

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE

* **Miltes Martins Sobrinha Vieira Moura**

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito em Ipatinga, Minas Gerais, Brasil

* **Rosilene Gomes da Silva Giacomini**

Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos em Belo Horizonte,
Coordenadora de Estágios, Publicações e Bancas de Monografia pela Faculdade de Direito em Ipatinga, Minas Gerais, Brasil

* **Msc. Maria do Rosário Taveira**

Coordenadora Pedagógica pela Faculdade de Direito em Ipatinga, Minas Gerais, Brasil

RESUMO

O trabalho monográfico aqui exposto tem por objetivo analisar quais os limites, e como, quando e de que forma poderá ser objeto de análise por parte do Poder Judiciário, o controle judicial dos atos administrativos discricionários. Acerca dos limites jurisdicionais do controle de mérito, sobre os atos administrativos discricionários sobre a égide do Princípio da inafastabilidade. Insta salientar que o tema será abordado dentro dos parâmetros da Lei e dos princípios gerais do Direito e do ordenamento da nossa Lei maior, a Constituição da República. Partindo-se da premissa de que, a Administração Pública quando da elaboração de seus atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, somente terão eficácia e validade se adequarem aos limites a que lhe são impostos. Quando estes atos não estiverem em consonância legal com o ordenamento jurídico, e se houverem indícios de violação aos princípios administrativos ou como deve o julgador observar no momento do exercício de controle desses atos administrativos discricionários que será objeto de desenvolvimento deste trabalho. O cerne deste trabalho será o enfoque de como a Administração Pública sobre quais os meios que ela se utiliza para a elaboração destes atos, para em seguida listar os elementos dentre eles: a competência, o objeto, a forma, o motivo e a finalidade. No segundo capítulo será analisado como se dá a classificação, a discricionariedade, vinculação e mérito. Por fim ao final do trabalho serão analisados os elementos confrontáveis como os princípios da legalidade entre outros. E acima de tudo comparar os estudos de acordo com jurisprudências, sistemas de controle existentes, além do princípio da inafastabilidade.

Palavras-chave: Administração Pública. Ato Administrativo. Discricionariedade. Princípio da Inafastabilidade. Controle Jurisdicional.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A Administração Pública em sua atividade estatal poderá praticar atos que poderão ser vinculados ou discricionários. Os atos vinculados são aqueles que devem obedecer aquilo que está expresso na lei, não tendo o gestor público o poder de alterá-los, mudá-los ou desviar-lhes de sua finalidade, ou seja, não poderá externar sua vontade, devendo somente abster-se ao texto da lei.

Ressalte-se que, os atos administrativos discricionários quando editados pelo administrador público, só serão considerados válidos e aptos se forem observados os princípios legais inerentes à lei. Se não estiverem em consonância com a mesma, estes reputar-se-ão em atos nulos, devendo ser invalidados pela Administração Pública. Enquanto que, ao particular no Direito Privado lhe é permitido fazer tudo o que lei não proíbe, no Direito Público o gestor incumbido da elaboração destes atos, a lei só lhe confere e o autoriza a fazer o que está descrito e consagrado no ordenamento jurídico, não deixando margem alguma de externar sua vontade particular, deflui se então, tratar-se dos atos vinculados.

Porém, nos atos administrativos discricionários, o administrador público terá a sua escolha de que forma será editado este ato, mas desde que obedecendo às alternativas mais adequadas para a finalidade a que o ato se destina, pautando-se entre os valores de oportunidade e conveniência desse ato praticado.

Nesse contexto e corroborado pela Lei 4.717/65, que em seu artigo 2º, parágrafo único, alínea “e”, que descreve: “O desvio de finalidade se verifica quando o agente público pratica ato visando a fim diverso àquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

Por outro lado, ocorrerá a ilegalidade do objeto, quando o resultado do ato importar em violação a lei, regulamentos ou outro ato normativo. Com efeito, tornar-se-á nulo ainda, o ato que se caracterizar pela incompetência, quando este não se incluir nas atribuições do agente que o praticou.

Gize-se ainda que, o presente trabalho se dará na medida de que há muitos artigos versando sobre o tema, ocorre que, no Brasil não se tem uma temática própria sobre o assunto, ou seja, não temos uma jurisdição adequada para solucionar o problema em tese, havendo assim uma lacuna na lei e com isso acarretando por parte do administrador público certos abusos de poder e desvio de finalidade sobre o ato administrativo, nesse ínterim que o tema merece certo estudo e pesquisa.

Dessa maneira, que o presente trabalho buscará analisar O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz do princípio da inafastabilidade, sendo a idéia central e concisa do estudo, na busca de interpretação de que forma e até que ponto poderá o poder judiciário influir de acordo com o princípio da inafastabilidade, expresso na Constituição da República em seu art. XXXV, adentrar no mérito e exercer o controle judicial, analisando o mérito do ato e ao direito e se foi perquirido o princípio da legalidade quando estes mesmos resultarem em lesão ou ameaça ao direito do cidadão, e quando eivados de vícios deverão ser sempre objeto de controle por parte do Poder Judiciário, para tanto sem invadir a esfera dos poderes da Administração Pública, com isso o objetivo deste trabalho tratará de:

- a) Analisar a atual situação no direito com relação ao controle judicial exercido pelo Poder Judiciário ante os atos administrativos discricionários a luz do Princípio da Inafastabilidade.
- b) Como se dá o controle por parte do direito brasileiro no cerne de limitar essa discricionariedade, de maneira que possa ampliar o controle judicial dos atos administrativos realizados pela administração Pública..

Oportunamente para a elaboração do presente trabalho monográfico, foram utilizadas várias fontes de pesquisa entre elas pesquisa bibliográficas, consulta a grandes doutrinadores entre eles: Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Diógenes Gasparini, Celso Antônio Bandeira de Mello, José dos Santos Carvalho Filho entre outros porém não citados diretamente.

