



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

RAPHAEL KENNEDY E SILVA

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS

SOUSA - PB
2006

RAPHAEL KENNEDY E SILVA

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Maria Marques Moreira.

SOUSA - PB
2006

RAPHAEL KENNEDY E SILVA

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Maria Marques Moreira Vieira (orientadora)

Prof^a.....

Prof^a.....

Àquele que nos guia e ilumina a cada dia: Deus. Aos meus pais que sempre acreditaram e investiram incondicionalmente em mim. Aos demais familiares pelos eternos estímulos. Aos amigos pela paciência, compreensão, solidariedade e, sobretudo, pela fraternidade,

Dedico.

Agradeço a minha orientadora, Maria Marques
Moreira Vieira, pela dedicação dispensada a este
trabalho, bem como pelos relevantes ensinamentos
que me transmitiu ao longo destes anos na academia.

RESUMO

O Estado, do seu surgimento até a atualidade, passou por diversas fases. Quando do surgimento do Estado de Direito, dois postulados ganharam importância: a separação de poderes e a observância da legalidade. O primeiro impõe que cada poder desempenhe suas funções sem interferir nas dos demais. Contudo, tal regra sofre ressalva tendo em vista que a Constituição da República Federativa do Brasil previu formas de controle externo entre os poderes do Estado, de forma que o presente trabalho teve por objeto de estudo uma destas formas de controle: o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, assunto estudado no âmbito do controle realizado pelo Judiciário sobre a Administração Pública. Há que se ressaltar, ainda, que o outro postulado do Estado de Direito, a legalidade, passou a exigir da Administração Pública restrita observância ao que estava disposto em lei afim de evitar lesão aos direitos fundamentais dos indivíduos, bem como a concretização do interesse público consignado em lei. Neste contexto, o presente trabalho se propôs a investigar a possibilidade ou não de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Para sua realização, utilizou-se o método comparativo por ter se confrontado, ao longo do trabalho, predominantemente, duas correntes divergentes acerca do tema. Com tal estudo objetivou-se o esclarecimento da questão, bem como a indicação do posicionamento doutrinário que melhor se afeiçoa ao ordenamento jurídico brasileiro. No tocante a divergência sobre o tema, parte da doutrina entende que o Judiciário não pode apreciar os elementos discricionários do ato administrativo porque estaria invadindo campo de atuação privativo da administração pública, qual seja, o mérito administrativo. Estar-se-ia ferindo o princípio da separação dos poderes. Outra parte da doutrina entende que, tendo em vista não ser possível excluir da apreciação jurisdicional lesão ou ameaça de lesão a direito e visando a consecução do interesse público, é cabível sim o referido controle. Analisando-se tais correntes, que possuem outros argumentos elencados no desenvolvimento, concluiu-se que o Judiciário deve apreciar os atos discricionários para verificar a sua legalidade, bem como sua compatibilidade com os princípios constitucionais, não podendo, entretanto, invadir o mérito administrativo. Desta forma, verificando o Judiciário que o ato é legal e que os princípios constitucionais foram observados, não poderá invalidar o ato por entender que outra solução seria mais conveniente e oportuna. Mas, se percebe que o ato infringiu a lei ou relegou princípio constitucional, deve invalidá-lo não podendo, entretanto, indicar ato para substituí-lo. Tal conclusão esclarece a divergência acima mencionada e oferece ao Judiciário uma diretriz segura a ser adotada.

Palavras-chave: Controle jurisdicional. Atos administrativos. Discricionário.

ABSTRACT

The State, of its sprouting until the present time, passed for diverse phases. When of the sprouting of the Rule of law, two postulates had gained importance: the separation of powers and the observance of the legality. The first one imposes that each power plays its functions without intervening with the ones of excessively. However, such rule suffers exception in view of that the Constitution of the Federative Republic of Brazil foresaw forms of external control enters to be able them of the State, from form that the present work had for object of study one of these forms of control: the jurisdictional control of the discretionary administrative acts, subject studied in the scope of the control carried through for the Judiciary one on the Public Administration. It has that to stand out itself, still, that the other postulate of the Rule of law, the legality, started to demand of the Public Administration restricted observance what was made use in similar law to prevent injury to the basic rights of the individuals, as well as the concretion of the consigned public interest in law. In this context, the present work if considered to investigate the possibility or not of jurisdictional control of the discretionary administrative acts. For its accomplishment, the comparative for having was used if collated method, throughout the work, predominantly, two divergent chains concerning the subject. With such study the clarification of the question was objectified, as well as the indication of the doctrinal positioning that better is take fancied to the Brazilian legal system. In regards to divergence on the subject, part of the doctrine understands that the Judiciary one cannot appreciate the discretionary elements of the administrative act because it would be invading privative field of performance of the Public Administration, which is, the administrative merit. One would be wounding the principle of the separation of being able them. Another part of the doctrine understands that, in view of not being possible to exclude from the jurisdictional appreciation injury or threat of injury the right and being aimed at the achievement of the public interest, is possible yes the related control. Analyzing such chains, that possess other arguments enumerated in the development, it was concluded that the Judiciary one must appreciate the discretionary acts to verify its legality, as well as its compatibility with the principles constitutional, not being able, however, to invade the administrative merit. In such a way, verifying the Judiciary one that the act is legal and that the principles constitutional had been observed, it will not be able to invalidate the act for understanding that another solution would be more convenient and opportune. But, if it perceives that the act infringed the law or relegated constitutional principle, must invalidate it not being able, however, indicate act to substitute it. Such conclusion clarifies the divergence mentioned above and offers Judiciary a safe line of direction to be adopted.

Words-key: Jurisdictional control. Administrative acts. Discretionary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1 CARACTERES GERAIS DO ESTADO E DO ESTADO BRASILEIRO.....	11
1.1 Origem e evolução do Estado.....	11
1.2 Conceito e elementos constitutivos do Estado.....	13
1.3 Tripartição de funções.....	15
1.4 Estado Brasileiro.....	16
1.4.1 Federação.....	16
1.4.2 Estado Democrático de Direito.....	18
1.4.3 Tripartição de funções no Estado brasileiro.....	19
CAPÍTULO 2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	22
2.1 Conceito e classificação.....	22
2.2 Controle Administrativo.....	24
2.3 Controle Legislativo.....	27
2.4 Controle Jurisdicional.....	29
CAPÍTULO 3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	34
3.1 Atos Administrativos.....	34
3.2 Discricionariedade.....	38
3.3 Atos administrativos discricionários.....	43
CAPÍTULO 4 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS.....	45
4.1 Posicionamentos doutrinários.....	45
4.2 Controle de constitucionalidade dos atos administrativos discricionários.....	47
4.3 Anulação dos atos administrativos discricionários.....	49
4.4 Limites do controle jurisdicional dos atos discricionários.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

Os poderes do Estado são independentes, no entanto, existem mecanismos constitucionais de controle de uns sobre os outros. É nesta seara que o presente trabalho cuidará de uma das espécies do referido controle, qual seja, o exercido pelo Judiciário sobre a Administração Pública, especificamente no que concerne aos atos administrativos discricionários. Para que melhor se compreenda o objeto deste estudo, é de se ressaltar que os atos administrativos possuem cinco elementos, quais sejam, competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Os três primeiros elementos estarão sempre previstos em lei, sendo denominados de vinculados. Os dois últimos, por sua vez, quando não previstos legalmente, ficarão sujeitos ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador, sendo taxados de discricionários. Quando se identificam estes elementos discricionários nos atos administrativos, diz-se estar diante de atos administrativos discricionários. É neste contexto que se buscará investigar se o Poder Judiciário pode apreciar estes atos e, sendo possível, quais os limites. Também se estudará a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e sua relação com a discricionariedade, bem como com o controle.

O controle jurisdicional dos atos discricionários vem sendo cada vez mais discutido pela comunidade jurídica nacional e internacional pelas consequências práticas que enseja e por conter diversas celeumas. Desta forma, embora o presente estudo não pretenda encerrar a discussão, buscar-se-á esclarecer as divergências existentes na doutrina e indicar o posicionamento que melhor se afeiçoa ao ordenamento jurídico brasileiro, prestando, por conseguinte, relevante contribuição a comunidade acadêmica. Para consecução dos objetivos traçados, analisar-se-ão, ao longo do trabalho, diversos assuntos relacionados aos tema.

Parte da doutrina entende não ser possível o controle jurisdicional dos atos discricionários, uma vez que o mérito administrativo tem por base critérios de conveniência e oportunidade que só poderiam ser aferidos pelo administrador *in concreto*. Segundo esta corrente, tal controle fere o princípio da separação dos poderes, pois o juiz, ao realizá-lo, adentraria em campo privativo da função administrativa. Contudo, outros entendem que, diante da constitucionalização dos princípios, bem como da inafastabilidade da tutela jurisdicional, é legítimo o controle dos referidos atos, sempre visando a decisão administrativa que melhor se adegue ao interesse público e evitando lesões a direitos. Tal celeuma tem reflexo na atuação do Judiciário.

Levando em consideração a divergência acima exposta e os posicionamentos que podem vir a ser adotados pelo Poder Judiciário quando da análise de possíveis lesões aos

direitos dos administrados, é que o presente estudo se torna relevante. Muitas vezes, o julgador se posiciona timidamente quando da análise de atos administrativos que deveriam ser revistos por ferirem direitos fundamentais dos cidadãos ou por estarem em desconformidade com os princípios, ficando a sociedade desprotegida. Outras vezes, comete abusos invadindo a esfera de atuação que é própria do administrador. Desta forma, urge o aprofundamento na matéria em foco a fim de que, dependendo da conclusão a que se chegue sobre a possibilidade ou não de controle, torne-se possível delimitar o campo de atuação jurisdicional dos atos discricionários e dos seus limites.

Para realização do trabalho que se seguirá, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e a consulta ao ordenamento jurídico vigente no País. Quanto ao primeiro recurso a ser utilizado, verificar-se-á o posicionamento de diversos autores acerca do assunto. O método comparativo predominará, uma vez que se confrontarão correntes doutrinárias diametralmente opostas acerca da possibilidade de controle jurisdicional dos atos discricionários e dos seus limites.

Visando uma melhor sistematização do estudo, dividir-se-á o trabalho em quatro capítulos, todos apresentando temas imprescindíveis a compreensão do assunto abordado.

