



FACULDADE SANTO AGOSTINHO
UNIDADE SETE LAGOAS
CURSO DE DIREITO

SHINAYDER GABRIEL DA LUZ RAMOS

**CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCRICIONÁRIO**

SHINAYDER GABRIEL DA LUZ RAMOS

**CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO
DISCRICIONÁRIO**

Monografia apresentada à Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas (FASASETE), como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Esp. Leandro Barbosa Silva.

Sete Lagoas/MG
2021

FACULDADE SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS - FASASETE

SHINAYDER GABRIEL DA LUZ RAMOS

CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Banca Examinadora de Trabalho de Curso, apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Sete Lagoas, FASASETE, como requisito parcial para obtenção de Grau de Bacharel em Direito.

ORIENTADOR – PROFESSOR ESP. LEANDRO BARBOSA SILVA (FASASETE)

2º EXAMINADOR

3º EXAMINADOR

Sete Lagoas, _____ de _____ de 2021.

RESUMO

Ao longo da evolução histórica do direito brasileiro, nota-se que o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários encontrou-se inviolável, dada a preservação do mérito administrativo, isto é, os critérios de conveniência e oportunidade adotados pelo administrador público ao decidir ou emitir um ato. Contudo, percebe-se que ao conferir ao agente público uma margem de liberdade na emissão de seus atos, esse age muitas vezes com arbitrariedade e com vista ao interesse pessoal, impactando negativamente no alcance do interesse público. Diante disso, faz-se necessário que haja um controle mais amplo por parte do Poder Judiciário da discricionariedade administrativa, com a finalidade de reestabelecer a ordem jurídica e os direitos resguardados pela Constituição Federal. Neste sentido, nota-se que com o vasto processo de constitucionalização do direito administrativo, o Poder Judiciário encontrou-se responsável pela ordem social e jurídica do país. Assim, pretende-se demonstrar a possibilidade de atuação do Judiciário, amparado pela legislação e os princípios constitucionais, em analisar os atos administrativos discricionários de forma mais ampla, coibindo assim os atos administrativos que fogem dos interesses coletivos.

Palavras-chave: Ato administrativo. Discricionariedade administrativa. Controle judicial.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	5
2 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.....	8
3 ATOS ADMINISTRATIVOS.....	11
3.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO.....	11
3.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	15
3.3 ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS.....	21
3.3.1 Ato administrativo vinculado.....	21
3.3.2 Ato administrativo discricionário.....	22
3.4 MÉRITO ADMINISTRATIVO E DISCRICIONARIEDADE.....	23
3.4.1 Mérito administrativo.....	23
3.4.2 Discricionariedade administrativa.....	25
4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	27
4.1 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS.....	28
5 CONCLUSÕES.....	33
REFERÊNCIAS.....	35

1 INTRODUÇÃO

Pode-se dizer que a sociedade vislumbra o Sistema Político e Administrativo do país com descrença, haja vista o crescente número de casos de corrupção, de favoritismos, desvios de poder e de vários outros problemas televisionados pelas grandes mídias sociais e por outros meios de informações. Entretanto, a ocorrência de tais improbidades não se limita somente à grande Administração Pública, mas também se estende aos servidores públicos, que, valendo-se de seu cargo público, praticam inúmeros atos em proveito próprio, visando benefícios ou privilégios para si ou para outrem.

Dessa forma, torna-se indispensável repensarmos o conceito de controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, visto que as dificuldades na interpretação do caso concreto e a carência de legislação específica fazem com que o administrador público, baseando-se em um juízo subjetivo, tome decisões e edite atos administrativos que fogem do interesse público.

Assim sendo, a presente pesquisa tem como tema o controle efetuado pelo Poder Judiciário dos atos emanados pela Administração Pública, entendendo que este controle não se limita apenas aos atos administrativos vinculados, mas se estende aos atos administrativos discricionários, com o intuito de tornar a gestão pública mais justa e harmônica, conforme esperado pelos administrados.

Isto posto, o problema deste trabalho é: o poder judiciário pode controlar o mérito dos atos administrativos? Nesse sentido, é importante entender os limites impostos ao judiciário na análise do mérito administrativo sem que se viole o princípio da separação dos poderes, mas intervenha somente para obstruir ocorrências de desvio da finalidade pública.

A doutrina clássica aborda o mérito do ato administrativo como limite para atuação do Poder Judiciário no controle da gestão pública. Contudo, alguns doutrinadores entendem que controle jurisdicional do mérito administrativo se estende somente ao princípio da legalidade, não cabendo à fiscalização do que concerne às características privativas da Administração Pública, o que acarretaria na invasão das atribuições de um dos Poderes e consequentemente na violação do princípio da separação dos poderes.

Portanto, pretende-se com a presente pesquisa abordar que a doutrina clássica encontra-se insuficiente e ultrapassada uma vez que, com o crescente avanço e as inovações constitucionais, torna-se necessário uma análise mais ampla da fiscalização jurisdicional do mérito administrativo.

Sendo assim, a hipótese apresentada neste trabalho consiste no atual entendimento doutrinário em permitir ao Poder Judiciário controlar o mérito administrativo devido ao princípio da legalidade compreendida como juridicidade, ou seja, uma análise estendida aos princípios constitucionais explícitos e implícitos, não somente às normas já positivadas. Diante disso, quando o Judiciário perceber que o ato administrativo não atende tais princípios, esse ato poderá ser objeto de controle mesmo que discricionário.

O referencial teórico adotado nesta pesquisa será a possibilidade de interferência do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, segundo a qual o controle jurisdicional dos atos administrativos não se limita somente ao princípio da legalidade, mas também a todos os princípios vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Para buscar solucionar às questões formuladas foi utilizado o método dedutivo, tendo como método de procedimento, o bibliográfico, organizando o trabalho em três capítulos.

O primeiro capítulo propõe-se a discussão acerca do princípio da separação dos poderes em atinência ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, haja vista que, diante do caso concreto, o Poder Judiciário não deixará de intervir nos atos de qualquer um dos Poderes quando o assunto se tratar da legalidade do ato.

No segundo capítulo fará uma abordagem introdutória dos atos administrativos e seus elementos essenciais, bem como seus conceitos, características e critérios adotados para conferir a sua validade no ordenamento jurídico, além de demonstrar-se a diferenciação dos atos administrativos vinculados dos atos administrativos discricionários, trazendo à tona o conceito de mérito administrativo e discricionariedade administrativa.

Finalmente, no terceiro capítulo busca-se ressaltar a ocorrência do controle jurisdicional no mérito do ato administrativo discricionário, explanando às hipóteses de controle dos atos administrativos, em especial, o controle da legalidade e do mérito dos atos administrativos discricionários efetuado pelo Poder Judiciário.

Neste sentido, conclui-se que o exame dos atos administrativos discricionários feito pelo Poder Judiciário deverá ser feito de forma concisa e em atenção às diretrizes firmadas pelo direito brasileiro, com o intuito de preservar o interesse público e reduzir o cometimento de arbitrariedades e ilegalidades, comprovando assim a hipótese apresentada.