A organização monográfica ficou dividida em seis capítulos, na introdução faz-se

uma explanação do tema escolhido, discorrendo sobre o problema, o objetivo geral, específico, a metodologia empregada e as fontes usadas para pesquisa. A metodologia utilizada foi à pesquisa bibliográfica descritiva juntamente com, livros, artigos, publicações oficiais, leis e outros meios que se fizerem necessários para a realização deste trabalho.

1 ATO ADMINISTRATIVO

A função executiva realizada pela Administração Pública, através de atos jurídicos denominados atos administrativos. Não se confundem com atos emanados do Legislativo ou do Judiciário, ao desempenhar suas atribuições específicas. Ainda que, a prática de atos administrativos contenha, a princípio, aos órgãos executivos, as autoridades do Judiciário e do Legislativo também os praticam de forma restrita, ao ordenarem seus próprios serviços, dispor sobre seus servidores, entre outros atos.

Antes de adentrar do controle jurisdicional do ato administrativo, cumpre destacar como a doutrina mais abalizada define o paradigma de análise do presente estudo: ato administrativo.

1.1 Conceito

Na legislação brasileira não há um conceito para ato administrativo. Em decorrência disto, também não há uma uniformização de conceitos entre os doutrinadores. Cada um deles leva em consideração critérios dos quais julgam mais adequados para oferecer uma definição satisfatória. MELLO (2007, p. 359) salienta que tal discrepância é plenamente aceitável:

De fato, nada há que obrigue, do ponto de vista lógico, a uma coincidência de opiniões sobre a qualidade ou o número dos traços de afinidade que devam ser compartilhados pelos atos designáveis por tal nome; isto é: pelo nome 'ato administrativo'.

Desta forma, reconhece o citado doutrinador que, dependendo dos elementos considerados para se examinar quais atos se enquadram na categoria dos ditos atos administrativos, serão obtidas diversas noções acerca do tema.

Para sustentar a não existência dessa conformidade entre os doutrinadores, pode-se citar alguns conceitos que os teóricos afirmam sobre o ato administrativo, dentre eles, CARVALHO FILHO (2007, p. 92) defende que:

Ato administrativo é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

Salienta ainda (CARVALHO FILHO, 2007, p. 92) que: “ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”.

DI PIETRO (2008, p. 185), define o ato administrativo como: "a 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".

Considerando que, o ato administrativo é uma espécie do gênero ato jurídico, tanto que possui os mesmos elementos do ato jurídico: agente capaz; forma prescrita e não, defesa em lei e objeto lícito, segundo o Código Civil.

O ato administrativo não é diferente, ele tem o agente, que no Direito Público chama-se competência, forma e objeto. Contudo, como o ato administrativo é espécie, tem certas peculiaridades. Para (GASPARINI, 2007, p. 61), ato administrativo é:

Ato administrativo como sendo toda prescrição unilateral, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir a finalidade assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.

E estas peculiaridades dão ao ato administrativo, mais dois elementos peculiares, dois elementos próprios: motivo e finalidade.

Assim, quando para o Direito Civil o cidadão resolve vender a sua casa, interessa para o mundo jurídico, se ele é capaz para vender, se a forma que ele escolheu está amparada em lei, e se o que ele está vendendo está amparado em lei, e se o que ele está vendendo é possível de ser vendido. Para que ele está vendendo e o que ele fará com o dinheiro, é problema dele.

Entretanto, no Direito Público não é assim, é preciso saber o porquê da venda (motivo). E o que ele vai fazer com o dinheiro da venda (finalidade). Pois o administrador defende o interesse coletivo. Assim preclara DI PIETRO (2008, p.199).

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo.

No ato de punição do funcionário, o motivo é a infração que ele praticou; no tombamento, é o valor cultural do bem; na licença para construir, é o conjunto de requisitos comprovados pelo proprietário; na exoneração do funcionário estável, é o pedido por ele formulado.

A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

2.1 Competência

Devemos fazer alusão ao sujeito quando se falar da competência. É o poder que a lei outorga ao agente público para desempenho de suas funções. Para a prática do ato administrativo, a competência é a condição primeira para sua validade. Nenhum ato vinculado ou discricionário pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.

No direito civil, o sujeito tem que ter capacidade, ou seja, tem que ser titular de direitos e obrigações que possa exercer por si ou por terceiros. No Direito Administrativo não basta a capacidade, é necessário que o sujeito tenha também a competência. O sujeito deve atuar dentro da esfera que a lei traçou. A competência pode vir primariamente fundada na Lei (Art. 61, § 1º, II e 84, VI da Constituição da

República, ou de forma secundária, através de atos administrativos organizacionais).

A Constituição da República, também, pode ser fonte de competência, consoante art. 84 a 87 (competência do Presidente da República e dos Ministros de Estado no Executivo); art. 48, 49, 51 inciso, IV e 52 (competência do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal). DI PIETRO, 2008, p. 193).

2.2 Objeto ou conteúdo

É o efeito jurídico imediato que o ato produz. Sendo a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe realizar, é identificado pela análise do que o ato enuncia, prescreve ou dispõe. O objeto deve ser lícito, isto é, deve ser conforme a lei; possível, ou seja, realizável no mundo dos fatos e do direito; moral, posto que de acordo com os princípios éticos e as regras de conduta que norteiam a Administração Pública; e certo, definido em seu conteúdo, destinatário, efeitos, tempo e lugar.

O objeto é uma resposta a seguinte pergunta: para que serve o ato? Consiste na aquisição, na modificação, na extinção ou na declaração de direito conforme o fim que a vontade se preordenar. Pode-se citar como exemplo, a solicitação de licença para construção, que tem como objeto a permissão ao interessado de poder edificar de forma legítima; o objeto de uma multa é a punição do transgressor da norma jurídica administrativo; o objeto da nomeação é admitir o indivíduo como servidor público; na desapropriação o objeto do ato é o comportamento de desapropriar cujo conteúdo é o imóvel sobre a qual ela recai.