No primeiro capítulo, apresentar-se-á a origem e evolução do Estado, o conceito e a classificação deste, bem como a clássica tripartição de poderes. Os referidos temas são de suma importância para o entendimento da organização do Estado brasileiro e, conseqüentemente, o porquê de um esfera de poder realizar controle sobre outra.

No segundo capítulo, discorrer-se-á acerca do controle realizado pelas diversas esferas de poder sobre a Administração Pública. Tal controle se faz necessário para preservação da conformidade dos atos administrativos com a lei e com os princípios. Observar-se-á que a própria Administração realiza sobre si controle, o qual é chamado de autotutela ou autocontrole. Tal controle é amplo e poderá perquirir questões relativas a legalidade, legitimidade e mérito administrativo. Em seguida, tratar-se-á do controle exercido pelo Poder Legislativo sobre a Administração, destacando-se suas modalidades. Concluindo o referido capítulo, estudar-se-á os aspectos gerais do controle jurisdicional da Administração Pública como sistemas administrativos e atos sujeitos a controle comum ou especial.

No terceiro capítulo, analisar-se-á os atos administrativos no tocante as suas características gerais, destacando seus elementos e atributos. Em seguida, tratar-se-á de outro tema de grande relevância para o presente trabalho, qual seja, a discricionariedade, onde será enfocada a nova concepção de discricionariedade apresentada pela doutrina. Além do exposto, apresentar-se-á a já referida teoria dos conceitos jurídicos indeterminados de crescente

importância neste estudo. Encerrando este capítulo, abordar-se-á aspectos relativos aos atos administrativos discricionários.

No quarto capítulo, que tratará do cerne da investigação proposta neste trabalho, serão expostas as correntes doutrinárias que estudam o controle jurisdicional dos atos discricionários, ressaltando, inclusive, o posicionamento adotado em alguns países. Questões novas trazidas pela doutrina também serão abordadas como o controle de constitucionalidade dos atos discricionários. Tratar-se-á também da anulação dos atos discricionários e, por fim, dos limites do controle jurisdicional dos atos discricionários na ótica da corrente doutrinária que concebe a existência de tal controle.

CAPÍTULO 1 CARACTERES GERAIS DO ESTADO E DO ESTADO BRASILEIRO

Considerando que o presente trabalho analisará a possibilidade de realização de controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, ou seja, do controle exercido por uma esfera do Estado sobre outra, indispensável se faz, inicialmente, tecer algumas considerações acerca da origem do Estado, sobre suas funções, bem como dos caracteres mais relevantes para este estudo concernentes ao Estado brasileiro.

1.1 Origem e evolução do Estado

Ainda nos tempos primitivos, o homem percebeu que para garantir a sua própria subsistência se fazia necessária a cooperação entre os semelhantes. Desta forma, surgiram as tribos, agrupamentos de famílias onde havia divisão de tarefas com vistas a manutenção do grupo. Essa estruturação primitiva deu origem ao Estado (também primitivo) que era comandado por um patriarca.

Posteriormente, as crenças religiosas foram se difundindo, o que culminou com o desenvolvimento do chamado Estado religioso. Segundo a doutrina teológica, o Estado, assim como todas as outras coisas, era uma criação divina. Sendo assim, a autoridade estatal seria uma indicação da vontade suprema. Tal fundamento fora utilizado por muitos monarcas para justificar o absolutismo.

Nesta fase, o Estado tinha como atividades precípua a manutenção da segurança, dos costumes e dos cultos.

Tal quadro permaneceu estável até o início da Idade Moderna, onde um movimento intelectual e cultural denominado Renascimento passou a propagar novos valores, a exemplo do humanismo (em vez de um mundo centrado em Deus – teocêntrico - era preciso construir um mundo centrado no homem – antropocêntrico -, desenvolvendo uma cultura humanista) e do racionalismo (ao invés de explicar o mundo pela fé, era preciso explicá-lo pela razão). Como consequência, surgiu o Estado-nação, tendo ocorrido o deslocamento da autoridade do religioso para o príncipe.

Daí por diante, a religião foi crescentemente perdendo influência sobre o Estado, que acabou tornado-se laico.

Sobre a laicização do Estado, leciona Moreira Neto (2003, p. 17):

Essa evolução foi mais patente, principalmente na Inglaterra, nos Estados Unidos e na França liberais, em que se procurava demarcar um campo próprio e definido de atuação do Estado, para que não excedesse as funções de guardião da convivência ordeira, e garantidor de segurança externa e interna, o que deu surgimento ao Estado de polícia, um produto juspolítico original do liberalismo, que foi o seu primeiro modelo de organização política.

Com o liberalismo e as revoluções ocorridas na Europa que proporcionaram aos cidadãos a consagração das liberdades, fez-se necessária a limitação dos poderes do Estado a fim de evitar e coibir as arbitrariedades praticadas por este. Substituiu-se o poder desmedido dos monarcas pela estável autoridade da lei. Deu-se, assim, o surgimento do Estado de Direito, cujas características ver-se-ão, abaixo, quando da abordagem do Estado brasileiro.

Em seguida, o Estado passou a desenvolver uma nova função: a intervenção na ordem econômica e social. Tudo isso devido as distorções econômicas e sociais fruto do liberalismo e das revoluções ocorridas nos séculos XIX e XX.

Como consequência do aumento dos problemas sociais (a exemplo, da discrepância econômica), surgiram duas novas formas de Estado: o socialista, que dava ao Estado poderes amplos a fim de promover a igualdade de todos, a qualquer custo; e o Estado do bem-estar social, que procura mecanismos para corrigir os processos econômicos e sociais, no entanto, interferindo o mínimo possível nos direitos fundamentais dos cidadãos.

Ressalte-se que a evolução acima traçada não se deu de forma uniforme no tempo e no espaço, tendo sido um processo lento e com variações de um Estado em relação a outro.

Por fim, retomando a origem do Estado, há que se falar (além da origem patriarcal, tratada inicialmente) das teorias jusnaturalista, contratualista e da teoria da violência ou da força.

No fim da Idade Média e início da Idade Moderna, surgiu a doutrina jusnaturalista, de acordo com a qual havia um direito natural que preexistia ao direito positivo.

Sobre tal doutrina, discorre Bastos (1998, p. 38):

Segundo a teoria do direito natural, o Estado teve sua origem na própria sociedade e na ordem regular das coisas, que, com o seu desenvolvimento natural, legitimou o poder como decorrência desse desenvolvimento. No direito natural os princípios que imperavam eram os de que ninguém deve prejudicar ninguém e que se deve dar a cada um o que é seu. Pode se dizer que o direito natural era o conjunto daquelas regras morais que se encontravam implícitas na alma humana, como, por exemplo, a caridade, a solidariedade e a amizade. Todavia essas regras, por si sós, não bastavam para manter a convivência pacífica dos membros da sociedade. Portanto, as normas surgem para controlar os ímpetos humanos e servir de veículo para

realização do bem comum, que é o fim precípua do Estado, aliado também a proteção dos direitos individuais de cada um. O Estado nasce a partir do momento em que a sociedade se dá conta de que deve existir uma instituição superior capaz de realizar o bem comum e proteger os direitos individuais de cada um de seus integrantes.

Rousseau, por sua vez, idealizou a doutrina do contrato social que encontra raízes na Antiguidade Clássica com Aristóteles. Segundo o contratualismo, os homens cederam parte de seus direitos individuais em prol da formação de uma organização política que protegesse os interesses coletivos.

Sobre tal assunto, Bastos (1998, p. 39) assevera: “nesse sentido fica claro que o Estado nasce de um pacto de vontade entre os homens. Portanto o pacto social justifica todo o seu poder no mútuo consentimento de todos os seus integrantes.”

Há também a teoria da violência ou da força, segundo a qual o Estado surgiu da desigualdade existente entre os homens, sendo, por conseguinte, uma forma de dominação dos mais fortes sobre os mais fracos. São expoentes desta doutrina Jean Bodin e Ludwig Gumplowicz.

Por fim, ressalte-se que a doutrina majoritária entende que as diversas correntes que tentam explicar a origem do Estado não devem ser consideradas sob uma ótica isolada. A complexidade da organização político-jurídica denominada Estado não permite que sua origem fique restrita a um único fator, devendo-se levar em consideração os diversos aspectos esboçados pelas teorias acima.

1.2 Conceito e elementos constitutivos do Estado

A doutrina tem apresentado vários conceitos de Estado. Em regra, todos destacam pontos relevantes. Veja-se alguns:

Maluf (1998, p. 01) dispõe: “O Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais da ordem social.”

Já Azambunja (1999, p. 27) discorre:

O Estado é uma sociedade organizada sob a forma de governantes e governados, com território delimitado e dispondo de poder próprio para promover o bem de seus membros, isto é, o bem público. Para atingir seu objetivo, o Estado estabelece e impõe normas e regras que orientam sua ação e disciplinam as atividades dos indivíduos e grupos que o compõem.

Pallieri apud (Silva, 2000, p. 101) ensina que:

O Estado é uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada população sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a idéia de poder soberano, institucionalizado.

Do exposto, pode-se afirmar que o Estado é uma organização sócio-política que possui o intuito maior de cuidar dos interesses coletivos; visa o bem-estar de seu povo. Para alcançar tal finalidade, se organiza de diferentes formas.

Três elementos são determinantes na constituição de um Estado, quais sejam, território, povo e governo. O primeiro constitui a porção geográfica sobre a qual se exerce a ordem jurídica, servindo, portanto, de limite à sua jurisdição. O segundo constitui o elemento humano do Estado, não importando se possuem raças, interesses e ideais diversos. Não se deve confundir povo com população¹ nem com nação². Por fim, o terceiro elemento pode ser entendido como conjunto das funções necessárias a manutenção da ordem jurídica e da Administração Pública ou conjunto de poderes públicos que tem a seu cargo a direção política de um Estado. Dos ensinamentos de Pinto Ferreira (1989), entende-se que governo seria o próprio Estado em funcionamento, sendo formado pelo conjunto de indivíduos que tem a elevada função de dirigir as coisas públicas.