2 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Inicialmente é importante esclarecer que o Princípio da Separação dos Poderes é apresentado pela Constituição Federal (CF) como elemento primordial para o controle da estrutura jurídica-administrativa brasileira. Nesse sentido, o ordenamento jurídico o classificou, segundo o artigo 2º da CF, como um princípio fundamental, elevado à esfera de cláusula pétrea conforme disposto no artigo 60, § 4º, III, da CF/88: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. (BRASIL, 1988).

Contemporaneamente, o Poder Político do Estado é entendido como único, sendo divididas somente as funções exercidas por cada um dos poderes. Desse modo, Di Pietro (2020, p. 187) corrobora com o ensinamento salientando que “[...] embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional”.

Outrossim, Di Pietro (2020) realça que a função típica do Poder Legislativo consiste em instituir regras gerais e abstratas, denominada leis, enquanto que cabe ao Poder Executivo e Judiciário a solução do choque de interesses e aplicação da lei de forma coerciva, cabendo também ao Poder Executivo, caso não haja atuação espontânea das partes, o alcance da finalidade estatal e a satisfação do interesse coletivo através de atos concretos.

De maneira análoga, Meirelles diz que:

A função precípua do Poder Legislativo é a elaboração da lei (função normativa); a função precípua do Poder Executivo é a conversão da lei em ato individual e concreto (função administrativa); a função precípua do Poder Judiciário é a aplicação coativa da lei aos litigantes (função judicial). (MEIRELLES, 2020, p. 64).

Historicamente, Aristóteles e Montesquieu, cada um em suas respectivas épocas, já cultivavam a ideia da separação dos poderes em suas obras “A Política” e “O Espírito das Leis”. Aristóteles em seu livro A Política (2017), defendia a ideia da separação das funções, desde que houvesse a concentração desses poderes na mão de um Estado soberano. Aprimorando os conhecimentos do referido filósofo,

Montesquieu em sua obra “O espírito das Leis” (2000), sustentava a ideia de que não havia uma soberania dos poderes, isto é, um não impera sobre o outro, contudo existiria um equilíbrio entre eles.

Na atualidade, a Constituição Federal brasileira possibilita a interpretação entre os poderes através de suas funções típicas, próprias de cada um dos poderes. Nessa lógica, podemos destacar que fica a cargo do Poder Legislativo a função legislativa, a passo que a execução da ordem legal figura função do Poder Executivo e a função jurisdicional ao Poder Judiciário. (BRASIL, 1988).

Também, encontra-se previsto na Constituição a atuação atípica desses poderes, desde que previsto pelo sistema normativo do país e que possuam harmonia entre si. No mesmo sentido, Carvalho Filho (2020) assevera que apesar dos poderes estatais terem suas funções típicas, consideradas normais, atuam também em funções que em síntese, pertencem a outros poderes, exercendo assim uma função atípica.

Sendo assim, podemos afirmar que de acordo com o artigo 2º da Carta Magna brasileira, o sistema da separação dos poderes apresenta funções independentes e harmônicas entre si, funções essas distribuídas entre três poderes pertencentes ao Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), em que cada um detém uma função específica, mas não exclusiva, podendo cada um possuir atribuições próprias trazidas pela Constituição. (BRASIL, 1988).

Associado ao conceito de independência, Cretella (1998) traz a ideia de que há uma relativização da independência, haja vista que cada um dos poderes, limitados à medida que o Poder Constituinte determina, serve de freio e contrapesos. Além disso, a harmonia estabelecida entre os poderes promove um sistema equilibrado, possibilitando assim pequenas intervenções entre os órgãos do poder com o intuito de manter a estabilidade, sem que haja interferência direta nas atribuições próprias de cada um, afastando assim uma usurpação de poder e/ou arbitrariedade.

Ademais, baseando-se no princípio da inafastabilidade da tutela jurisprudencial, é admitido ao Judiciário em certos casos, a análise dos atos administrativos, valendo-se do sistema de freios e contrapesos. Isto posto, a CF/88 estabelece em seu artigo 5º, XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (BRASIL, 1988). Nessa lógica, percebe-se que

o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional garante a ideia de que quando houver lesão ou ameaça a direito, poderá o Judiciário intervir e realizar o controle jurisdicional.

Além disso, o ordenamento jurídico admite exclusivamente ao Poder Executivo a autonomia para o exercício de suas atividades específicas para alcançar o interesse coletivo e as finalidades legais, desde que não ultrapasse as suas competências.

Perante o exposto, infere-se que a independência concedida aos poderes do Estado não é ilimitada, considerando que a harmonia entre os poderes faz-se necessária para que seja instituído o equilíbrio. Nessa situação, a independência somente existirá desde que não haja excesso na intervenção entre os poderes, mantendo a harmonia para o alcance das finalidades públicas.

Dessa forma, percebe-se que, princípio da inafastabilidade da jurisdição fundamenta o controle dos atos praticados no exercício da função administrativa, ou seja, dos denominados atos administrativos. Contudo, para adentrarmos a dimensão deste controle é preciso analisar alguns pontos a respeito destas manifestações de vontade da Administração Pública.

3 ATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

Em primeiro lugar, para falar em ato administrativo, impõe-se a exigente tarefa de compreender, ainda que de maneira singela, em que consiste o próprio conceito de administração pública em sua dimensão objetiva, como conhecimento fundamental do Direito Administrativo. Ora, trata-se, da atividade desenvolvida pelo Estado ou por quem o exerce, com fundamento na supremacia do interesse público e a sua indisponibilidade, objetivando organizar as relações de uma sociedade. Nesse cenário, pontua o jurista Aldemir Berwig que:

A própria natureza da administração pública impõe, a quem a exerce, o dever de conservar e aprimorar os bens, serviços e interesses públicos, bem como o compromisso de bem servir à coletividade, legítima destinatária das atividades e interesses administrados pelo Estado. (BERWIG, 2019, p. 34).

Com base nesse ponto, de forma complementar, Mello (2019) ressalta que a Administração Pública em seu sentido orgânico ou subjetivo, deve ser dividida em centralizada e descentralizada. Nas palavras do autor pode-se dizer que quando a atividade é exercida pelo Estado ou pelo conjunto de órgão que o compõe, trata-se da centralização, enquanto quando exercida por pessoas diversas ao Estado, configura-se descentralização.

Adiante, diferencia descentralização de desconcentração, sendo que a descentralização “[...] pressupõe pessoas jurídicas diversas aquela originalmente tem ou teria titulação sobre certa atividade”. (MELLO, 2019, p. 155), enquanto que a desconcentração é “[...] o fenômeno da distribuição interna de plexos de competências decisórias, agrupadas em unidades individualizadas.” (MELLO, 2019, p. 155).

Tão importante quanto compreender o funcionamento da Função administrativa pela Administração Pública é preciso, porém, ir mais além e analisar o ato administrativo e a sua inserção no ordenamento jurídico.

Nas lições de Meirelles (2020, p. 153), ato administrativo “[...] é uma manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa

qualidade, adquire, resguarda, transfira e modifique, extinga e declare direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” Em resumo, é a exteriorização da vontade da Administração Pública para que se alcance o interesse público, valendo-se do poder-dever concedido ao Estado para que atinja a finalidade pública em decorrência de suas prerrogativas.

Na mesma linha, Di Pietro (2020, p. 231), explica que o ato administrativo “[...] é 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”. Para esta autora, por tratar-se de um instrumento onde o Estado, ou por quem o exerça, administre o poder público, figura-se também como uma declaração e, em certas circunstâncias, sujeito ao controle judiciário, desde que haja impacto imediato no mundo jurídico, caso contrário, não serão reconhecidos como atos administrativos, e sim atos da administração pública.