2.3 Forma

É o meio pelo qual se exterioriza a vontade administrativa. Para ser válida, a forma do ato deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente com o preceito jurídico. O aspecto relativo à forma válida tem estreita

conexão com os procedimentos administrativos.

O ato administrativo é o ponto em que culmina a seqüência de atos prévios, ou seja, é um produto do procedimento, há que ser observado o procedimento, até mesmo em homenagem ao princípio do devido processo legal. Torna-se viciado o ato (produto) se o procedimento não foi rigorosamente observado. Nesse caso, pode-se mencionar como exemplo, a exigência da lei na forma escrita, pois o ato praticado verbalmente será nulo; se a lei exige processo disciplinar para demissão de um funcionário, a falta ou vício naquele procedimento invalida a demissão.

A forma e o procedimento se distinguem. A forma indica apenas a exteriorização da vontade e o procedimento uma seqüência ordenada de atos e vontades, porém a doutrina costuma caracterizar o defeito em ambos como vício de forma. Para esse exemplo, pode-se referir a portaria de demissão do servidor estável sem a observância do processo administrativo prévio (art. 41, § 1º, II, da Constituição da República; ou, contratação direta de empresa para realização de obra pública em hipótese na qual a lei exija o procedimento licitatório).

No entanto, DI PIETRO (2008, p. 197) salienta a grande importância que possui a forma no âmbito do direito administrativo:

O aspecto formal do ato é de muito maior relevância do que no direito privado, já que a obediência à forma (no sentido estrito) e ao procedimento constitui garantia jurídica para o administrado e para a própria Administração; é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, quer pelos seus destinatários, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado.

Entende-se que a sujeição à forma, como defende a doutrinadora, não exprime, entretanto, a sujeição da administração a 'formas rígidas e sacramentais', o que rigorosamente é exigido, que seja adotada, como regra, a forma positivada, com o intuito de que tudo seja documentado e passível de verificação a qualquer tempo.

2.4 Motivo

É o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo,

ou seja, é o dispositivo legal em que se baseia o ato e o pressuposto de fato corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a administração a praticar o ato.

A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo. Como exemplo de motivos pode-se citar que no ato de punição de servidor, o motivo é a infração prevista em lei que ele praticou; no tombamento, é o valor cultural do bem; na licença para construir, é o conjunto de requisitos comprovados pelo proprietário.

Motivação é a demonstração por escrito de que os pressupostos de fato realmente existiram. A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de 'consideranda'. A Lei 9.784/99 em seu artigo 50 indica as hipóteses em que a motivação é obrigatória. Para DI PIETRO (2008, p. 199-200):

A motivação é regra, necessária, tanto para os atos vinculados quanto para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública, a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato.

2.5 Finalidade

É o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato, aquisição, transformação ou extinção de direitos, a finalidade é o efeito mediato, ou seja, o interesse coletivo que deve o administrador perseguir. Pode-se referir como exemplo, o seguinte ato: numa permissão de transporte urbano, o objeto é permitir a alguém o exercício de tal atividade e a finalidade é o interesse coletivo a ser atendido através deste serviço público.

A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra ou substituir a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Neste caso, nada

resta para escolha do administrador, que fica vinculado integralmente à vontade da lei. A alteração da finalidade caracteriza o desvio de poder e enseja a invalidação do ato por faltar elemento primacial em sua formação: o fim público desejado pelo legislador ao criar a lei. DI PIETRO, 2008, p. 199).

2 CLASSIFICAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Analisando o sentido denotativo das expressões 'discricionariedade' e 'vinculação', percebemos que esta alude a uma subordinação, a uma ligação através de um vínculo, um liame, enquanto que aquela traduz a idéia de ausência de limitação, de arbitrariedade.

No âmbito do direito administrativo, entretanto, é preciso fazer certas ponderações acerca dos conceitos expostos. Dessa forma, a idéia de vinculação deve estar adstrita à lei, assim como a idéia de discricionariedade só pode ser pensada nos limites autorizados pela lei. Discricionariedade, portanto, não implica em arbitrariedade.

3.1 Ato vinculado

Ato vinculado é aquele que se encontra totalmente disciplinado em lei, em que seus pressupostos, seus elementos, seus efeitos, encontram-se totalmente descritos em lei, não restando ao gestor público nenhuma esfera de liberdade para valoração do ato. Ao ser verificado a ocorrência dos pressupostos contidos em lei que autorizam a prática do ato, deve este adotar a medida prevista na norma. Fundamenta-se, tal exigência, no princípio da legalidade ao qual está sujeita toda atividade administrativa.

Nesse sentido é o que diz HELY LOPES MEIRELLES (2006 p. 166-167).

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei

estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria administração, ou pelo Judiciário.

3.2 Ato discricionário

O ato discricionário constitui ato praticado no exercício do poder-dever discricionário. Como a lei não consegue prever todas as situações que possam ocorrer no mundo dos fatos, ela confere ao administrador público, certa margem de liberdade para decidir sobre a conveniência e a oportunidade da prática de determinado ato. Conforme anteriormente citado quando do exame dos elementos do ato administrativo, a discricionariedade pode residir tanto nos motivos (oportunidade e conveniência), quanto no objeto do ato (conteúdo).

Nesse ângulo é o que relata DI PIETRO, 2008, p. 201).

O regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critério de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.

Entende-se, pois, que os atos emanados pela administração pública devem ser embasados nos princípios para que não haja ameaça ou lesão ao interesse público, bem como ao Direito.

Essa liberdade conferida pela lei ao administrador público para a prática de atos discricionários não é ampla. Alguns aspectos do ato, posto que previstos em lei, devem se coadunar com a mesma. Além disso, o administrador público, no exercício de seu mister, deverá sempre buscar a realização do interesse público, não podendo editar atos, ainda que discricionários, com intuito meramente de atender a interesses privados.