Há autores que ao invés do governo consideram a soberania como sendo elemento do Estado, o que tem merecido acertadas críticas tendo em vista que a soberania é fundamento do governo, no caso do Brasil, fundamento da República Federativa do Brasil como se observa no art. 1º, I, CF:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político;

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

¹ Segundo Bonavides (1998, p. 68), a população é formada por todas as pessoas presentes no território do Estado, num determinado momento, inclusive estrangeiros e apátridas.

² Nação é um grupo de indivíduos que se sentem unidos pela origem comum, pelos interesses e ideais comuns. A nação possui traços culturais em comum, tais como o idioma.

A soberania é definida como sendo a supremacia que se exerce sobre os indivíduos, no âmbito interno, e que põe o Estado em situação de igualdade perante outros Estados, no âmbito externo.

1.3 Tripartição de funções

Antes de adentrar ao estudo das características do Estado brasileiro, imprescindível se faz tecer alguns comentários acerca da tripartição de funções.

Costumeiramente a doutrina e o legislador utilizam os termos separação de poderes ou divisão de poderes, quando o correto seria separação ou divisão de funções, tendo em vista que o poder é uno e indivisível. Ressalta Lenza (2005, p. 197): “o poder é um só, manifestando-se através de órgãos que exercem funções”. Contudo, tendo em vista que o presente trabalho tem por base textos de vários estudiosos do direito, respeitar-se-á a nomenclatura utilizada por estes ao se referir a dita tripartição.

Na Antiguidade, Aristóteles, em sua obra Política, esboçou uma separação de poderes visando um melhor desempenho das funções estatais. Ao longo dos tempos, outros pensadores também enfatizaram a importância da mencionada divisão. No entanto, foi com Montesquieu, na obra O Espírito das Leis, que a tripartição ganhou notoriedade.

Montesquieu apud (Ferreira, 1999, p. 88) ensina que:

Em todo o Estado há três espécies de poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o Poder Executivo das coisas que dependem do direito civil. Pelo primeiro o príncipe ou magistrado faz leis para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia e recebe embaixadas, estabelece a ordem, prevê as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes e julga os dissídios dos cidadãos. Chama-se ao último o poder de julgar e ao outro simplesmente o Poder Executivo do Estado.

Posteriormente, Kant, acrescentando à teoria de Montesquieu, desenvolveu a teoria dos poderes coordenados e harmônicos entre si.

Os preceitos dos pensadores acima foram adotados pela Constituição da Virgínia de 1776, pela Constituição Federal norte-americana de 1787 e, daí por diante, por praticamente todos os Estados do Ocidente.

Hodieramente, coexistem o Poder Legislativo, cuja função é a legiferante; ao Poder Executivo, segundo Silva (2000, p. 542), “cabe a prática de atos de chefia de estado, de

governo e de administração;" e o Poder Judiciário, por sua vez, deve compor os conflitos de interesses em cada caso concreto. Além das funções referidas (típicas), tais órgãos desempenham ainda funções atípicas, as quais serão mencionadas quando da abordagem da tripartição de funções no Estado brasileiro.

1.4 Estado Brasileiro

Algumas considerações acerca dos principais caracteres do Estado brasileiro são imprescindíveis para a compreensão dos fundamentos do controle jurisdicional dos atos administrativos, em especial dos discricionários, neste país. Desta forma, urge a análise dos pontos abaixo.

1.4.1 Federação

De acordo com o *caput* do art. 1º da Constituição Federal de 1988, transcrito no item acima, a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Daí, observa-se, a priori, que a forma de Estado é a Federação que, em regra, surge da reunião de Estados independentes para formação de uma entidade possuidora de soberania, no âmbito internacional, e de autonomia, no âmbito interno, permanecendo aqueles autônomos. Contudo, no Brasil, ocorreu algo *sui generis*: havia um só Estado sob o domínio de um imperador, tendo esse se dividido em inúmeros Estados-membros e promovido uma divisão de competências.

Ferreira (1999, p. 232) ensina que:

Estado Federal é uma organização, formada sob a base de uma repartição de competências entre o governo nacional e os governos estaduais, de sorte que a União tenha a supremacia sobre os Estados-Membros, e estes sejam entidades dotadas de autonomia constitucional perante a mesma União.

Segundo Silva (2000, p. 104):

A repartição regional de poderes autônomos constitui o cerne do conceito de Estado Federal. Nisso é que ele se distingue da forma de Estado unitário, que não possui senão um centro de poder que se estende por todo o território e sobre toda a população e controla todas as coletividades regionais locais.

Jellinek apud (Bonavides, 1999, p.179), ensina que Estado Federal é um “Estado soberano, formado por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado emana dos Estados-membros, ligados numa unidade estatal.”

A Federação brasileira possui uma característica peculiar que é a inclusão dos Municípios e do Distrito Federal como entidades federativas, conforme se verifica nos arts. 1º e 18, caput, da CF. Veja – se este:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

Tal singularidade tem sido alvo de críticas pela doutrina. Sobre tal, leciona Silva (2000, p. 105):

O Estado federal brasileiro está constitucionalmente concebido como a união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal (art. 1º, CF 88). Foi equívoco do constituinte incluir os Municípios como componente da federação. Município é divisão política do Estado-membro. E agora temos uma federação de Municípios e Estados, ou uma federação de Estados? Faltam outros elementos para a caracterização de federação de Municípios. A solução é: o Município é um componente da federação, mas não entidade federativa.

Bastos (1998, p. 155), por sua vez, mostra-se favorável a inclusão dos municípios como entidades federativas conforme se observa:

Outro dado para o qual se deve alertar no novo Texto é o fato de ele ter incluído o município como entidade como componente da Federação. Como sabemos o Município é uma realidade na nossa história. Mesmo antes de existir o país Brasil já tínhamos municípios, os quais eram importantes locus de poder. Inclusive tendo a Constituição do Império que passar pelo crivo das Câmaras municipais para que chegasse a ser aprovada. Portanto, corrige o constituinte, ao incluir o município como componente da Federação brasileira, o erro das Constituições anteriores.

1.4.2 Estado Democrático de Direito

Como já foi dito acima, a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito. Para que se entenda o conceito do mesmo, urge uma análise acerca do que vem a ser Estado de Direito e Estado Democrático.

O Estado de Direito é encarado como um produto do liberalismo. Suas principais características são a submissão ao império da lei e a divisão de poderes.

Pelo princípio da legalidade buscou-se condicionar a atuação estatal à lei. O Estado não mais poderia tomar decisões ao seu livre alvedrio. Desta forma, tutelou-se o exercício dos direitos fundamentais por parte dos cidadãos. Por outro lado, também se impôs limites aos indivíduos, tendo em vista que os direitos não são absolutos e poderão sofrer limitações quando o interesse público o exigir. Ver-se-á oportunamente que, atualmente, os doutrinadores tem defendido a substituição da legalidade pela juridicidade, exigindo-se que a atuação do Estado esteja não só em conformidade com a lei, mas também com os princípios constitucionais e até gerais do Direito.

Já a divisão de poderes (de funções), faz-se necessária para evitar as arbitrariedades típicas da concentração num único órgão. Ressalte-se que tal tripartição deve ser contrabalanceada pelo sistema de freios e contrapesos (poderes harmônicos e independentes). No que tange a divisão de poderes (funções), tratar-se-á abaixo.

Malberg apud (Martinez, 2002) leciona:

Por Estado de Direito se deve entender um Estado que, em suas relações com seus súditos e para garantia do estatuto individual destas, submete-se ele mesmo a um regime de direito, porquanto encadeia sua ação com respeito aos cidadãos em um conjunto de regras, das quais algumas determinam os direitos outorgados aos cidadãos e outras estabelecem previamente as vias e os meios que poderão se empregar com o objetivo de realizar os fins estatais: duas classes de regras que tem por efeito comum limitar o poder do Estado, subordinando-o à ordem que consagram.

No que tange ao Estado Democrático, este persegue determinados fins; guia-se por certos valores. Funda-se no princípio da soberania popular que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública.

O legislador brasileiro ao unir o Estado de Direito ao Estado Democrático pretendeu, revolucionariamente, a transformação do *status quo*, consoante Silva (2000). Sendo assim, o Estado brasileiro deve pautar sua organização e atuação pela lei. Os particulares, por sua vez,

não serão obrigados a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF). Outrossim, a outra característica do Estado de Direito (tripartição de funções) também se verifica no ordenamento jurídico pátrio.

Quanto a presença dos caracteres democráticos, estes são facilmente perceptíveis. Cite-se, por exemplo, como fim perseguido, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III, da CF) e, como exemplo de valores defendidos, a soberania.

Concluindo, veja-se a lição de Bastos (1999, p. 157):

Desencadeia-se, então, um processo de democratização do Estado; os movimentos políticos do final do século XIX, início do XX, transforma o velho formal Estado de Direito num Estado Democrático, onde além da mera submissão da lei deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos pelos cidadãos. Assim, o conceito de Estado Democrático não é um conceito formal, técnico, onde se dispõe um conjunto de regras relativas à escolha dos dirigentes políticos. A democracia, pelo contrário, é algo dinâmico, em constante aperfeiçoamento, sendo válido dizer que nunca foi plenamente alcançada. Diferentemente do Estado de Direito – que, no dizer de Otto Mayer, é o direito administrativo bem ordenado – no Estado Democrático importa saber a que normas o Estado e próprio cidadão estão submetidas. Portanto, no entendimento de Estado Democrático devem ser levados em conta o perseguir certos fins, guiando-se por certos valores, o que não ocorre de forma tão explícita no Estado de Direito, que se resume em submeter-se às leis, sejam elas quais forem.

1.4.3 Tripartição de funções no Estado brasileiro

Como já afirmado acima, a tripartição de funções é uma das características do Estado de Direito. Desta forma, o art. 2º da CF (Art. 2º São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.) consagrou a divisão de funções visando um melhor desempenho por parte do Estado de suas atividades e estabeleceu a independência e harmonia entre os órgãos que desempenham aquelas. Contudo, observar-se-á, no decorrer deste trabalho, que existem meios de controle de um poder sobre o outro, pretendendo o presente analisar a possibilidade de controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários.

Urge uma análise, ainda que sucinta, dos principais postulados de cada uma das funções.