Nesse diapasão, é importante salientar que há uma distinção conceitual entre ato da administração e ato administrativo. Conforme esclarece Mello (2019) a administração pública pratica inúmeros atos que não interessa considerar como atos administrativos, como: atos regidos pelo Direito Privado (pelo fato de seu conteúdo não ser regido pelo Direito Administrativo e por não ser acompanhado pela força jurídica inerente aos atos administrativos), os atos materiais (por não serem sequer atos jurídicos, devendo ser classificados como “fatos administrativos”) e os atos políticos ou de governo (os atos praticados puramente no exercício da função política e não administrativa).

Não menos importante que essa consideração, Cretella (1998, p. 16), diferencia ato da administração de ato administrativo de forma que “[...] ato da administração é toda atividade jurídica ou não jurídica, que tem nascimento a partir da administração pública”, ao mesmo tempo que “[...] ao ato jurídico da Administração, que concretiza ou titulariza interesses públicos, damos o nome de ato administrativo”.

É interessante, aliás, a explicação apresentada por Mazza que diz:

São atos jurídicos praticados pela Administração Pública que não se enquadram no conceito de atos administrativos, como os atos legislativos expedidos no exercício de função atípica, os atos políticos definidos na

Constituição Federal, os atos regidos pelo direito privado e os atos (MAZZA, 2019, p. 452).

Assim, conclui-se que a definição de ato da administração se difere de atos administrativos, haja vista que este, segundo Meirelles (2020, p.153) “[...] 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”. Por outro lado, os atos da administração pública, segundo Mazza (2019), são aqueles exercidos pela Administração que não são considerados atos administrativos e não produzem efeitos jurídicos imediatos, como os atos legislativos emitidos no exercício de sua função atípica, os atos políticos, os atos controlados pelo direito privado e os atos puramente materiais.

Diante disso, será inevitável que se faça o estudo dos atributos pertencentes aos atos administrativos. Espera-se dessa forma diferir dos atos privados, dando-o características próprias fundamentais para sua eficácia no ordenamento jurídico.

Para Mazza (2019) os atos administrativos fundados na supremacia do interesse público sobre o privado, são revestidos de propriedades jurídicas especiais, sendo que estas características são essenciais para o diferenciar dos demais atos, especialmente os atos privados. Isto posto, ainda segundo o autor, os atributos do ato administrativo são a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade, a autoexecutoriedade e a tipicidade.

Sobre o atributo da presunção de legitimidade ou também conhecido como presunção de veracidade, Mello (2019) nos ensina que os atos administrativos são revestidos de veracidade, ou seja, até que se prove o contrário, os atos administrativos são verdadeiros.

Dentro da ideia de presunção de legitimidade, surge a importância do conceito, como bem define Di Pietro:

O princípio da presunção de legalidade, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro lado, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes. (DI PIETRO, 2020, p. 95).

Em outras palavras, o administrador público quando praticar um ato não precisará provar sobre a prática desse ato, pois todo ato administrativo presume-se verdadeiro e que os fatos e motivos realmente ocorreram. Diante disso, o ato é presumidamente verdadeiro e legal, contudo essa presunção é relativa, cabendo prova em contrário.

Entre autores contemporâneos, Mazza (2019, p. 462) conceitua a imperatividade “que o ato administrativo pode criar unilateralmente obrigações aos particulares, independentemente da anuência destes”. Sendo que, é válido ressaltar que esse atributo não se aplica a todos os atos, restringindo-se apenas aqueles que impõem obrigações ao administrador.

Nesse sentido, segundo Meirelles:

A imperatividade é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Esse atributo não está presente em todos os atos, visto que alguns deles (v.g., os atos enunciativos, os negociais) o dispensam, por desnecessário à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização. (MEIRELLES, 2020, p 163).

Concomitantemente, o conceito de imperatividade se relaciona diretamente com o conceito de exigibilidade, uma vez que conforme os ensinamentos de Mazza (2019) é permitido ao administrador aplicar sanções caso o particular ignore uma ordem jurídica a ele imposta, sem a necessidade de ordem judicial, efetivando a atuação do administrador frente o particular.

Trilhando os conceitos dos atributos do ato administrativo, o atributo da autoexecutoriedade, de maneira singela, é o meio empregado pelo administrador colocar em prática, sem a necessidade de decisão judicial, as suas decisões. Nessa linha de raciocínio, Di Pietro (2020, p. 154) exprime que a autoexecutoriedade “[...] é a possibilidade que tem a Administração de, com os próprios meios, pôr em execução as suas decisões, sem precisar recorrer previamente ao Poder Judiciário”.

Por derradeiro e não menos importante, a tipicidade, incluída no rol de atributos por alguns doutrinadores, impõe ao administrador público a observância da lei específica para cada espécie de ato administrativo, sendo que, dependendo da

finalidade que o administrador pretende alcançar, existe um ato definido em lei, conforme preceitua Mazza (2019).

Conforme verificado, os atributos do ato administrativo são prerrogativas adotados pela Administração Pública como forma de ferramenta para a realização eficaz e eficiente em busca do interesse público, sob essa ótica, ganha particular relevância compreender os elementos necessários para que o ato administrativo seja válido conforme será exposto no próximo subtópico deste trabalho.

3.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Para que possamos ter um ato válido e que passe a surtir efeitos no ordenamento jurídico, é necessário que este preencha certos elementos essenciais para a sua formação. Isto posto, caso ocorra a inobservância de alguns deles, restará o ato afetado, podendo gerar a sua extinção ou invalidação.

Sobre o tema, Cretella (1998, p. 195), explica que “[...] ato administrativo perfeito é aquele que preenche todos os requisitos exigidos para tal”. Em síntese, para que o ato administrativo seja válido e que possa surtir efeitos, é imprescindível o estudo de seus elementos. Contudo, cabe salientar que nenhum ato administrativo é inteiramente vinculado ou discricionário, em razão de alguns elementos apresentarem uma margem de discricionariedade e outros de vinculação.

Outrossim, por haver divergência por grande parte dos doutrinadores sobre os elementos que constituem os atos administrativos, bem como, geralmente há divergência também na nomenclatura adotada, sendo que alguns autores os chamam de elementos, outros de requisitos ou aspectos, ou preferem tratá-los como sinônimos. Mello, por sua vez, embora não havendo concordância entre doutrinadores sobre os elementos, conforme mencionado anteriormente, tece as seguintes considerações:

Não há concordância total entre os autores sobre a identificação e o número de elementos; porém, frequentemente, a divergência (ou, pelo menos, parte dela) procede ora de discordâncias terminológicas, ora de que, por vezes, os autores englobam em um único elemento aspectos que em outros autores encontram-se desdobrados. (MELLO, 2019. p. 398).

Para este autor, apesar de não ser uma questão pacífica, acredita-se que as discordâncias sejam apenas terminológicas para qualificá-los, uma vez que a doutrina segue linha igual em seu conceito essencial. Além disso, por não haver um único ensinamento sobre o assunto, é necessário informar que grande parte da doutrina se baseia na classificação prevista no artigo 2º da lei 4.717/65, que agrupa em cinco elementos do ato, como seja: a competência, o objeto, a forma o motivo e a finalidade. (BRASIL, 1965).

