoriamente adotado perante situação descrita em termos de objetividade absoluta. Destarte, o administrador não dispõe de margem de liberdade alguma para interferir com qualquer espécie de subjetivismo quando da prática do ato.” [1]

Já nos atos discricionários a lei outorga ao Administrador certa margem de liberdade, permitindo-lhe decidir sobre qual o melhor caminho a ser seguido para a consecução do interesse coletivo, observada a disposição legal, sob pena de viciar o ato administrativo por ilegalidade. É um poder-dever que a Lei concede à Administração para a prática de atos administrativos, com certa margem de liberdade na escolha segundo os critérios de conveniência, oportunidade e justiça. Marçal Justen Filho lembra que “*a discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto*.” [2]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que é a “*faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito*”. [3]

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade é a: “*margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal*.”[4]

Note-se que a discricionariedade advém da própria norma jurídica, que indica a existência ou não dessa margem de liberdade no atuar da Administração. O poder-dever discricionário é outorgado pelo Legislador quando, dentre outras situações, é impossível se prever antecipadamente a melhor solução para cada situação concreta.

Essa outorga implica na obrigatória observância dos motivos legítimos pelos quais o Legislador optou quando da elaboração da lei, devendo respeito, ainda, à moralidade pública e principalmente à finalidade específica de cada ato administrativo. Será permitida, portanto, a discricionariedade diante da impossibilidade de reconhecimento da melhor alternativa para atender a vontade da lei em um determinado momento, situação que não acontece nos atos vinculados.

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

A discricionariedade se justifica à medida que as normais legais buscam alcançar a conduta capaz de



melhor atender ao interesse coletivo. Saliente-se que a discricionariedade não é absoluta, podendo incidir sobre alguns dos elementos constitutivos do ato administrativo, ao passo que os demais serão necessariamente vinculados.

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

A discricionariedade é representada pelo chamado *mérito do ato administrativo* – que é a possibilidade de opção pelo Agente dentro dos ditames legais. A relevância acerca da distinção entre ato vinculado e ato discricionário reside na questão inerente às matérias que poderão ser levadas ao Judiciário, que poderá julgar acerca da competência do agente, da forma, da finalidade e dos motivos do ato, mas não poderá analisar se o ato deveria ou não ter sido praticado, pois isto é a discricionariedade do ato, o mérito do ato administrativo.

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

“Os motivos do ato administrativo não são apenas condições de oportunidade ou conveniência. O entendimento do que toda matéria de fato é estranha ao exame da legalidade já perdeu, há muito, foros de atualidade. Ao Poder Judiciário ou à jurisdição administrativa, é lícito examinar os fatos como meio de diagnóstico dos requisitos legais do ato administrativo. É mister não confundir a ponderação dos motivos – que é sintoma típico da discricionariedade administrativa – com a sua existência material ou a sua correlação com a lei – que são aspectos de estrita legalidade.” [5]

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

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

Mas a discricionariedade possui limites além da vinculação legal, que são a *razoabilidade*, a *proporcionalidade*, a *moralidade*, e a *motivação* do ato administrativo, ainda previstos no artigo 2º da Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo[6].



O princípio da *razoabilidade* proíbe o cometimento de excessos, por meio do equilíbrio entre os objetivos que se busca alcançar e os meios utilizados para tanto, evitando restrições desnecessárias e até abusivas aos particulares [7]. É a aplicação do bom senso na esfera jurídica, afastando formalismos excessivos da lei, destituídos de qualquer interesse público [8].