Ao Poder Legislativo, exercido pelo Congresso Nacional, cabe a função legiferante, como já frisado, bem como a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e

patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, conforme preconiza o art. 70 da CF, *in verbis*:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

A organização do Legislativo Federal brasileiro consagra o sistema do bicameralismo, sendo o Congresso Nacional formado pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal. Aquela é composta por representantes do povo eleitos através do sistema proporcional; esta, de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos de acordo com o sistema majoritário.

Nos Estados-membros, o Legislativo se faz presente através das Assembléias Legislativas; no Distrito Federal, há a Câmara Legislativa; nos Municípios, por sua vez, encontram-se as Câmaras de Vereadores.

No que tange ao Poder Executivo, dispõe a Constituição Federal de 1988: “Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.”

Ao chefe do Executivo compete a prática dos atos de chefia de Estado, de governo e de administração.

No Estados-membros e no Distrito Federal, o chefe do executivo é o Governador. Nos Municípios, têm-se os prefeitos.

A terceira função é exercida pelo Poder Judiciário, o qual deve compor os conflitos de interesses. É a chamada função jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988 elenca em seu art. 92, a saber:

Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário:

I - o Supremo Tribunal Federal;

I-A o Conselho Nacional de Justiça;

II - o Superior Tribunal de Justiça;

III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;

IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;

V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;

VI - os Tribunais e Juízes Militares;

VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Em tal enumeração deve-se destacar o Conselho Nacional de Justiça, criado pela EC 45, cuja função será a de governo e planejamento estratégico do Poder Judiciário como um todo, bem como controlar a atuação dos juízes, com poder para propor punições.

Acima, foram elencadas as funções desenvolvidas precipuamente pelo Legislativo, Executivo e Judiciário. São as chamadas funções típicas. No entanto, cada um dos Poderes desempenha outras funções denominadas atípicas. O Legislativo também administra (quando dispõe sobre sua operacionalidade interna) e julga (compete-lhe processar e julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade). O Executivo, por sua vez, atipicamente legisla (quando o Presidente da República edita medidas provisórias) e julga (contencioso administrativo). Já o Judiciário atipicamente administra (quando realiza concurso para ingresso de novos servidores em seus quadros) e legisla (quando um Tribunal elabora seu regimento interno). Esses foram apenas alguns exemplos das funções atípicas desempenhadas pelos órgãos estatais.

Findo este primeiro capítulo, foi possível a observação das principais nuances sobre o Estado brasileiro, o que permitirá que se compreenda a razão de ser do controle exercido por um poder sobre o outro e, em especial, o controle exercido sobre a Administração Pública.

CAPÍTULO 2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Todos os atos e atividades desenvolvidas pela Administração Pública visam a consecução de interesses públicos. Desta forma, sujeitam-se ao controle com vistas a preservação da legitimidade, da legalidade e de outros princípios que norteiam o exercício da Administração.

O controle é exercido pela própria Administração (autotutela ou autocontrole) e pelos demais poderes, nos casos previstos constitucionalmente.

Meirelles (2001, p. 623) ressalta que:

Infringindo as normas legais, ou alegando os princípios básicos da Administração, ou ultrapassando a competência, ou se desviando da finalidade institucional, o agente público vicia o ato de ilegitimidade e o expõe a anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário, em ação adequada.

O controle é um reflexo da adoção do Estado de Direito que, como já se observou, impõe ao Estado uma atuação em conformidade com a lei e, sobretudo, com os princípios insertos na Constituição Federal. Dessa forma, segundo a eminente Di Pietro (2001), o controle tem por finalidade assegurar que a Administração atue com observância aos princípios impostos pelo ordenamento jurídico, frisando, ainda, que abarca, em determinadas circunstâncias, o controle de mérito, ou seja, dos aspectos discricionários da atuação administrativa.

2.1 Conceito e classificação

Controle, no âmbito da administração pública, pode ser encarado como poder-dever (não pode ser renunciado nem retardado) de inspeção, registro, exame, fiscalização pela própria Administração, pelos demais poderes e pela sociedade das atividades administrativas desenvolvidas, buscando sempre o respeito ao que está consignado no ordenamento jurídico.

Controle na definição de Meirelles (2001, p. 624) “é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro.”

Di Pietro (2001, p. 587), por sua vez, define controle da Administração Pública como “poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário,

Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.”

No âmbito da administração direta, o controle justifica-se pela subordinação hierárquica, sendo, por conseguinte, ilimitado.

Já no que tange à administração indireta, onde não há subordinação, mas vinculação administrativa, o controle é apenas finalístico, sendo restrito e limitado a lei que o estabelece.

No que concerne à classificação, a doutrina esboça várias formas. Em face da grande aceitação, adotar-se-á, neste estudo, a de Meirelles (2001).

O controle poderá ser hierárquico ou finalístico. O primeiro se dará quando houver subordinação entre os órgãos, já que os de cúpula possuem o controle pleno sobre os subalternos.

Meirelles (2001, p. 625) ensina:

Pelo controle hierárquico a autoridade controladora acompanha, orienta, revê e determina as correções necessárias pelas chefias; pela direção hierárquica as chefias planejam e comandam os serviços e atividades de sua competência, dão ordens, corrigem os atos inferiores e punem os subalternos.

Já o controle finalístico será exercido sobre os órgãos autônomos, uma vez que não há subordinação entre a entidade controlada e a autoridade ou órgão controlador. É um controle teleológico, limitado e restrito as disposições da norma que estabelece a atuação da entidade controladora.

Quanto à posição do órgão que realiza o controle, este poderá ser interno ou externo. O primeiro se dá quando exercido pelo próprio Poder sobre seus órgãos e agentes. O segundo, realiza-se por órgão estranho a Administração que praticou o ato. Há ainda o controle externo popular em virtude do disposto no art. 31, § 3º, da CF, *in verbis*:

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

[...]

§ 3º As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

Em relação ao momento em que o controle é exercido, poderá ser prévio, concomitante ou posterior. O primeiro é exercido antes da prática do ato administrativo.

Também é chamado de preventivo já que impede a prática de ato ilegal ou contrário ao interesse público. O concomitante se perfaz quando da realização do ato para verificar a regularidade de sua formação. Já o posterior se efetiva após a realização do ato controlado, visando corrigir-lhe eventuais defeitos, declarar sua nulidade ou dar-lhe eficácia.

Quanto ao aspecto controlado, o controle pode ser de legalidade ou de mérito. O primeiro objetiva unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem. O controle de mérito visa à comprovação da eficiência, do resultado, da conveniência ou oportunidade do ato controlado.

Como dito, outros doutrinadores apresentam outras classificações. No entanto, para o presente estudo a noção esboçada acima é satisfatória.

Urge, agora, analisar o controle exercido pelas diversas esferas de Poder sobre a Administração.

2.2 Controle Administrativo

A Administração Pública (sentido amplo) realiza o controle dos seus próprios atos visando a preservação da legalidade bem como da sua legitimidade. É importante ressaltar que tal controle abrange, inclusive, o mérito do ato, analisando-se, desta forma, sua conveniência e oportunidade.

Sobre tal assunto, o STF editou as súmulas nº. 346 e 473, nos seguintes termos:

Súmula 346. A Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos.

Súmula 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Meirelles (2001, p. 629), tratando de controle administrativo, dispõe:

Controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo qual é um controle de legalidade e de mérito.

Ainda sobre a definição de controle administrativo, veja-se a lição de Gasparini (2000, p. 725):

O controle administrativo, também chamado de autocontrole, é o exercido pelo Executivo e por órgãos de administração do Legislativo e do Judiciário sobre suas próprias atividades administrativas, visando confirmá-las ou desfazê-las, conforme sejam, ou não, legais, convenientes, oportunas e eficientes. É controle que ocorre tanto no Executivo como nos setores de administração dos demais Poderes. Ademais, realiza-se para avaliar a legalidade e o mérito dessas atividades. É controle interno, porque o órgão controlador bem como o controlado integram a mesma organização.

Diversos são os instrumentos de controle da administração. Para Meirelles (2001) bipartem-se em fiscalização hierárquica e recursos administrativos. No primeiro caso, há o poder-dever fiscalizatório dos órgãos superiores sobre os inferiores da mesma Administração, considerando a sua forma organizacional. Os recursos administrativos, por outro lado, são instrumentos hábeis a provocar o reexame de matéria administrativa já examinada, seja com fulcro em ilegalidades ou em razões ligadas ao mérito administrativo.

Os referidos recursos podem ter unicamente o efeito devolutivo (submete a matéria a novo exame) ou também o efeito suspensivo (onde se obsta os efeitos do ato até a decisão do recurso). Este efeito deverá ser declarado expressamente na norma ou no despacho de recebimento, uma vez que não se presume.

São modalidades de recursos administrativos arrolados pela doutrina e que consubstanciam o direito de petição garantido constitucionalmente: representação, reclamação administrativa, pedido de reconsideração e recursos hierárquicos. A representação é uma denúncia de irregularidade, ilegalidade e condutas abusivas feita perante a própria Administração. A reclamação administrativa, segundo Meirelles (2001, p. 636), “é a oposição expressa a atos da Administração que afetem direitos ou interesses legítimos dos administrados.” No que tange ao pedido de reconsideração, faz-se uso de tal instrumento para requerer reexame do ato a própria autoridade que o emitiu. Por fim, quanto ao recurso hierárquico, têm-se o pedido de revisão do ato por autoridade superior a que o praticou, podendo ser próprio ou impróprio conforme a autoridade superior seja ou não integrante do mesmo órgão em que o ato foi praticado.

Di Pietro (2001, p. 595) ainda destaca uma outra espécie de recurso, qual seja, a revisão que, segundo a mencionada autora, “é o recurso de que se utiliza o servidor público, punido pela Administração, para reexame da decisão, em caso de surgirem fatos novos suscetíveis de demonstrar a sua inocência.”

É de se ressaltar que, em alguns casos, a decisão proferida pela Administração poderá não ser mais passível de reexame pela própria Administração, tendo ocorrido o que se denomina de coisa julgada administrativa. Contudo, a coisa julgada administrativa não tem a mesma força da coisa julgada judicial. Neste contexto, a doutrina é pacífica no sentido de admitir a apreciação judicial de decisão definitiva em sede administrativa, tendo em vista o princípio da inafastabilidade jurisdicional e a adoção do sistema da jurisdição una.