Com base na redação do referido dispositivo legal, Di Pietro (2020) salienta que há também uma diferença importante entre sujeito de competência. Naquele, o sujeito, além de ter competência, deverá ser capaz, enquanto a competência “é o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.” (2019, p. 238).

A esse respeito, por tratar-se de uma conceituação mais objetiva e clara, conceituamos os elementos dos atos administrativos de acordo com a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 que regula a Ação Popular em consonância ao defendido pela autora. Essa interpretação do dispositivo legal com o entendimento da jurista de que os elementos dos atos administrativos norteiam a edição do ato em si, valendo-se de instrumento pelo qual o Estado administre o poder público ainda que sob o controle feito pelo Poder Judiciário.

A análise separada dos elementos do ato administrativo é relevante para compreensão e sua formação. Consequentemente, na ausência de algum deles podem restar invalidados seus efeitos no mundo jurídico. Espera-se, dessa forma demonstrar sua importância bem como sua relação com a discricionariedade a fim de satisfazer as diversas práticas com base ao interesse público.

Por ser considerado um dos mais importante dentre os elementos que compõe os atos administrativos, a competência é o primeiro elemento a ser observado. Em outras palavras, a competência é um elemento vinculado ao ato, isto é, resultante da lei, em que versa sobre a legalidade do ato, tornando-o válido ou inválido. Além disso, segundo o artigo 11 da Lei nº 9.784/99: “A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.” (BRASIL, 1999).

Para corroborar esse argumento, nos ensina Meirelles (2020) que, a competência são as prerrogativas concedida ao administrador público para o exercício da sua função e por ser elemento vinculado ao ato administrativo, toda vez que houver a inobservância desse elemento ou que o agente exceda os limites por ele definido, o ato deverá ser invalidado “por lhe faltar elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.” (MEIRELLES, 2020, p. 155).

Em síntese, assim é a posição do referido autor:

Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração. (MEIRELLES, 2020, p. 155).

Por sua vez, Di Pietro (2020, p. 240), estabelece que a competência é compreendida como “[...] o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas políticas, órgãos e agentes, fixados pelo direito positivo”. Desse modo, tal definição concerne na ideia de que quem tem a capacidade para essa atividade são os entes da Administração Direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Todavia, as funções que competem a esses entes são distribuídas entre os órgãos administrativos e, dentro destes, dará a realização do ato administrativo, classificando-os como sujeito do ato.

Para que o ato administrativo seja válido e possa surtir efeito no ordenamento jurídico, faz-se necessário entendermos o segundo elemento, a Finalidade do ato administrativo, que, como o próprio nome aponta, consiste no fim que o ato busca atingir, isto é, o objetivo pelo qual o administrador emana um ato. Destarte que esse ato terá sempre como fim o interesse público.

Como averba Meirelles (2020), a finalidade representa o interesse público a que se busca atingir, apontado expressamente ou não pela lei, impedindo o administrador a escolha de outra finalidade diversa a ser alcançada pelo ato. No mesmo sentido, Medauar (2020, p. 137) que a finalidade “[...] é o interesse público é

a meta a ser atingida mediante o ato administrativo”, afastando o interesse particular do agente no exercício de sua função.

Nessa temática, Dirley da Cunha Júnior (2020, p. 115) articula que a finalidade é “[...] um resultado ou bem jurídico que a Administração Pública quer alcançar com a prática do ato, qual seja, o fim público, que nada mais é senão servir ao interesse da coletividade”. Diante disso, entende-se que a finalidade se destina ao alcance do interesse público, independente se o ato é discricionário ou vinculado, uma vez que o direito positivado não admite a ausência de finalidade ou o desvio desta nos atos administrativos.

Di Pietro destaca, ainda, que a finalidade se subdivide em dois sentidos, os quais são:

a) em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre finalidade pública; b) em sentido restrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. (DI PIETRO, 2020, p. 246).

Portanto, haverá discricionariedade na finalidade do ato administrativo no sentido amplo e vinculação quanto à finalidade no sentido estrito. Sendo que, a discricionariedade aplicada no primeiro sentido trata-se de uma finalidade valendo-se de noções vagas e imprecisas, uma vez que a lei não estabelece critérios objetivos quando tais fins foram alcançados. Já na segunda hipótese, por haver uma finalidade predeterminada em lei, há vinculação, sendo que não poderá ser contrariada.

Conceitualmente, o ato administrativo deverá ser emanado em observância a todas as formalidades exigidas por ele para alcançar a sua finalidade. Posto isso, a forma, como terceiro elemento do ato, é a exteriorização do ato administrativo, o qual constitui requisito vinculado ao ato, sendo que a sua inobservância gerará a sua invalidação. Segundo Meirelles (2020, p. 176) “[...] a inexistência da forma induz a inexistência do ato administrativo”.

Todavia, há de se destacar que, conforme comenta Di Pietro (2020), a forma não é somente a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades

decorridas do processo de formação da “vontade” da Administração, como a publicidade e o procedimento administrativo do ato. É nesse ambiente que a autora associa a motivação ao conceito de forma, isto é, deve-se incluir na forma a demonstração dos fatos e do direito que fundamentaram a prática do ato, sendo que sua ausência impossibilita a verificação da legitimidade do ato.

É imperativo que para a autora, com a existência ou não de discricionariedade, os atos são geralmente vinculados, uma vez que estão previamente previstos em lei. Entretanto, a lei pode conferir mais de uma forma possível para a prática de um ato, garantindo uma margem de discricionariedade quanto à forma, sendo esse o entendimento adotado pela doutrina.

Entende-se que quando o legislador emana um ato administrativo há um motivo à ser buscado preexistente. Nesse sentido, Medauar (2020, p. 136) conceitua o quarto elemento motivo como “as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição do ato administrativo”.

Para Mello (2019, p. 404), motivo são os pressupostos de fato que autoriza ou exige a prática do ato, condições estas essenciais para a sua validade. Nesse sentido, entende-se que o motivo precede a execução do ato, guiando o administrador na sua execução. Em suma, o elemento motivo constitui a justificativa do ato administrativo, sendo entendido como situação fática, servindo-se da normativa legal como base para que o administrador expeça um ato administrativo visando o interesse comum.

Lado outro, para que se reconheça a legalidade do motivo, é necessário que ele seja verídico e que possua existência material, sendo que nos casos de inobservância dessas qualidades, o ato será ilegal e deverá ser retirado do ordenamento jurídico.

Isto posto, é de grande importância ressaltar que para que o ato administrativo possa surtir todos os seus efeitos no ordenamento jurídico e não seja nulo por ilegalidade e/ou inexistência material, é necessário que o administrador demonstre sua verdadeira motivação e que esteja em conformidade com a lei e os princípios vigentes no mundo jurídico.

É preciso salientar que há uma diferenciação entre motivação e motivo, sendo que, segundo Meirelles (2020, p. 157) o motivo “é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo”, enquanto que

motivação “é a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato”. Assim, o motivo justifica e/ou fundamenta a prática de um ato administrativo e a motivação consiste na forma que o administrador público demonstra a conformidade legal na expedição do ato administrativo.