3.3 Mérito do ato administrativo

O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos abrange, assim, o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle da juridicidade *stricto sensu*). (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 938).

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

Tais critérios consistem na conveniência e na oportunidade acerca da prática do ato administrativo, os quais significam, em síntese, a idoneidade do ato para concretização do interesse público. As definições de conveniência e oportunidade compõem substancialmente, o mérito do ato administrativo, assim saber se aquele ato é ou não um meio idôneo para a satisfação do interesse público, bem como, se é conveniente ou oportuno, é o que demonstrará o domínio em que se firma o mérito.

Em suma, pode-se então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário. (CARVALHO FILHO, 2007, p. 113).

4 CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

O controle que é feito por organismos alheios à Administração, chamado de controle externo é exercido por um dos Poderes sobre o outro, compreendendo tanto o controle jurisdicional, quanto o judicial.

Cabe investigar, contudo, até que ponto o Poder Judiciário pode imiscuir-se na

análise do conteúdo de um ato praticado pela Administração Pública.

É o que relata BANDEIRA DE MELLO (2007, p. 952).

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

Nesse contexto, nenhuma lesão ou ameaça deve ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme preceitua o art. 5º, capítulo XXXV da Constituição da República.

Nesse sentido (MEIRELLES, 2006, p. 707).

Nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial, porque, quanto a competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da justiça como qualquer outro elemento do ato vinculado. Já acentuamos que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade: o ato discricionário, quando permitido e emitido nos limites legais, é lícito e válido, o ato arbitrário é sempre ilícito e inválido. Daí porque o Judiciário terá que examinar o ato argüido discricionário, primeiro, para verificar se realmente o é; segundo, para ajustar-se a discricção não desbordou o arbítrio.

4.1 Controle principiológico

Seguindo essa mudança no paradigma do controle judicial da Administração Pública, observa-se que esta passa agora a não mais se restringir aos aspectos de legalidade, como também, a análise dos princípios da razoabilidade e da proporcionabilidade com respaldo na inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Com efeito, a positivação dos princípios que regem a administração no caput do artigo 37 da Constituição da República permite que o Judiciário realize não tão somente um controle de legalidade dos atos administrativos, mas também um controle principiológico da atividade administrativa. Em decorrência disso, abre-se

possibilidade de análise não só dos aspectos vinculados do ato, como também de seus aspectos não-vinculados.

Cabe ressaltar, a respeito dos princípios, a sua importância como verdadeiros pilares que dão sustentação ao ordenamento jurídico, informando-o e servindo de norte para a interpretação das regras jurídicas, de forma que estas últimas devem sempre estar em conformidade esses ordenamentos.

Pontando uma idéia de princípio defendida por MELLO (2007, p. 932-933) pode-se entender como:

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 exata 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 do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

No sentido expressado por MELLO, entende-se que os princípios são supostas normas fundamentais, estando acima de todas as leis. Alude-se que os princípios são anteriores as leis, no entanto, muitos deles foram e são criados posteriormente as normas, isso com o intuito de: governar, orientar, manobrar e equalizar as normas positivas; e lembrar que na atualidade não se valoriza mais a 'vontade da lei', como também, a simples textualidade; um exemplo disso é a interpretação dos códigos, da Constituição da República e de outras leis, pelos doutrinadores e pelos órgãos competentes como: O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça nas proferidas súmulas, demonstrando qual será a verdadeira interpretação aceita no ordenamento jurídico para tal norma.

Saber que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição da República, é entender que este é o órgão que atesta e manifesta a vontade implícita e explícita do direito vivo e social que são os princípios norteadores. Quando existe a discussão de

que leis ou normas estão a atingir a Carta Magna, o Supremo tribunal Federal manifesta-se e atesta a validade ou a invalidade de determinada norma, ou seja, derruba a norma dizendo-a ser inconstitucional e estabiliza-a declarando a sua Constitucionalidade, e muitas vezes fazendo isso sob as orientações dos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

(FERRAZ E DALLARI, 2001, p. 49), por sua vez, salientam o caráter normativo dos princípios aduzindo que:

[...] estes não são meras declarações de sentimentos ou de intenção, desprovidas de qualquer positividade. Princípios também são “normas”, ou seja, são dotadas de positividade, determinam condutas obrigatórias, ou pelo menos, impedem a adoção de comportamentos com eles incompatíveis.

Desta forma, com a importância dos princípios para toda esfera jurídica, passar-se-á ao exame de como se realiza o controle dos atos administrativos discricionários, a partir da observância de cada um dos princípios elencados na Carta Magna, bem como, dos princípios gerais de direito pertinentes ao tema: o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante disso, tem-se a intenção na preservação dos valores da ética, que devem tutelar toda a atuação de natureza pública, vez que os agentes devem agir em conformidade com a moral, lei, dentre outros, de forma a respeitar absolutamente os princípios, sejam eles implícitos ou explícitos.

4.2 Elementos confrontáveis

Toda a problemática em torno da realização do controle da Administração Pública pelo Judiciário deve acercar os limites respaldados por esse controle.

Examinando os limites pertinentes ao exercício da discricionariedade administrativa, e parafraseando o que alguns doutrinadores, tais como: MEIRELLES defende quando cita que a extensão do controle realizado pelo Judiciário deve se restringir

ao exame tão somente sob a ótica da legalidade. Para ele é vedado ao Judiciário adentrar na análise do mérito administrativo, sob pena do magistrado substituir o administrador no exercício da sua atividade. (MEIRELLES, 2006, p. 707-708), enfatiza sobre o Poder Judiciário no âmbito da Administração Pública.

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei estrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito.

Tais argumentos encontram fundamento no princípio da separação das funções do Estado, segundo o qual cada órgão do Poder deve agir nos limites que lhe são impostos quando da conferência de suas respectivas competências. Visa-se com essa medida evitar, portanto, o chamado 'governo de juízes', no qual a atividade administrativa é totalmente controlada por um órgão externo: o Judiciário.