Finalizando esta abordagem do controle administrativo, imprescindível se faz tecer algumas considerações acerca do processo administrativo e dos meios sumários de que se utiliza a Administração para elucidação de fatos e aplicação de penalidades menores a seus servidores.

No âmbito federal foi promulgada a lei n. 9.784/99 que norteia todo o desenrolar do processo administrativo, aplicando-se as três esferas de poder, bem como ao Ministério Público e aos Tribunais de Contas.

O caput do art. 2º da Lei nº 9.784/99 trata dos princípios informadores do processo administrativo, dispondo que: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

A supracitada lei também dispõe sobre as fases do processo administrativo, quais sejam: instauração (consiste na apresentação dos fatos e do direito. Se iniciado de ofício, sê-lo-á por portaria, auto de infração, representação ou despacho inicial da autoridade competente; quando provocado pelo administrado ou servidor, utilizar-se-á requerimento ou petição), instrução (é a fase de elucidação dos fatos narrados na peça instauradora do processo, através da produção de provas), defesa (garantida constitucionalmente, consubstancia-se na cientificação do processo ao interessado, na oportunidade para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis), relatório (resumo do apurado no processo) e julgamento (decisão proferida pela autoridade ou órgão competente).

Além do processo administrativo, a Administração faz uso de alguns meios sumários para elucidação inicial de determinados fatos ou aplicação de penalidades menores ou em que tenha ocorrido flagrante. São meios sumários: a sindicância (utilizada para apurar irregularidades e serve de base para instrução do processo), a verdade sabida (quando a própria autoridade competente para punir o funcionário tem conhecimento da infração cometida por este) e o termo de declarações (forma sumária de comprovação de faltas menores de servidores, através da oitiva destes).

2.3 Controle Legislativo

Na completa lição de Meirelles (2001, p. 658), o controle legislativo:

É exercido pelos órgãos legislativos (Congresso Nacional, Assembléias Legislativas e Câmaras de Vereadores) ou por comissões parlamentares sobre determinados atos do Executivo na dupla linha da legalidade e da conveniência pública, pelo quê caracteriza-se como um controle eminentemente político, indiferente aos direitos individuais dos administrados, mas objetivando os superiores interesses do Estado e da comunidade.

Como se observa no conceito supra, o autor entende ser possível o controle do Legislativo sobre atos discricionários, ou seja, sobre o mérito administrativo. Outros administrativistas, a exemplo de Di Pietro (2001) e Moreira Neto (2003) também corroboram com tal entendimento.

A doutrina apresenta algumas formas de classificar o controle. Vejam-se algumas.

Quanto aos efeitos, Moreira Neto (2003) classifica-o em preventivo (atividades fiscalizatórias) e repressivo (atividades suspensivas, anulatórias e punitivas). O próprio doutrinador entende que as últimas hipóteses são menos comuns de ocorrerem. Quanto ao critério orgânico, classifica-o em direto (quando o controle é exercido pelos plenários legislativos ou por suas comissões) e indireto (quando exercido por órgãos auxiliares, constitucionalmente previstos).

Di Pietro (2001), por sua vez, assevera existirem dois tipos de controle legislativo: o político e o financeiro. O primeiro abrange o controle da legalidade e do mérito de determinados atos administrativos, em maioria de decisões. O segundo, instituído constitucionalmente (arts. 70 a 75 da CF de 88), abrange a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial das entidades da administração direta e indireta quanto a observância de requisitos impostos em lei, a exemplo da legalidade.

Apresentadas as noções gerais do controle legislativo, cabe agora investigar os meios de tal controle. Gasparini (2000) elenca os mecanismos de controle, quais sejam, a comissão parlamentar de inquérito, pedido de informação, convocação de autoridades, participação na função administrativa, exercício da função jurisdicional e fiscalização contábil, financeira e orçamentária.

As Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) podem ser instituídas pela Câmara dos Deputados e Senado Federal, separada ou conjuntamente, para apuração de irregularidades. A CPI possui poderes de investigação próprios de autoridade judicial, tendo prazo certo para realizar suas atividades. Não possuem poder sancionatório, de modo que, suas conclusões, se for o caso, serão encaminhadas ao Ministério Público para que se promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. Tais comissões se encontram previstas constitucionalmente no art. 58, § 3º, da CF, *in verbis*:

Art. 58. [...]

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

A convocação de autoridades, bem como o pedido de informação estão previstos no art. 50, *caput* e § 2º, da CF, nos seguintes termos:

Art. 50. A Câmara dos Deputados e o Senado Federal, ou qualquer de suas Comissões, poderão convocar Ministro de Estado ou quaisquer titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para prestarem, pessoalmente, informações sobre assunto previamente determinado, importando em crime de responsabilidade a ausência sem justificativa adequada.

[...]

§ 2º As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal poderão encaminhar pedidos escritos de informação a Ministros de Estado ou a qualquer das pessoas referidas no *caput* deste artigo, importando em crime de responsabilidade a recusa, ou o não atendimento, no prazo de trinta dias, bem como a prestação de informações falsas.

No que tange a participação na função administrativa, esta se verifica em vários dispositivos constitucionais, a exemplo do art 49, I, segundo o qual é da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais, bem como no art. 49, IV, de acordo com o qual compete ao Congresso Nacional aprovar a intervenção federal ou autorizar o estado de sítio.

Gasparini (2000) intitula jurisdicional a função atribuída ao Legislativo nos arts. 49, IX, 52, I e II, que possui os seguintes termos:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...]

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

[...]

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I – processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

II – processar e julgar os ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

Quanto à fiscalização financeira e orçamentária compreende, em relação a essas matérias, exames de legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. No exercício desta função, o Poder Legislativo é auxiliado pelo Tribunal de Contas, órgão administrativo, autônomo e colegiado, cujas competências estão dispostas ao longo do art. 71 da Magna Carta.

Como última modalidade de controle do legislativo sobre a Administração Pública, tem-se a sustação dos atos normativos do Executivo. Reza o art. 49, V, da CF, *in verbis*:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

[...] V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa.

São atos normativos todos aqueles que contém um comando geral do Executivo, como por exemplo um regulamento expedido para dar cumprimento à lei.

Ressalte-se, finalmente, que o artigo restringe tal controle aos atos normativos emanados do Executivo, excluindo os atos providos do Legislativo e do Judiciário.

2.4 Controle Jurisdicional

Após a análise do controle administrativo e legislativo, urge estudar o controle jurisdicional, já que uma de suas vertentes (controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários) constitui o objeto de estudo do presente trabalho.

Imprescindível, inicialmente, algumas considerações sobre sistema administrativo, que de acordo com Meirelles (2001, p. 46) consiste no “regime adotado pelo Estado para correção

dos atos administrativos ilegais ou ilegítimos praticados pelo Poder Público em qualquer dos seus departamentos de governo.”

Na atualidade, é possível identificar a vigência de dois sistemas: o contencioso administrativo e o da jurisdição única, sendo que o que identifica se um Estado adota um ou outro é a predominância de um dos referidos sistemas para a solução dos conflitos de interesse da Administração, não havendo exclusividade de nenhum.

O contencioso administrativo surgiu na França, tendo como principal característica a vedação à Justiça Comum de conhecer de atos da Administração, os quais ficavam sujeitos a jurisdição de um órgão denominado Conselho de Estado. Este órgão continua existindo e funciona como juízo de apelação, juízo de cassação e, em determinados casos, como juízo originário e único de certos litígios administrativos. Hierarquicamente abaixo do Conselho de Estado estão os Tribunais Administrativos e Conselhos do Contencioso Administrativo das Colônias.

Acerca do Conselho de Estado, ensina Meirelles (2001, p. 48):

A jurisdição deste órgão supremo da Administração francesa é manifestada através de um desses quatro recursos: a) *contencioso de plena jurisdição*, ou *contencioso de mérito*, ou *contencioso de indenização*, pelo qual o litigante pleiteia o restabelecimento de seus direitos feridos pela Administração; b) *contencioso de anulação*, pelo qual se pleiteia a invalidação de atos administrativos ilegais, por contrário à lei, à moral, ou desviados de seus fins (*détournement de pouvoir*), que, por isso, é também chamado *recurso por excesso de poder* (*recours d'excès de pouvoir*); c) *contencioso de interpretação*, pelo qual se pleiteia a declaração do sentido do ato e de seus efeitos em relação ao litigante; d) *contencioso de repressão*, pelo qual se obtém a condenação do infrator à pena administrativa prevista em lei, como nos casos de infração de trânsito ou de atentado ao domínio público.

Ressalte-se que no sistema contencioso analisa-se tanto o mérito como a legalidade dos atos administrativos.

Com a evolução de tal sistema, algumas demandas de interesse da Administração passaram a ficar sujeitas à Justiça Comum desde que sejam decorrentes de atividades públicas com caráter privado, envolvam questões de estado e capacidade das pessoas e repressão penal e, logicamente, as que se referem a propriedade privada. Hodiernamente, é adotado na França, na Itália, na Alemanha e no Uruguai, dentre outros países.

Já o sistema judiciário ou de jurisdição única surgiu na Inglaterra e tem como principal postulado a submissão de todos os litígios, quer administrativos quer privados, à apreciação dos juízes e tribunais do Poder Judiciário. O Brasil adotou este sistema conforme se depende

da interpretação do art. 5º, XXXV, da CF, *in verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Acerca do referido sistema, ensina Di Pietro (2001, p. 603):

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos.

Não se deve, porém, concluir que a Administração está proibida de decidir, uma vez que o que se lhe nega é a possibilidade de exercer funções tipicamente judiciais e de dar a estas decisões definitividade, conforme Meirelles (2001).

Para encerrar esta questão, observe-se os ensinamentos de Temer (1996, p. 171):

Qualquer do povo, qualquer órgão público, qualquer tribunal administrativo poderá ‘dizer o direito’ que deve ser aplicado à dirimência de uma controvérsia. Não estará, contudo, exercendo a jurisdição no sentido rigorosamente científico que lhe empresta a Constituição, ao abstrai-la ao Poder Judiciário. É que tais decisões poderão ser levadas, sempre, ao Judiciário, para que ali, escoados os recursos, se opere a ‘definitividade’ da decisão. De outro lado, ainda que a parte litigante no Executivo ou no Legislativo veja evidenciada a inexistência de direito que alicerce sua pretensão; ainda que se utilize de todos os recursos administrativos buscando amparo para suas razões; nem assim podem tais órgãos de Poder, utilizando-se da força, compelir o particular a fazer, a não fazer, a pagar, a entregar ou não entregar. Só ao Judiciário se confere tal competência.