Concomitantemente, a autora Marinela nos ensina que:

A motivação exige da Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre esses fatos ocorridos e o ato praticado, demonstrando a compatibilidade da conduta com a lei. Enfim, exige um raciocínio lógico entre o motivo, o resultado do ato e a lei. (MARINELA, 2020, p. 357).

Di Pietro (2020, p. 247), resume esses conceitos dizendo que “motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo e a motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram”. Além disso, é de suma importância destacar que o motivo é um elemento discricionário da administração pública, uma vez que, é conferido ao agente público, uma margem de atuação, por meio de juízo de oportunidade e conveniência.

Também, para que o ato seja válido e possa surtir todos seus efeitos no ordenamento jurídico, faz-se necessário que este tenha resultados práticos, ou seja, que o ato, ao ser emanado, deverá produzir efeitos jurídicos práticos, isto é, o objeto do ato, quinto e último elemento do ato administrativo. Preliminarmente, vale-se ressaltar que alguns autores defendem a ideia de que objeto se distingue de conteúdo. Nesse sentido, Mello (2019) diferencia objeto ao dispor este constitui um aspecto existencial e externo ao ato administrativo, enquanto que o conteúdo consiste em um elemento interno do ato administrativo.

Conteúdo - normalmente designado objeto, por muitos doutrinadores - é aquilo que o ato dispõe, isto é, o que o ato decide, enuncia, certifica, opina ou modifica na ordem jurídica. É, em suma a própria medida que produz a alteração na ordem jurídica. Em última instância, é o próprio ato, em sua essência. (MELLO, 2019, p. 401).

Contudo, de acordo com a maioria da doutrina, objeto e conteúdo são considerados sinônimos, como dispõe Meirelles (2020, p. 179) “o objeto é o

conteúdo do ato administrativo, por meio do qual a Administração Pública cria, modifica ou comprova determinadas relações jurídicas que digam respeito a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à tutela do Poder Público”, ou seja, é o seu resultado prático, sendo o ato propriamente dito.

Outrossim, para Di Pietro (2020), o objeto será vinculado quando expresso em lei, ou seja, toda vez que versar sobre somente determinado objeto possível para alcançar o interesse público, e será discricionário quando que, para atingir o fim público, haver vários objetos válidos. Nesse último caso, caso não haja previsão concreta na lei de fazer ou não fazer, o agente deverá basear-se no juízo de conveniência e oportunidade para edição ou não do ato administrativo.

De maneira geral, os atos administrativos visam atender o interesse público e ao bem comum, sendo que o descumprimento destes requisitos resultará na nulidade do ato e a sua ineficácia no ordenamento jurídico. Assim, o motivo e o objeto de acordo com a prevalência da doutrina, pertencem ao núcleo da discricionariedade do ato administrativo, enquanto que a competência, a finalidade e a forma sempre serão vinculadas, haja vista a expressa previsão legal desses elementos, não cabendo ao administrador público modificá-los.

3.3 ATOS VINCULADOS E ATOS DISCRICIONÁRIOS

Como visto, os atos administrativos são revestidos de elementos que, em regra serão vinculados a lei e outros que confere ao administrador uma margem de discricionariedade. Isto posto, é com base nesses elementos que podemos classificar, quanto ao tipo, os atos administrativos.

Nesta senda, caso todos os elementos integrantes do ato administrativo estejam conceituados e fundamentados por uma norma jurídica, trata-se de um ato vinculado. Entretanto, caso o legislador forneça ao agente público uma margem de liberdade em sua atuação, tratar-se de um ato discricionário.

3.3.1 Ato Administrativo Vinculado

Inicialmente, o termo “vinculado” nos remete a ideia de subordinação. Nesse contexto, Marinela (2020, p. 359) dispõe que o ato administrativo vinculado “[...] é aquele em que há aplicação quase automática da lei por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador”. Isto é, os atos administrativos vinculados não são valorados em juízos subjetivos e se submetem a certos preceitos legais para a sua validade no ordenamento jurídico.

Ainda segundo o tema, Mello define que:

Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma. (MELLO, 2019, p. 438).

Nesse sentido, nos casos em que o legislador não deixar margem de escola por parte do administrador público, estabelecendo previamente as características, elementos e aspectos do ato administrativo, o ato será vinculado, restando ao agente atuar em conformidade com a legislação vigente, devendo apenas realizar a sua inserção no ordenamento jurídico, servindo de mero executor da lei.

Assim sendo, a atuação do agente se encontra vinculada e consequentemente os elementos desse ato estão regulamentados em lei de forma objetiva, tornando-se uma imposição legal, haja vista que o seu descumprimento incorrerá em uma ilegalidade, cabendo ao Poder Judiciário o controle da legalidade deste ato.

3.3.2 Ato administrativo discricionário

A princípio, como vimos anteriormente, a Administração Pública tem o dever de observar o sistema jurídico positivo, sendo que, não somente os atos administrativos vinculados encontram-se respaldados em lei, como também os atos administrativos discricionário. Contudo, diferentemente dos atos vinculados, os atos discricionários confere ao administrador a análise do momento e modo adequado para se praticar o ato.

O ato administrativo discricionário baseado na conveniência e oportunidade consiste em um conceito tradicional de discricionariedade. Nesse sentido, Di Pietro (2020, p. 490) nos ensina que “[...] a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.

De maneira análoga, Meirelles (2020, p. 191) ressalta que atos discricionários “são os que a Administração autorizada pela lei, pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização”.

Desse modo, o ato administrativo discricionário é aquele em que o legislador confere ao administrador público uma margem de liberdade, sendo que a observância da legislação é fundamental para a sua atuação. Nesse contexto, a discricionariedade administrativa é a atuação do agente público, com amparo legal, agir de acordo com a conveniência e oportunidade, possibilitando mais de um comportamento permitido pelo direito para o alcance do interesse público.

3.4 MÉRITO ADMINISTRATIVO E DISCRICIONARIEDADE

De início, quando o legislador não estabelece diretrizes de atuação da Administração Pública, concedendo uma certa autonomia limitada pela normativa, entende-se que o agente público encontra-se respaldado pela competência discricionária. Nesse entendimento, Mello (2019) ressalta que a liberdade de atuação do agente se encontra apoiada não no ato em si, mas no exercício da competência.

Nessa acepção, haverá um ato discricionário toda vez que a legislação conferir ao administrador público a possibilidade, diante do caso concreto, decidir de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade por mais de um comportamento admitido pela lei. Diante disso, esse é conceito mais utilizado pela doutrina para o mérito administrativo.

3.4.1 Mérito Administrativo

Ao se falar em mérito administrativo, grande parte da doutrina o relaciona diretamente a conveniência e a oportunidade do ato. Nesse sentido, Medauar (2020, p. 106) diz que “[...] o mérito administrativo expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário”.

Já para Meirelles (2020) essa margem de liberdade pode estar no motivo ou no objeto do ato administrativo discricionário. Em suas palavras:

O mérito do ato administrativo, conquanto não se possa considerar requisito de sua formação, deve ser apreciado neste tópico, dadas as suas implicações com o motivo e o objeto do ato e, conseqüentemente, com as suas condições de validade e eficácia. (MEIRELLES, 2020, p. 179).