A *proporcionalidade* busca garantir que haja proporção entre os fatos ocorridos e a regra jurídica aplicada. Ou seja, que a consequência jurídica de um dado acontecimento seja da intensidade que ele de fato demanda, não sendo nem mais amena, nem mais restritiva. Veda, portanto, que haja desproporção entre os meios utilizados para a obtenção de um fim; por exemplo, “*não é lícito à Administração Pública valer-se de medidas restritivas ou formular exigências aos particulares além daquilo que for estritamente necessário para a realização da finalidade pública almejada.*” [9]

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

Lúcia Valle Figueiredo transpõe a moralidade social para a moralidade administrativa, afirmando que “*o princípio da moralidade vai corresponder ao conjunto de regras de conduta da Administração que, em determinado ordenamento jurídico, são consideradas os standards comportamentais que a sociedade deseja e espera*”[10]. A sociedade espera mesmo que o Administrador dê o exemplo e atue obedecendo a esses parâmetros, até mesmo porque a própria Constituição Federal impõe que assim o faça.

A moralidade administrativa é pressuposto de validade dos atos administrativos, tanto que sua não-observância implicará no não atendimento à finalidade do ato: o interesse público, e por consequência torná-lo-á nulo. Hely Lopes Meirelles afirma que “*não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração’.* (...) *A moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constituem pressupostos de validade, sem os quais toda atividade pública será ilegítima.*” [11]

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

Quando o motivo já estiver previsto em lei, a atuação do Agente Público estará obrigatoriamente a ele vinculada para a prática do ato, não havendo margem de discricionariedade; mas quando este motivo não tiver previsão legal, poderá ser escolhida a situação fática em função da qual o ato será realizado, sempre dentro dos limites legais estabelecidos previamente. Por isso é que se pode afirmar que nem sempre os



atos administrativos possuem motivo legal, pois haverá casos em que o motivo concreto é fático, tendo como pressuposto legal apenas a hipótese em abstrato, cuja subsunção caberá ao Administrador. Esta subsunção é a discricionariedade da escolha do melhor caminho para o melhor resultado do ato administrativo.

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

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

Teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes

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

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

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

Ainda, o artigo 2º da Lei 4.717/65 preconiza que “*são nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) e) desvio de finalidade. (...) e) o desvio da finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.*”

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

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



umbilicalmente vinculado ao ato, em homenagem à teoria dos motivos determinantes.

Essa teoria se aplica a todos os atos administrativos, inclusive aos que aparentemente prescindam de motivo legal, casos em que a autoridade, por meio da motivação[12], expõe os fatos que a levaram à prática do ato. Ainda, caso seja considerado inexistente ou não se enquadre nas hipóteses jurídicas, será mesmo inválido.

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

O próprio Superior Tribunal de Justiça entende que:

“Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. (...) O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.” [13]

A Ministra Eliana Calmon, com muita propriedade, ensina:

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

A visão exacerbada e literal do princípio transformou o Legislativo em um super poder, com supremacia absoluta, fazendo-o bom parceiro do Executivo, que dele merecia conteúdo normativo abrangente e vazio de comando, deixando-se por conta da Administração o *facere* ou *non facere*, ao que se chamou de mérito administrativo, longe do alcance do Judiciário. (...)

Não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do Administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle.” [14]

Conclusão

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



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

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

Bibliografia

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

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 64.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 56.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 154.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 86.

_____. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed., São Paulo:Revista dos Tribunais, 1990, p. 79-80.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2.004. p. 227.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219.



TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público – estudos e pareceres. Ato e fato administrativo*, 1º Vol., Rio de Janeiro, Renovar, 1997. p. 301.

[1] MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros. 2.004. p. 227.

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 154.

[3] DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 67.

[4] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 48.

[5] TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público – estudos e pareceres. Ato e fato administrativo*, 1º Vol., Rio de Janeiro, Renovar, 1997 p. 301.

[6] Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, p. 86.

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

[9] FERRAZ, Sérgio Ferraz; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2002, p. 64.

[10] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2003, p. 56.

[11] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 15ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 79-80.

[12] Reitere-se a diferença já mencionada alhures entre *motivo* e *motivação*.

[13] Superior Tribunal de Justiça, 2ª Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219.

[14] Idem. Trecho do voto da relatora Ministra Eliana Calmon.

Date Created

12/08/2007