Nesse sentido, acrescenta-se ainda que, o Judiciário deverá limitar-se ao exercício desse controle e declarar a legalidade ou não do ato, neste caso, se ilegal, decretará sua nulidade, negando-lhe os efeitos.

Esse entendimento, entretanto, vem sofrendo modificações na doutrina que, conforme demonstrado, tem revelado uma tendência à ampliação do exercício do controle da Administração Pública pelo Judiciário a partir da introdução da necessidade de adequar sua atividade com os princípios positivados no ordenamento jurídico.

Acerca do tema, DI PIETRO (2007, p. 207-208) assegura que:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade. (artigo 5º, inciso LXXIII e 37).

O fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, com o conseqüente enaltecimento da Constituição como Lei Maior de um Estado, de onde as leis inferiores retiram toda sua sustentação, e a ela devem estar em conformidade, resultou numa total submissão da Administração Pública aos preceitos constitucionais.

Nesse sentido é a lição de GOMES DE MATTOS (2005, P. 27).

A vinculação da Administração à realidade constitucional faz com que seus atos sejam vigiados, não como uma forma de intervenção em sua conveniência e nem na respectiva oportunidade, e sim para mantê-la atrelada aos seus instrumentos condicionantes. É o mesmo fenômeno que ocorre quando o Poder Judiciário interpreta a norma e aplica a eficácia da Constituição, na prática ele não extrapola a sua função para transformar-se em legislador.

Por outro lado, nunca se deve perder de vista a noção de que cada órgão do Poder possui uma área de atuação exclusiva. O controle da discricionariedade deve, pois, ter lugar somente quando ocasionar lesão aos direitos individuais. É justamente em decorrência do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, que se encontra o fundamento para tal afirmação.

Não há também que se afirmar que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa à luz dos princípios estaria indo de encontro à separação das funções do Estado, pois a atividade do magistrado, conforme já dito, restringir-se-á a declarar a invalidade do ato, não competindo ao mesmo dizer qual ato deverá ser praticado pela Administração Pública. Caberá a esta última, levando em conta os limites constantes no ordenamento jurídico, editar novo ato que substitua aquele eivado de vício.

5 PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Nos dias atuais, não se discute mais essa possibilidade, visto que é reconhecida a unanimidade, pela doutrina *jus* administrativista, de controle jurisdicional da

aplicação pela Administração Pública de normas que contém conceitos de jurídicos indeterminados, assim como aqueles que atribuem discricionariedade.

O que se discute, porém, são os limites desse controle pelo Poder Judiciário e tais limites implicam na exclusão de alguns atos administrativos de apreciação judicial ou originam apenas uma sindicabilidade judicial limitada para certos atos administrativos.

A problemática da extensão do controle jurisdicional da aplicação de conceitos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo envolve a tensão entre os princípios constitucionais da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes.

O Princípio constitucional da Inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não-vinculada, no Direito Brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle.

Por outro lado, em nome da independência do Poder Executivo, ancorada pelo princípio constitucional da separação dos poderes, segundo o qual “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (artigo 2º da Lei Maior), reconhece-se uma área de atuação administrativa de livre decisão, injusticiável, isto é, insuscetível de revisão judicial plena.

A Constituição da República enuncia, no artigo 5º, inciso XXXV, no título em que se encontram os direitos e as garantias fundamentais, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, nos seguintes termos: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Portanto, fica assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei vedar esse acesso.

5.1 Harmonia entre o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o princípio da separação dos poderes

Para saber se há compatibilidade entre o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e o princípio da separação dos poderes, é preciso, de um lado, verificar se há hipóteses na qual a conduta da Administração Pública ocasiona lesão ou ameaça ao direito passível de apreciação judicial, e, de outro lado, se há intromissão indevida do Poder Judiciário na atuação administrativa.

A limitação do controle jurisdicional da atividade administrativa, ou seja, a área de livre decisão, de atuação da discricionariedade administrativa, tem como conseqüências decorrentes desse controle, na maioria das vezes, apenas invalidar o ato impugnado, sem determinar a sua substituição por outro.

Assim, no Direito Brasileiro, os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação de poderes são compatíveis entre si, pois quando da atividade não-vinculada da Administração Pública, resultar em lesão ou ameaça ao direito, é sempre cabível o controle jurisdicional à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade e, da moralidade; seja por força do princípio constitucional da igualdade, dos princípios gerais do Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador do direito.

É importante salientar até que ponto os Tribunais podem controlar a Administração, sem que prejudique seu funcionamento. É certo que os princípios constitucionais da Administração Pública, dentre os quais o da legalidade e as normas constitucionais protetoras dos direitos fundamentais propiciam ao Poder Judiciário apreciar qualquer lesão ou ameaça ao direito, potencializando, inclusive, o reconhecimento e a garantia do exercício dos direitos lesionados ou ameaçados.

Nesse diapasão é o que (CARVALHO FILHO, 2007, p. 115), pontualiza sobre o

Supremo Tribunal de justiça:

O STJ deixou a questão em termos claros, assentando que é defeso ao poder judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto da legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente a lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência e oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado

Contudo, a impossibilidade de o julgador renovar os juízos de prognose do agente administrativo, durante a valoração dos conceitos indeterminados e de ponderação durante o exercício da discricionariedade, para fins de constituir nova decisão, quando do Direito, não é possível se inferir outra objetivamente, constituir o ponto de equilíbrio que resguarda a autonomia da Administração, pois continuará competindo a ela, a remoção do ato impugnado judicialmente, reeditá-lo, ainda que sempre adstrita às limitações jurídicas contrastáveis jurisdicionalmente.

5.2 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade, previsto no *caput* do artigo 37 da Constituição da República, constitui como o princípio inerente à atividade administrativa. Na verdade, a Constituição da República, ao estabelecer no *caput* do seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito que submeter todos ao império da Lei. Dessa forma, não só a Administração Pública deve se pautar na lei, mas também todos os outros órgãos dos Poderes, bem como, os indivíduos.