Nesse mesmo sentido, Marinela (2020) nos ensina que essa “liberdade” de atuação do administrador, embasado na conveniência e oportunidade, está presente nos elementos motivo e objeto do ato administrativo, porém não se confundem.

O mérito do ato administrativo é a valoração do Administrador, é a liberdade, é a análise de conveniência e oportunidade, que estão presentes nos elementos motivo e objeto. Vale ressaltar que mérito não é igual a motivo e objeto, apesar de estar presente neles. (MARINELA, 2020, p. 366).

Di Pietro (2020, p. 496) destaca que, segundo a ideia da existência de certos elementos do ato serem sempre vinculados (competência, finalidade e forma), podemos dizer que não há ato completamente discricionário, sendo que todos os elementos do ato vinculado estão perfeitamente definidos por lei, enquanto que outros são deixados à escolha da Administração Pública, com maior ou menor grau de liberdade de apreciação da conveniência e oportunidade.

Ainda segundo a autora:

[...] o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir. (DI PIETRO, 2020, p. 496).

Em síntese, a liberdade concedida pelo legislador ao administrador para atender o interesse comum, de acordo com a conveniência e oportunidade,

caracteriza-se o mérito administrativo. Contudo, é necessário destacar que essa atuação “livre” deverá observar os parâmetros e as regras estabelecidas pelos princípios e a legislação vigente, devendo-se analisar se a aplicação, no tempo e modo, atenderá o interesse público e a finalidade que se buscava alcançar.

Assim sendo, podemos dizer que o mérito administrativo é a parte do ato em que o administrado, valendo-se do juízo de conveniência e oportunidade, atua de mais de uma forma permitida para alcançar o interesse comum.

Nessa situação, por se tratar de uma atuação dotada de liberdade de agir da Administração Pública, não cabe ao Judiciário controlar a apreciação do ato. Isto é, de acordo com a doutrina majoritária no país, o Judiciário não poderá realizar o controle dos atos discricionários, haja vista que as decisões tomadas pelo administrado público, conforme a conveniência e oportunidade, dispensa tal supervisão.

Fagundes (1951, p. 189), um dos pioneiros no estudo do mérito administrativo, corrobora com o entendimento ao dispor que há uma impossibilidade do controle judicial sobre o mérito, haja vista o sentido político do ato administrativo. Caso o juiz adentrasse ao conhecimento do mérito, excederia seu campo de apreciação, qual seja, a legalidade e a legitimidade, visto que o Poder Judiciário é o órgão responsável pela proteção da ordem legal da gestão política, característica essa, discricionária do Poder Executivo.

3.4.2 Discricionariedade Administrativa

Normalmente o conceito de discricionariedade é associado ao juízo de conveniência e oportunidade na prática do ato administrativo. Destarte, caso não haja nenhuma vinculação imposta pelo legislador na atuação do administrador, este poderá ponderar através do interesse e necessidade se determinado ato realmente atenderá ao interesse público. Diante disso, a discricionariedade administrativa só acontecerá caso o legislador possibilite o administrador a livre atuação, embasado pela conveniência e oportunidade frente ao caso concreto.

De acordo com Medauar:

A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada: trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. (MEDAUAR, 2020, p. 105).

Para Mello (2019) a discricionariedade administrativa necessita de uma ressignificação em seu conceito tradicionalmente conhecido, haja vista que muitos doutrinadores a vincula aos critérios de conveniência e oportunidade. Isto posto, para o autor, o estudo da discricionariedade administrativa atrelada ao mérito administrativo torna-se insuficiente, afastando seu verdadeiro significado no enquadramento da lei no caso concreto. Nas palavras do autor:

Discricionariedade administrativa é a margem de "liberdade" que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (MELLO, 2019, p. 2019).

Diante disso, é necessário entendermos que atualmente, o conceito de discricionariedade administrativa consiste na margem de liberdade decisória concedida a Administração Pública para que, na ausência de precisão da norma jurídica reguladora, o administrador possa tomar decisões diante de um caso concreto que permita vários entendimentos. Vale-se destacar que essa liberdade não é ilimitada e que segue parâmetros legais, especialmente os princípios, visando sempre o interesse público.

4 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Após compreendido a separação dos poderes e a base legal que fundamenta a atuação do administrador público, faz-se necessário entendermos a normatização acerca do controle realizado pelo Judiciário sobre os atos administrativos discricionários, sem que se perca o mérito administrativo.

Entende-se que o controle exercido pelo Poder Judiciário dos atos administrativos próprios da Administração Pública é exercido conforme a observância ao princípio da legalidade no momento da execução do ato, haja vista a previsão abstrata da normatização sobre a temática no ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, é necessário que o princípio da legalidade seja analisado em sentido amplo, estendida as leis, normas constitucionais e também aos princípios jurídicos implícitos e explícitos.

Entretanto, existe no ordenamento jurídico um posicionamento favorável a um controle restrito, o qual dispõe sobre uma análise restrita do princípio da legalidade. Tal teoria traz como argumento a ideia de impossibilidade do Judiciário gerenciar as atividades típicas do Executivo, baseando-se no princípio da separação de poderes, nascendo assim a legalidade em sentido estrito. Também vale ressaltar que de acordo com essa linha, cabe ao Judiciário apreciar somente matéria relativa à competência, forma e licitude do objeto.

Contudo, a corrente majoritária vem adotando o conceito de um controle jurisdicional mais ampla, tendo como parâmetro todos os princípios constitucionais, implícitos ou explícitos, não mais se limitando somente à análise da legalidade dos atos administrativos. Em razão disso, Dirley da Cunha Júnior (2020) esclarece que a ordem jurídica administrativa habilita o Poder Judiciário a investigar e controlar o ato da Administração Pública de qualquer um dos Órgãos do Poder, tanto na perspectiva da legalidade, quanto na perspectiva constitucional dos atos, cuja característica engloba todos os princípios constitucionais.

À vista disso, preceitua o caput do artigo 37 da CF que “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. (BRASIL, 1988). Logo, a legalidade que possibilita o controle jurisdicional não deverá ser interpretada em parte, mas como

um todo, estendendo-se não somente as normas jurídicas, mas também aos princípios implícitos e explícitos previstos no sistema normativo brasileiro.

Nessa esteira, por ter toda a sua atuação, princípios e requisitos regulamentados pela legislação, o ato administrativo vinculado limita a atuação do administrador público a praticar o ato somente de acordo com o que o sistema normativo prevê, impossibilitando assim o desvio de finalidade como o favorecimento pessoal e/ou a perseguição, além de garantir uma melhor eficácia no controle desses atos.

Em contrapartida, se tratando dos atos administrativos discricionários, a doutrina pátria discorre sobre a impossibilidade do controle judicial de tal mérito, uma vez que a legislação vigente possibilita a própria Administração Pública o controle da conveniência e oportunidade de seus atos, também conhecido como princípio da autotutela. Contudo, cresce a discussão quanto a possibilidade da atuação do Poder Judiciário na análise aprofundada do mérito administrativo sem que haja desvio de finalidade ou de competência entre os poderes, haja vista que os atos administrativos são ferramentas utilizadas para o efetivo cumprimento da finalidade pública.

Vale ressaltar que o juízo de conveniência e oportunidade não é atributo dado ao magistrado para apreciação, no entanto, é dever da Administração Pública obedecer ao disposto em lei, tendo em vista que até mesmo os atos administrativos discricionários estão previamente limitados pela legislação e pelos princípios estabelecidos pela Constituição Federal do Brasil.