[...]

A definitividade de suas decisões e a possibilidade de utilizar toda a força institucional do Estado tipifiquem o exercício da função primordial do Poder Judiciário: a jurisdição.

Sabendo que o Brasil adota o sistema da jurisdição única, cumpre, agora, investigar os limites de tal controle, que tem sido, paulatinamente, expandido.

A princípio, só se admite o controle de legalidade dos atos administrativos, como reflexo da adoção do Estado de Direito. No entanto, alguns doutrinadores tem evoluído em suas pesquisas e, por conseguinte, defendido a extensão do controle jurisdicional como forma de materializar o interesse maior do Estado que é a promoção do bem comum. Na obra de Meirelles (2001), por exemplo, tem-se admitido o controle com fundamento na moralidade (o que abre um vasto campo de atuação jurisdicional), bem como tendo em vista a finalidade e a eficiência do ato. Estas formas de controle são nominadas de controle de legitimidade dos

atos. Além das possibilidades de controle citadas, há o controle dos atos discricionários que será estudado no último capítulo deste trabalho.

Há atos que não estão sujeitos a controle jurisdicional comum tendo em vista sua origem, fundamento, natureza ou objeto. Tais atos sujeitam-se ao chamado controle especial e são: os atos políticos, os *interna corporis*, e os legislativos.

Segundo Meirelles (2001, p, 667):

Atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de sua competência constitucional, se fundam na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos.

Devido ao caráter discricionário destes atos, tem-se entendido que são insuscetíveis de controle jurisdicional, salvo quando causarem lesão a direitos individuais ou coletivos.

No que tange aos *interna corporis*, leciona Di Pietro (2001, p. 605):

Quanto aos atos *interna corporis* (Regimentos dos atos colegiados), em regra não são apreciados pelo Poder Judiciário, porque se limitam a estabelecer normas sobre o funcionamento interno dos órgãos; no entanto, se exorbitarem em seu conteúdo, ferindo direitos individuais e coletivos, poderão também ser apreciados pelo Poder Judiciário.

Já em relação aos atos legislativos, estes só poderão ser apreciados pelo Judiciário através da via especial da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, já que a lei em tese e os atos normativos, sendo comandos gerais e abstratos, não atingem, em princípio, direitos individuais conforme ensinamentos de Meirelles (2001). A *contrario sensu*, as leis e atos normativos de efeitos concretos poderão ser invalidados em procedimentos comuns.

Além dos meios de controle dos atos administrativos acima citados, outros há: mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, *habeas data*, arguição de descumprimento de preceito fundamental, entre outros. Entretanto, não cabe aqui, analisar minuciosamente tais ações, uma vez que estar-se ia furtando a discussão mais relevante deste trabalho que concerne a possibilidade de controle dos atos discricionários, bem como, em caso afirmativo, quais os limites de tal controle.

Portanto, de posse dos conhecimentos gerais acerca de controle, o qual é desenvolvido pelas três esferas de Poder, apraz estudar o fenômeno da Discricionariedade na Administração e, em especial, o que são atos administrativos discricionários para que se possa, ao final,

interligando os assuntos ora trabalhados, verificar a possibilidade ou não de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

CAPÍTULO 3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Na rotina administrativa, atos de naturezas diversas são praticados para que a Administração Pública alcance seus fins. Daí se usa a expressão atos da Administração para englobar: atos de direito privado, atos materiais, atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, atos políticos, os contratos, os atos normativos e os atos administrativos propriamente ditos, sendo imprescindível o conhecimento destes últimos para o presente estudo. Desta forma, considerando que no capítulo seguinte se analisará a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, necessário se faz tecer algumas considerações acerca dos principais caracteres dos atos administrativos, bem como acerca da discricionariedade administrativa e dos atos administrativos discricionários.

3.1 Atos administrativos

O art. 81 do Código Civil de 1916 definia ato jurídico como sendo todo ato lícito que tivesse por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos. A partir de tal, alguns doutrinadores esboçaram o conceito de ato administrativo considerando este como espécie daquele, mas apresentando como diferencial a finalidade pública que norteia todos os atos administrativos.

Desta forma, Meirelles (2001, p. 141) entende que:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Di Pietro (2001, p. 181), por sua vez, compreende ato administrativo como sendo “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 composição do conceito acima, a eminente doutrinadora parte do critério objetivo, de acordo com o qual ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, podendo ser editado por qualquer das três esferas de Poder. Além disso, insere outros elementos como, por exemplo, a sujeição ao regime jurídico administrativo.

Do ato administrativo surge o fato administrativo. Por exemplo, a construção de um colégio (fato administrativo) sucede a prática de ato administrativo decisório. Desta forma, Meirelles (2001, p. 142) entende que “fato administrativo é toda realização material da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa [...]”. Entretanto, alguns doutrinadores defendem a idéia de que é o fato administrativo que precede ao ato administrativo.

Di Pietro (2001, p. 175), adotando este entendimento, leciona:

Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo que produz a prescrição administrativa.

Deixando de lado tal celeuma, cabe frisar que o fato administrativo se encontra sobre os domínios da técnica, de modo que só interessará ao Direito se causar lesões à Administração e aos administrados.

No que tange a estrutura do ato administrativo, este é composto por cinco elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Há doutrinadores que chamam àqueles de requisitos. No entanto, a doutrina majoritária utiliza ambos os termos indistintamente, orientação esta que será adotada no presente estudo. Ressalte-se que não havendo a convergência dos referidos elementos o ato não se aperfeiçorará.

O primeiro dos elementos é a competência que se traduz no poder legal para praticar o ato. É definida por lei, seja o ato vinculado ou discricionário. Na compreensão de Meirelles (2001, p. 143):

Competência administrativa é o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções [...]. 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.

A competência é intransferível e improrrogável pela vontade das partes, mas poderá ser delegada ou avocada desde que não sejam exclusivas do agente. Contudo, não serão objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo, a decisão de recursos administrativos e as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade.

A finalidade, por sua vez, é conceituada por Di Pietro (2001, p. 194) como “o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato.” É indicada explícita ou implicitamente em lei (sentido restrito) e, caso seja relegada, o ato será considerado ilegal, tornando-se passível de anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário. Concebe-se, ainda, a finalidade, em sentido amplo, como interesse público. Neste caso, alguns doutrinadores defendem que a finalidade poderia ser discricionária, porque a lei se refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como moral, segurança, bem-estar.

O terceiro elemento é a forma que deve ser encarada como o revestimento exteriorizador do ato administrativo. A formalidade do ato administrativo permitirá a aferição da sua compatibilidade com a lei e com a Constituição, já que ficará registrado.

Sobre tal assunto, Di Pietro (2001, p. 193) leciona:

A obediência a forma não significa, no entanto, que a Administração esteja sujeita à formas rígidas e sacramentais; o que se exige, a rigor, é que seja adotada, como regra, a forma escrita, para que tudo fique documentado e passível de verificação a todo momento.

Excepcionalmente, admitir-se-á que os atos sejam verbais ou se façam através de gestos, apitos, sinais luminosos, bem como placas e cartazes. Outrossim, a forma não será essencial quando as decisões administrativas não afetarem direitos individuais.

Em caso de revogação ou modificação do ato administrativo, dever-se-á observar a mesma forma do ato originário.

Outro elemento do ato administrativo é o motivo que se constitui em circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo. Poderá vir determinado em lei ou não, sendo, respectivamente, vinculado ou discricionário.

Não se deve confundir motivo com motivação, sendo esta a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato. Como regra, o administrador deve motivar todos os seus atos. No entanto, casos há em que tal motivação é dispensada. Quando isso ocorre, mas o administrador opta por motivar o ato, ele fica vinculado aos motivos expressos. Consequentemente, se houver incompatibilidade entre a motivação exposta pelo agente como fundamento para o ato e os seus verdadeiros motivos, o ato deverá ser invalidado (teoria dos motivos determinantes do ato).

Como último elemento tem-se o objeto que na visão de Gasparini (2000, p. 59) “é alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato administrativo.”

Di Pietro (2001) entende que o objeto do ato administrativo, à semelhança do que ocorre no direito privado, deve ser lícito (conforme à lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e moral (em conformidade com os padrões comuns de comportamento, considerados corretos, justos, éticos).

O objeto, da mesma forma que o motivo, poderá estar disciplinado em lei ou ficar a cargo da discricionariedade do agente público.

Após a análise dos elementos que compõem o ato administrativo, compraz verificar os atributos de tais atos que acabam por distingui-los dos atos jurídicos comuns. Os referidos atributos denotam a submissão dos atos administrativos a um regime jurídico de direito público, bem como a existência da supremacia do interesse público sobre o particular. São atributos: a presunção de legitimidade, a imperatividade e a auto-executoriedade. Di Pietro ainda acrescenta a presunção de veracidade e a tipicidade.

Pela presunção de legitimidade entende-se que os atos administrativos foram praticados com observância da lei. Daí a Administração Pública não precisa realizar qualquer outro ato para provar a legalidade daquele. Desta forma, tais atos, ainda que eivados de vícios, estão aptos a produzirem efeitos enquanto não sobrevier a declaração de nulidade, podendo os administrados argui-la. Tal presunção é, portanto, *juris tantum*, admitindo prova em contrário.

Di Pietro (2001) ensina que, apesar de se usarem as expressões presunção de legitimidade e de veracidade indistintamente, elas podem assumir contornos diversos, uma vez que a presunção de veracidade diz respeito aos fatos consignados nos atos, presumindo-se que espelham a realidade; por sua vez, a presunção de legitimidade significa que o ato fora praticado em conformidade com a lei.

Já a imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos são impostos a terceiros independentemente de sua concordância ou aquiescência. Nem todos os atos possuem este atributo, mas apenas os que impõem obrigações aos administrados, a exemplo de um regulamento que provém situação ainda não disciplinada por lei.