Ao particular, entretanto, aplica-se a regra prevista no artigo 5º, inciso II da Carta Magna no sentido de que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No cerne da Administração Pública, a interpretação deve se dar de forma diversa, ou

seja, todos os seus atos devem estar em consonância com a lei, e agora, considerando a ampliação no conteúdo da legalidade, deve-se contemplá-la no sentido de conformidade com o ordenamento jurídico.

O exame da legalidade no controle judicial realizado pelo Judiciário é defendido pelo renomado doutrinador (MEIRELLES, 2006, p. 707) o qual é conhecido como “Pai do Direito Administrativo”.

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontra, e seja qual for o artifício que o encubra.

5.3 Princípio da proporcionalidade e razoabilidade

Tais princípios realmente possuem uma relação muito estreita na medida em que complementam um ao outro. Ambos dão idéia de justiça, norteando a conformidade com a nova realidade que surgiu com o pós-positivismo jurídico, isto é, que se adequem as decisões a legalidade estrita, mas também procurar atender a outros valores que induza uma decisão razoável e justa.

Pode-se perceber que, trata-se de conceitos cujos conteúdos são bastante amplos, motivo pelo qual se deve avaliar perante o caso concreto a existência ou não de conformidade do ato com o princípio da razoabilidade.

No que diz respeito ao princípio da proporcionalidade há também uma certa dificuldade em conceituá-lo. No entanto seguimos o direcionamento através da lei 9.784/99 a qual regula o processo administrativo sobre o crivo da Administração Pública Federal, em seu artigo 2º inciso VI, descreve o princípio da proporcionalidade: “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medidas superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

Aduz-se, portanto, que o princípio da proporcionalidade consiste na adequação das medidas adotadas às finalidades contidas na norma.

Nesse sentido (GASPARINI, 2007, p. 25), preclara sobre o princípio da razoabilidade na Administração Pública.

A lei, ao conceder ao agente público o exercício da discricionariedade, não lhe reservou, em absoluto, qualquer poder para agir a seu gosto, ao contrário, impôs-lhe o encargo de agir tomando a melhor providência à satisfação do interesse público a ser conseguido naquele momento. A lei, portanto, não lhe permite, sob pena de ilegalidade, qualquer conduta não desejada pela lei, que somente aceita as coerentes. Em suma: nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária.

6 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No passado, afirmava-se que o Judiciário não poderia exercer qualquer controle de mérito sobre os atos administrativos discricionários, por sua vez a Administração Pública competiria exclusivamente a avaliação de juízos de conveniência e oportunidade dentro da esfera liberdade a ela conferida pela lei.

Assim, entendia o Superior Tribunal de Justiça que foge ao limite do controle jurisdicional, o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.

Os atos administrativos discricionários devem trazer claros seus motivos, por procederem de uma margem de liberdade. Pois há de se convir que, quanto menos 'fiscalizado' o ato, mais se faz necessária motivação para que ocorra seu controle e sua validade. Tais motivos precisam atender aos princípios basilares do Direito Administrativo, dentre os quais a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Para a investigação da motivação, da causa e mesmo da finalidade do ato administrativo, o magistrado precisa apreciar o seu mérito. Isso não que dizer que o Poder Judiciário irá apoderar-se da Administração Pública, analisando sobre a

conveniência e oportunidade da medida, mas essa conveniência e oportunidade devem se sujeitar à legalidade (em sentido amplo), competindo ao Judiciário, detentor do monopólio da jurisdição, verificando em concreto essa sujeição.

Em observância à nova tendência doutrinária e a necessidade de investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato, o STJ tem redesenhado o entendimento da matéria:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

3. 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.

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido.

(STJ, SEGUNDA TURMA, Resp 429570/GO; Rel. Min. ELIANA CALMON, Data do Julgamento 22.03.2004)

O julgado acima nos mostra o rompimento de paradigmas ocorrido nos últimos anos. A jurisprudência havia pacificado o entendimento de que os atos discricionários não eram passíveis de apreciação e controle pelo Poder Judiciário, pelo fato de ser a discricionariedade de competência tipicamente administrativa e o controle jurisdicional acarretando ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

É importante a necessidade de motivação e controle de todos os atos administrativos, de forma indiscriminada, principalmente, os atos discricionários o qual a administração tem a margem de escolha, pois essa matéria encontra-se, atualmente, pacificada pela grande maioria da doutrina e, aos poucos acolhida nas jurisprudências.

O controle dos atos administrativos, discricionários, em que a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não pode se abster o Judiciário, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação

dos Poderes, sob pena de afastar da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado.

Temos que ressaltar que as funções estatais: Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concebidas de forma estanque, ao modo que são independentes, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que, de fato, é uno e funcione em permanente auto-controle, fiscalização e equilíbrio.

Desse modo, conclui-se que é o Estado controlando o próprio Estado. Não se pode, ao menos, alegar que a competência jurisdicional de controle dos atos administrativos incide, tão somente, sobre a legalidade, ou melhor, sobre a conformidade destes com a lei, pois, discricionariedade não é liberdade plena, mas, sim, liberdade de ação para a Administração Pública, dentro dos limites previstos em lei, pelo legislador. E é a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação. Como a lei 9784/99 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

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.

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão; [...]

Há algumas leis editadas por outros entes da federação, como Constituição do Estado de Minas Gerais:

Art. 13 - A atividade de administração pública dos Poderes do Estado e da entidade descentralizada se sujeitarão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e razoabilidade.

§ 1º - A moralidade e a razoabilidade dos atos do Poder Público serão apuradas, para efeito de controle e invalidação, em face dos dados objetivos de cada caso.

§ 2º - O agente público motivará o ato administrativo que praticar, explicitando-lhe o fundamento legal, o fático e a finalidade.