Portanto, podemos concluir que apesar de concedida à Administração Pública o controle de seu mérito, tanto os atos administrativos vinculado quanto os atos administrativos discricionários estarão determinados em lei, sendo que os atos administrativos vinculados têm todos os seus aspectos e atuação predeterminados pela lei, os atos administrativos discricionários confere ao administrador público, de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, uma margem de liberdade na atuação, dificultando assim um controle estabelecido pelo Poder Judiciário.

4.1 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Após o exposto, pressupõe-se que todo ato administrativo deve observância à legislação e aos princípios vigentes em nosso ordenamento jurídico, sendo que caso haja a inobservância do administrador público da legalidade em caráter amplo ou a desobediência ao que a legislação brasileira dispõe, tornará o ato administrativo ineficaz para surtir seus efeitos perante o caso concreto, cabendo ao Judiciário o controle desses atos. Também, nota-se que quando o ato administrativo se der pelo mérito administrativo, valendo-se do princípio da autotutela, o agente público tem o poder-dever em revoga-lo ou torná-lo inválido para produzir seus efeitos perante o ordenamento jurídico.

Ao atribuir a capacidade discricionária à Administração Pública, o legislador confere ao administrador em conformidade com um juízo subjetivo, a liberdade na escolha, diante do caso concreto, da decisão mais eficiente para o alcance das finalidades legais e o interesse coletivo. No entanto, apesar de concedida à administração a liberdade de atuação conforme a conveniência e oportunidade, é dever do agente público a observância dos parâmetros legais, limitando-se a previsão legal para que não haja prejuízos ou desobediência às finalidades públicas.

Na contemporaneidade, há o entendimento de uma discricionariedade administrativa mais ampla, abarcando tanto a concepção do mérito administrativo quantos os conceitos jurídicos indeterminados, isto é, aqueles em que não possuem sentidos preciso ou objetivo, além da compreensão a partir de princípios.

Nessa acepção, Medauar expõe que:

A discricionariedade significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada: trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo. (MEDAUAR, 2020, p. 105).

Di Pietro (2020) dispõe que, considerando que não compete ao Poder Judiciário a análise aprofundada do mérito administrativo e a reanálise da conveniência e oportunidade dos atos administrativos emitidos pela Administração Pública, o pensamento comum é de que o administrador público, valendo-se dessa liberdade concedida a ele, atue como bem entender sem que haja limites,

proporcionando assim a ideia de um poder irrefutável, provocando a ocorrência de abuso de poder, por ser uma atribuição discricionária dada a ele.

Nesse sentido, há decisões tomadas pelo administrador público que visa o favoritismo ou perseguições políticas, sendo que se houver uma melhor efetividade no controle desses atos não haverá desconfiância pela coletividade no setor público.

Di Pietro (2020) entende que a ampliação da atuação do Poder Judiciário na avaliação do mérito administrativo não figura uma invasão na discricionariedade administrativa, pois contribui para alocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para diferenciá-la da interpretação e impedir que haja arbitrariedade por parte da Administração Pública fundada no mérito administrativo. Dessa forma, para que haja um controle jurisdicional sobre os atos administrativos, deverá o Judiciário analisar cada um de seus elementos para determinar o tipo de ato (vinculado ou discricionário) o administrador visa praticar, viabilizando assim uma melhor exatidão sobre a matéria que será discutida no ato.

Nas hipóteses em que o magistrado se deparar com um ato administrativo vinculado, terá como parâmetro a legalidade para aplicar o controle jurisdicional. Tal avaliação consiste em uma análise externa e superficial do ato, haja vista que o administrador encontra-se fundado na norma jurídica favorável. Em contrapartida, tratando-se dos atos administrativos discricionários, deverá o magistrado analisar sua pertinência segundo as normas jurídicas e o mérito o qual o agente emite o ato, visando encontrar brechas para atuação do Judiciário e efetivar o controle, sendo que a legalidade é aspecto essencial para a sua pertinência.

Noutro giro, impera no ordenamento jurídico a impossibilidade do Poder Judiciário analisar de forma ampla os atos administrativos discricionários, uma vez que a Administração Pública é amparada pelo juízo de conveniência e oportunidade, características estas fundamentais do mérito administrativo. Em outras palavras, caberá somente ao poder responsável pela expedição do ato à análise, em atinência ao princípio da separação dos poderes, expresso pela Constituição Federal.

Concomitantemente, Marinela (2020) argumenta que cabe ao Judiciário apreciar somente a legalidade do ato administrativo discricionário, opondo-se ao entendimento da possibilidade do magistrado controlar o mérito administrativo. Di Pietro (2020, p. 1689) corrobora com entendimento dizendo que “[...] quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os

aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência).”

Sobre a temática, o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça (STJ) é:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AGÊNCIA REGULADORA. PODER REGULAMENTAR E NORMATIVO. LIMITES. RESOLUÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE VALOR VEDADO AO PODER JUDICIÁRIO. PROVIMENTO DO APELO NOBRE MONOCRATICAMENTE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. [...] 6. Na forma da iterativa jurisprudência deste Sodalício, no que diz respeito ao controle jurisdicional dos processos e atos administrativos, o Poder Judiciário está limitado ao exame da regularidade formal, à luz do princípio da legalidade, sendo inviável qualquer discussão acerca do próprio mérito administrativo. [...] (BRASIL, STJ, REsp. 1834266/ PR, 2021).

Há de se notar que tanto a doutrina quanto a jurisprudência têm o entendimento na impossibilidade do Poder Judiciário apreciar o mérito concedido à Administração Pública, desde que não fira nenhum princípio. Contudo, tem-se surgido entendimentos que admite uma análise mais aprofundado acerca da discricionariedade administrativa por meio dos princípios implícitos e explícito do sistema normativo brasileiro, visando a inocorrência de arbitrariedade e desvio de finalidade, contando que não haja intervenção na competência discricionária administrativa.

Freitas (2013) nesse sentido dispõe que o sistema jurídico brasileiro é um conjunto hierarquizado de princípios, normas e valores jurídicos que tem como finalidade dar cumprimento aos objetivos e princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Assim, os atos administrativos discricionários passam a ser analisados tanto sob as normas jurídicas, como pelos princípios explícitos ou implícitos que norteiam a legislação brasileira, conferindo uma maior análise do mérito administrativo sob parâmetros principiológicos.

Neste viés, com um vasto processo de constitucionalização associado à um conceito de inafastabilidade jurisdicional mais amplo, nota-se uma ampliação na atividade jurisdicional no controle das matérias de cunho administrativo. Todavia, é

evidente que cabe ao Poder Judiciário a correção do mérito administrativo somente em relação a sua compatibilidade com o Direito e a proporcionalidade lógica correlacionada entre os meios, os fins e os motivos utilizados para o alcance do interesse público. No entanto, as escolhas administrativas exigem caráter técnico pelo alto grau de complexidade, o que permite ao administrador manejar os seus próprios atos, algo que o Poder Judiciário não tem competência para fazer.