Sobre o caráter imperativo de alguns atos, Meirelles (2001, p. 152) se manifesta da seguinte forma:

A imperatividade decorre da só existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a presunção de legitimidade.

A auto-executoriedade, por sua vez, é a qualidade do ato administrativo que dá ensejo à Administração Pública de, direta e imediatamente, executá-lo, sendo desnecessária a intervenção do Poder Judiciário. Assim como a imperatividade, a auto-executoriedade não se faz presente em todos os atos administrativos, mas somente quando expressamente prevista em lei e quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior ao interesse público, conforme ensinamento de Di Pietro (2001).

Tal atributo justifica-se pela desnecessidade da Administração ter que recorrer ao Judiciário toda vez que encontra oposição individual à atuação pública.

Como dito anteriormente, a tipicidade é considerada por Di Pietro (2001, p. 186) como outro atributo dos atos administrativos, de forma que “o ato administrativo deve corresponder a figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.”

No estudo dos atos administrativos, geralmente, apresenta-se algumas classificações. Contudo, tal procedimento não será adotado aqui, tendo em vista que relevante para o presente trabalho são as noções de atos administrativos, acima esboçadas, e o estudo do tema da discricionariedade que será feito à baixo.

3.2 Discricionariedade

O administrador público, no exercício de suas funções, encontra-se adstrito ao princípio da legalidade, conforme já se assinalou. Em algumas situações, a lei prevê a integralidade da conduta que deve ser adotada por aquele. Em tais casos, age o administrador fazendo uso do poder vinculado, devendo, por conseguinte, praticar o ato com observância fiel ao que está disposto na lei. Outras vezes, porém, concede-se ao agente público certa margem de liberdade para decidir acerca de alguns aspectos do ato. Nestes, faz-se uso do poder discricionário.

Acerca de tal assunto, discorre Di Pietro (2001, p. 197):

[...] a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

E 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 situações, todas válidas para o direito.

A outorga do poder discricionário ao administrador se justifica pela impossibilidade do legislador prever todas as circunstâncias e atitudes a serem adotadas pelo agente público frente aos casos concretos, podendo somente este vislumbrar o comportamento pretendido como imprescindível e idôneo para alcançar de forma eficiente o interesse público. Apresenta-se, ainda, como justificativa para concessão da discricionariedade, o cerceamento do poder de iniciativa da Administração tendo em vista o surgimento de novas necessidades coletivas, sendo impossível o exercício do referido poder caso houvesse a vinculação de todos os atos administrativos. Frise-se que, quando a lei concede ao administrador discricionariedade para a prática de um ato, não está lhe dando poderes ilimitados para realização daquilo que desejar, mas está visando, sobretudo, que se possa escolher a melhor opção diante de determinada situação.

Sobre tal assunto, Melo (2006, p. 32) discorre:

[...] quando a norma jurídica vinculadamente estabelece um único comportamento perante situação definida em termos objetivos, ninguém duvida que ela quer um comportamento ótimo e que foi considerado possível pré-definir a conduta dessa sorte qualificada como ideal para atender ao interesse que se propôs a tutelar; por isso o fez em termos de vinculação total. Mas, caberia perguntar: quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade?

Muito pelo contrário. A discricião [...] é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.

Costuma-se afirmar que a noção de discricionariedade administrativa surgiu em meio as idéias liberais, sendo entendida, inicialmente, como poder político que garantia livre ação por parte da Administração Pública. Com o Estado de Direito, substituiu-se a idéia de poder político pelo poder jurídico. Nessa esteira, Moraes (2004, p. 35) assevera:

Em meados deste século, a tentativa de consolidação do Estado de Direito ensejou a concepção da discricionariedade como uma modalidade de aplicação, execução ou concretização da norma jurídica, o que deu margem a progressivo avanço do controle judicial em direção a redutos antes inatingíveis e intocáveis da atuação administrativa, a ponto de ameaçar a intromissão judicial no mérito do ato administrativo.

No que tange a conceituação de discricionariedade, Moraes (2004) destaca os critérios formal (negativo), material (positivo) e eclético como sendo meios para elaboração de tal definição.

Pelo primeiro critério, a discricionariedade é vista como margem de livre decisão não regulada ou parcialmente regulada pelo Direito, atribuída pela norma à Administração ou como a possibilidade de escolha entre várias opções jurídicas.

Já sob o enfoque material, relaciona-se a idéia de discricionariedade com parametricidade, já que é preciso fazer uma ponderação valorativa do interesse público. Moraes (2004, p. 39) dispõe que “é preciso fazer uma opção que promova a consecução do interesse público contemplado na norma, em razão do qual se confere a discricionariedade.”

Finalmente, segundo o critério eclético, identificam-se três aspectos distintos e complementares em torno da discricionariedade: a valoração do interesse público, a falta de determinação precisa na norma do que venha a ser o interesse público e a margem de liberdade de decisão atribuída pela norma à Administração.

Com a formulação do critério eclético, observa-se que se tem buscado uma redefinição da idéia de discricionariedade.

Freitas apud (Moraes, 2004, p. 42) ressalta “a necessidade de redefinir os conceitos de vinculação e discricionariedade, de modo a adequar tais categorias às contemporâneas compreensões filosóficas do Direito”.

Com o fenômeno da constitucionalização de princípios, a exemplo do da moralidade, não mais se pode restringir a vinculação à legalidade administrativa.

Corroborando com tal entendimento, Moraes (2004, p. 42) ensina:

O conceito de vinculação ultrapassou os limites da legalidade, no sentido estrito de conformidade com as regras jurídicas, para abranger também a compatibilidade com a principiologia constitucional, para além do princípio da legalidade, pois assevera que o administrador jamais desfruta de liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação com os princípios constitucionais do sistema.

A alteração do conceito de vinculação, reflexamente, produz também modificação no conceito de discricionariedade. Tal liberdade de ação, que antes devia apenas observar os limites impostos pela lei, agora deve pautar-se também pelos princípios constitucionais. Esse novo caráter da discricionariedade é usado como fundamento, por alguns doutrinadores, para defender a ampliação do controle judicial dos atos discricionários, o que será melhor abordado no próximo capítulo.

Apesar de muito já se ter falado em discricionariedade, ainda não se apresentou uma definição. Veja-se, então, o conceito apresentado por Melo (2006, p. 48):

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 situação vertente.

Do conceito acima, observa-se que o eminente autor compreende que a discricionariedade deve atender a certos parâmetros (razoabilidade). Ao invés de considerar a discricionariedade como um poder, entende-a como dever; dever de adotar a melhor opção diante das que se apresentam no caso concreto. Além disso, considera que a discricionariedade pode ocorrer devido a fluidez dos conceitos dispostos na lei, o que será visto mais abaixo, bem como da autorização do próprio legislador para que o administrador decida.

Ainda quanto as causas geradoras da discricionariedade, Melo (2006, p. 19) discorre:

A discricionariedade pode decorrer:

I) da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo.

II) do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.

[...]

III) da finalidade da norma. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos.

A primeira hipótese vê no motivo impreciso situação que dá origem a manifestação da discricionariedade por parte da Administração. Já ficou consignado acima que o motivo poderia ser elemento vinculado ou discricionário. Na segunda hipótese, a discricionariedade dar-se-á quando o administrador possuir competência para eleger uma dentre várias opções, de acordo com critérios de oportunidade e conveniência. A última hipótese merece uma

análise mais rebuscada, já que muito se tem discutido acerca da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados ou imprecisos.

Nas normas jurídicas identificam-se conceitos que exigem, durante sua aplicação, um processo de preenchimento semântico, isto é, de densificação, feito através de uma valoração. Outros, no entanto, dispensam tal procedimento, já possuindo um conceito exato. Os primeiros são chamados de conceitos jurídicos indeterminados; os segundos, conceitos determinados.

Os conceitos jurídicos indeterminados poderão ensejar distintas opções para aplicação das normas. Assim, imperativo se faz analisar a classificação de tais conceitos, de forma que, possibilite-se a identificação das situações em que se admitirá mais de uma valoração, ensejando, desta forma, atuação discricionária.

A doutrina nacional e estrangeira tem apresentado diversas formas de classificação dos conceitos indeterminados. Uma, em especial, vem ganhando aceitação no juspublicismo brasileiro, merecendo ser exposta no presente trabalho.

Na lição da eminente Moraes (2004), os conceitos indeterminados classificam-se em vinculados e não-vinculados. Estes, por sua vez, subdividem-se em discricionários e em conceitos de prognose (conceitos-tipo ou verdadeiramente indeterminados).

Moraes (2004, p. 70) define conceitos indeterminados vinculados nos seguintes termos:

Os conceitos vinculados são aqueles cuja aplicação conduz a uma única solução juridicamente possível, seja porque a indeterminação deriva da imprecisão da linguagem, seja porque a indeterminação resulta da contextualidade da linguagem e envolve uma avaliação atual, não prospectiva das circunstâncias de fatos presentes e concomitantes à incidência da norma.

Como exemplo de tal situação, Moraes (2004) utiliza uma decisão do Superior Tribunal de Justiça que reconheceu ser a cabina de um caminhão extensão da casa do caminhoneiro, prescindindo este de porte de arma para manter arma dentro da referida cabina.

Para a moderna doutrina alemã, todos os conceitos indeterminados pertencem a essa categoria, sendo sempre aferível o significado exato dos termos. Tal posicionamento não é aceito pela doutrina e Justiça brasileira.

No que tange aos conceitos discricionários e de prognose, Moraes (2004, p. 70) discorre:

Os conceitos indeterminados serão “discricionários” quando, além de compreenderem a complementação do tipo-aberto, encerrarem um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma jurídica.

Há ainda, porém, uma categoria de conceitos indeterminados não vinculados – os conceitos de prognose (conceitos-tipo ou verdadeiramente indeterminados), que não são discricionários, justamente porque não envolvem necessariamente uma valoração comparativa de interesses. São conceitos, cuja complementação de sentido demanda uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro – juízo de prognose.