Da discricionariedade da Administração Pública podem ocorrer atos praticados com abuso de poder ou desvio de finalidade. Assim será necessária a análise dos

motivos, em cada caso concreto, que poderá permitir a verificação de compatibilidade do ato atacado com os princípios que regem a atividade administrativa.

O Supremo Tribunal Federal através de uma decisão do Ministro Eros Roberto Grau, aponta preciosas lições talvez seja uns dos julgados mais importantes sobre o tema em exame, Supremo Tribunal Federal:

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido." (STF, Primeira Turma, RMS 24699 / DF, Rel. Min. EROS GRAU, DJ 01-07-2005 PP-00056, EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183)

O relator do recurso acima apontado, Min. Eros Roberto Grau, pontua preciosas lições doutrinárias no seu voto:

"3. Cumpre deitarmos atenção, neste passo, sobre o tema dos limites de atuação do Judiciário nos casos que envolvem o exercício do poder disciplinar por parte da Administração. Impõe-se para tanto apartarmos a pura discricionariedade, em cuja seara não caberia ao Judiciário interferir, e o domínio da legalidade.

4. A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, xxxv, CB/88)

5. O sistema que o direito é compreende princípios e regras. A vigente Constituição do Brasil consagrou, em seu art. 37, princípios que conformam a interpretação/aplicação das regras do sistema e, no campo das práticas encetadas pela Administração, garantem venha a ser efetivamente exercido pelo Poder Judiciário o seu controle.

6. De mais a mais, como tenho observado (Meu "O direito posto e o direito pressuposto", 5ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, págs. 191 e ss.), a discricionariedade, bem ao contrário do que sustenta a doutrina mais antiga, não é consequência da utilização, nos textos normativos, de "conceitos indeterminados". Só há efetivamente *discricionariedade* quando expressamente *atribuída*, pela *norma jurídica válida*, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. Em outros termos: a autoridade administrativa está autorizada a atuar *discricionariamente* apenas, única e exclusivamente, quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Insisto em que a *discricionariedade* resulta de expressa *atribuição* normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito.

7. A Administração, ao praticar atos discricionários, formula juízos de oportunidade, escolhe entre indiferentes jurídicos. Aí há decisão à margem da lei, porque à lei é indiferente a escolha que o agente da Administração vier então a fazer. Indiferentes à lei, estranhas à legalidade, não há porque o Poder Judiciário controlar essas decisões. Ao contrário, sempre que a Administração formule juízos de legalidade, interpreta/aplica o direito e, pois, seus atos não de ser objeto de controle judicial. Esse controle, por óbvio, há de ser empreendido à luz dos princípios, em especial, embora não exclusivamente, os afirmados pelo artigo 37 da Constituição.

8. Daí porque esta Corte tem assiduamente recolocado nos trilhos a Administração, para que exerça o poder disciplinar de modo adequado aos preceitos constitucionais. Os poderes de Comissão Disciplinar cessam quando o ato administrativo hostilizado se distancia do quanto dispõe o art. 37 da Constituição do Brasil. Nesse sentido, excerto da ementa constante do MS 20.999/DF, Celso de Mello, DJ de 25/5/90:

"O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar legitima-se em face de três situações possíveis, decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do mandado de segurança, em tais hipóteses, justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da Administração Pública no concreto exercício do seu poder disciplinar."

9. É, sim, devida, além de possível, a revisão dos motivos do ato administrativo pelo Poder Judiciário, especialmente nos casos concernentes a demissão de servidor público.

10. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao *exame e controle* do Poder Judiciário. "*Indeterminado*" o termo do conceito --- e mesmo e especialmente porque ele é contingente, variando no tempo e no espaço, eis que em verdade não é conceito, mas *noção* a sua interpretação [*interpretação = aplicação*] reclama a *escolha de uma*, entre *várias interpretações possíveis*, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada.

11. Como a atividade da Administração é infralegal *administrar é aplicar a lei de ofício*, dizia Seabra Fagundes ---, a autoridade administrativa está vinculada pelo *dever de motivar* os seus atos. Assim, a análise e ponderação da motivação do ato administrativo informam o controle, pelo Poder Judiciário, da sua correção.

12. O Poder Judiciário verifica, então, se *o ato é correto*. Não, note-se bem -- e desejo deixar isso bem vincado ---, *qual o ato correto*.

13. E isso porque, repito-o, sempre, em cada caso, na *interpretação*, sobretudo de textos normativos que veiculem "conceitos indeterminados" [vale dizer, *noções*], inexistente *uma interpretação verdadeira [única correta]*; a

única interpretação correta — que haveria, então, de ser *exata* — é *objetivamente incognoscível* (é, *in concreto, incognoscível*). Ademais, é óbvio, o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é *correto*; apenas isso.

14. Nesse sentido, o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. O fato porém é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a *proporção* que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.

15. O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato.

16. Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si [CB, art. 2º]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

17. Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo. (grifos no original).

Assim, neste sentido, podemos também observar conforme transcrito abaixo outro julgamento nesta mesma linha de entendimento, o qual é favorável ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, ressaltando resguardar um direito constitucional fundamental de não afastar da tutela jurisdicional qualquer ato que cause lesão ou ameaça a um direito:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR ESTADUAL. CONCURSO PÚBLICO. PSICOTÉCNICO. EXAME DA LEGALIDADE E REGULARIDADE. CONTROLE DO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. PRAZO. ART. 1º DO DECRETO N.º.910/32. 5 (CINCO) ANOS. AUSÊNCIA DE LEI ESTADUAL ESPECÍFICA. SEGURANÇA JURÍDICA.

1. Nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". Assim, o controle judicial dos atos administrativos se mostra intimamente atrelado à existência do Estado Democrático de Direito, no qual, em regra, será possível aferir a legalidade e regularidade do ato administrativo. Precedente.

2. O Poder Judiciário deverá ser provocado pelo administrado para que exerça o controle judicial de eventual ato administrativo, sendo certo que essa provocação, em face do Princípio da Segurança Jurídica, pilar do

Estado de Direito, deverá ocorrer dentro de um prazo prescricional legalmente previsto.