Noutro giro, tem-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que, ao se tratar de uma sanção administrativa, tais atos serão passíveis de um controle mais amplo, não se limitando apenas aos aspectos formais e legais dos atos, tendo em vista a observância dos demais princípios constitucionais, como a razoabilidade e a proporcionalidade. Nesse sentido, assevera o STJ:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. AGENTE ADMINISTRATIVO DO MINISTÉRIO DA SAÚDE CEDIDO À ASSIMS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIDOR PÚBLICO ACUSADO DE SE VALER DO CARGO PARA LOGRAR PROVEITO PRÓPRIO. IMPUTAÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DA CARGA HORÁRIA ESTABELECIDADA E DESVIO DE FUNÇÃO. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. INCONTROVERSO QUE O SERVIDOR EXERCIA SUAS FUNÇÕES FORA DA SEDE DA ASSOCIAÇÃO, SEM CARGA HORÁRIA PREVIAMENTE FIXADA COM AUTORIZAÇÃO DAS AUTORIDADES QUE COMPÕEM O CONSELHO DE PREFEITOS DA ASSOCIAÇÃO. CONFIGURADA AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA, CONFIRMANDO A LIMINAR DEFERIDA, PARA ANULAR A PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. 1. Por força dos princípios da proporcionalidade, dignidade da pessoa humana e culpabilidade, aplicáveis ao Regime Jurídico Disciplinar de Servidor Público e mesmo a qualquer relação jurídica de Direito Sancionador, não há juízo de discricionariedade no ato administrativo que impõe sanção a Servidor Público em razão do cometimento de infração disciplinar, de sorte que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando, portanto, somente aos aspectos formais. [...] (BRASIL, STJ, MS 0029227/ DF, 2019).

Diante disso, denota-se que a depender do caso concreto, se ficar vislumbrado que houve ofensa aos princípios, normalmente os princípios da razoabilidade e proporcionalidade do ato, está autorizado o Poder Judiciário fazer o controle do ato administrativo discricionário, sendo que isso por si só não será considerado uma intervenção no mérito administrativo, mas sim uma análise de legalidade em uma concepção mais ampla, qual seja, concepção da juridicidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, entende-se que o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário acontecerá quando o excesso gerar prejuízos ao administrado, sendo que o mérito concedido ao agente público não se trata de um privilégio, mas sim um encargo para que se alcance o interesse público com eficácia e eficiência.

Atualmente, percebe-se que os diversos atos administrativos anulados pelo Judiciário decorrem da arbitrariedade do administrador público, que, valendo-se de um falso sentimento de liberdade, emite atos administrativos visando o favoritismo, a perseguição, o desvio de poder, a vingança e a inimizade, impactando negativamente no alcance dos interesses da coletividade.

Assim, é constitucionalmente conferido ao Poder Judiciário fiscalizar a ordem pública e social, submetendo-se à fatores de razoabilidade e proporcionalidade da atuação do agente público no atendimento ao interesse público e as finalidades estabelecidas pela lei. Nesse viés, não há de se falar em extrapolação dos limites impostos pelo princípio da separação dos poderes, sendo que, caso o magistrado entenda que as medidas adotadas pelo administrador público não são as mais adequadas a serem tomadas, deverá analisá-las conforme o direito, verificando assim a validade ou invalidade do ato.

Desta forma, o presente trabalho abordou a possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo de forma mais ampla, cabendo ao Poder Judiciário o dever de verificar a sua relação no sistema jurídico como um todo. À vista disso, realizada uma análise mais ampla, estendida aos princípios constitucionais explícitos e implícitos, impossibilitará a utilização da discricionariedade administrativa como instrumento para alcançar objetivos particulares ou abuso de poder por parte do administrador público.

Por conseguinte, a conclusão pelo presente trabalho se resume na possibilidade do Poder Judiciário examinar, por meio de normas jurídicas e princípios explícitos e implícitos dispostos na Constituição Federal, os atos administrativos discricionários. Dessa forma, poderá o Judiciário, perante o caso concreto, analisar o mérito administrativo de forma limitada, ou seja, somente no que se refere à adequação a legislação e aos princípios informadores.

Seguindo essa linha de raciocínio, o sistema jurídico brasileiro é uno e indivisível e, sendo assim, a Administração Pública deverá emitir seus atos em conformidade com a legislação vigente e em consonância com a Constituição Federal como um todo. Nesta ocasião, o administrador público estará sempre vinculado a buscar o caminho mais eficiente e eficaz para atender o interesse da coletividade.

A base do ordenamento jurídico brasileiro é a legalidade e, dessa forma, é dever do administrador público exercer suas atividades conforme estabelecido pelo direito. Neste sentido, mesmo se tratando de uma atividade discricionária da Administração Pública, o agente público estará sujeito à legislação, independentemente da margem de liberdade a ele concedida, tendo em vista os limites previamente estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, nota-se um crescente entendimento doutrinário a favor de um controle jurisdicional mais amplo dos atos administrativos discricionários, com a finalidade de inibir o cometimento de arbitrariedades e ilegalidades pelo administrador público.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **A política**. Tradução de Nestor Silveira Chaves. 1ª Ed. São Paulo: Lafonte, 2017.

BERWIG, Aldemir. **Direito administrativo**. Coleção direito, política e Cidadania, 42. Ijuí: Ed. Unijuí, 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Brasília: Vade Mecum Saraiva. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.748, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: DF, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. REsp 1834266 – PR. PRIMEIRA TURMA, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. AGÊNCIA REGULADORA. PODER REGULAMENTAR E NORMATIVO. LIMITES. RESOLUÇÃO. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. MÉRITO ADMINISTRATIVO. JUÍZO DE VALOR VEDADO AO PODER JUDICIÁRIO. PROVIMENTO DO APELO NOBRE MONOCRATICAMENTE. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. VIOLAÇÃO AO ART. 1.022, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. Agravante: Aciara Associação Com Indl e agrícola de Jaguaraiá. Agravada: Agência Nacional de Saúde Suplementar. Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, 22 mar. 2021. **Diário de justiça eletrônico**: Brasília, DF, 25 mar. 2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902546058&dt_publicacao=25/03/2021. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança. MS 0029227 – DF. Primeira Seção. Administrativo. Mandado de Segurança Agente administrativo do Ministério da Saúde cedido à ASSIMS. Processo Administrativo Disciplinar. Servidor público acusado de se valer do cargo para lograr proveito próprio. Imputação de descumprimento da carga horária estabelecida e desvio de função. Impetrante: Neri Luiz Cenzi. Impetrado: Shigueru Sumida e outro. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 22 mai. 2019. **Diário de justiça eletrônico**: Brasília, DF, 16 ago. 2019.

Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859326481/mandado-de-seguranca-ms-21586-df-2015-0029227-2>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. Resp nº REsp 1.858.787-MG. Processual cível e civil. Recurso interposto sob a égide do novo CPC. Ação de prestação de contas. Pensão alimentícia. Rel. Min. Marco Buzzi, 27 fev. 2020. **Diário de justiça eletrônico**: Brasília, DF, mar. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861796813/recurso-especial-resp-1858787-mg-2020-0013782-4>. Acesso em: 16 nov. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34^a ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 18^o ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Manual de Direito Administrativo**. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FREITAS, Juarez. **Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. 5^a ed. Itaim Bibi: Malheiros Editores, 2013.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 14^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22^a ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 44^a ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito administrativo**. 34^a ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. 2^a ed. 2^a tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.