3. Na ausência de especificação legal referente ao prazo de prescrição para levar ao conhecimento do Judiciário a pretensão do Administrado, este deverá ser de 5 (cinco) anos, à semelhança da prescrição em geral das ações pessoais contra a Fazenda Pública, disciplinada no Decreto n.º 20.910/32.

4. A pretensão de anular o ato que excluiu os Recorrentes do certame público para ingresso nos quadros do Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Minas Gerais se mostra pertinente, na medida em que exercida dentro do prazo de cinco anos, previsto no art. 1º do Decreto n.º 20.910/32, ante a ausência de lei específica que regule as pretensões referentes a concursos públicos no âmbito da referida Unidade Federativa, diferentemente de como ocorre na esfera federal, na qual a matéria é disciplinada pela Lei n.º 7.144/83.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (RECURSO ESPECIAL 2007/0212477-1, Quinta turma do Tribunal de Justiça de MG, Relatora: Ministra Laurita Vaz, Julgado em 17/12/2007, grifo nosso).

O Ministro CELSO DE MELLO ao julgar um Mandado de Segurança com pedido de medida liminar salienta que:

MS 24458 / DF, MANDADO DE SEGURANÇA, RELATOR(A): MIN. CELSO DE MELLO - JULGAMENTO: 05/03/2003

[...] Poder Judiciário, investido do gravíssimo encargo de fazer prevalecer a autoridade da Constituição e de preservar a força e o império das leis, impedindo, desse modo, que se subvertam as concepções que dão significado democrático ao Estado de Direito, em ordem a tornar essencialmente controláveis, por parte de juízes e Tribunais, os atos estatais que importem em transgressão a direitos, garantias e liberdades fundamentais, assegurados pela Carta da República. [...] O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO. - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atribuiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória." (RTJ 173/806, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Assim, entende-se que as mais recentes jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça afastam-se do ponto fundamental do sistema judiciário na intocável intangibilidade do âmago dos atos administrativos discricionários pelo controle do Poder Judiciário.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como declara o art. 5º XXXV, da Constituição da República Brasileira, todo aquele que tiver seu direito lesado, a ele será garantido o acesso ao Poder Judiciário para que se tomem as providências cabíveis para invalidação de qualquer ato da Administração Pública que não esteja dentro dos parâmetros da legalidade e do ordenamento jurídico.

Nesse sentido que o presente trabalho procurou pesquisar e instruir na medida do possível, em até que ponto pode o Administrador Público quando da edição de seus atos administrativos discricionários impor sua vontade, pois acima de tudo deve pautar-se em descrever qual foi o critério usado? Se foi respeitado o Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade e questionadas as razões de oportunidade e conveniência, motivação e por fim a finalidade do ato.

Muito embora, o que acontece com grande freqüência nas cidades do interior, onde a população é em menor número e os recursos são poucos, os administradores públicos fazem uso da máquina pública do jeito que melhor lhes satisfazem. O que mais se vê são perseguições a eleitores que são seus desafetos partidários, e muitos destes residem em comunidades distantes da zona urbana e o acesso é precário e em péssimas condições, pois as estradas são de terra. E quando estes procuram a Administração Pública para solicitarem um serviço de melhoramento dessas estradas, o gestor pouco se incomoda, e nada faz. Por causa de uns a coletividade fica toda prejudicada.

Por outro lado, também quando nessas mesmas cidades pequenas, há a necessidade de se construir um hospital para atendimento da população, ou a

criação de uma creche para acolher as crianças de mães que trabalham fora, o administrador resolve então por sua conta própria que o melhor a fazer seria a construção de uma praça, desse modo ocorre claramente o desvio de finalidade e abuso de poder. É nesse momento que o cidadão tem o direito de intervir junto ao Judiciário para invalidar a construção dessa praça, pois o administrador na edição de seus atos deve atender a finalidade, a conveniência, oportunidade e ao interesse público.

Por fim conclui-se que, diante de todas as considerações aqui explanadas e descritas ao longo do trabalho, e diante do enfoque dado sobre os conceitos do ato administrativo, sua forma de criação, competência, objetivos, finalidade, princípios constitucionais atinentes, mérito e pressupostos de legalidade e validade. Enfim de tudo o que foi pesquisado, não é demais concluir que é passível sim o controle judicial pelo Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários à luz do princípio da inafastabilidade, ato este que cause lesão ou ameaça ao direito de qualquer cidadão, seja ele vinculado ou discricionário.

8 REFERÊNCIAS

Assembléia Legislativa. *Constituição Estadual de Minas Gerais*. Disponível em: <<http://www.almg.gov.br>>. Acesso em: 25 nov. 2010.

BRASIL. *Código civil*. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. *Constituição Federal*. Brasília: 1998.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Sérgio. DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei nº 9.784. Brasília: 1999.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A Constitucionalização do Direito Administrativo e o Controle de Mérito (oportunidade e conveniência) do ato *Administrativo Discricionário pelo Poder Judiciário Brasileiro*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8955/o-controle-jurisdicional-do-ato-administrativo-discricionario-a-luz-do-principio-da-juridicidade/5>>. Acesso em: 25 out. 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2006.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELO, Olivia Braz Vieira de. *Artigo jurídico sobre O Controle Jurisdicional do Ato Administrativo Discricionário à Luz do Principio da Juridicidade*. Disponível em: <www.jus.uol.com.br/revista/texto/8955/o-controle-jurisdicional-do-ato-administrativo-discricionario-a-luz-do-principio-da-juridicidade>. Acesso em: 25 out. 2010.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/jurisprudencia.asp>>. Acesso em: 25 out. 2010.

Tribunal de justiça de Goiás. Disponível em: <www.tj.go.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2010.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <www.tjmg.jus.br>. Acesso em: 25 out. 2010.