Do exposto, percebe-se que os conceitos indeterminados que exigem atividade valorativa por parte do administrador serão discricionários, ou seja, possibilitarão àquele a escolha de uma dentre duas ou mais opções admissíveis perante o direito, devendo também estar em conformidade com os princípios constitucionais. Já quando for possível superar a indeterminação dos conceitos através da avaliação concreta da realidade e com uma estimativa sobre o futuro, estar-se-á diante de conceitos indeterminados que não ensejam atividade discricionária por parte do administrador. Isso ocorre, por exemplo, quando ao término do estágio probatório de um servidor, analisa-se se o referido tem aptidão para o serviço público que realiza.

Após terem sido apresentados os aspectos mais relevantes acerca dos atos administrativos e da discricionariedade, urge, complementarmente, tratar dos atos discricionários.

3.3 Atos administrativos discricionários

A doutrina e a jurisprudência têm utilizado o termo ato discricionário para designar aqueles atos em que o administrador possui certa margem de liberdade para decidir sobre sua conveniência e oportunidade. No entanto, entende-se que tal termo é impróprio já que “a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder da Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público”, conforme ensinamento de Meirelles (2001, p. 160).

Considerando que tal termo já se consolidou no juspublicismo brasileiro, continuará sendo adotado neste trabalho.

O ato discricionário não se confunde com o ato arbitrário. A discricionariedade é concedida pela própria lei, a qual impõe, ainda, limites ao administrador. Como já foi dito, a discricionariedade exige do agente público a solução que mais se adeque ao interesse público.

A arbitrariedade, por sua vez, configura-se quando o agente público atua de forma contrária ou excedente ao disposto em lei.

Nessa esteira, Meirelles (2001, p. 161) assevera:

Para o cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito, nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador e lhe assinala os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato.

No tocante aos elementos do ato administrativo, já estudados, relembre-se que a competência, a forma e a finalidade estarão sempre dispostas em lei, apesar de uma parcela minoritária da doutrina entender que a finalidade poderá ser discricionária, quando estiver disposta em sentido amplo.

Já no que tange ao motivo e objeto do ato, poderão estes estar ou não dispostos em lei. Ocorrendo o segundo caso, o agente público fará uso do seu poder discricionário, identificando-se aí o mérito administrativo.

O mérito é o resultado de um processo de valoração e de complementação dos motivos e definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados (conveniência e oportunidade).

A conveniência é definida por Amaral apud (Moraes, 2004, p. 51) como: “sua adequação ao interesse público específico que justifica a sua prática ou a necessária harmonia entre esse interesse e os demais interesses públicos eventualmente afectados pelo ato.”

Quanto à oportunidade, Moraes (2004, p. 51) a define como “ponderação de interesses múltiplos carecidos de acomodação parcial, em vista do fim que se propõe na norma atributiva de discricionariedade.”

Diante de todo o exposto, chega-se a razão maior do presente estudo que é investigar se os atos discricionários, que têm no mérito administrativo seu núcleo, são ou não passíveis de controle jurisdicional e, sendo, quais os limites. Tal assunto será abordado à baixo, no capítulo que encerra este trabalho.

CAPÍTULO 4 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Desde a segunda metade do século XX, como consequência dos conflitos mundiais, dos atentados aos direitos fundamentais, vem se defendendo a ampliação do controle (sindicabilidade) da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Seria esta a forma de se conterem abusos que geralmente isentam-se de controle sob a alegação da “intangibilidade jurisdicional” dos atos discricionários.

Tem-se questionado se deve ou não se excluir da apreciação jurisdicional atos discricionários que causem lesões ou ameaças de lesões aos direitos fundamentais.

Sobre tal assunto, destacam-se duas correntes: a clássica que defende a insindicabilidade dos atos discricionários e a moderna que entende que os atos não vinculados podem ser revistos pelo Judiciário. Nesta seara, a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados vem assumindo crescente importância na tentativa de solucionar tal celeuma.

4.1 Posicionamentos doutrinários

Como visto acima, contemporaneamente, coexistem duas correntes doutrinárias que divergem quanto à mencionada possibilidade de sindicabilidade jurisdicional, havendo posicionamentos mais radicais e outros mais flexíveis.

De acordo com Moraes (2004), na Espanha e na Alemanha, a doutrina tem se mostrado favorável ao controle jurisdicional dos atos discricionários, chegando ao ponto de admitir a substituição judicial das decisões discricionárias e das que envolvam valoração de conceitos indeterminados por medidas indicadas por órgão jurisdicional.

Já na França, Itália e em Portugal continua-se, majoritariamente, negando a possibilidade de controle jurisdicional dos atos discricionários, sob a alegação de que só o administrador pode decidir acerca da conveniência e oportunidade de certos atos em face do princípio da separação dos Poderes.

No Brasil, predomina o entendimento de que, tendo sido o ato discricionário realizado nos limites da lei, não deverá ser revisto pelo Judiciário, salvo quanto aos elementos vinculados. Assim, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o

desconheceu. Verificando, entretanto, que a Administração se firmou em uma inteligência perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto, ainda que outro também pudesse sê-lo, desassistirá ao Judiciário assumir esta outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de inteligências, igualmente possíveis. Se a inteligência administrativa não contrariava o direito, faleceria título jurídico ao órgão contralador de legitimidade para rever o ato.

Corroborando com tal entendimento, Gasparini (2000, p. 87) discorre:

Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da conveniência e da oportunidade, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração.

No entanto, tem avançado na doutrina o entendimento de que apesar do mérito ser insindicável, deverá ser revisto caso esteja em desconformidade com os princípios constitucionais ou com princípios gerais.

Nesse sentido, Krell (2004) entende que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. O referido autor entende que, na atual fase “pós-positivista”, que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direito nos novos textos constitucionais, os atos administrativos não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas também pela juridicidade. Essa principialização do Direito brasileiro tem aumentado a margem de vinculação dos atos discricionários.

Por outro lado, os que defendem a insindicabilidade judicial se fundamentam no princípio da separação dos poderes. Os três poderes, por serem harmônicos e independentes, não poderiam sofrer sobreposição de funções, sendo vedada a invasão e usurpação de atribuições. O que se permite é o controle de um poder sobre o outro nos limites constitucionais referidos no capítulo 2.

Sobre tal assunto, dispõe Moraes (2004, p. 110):

É preciso, no entanto, não esquecer que há uma área de atuação exclusiva de cada poder, cujos excessos se resolvem em termos de responsabilidade política. O Poder Legislativo encontra os confins de sua atuação no texto constitucional, por isso, o legislador não admite outros critérios de controle de sua atuação, além dos critérios de fiscalização de constitucionalidade; o juiz, por seu turno, não admite ingerências externas no exercício de sua

função judicante. Há também uma área de atuação exclusiva da Administração Pública, cujas manifestações são mérito do ato discricionário e a valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados de prognose.

A princípio, poder-se-ia imaginar que a referida insindicabilidade confronta-se com o princípio constitucional da inafastabilidade jurisdicional, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito” (art. 5º, XXXV, da CF). Para analisar tal questão, necessário se faz saber se os atos discricionários podem causar lesões ou ameaça de lesões a direitos.

Sobre tal, discorre Moraes (2004, p. 110):

[...] o exercício da discricionariedade ou da valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados não conduz necessariamente a uma lesão ou ameaça de lesão de direito. Aliás, frequentemente, não o conduz. Entretanto, nas hipóteses em que este exercício provocar uma lesão potencial ou atual a direitos, é cabível o controle jurisdicional, para o fim de invalidar o ato lesivo, muito embora não se possa quase nunca, em consequência, determinar a substituição por outro ato.

Desta forma, considerando que o exercício pela Administração da área de livre decisão não se dá de forma arbitrária, mas em conformidade com a lei e demais princípios constitucionais, havendo a referida lesão ou ameaça de lesão a direitos será sim cabível o controle jurisdicional de tais atos, não havendo, portanto, confronto entre a insindicabilidade e a inafastabilidade jurisdicional. Em tais casos utiliza-se a razoabilidade.

4.2 Controle de constitucionalidade dos atos administrativos discricionários

O legislador constituinte inseriu no caput do art. 37 da CF 88, além do princípio da legalidade, os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais devem nortear a atuação do administrador público. Além dos referidos princípios, outros devem ser observados pela Administração, a exemplo do princípio da supremacia do interesse público, da proporcionalidade e da razoabilidade, dentre outros.

Antes de tratar do objeto desta seção, vejamos-se noções gerais acerca dos princípios constitucionais acima citados, excluindo-se o da legalidade por já ter sido analisado no primeiro capítulo.

De acordo com o princípio da impessoalidade, o ato deve ser praticado tendo em vista o seu fim legal, não devendo ser utilizado para promoção pessoal de autoridades ou servidores nem para satisfação de interesses privados.

A moralidade, por sua vez, é entendida como conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina da Administração, as quais impõem ao administrador uma atuação de forma justa, lícita e honesta.

Já a publicidade é a “divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos”, segundo Meirelles (2001, p. 87).

Por fim, tem-se o princípio da eficiência que exige que a atividade administrativa seja exercida da melhor forma possível, ou seja, com presteza, perfeição e rendimento funcional. Esse princípio endossa a ampliação do controle jurisdicional na medida em que a Administração não mais se satisfaz com a simples consonância do ato com a lei, exigindo-se o satisfatório atendimento das necessidades da sociedade.

A constitucionalização dos princípios acima, promoveu uma diminuição no âmbito do poder discricionário da administração, tendo, por conseguinte, ampliado a esfera de controle judicial sobre os atos discricionários, dando ensejo a um controle de constitucionalidade dos referidos atos.

Acerca de tal controle, discorre Moraes (2004, p. 16):

O espectro do controle judicial dos atos administrativos, antigamente reconduzido à verificação de legalidade desses atos, executável, predominante, através do método silogístico, usado em função da estrutura da regra jurídica - antes a principal fonte do direito administrativo, ampliou-se para o controle da constitucionalidade dos atos administrativos, que se operaciona também por intermédio de outros métodos impostos pela adoção da fonte atualmente hegemônica do Direito - os princípios, estruturalmente distintos das regras.

Cabe ao Poder Judiciário, além da aferição da legalidade dos atos administrativos - de sua conformidade com as regras jurídicas, o controle de juridicidade - a verificação de sua compatibilidade com os demais princípios da Administração Pública, para além da legalidade, a qual se reveste do caráter de controle de constitucionalidade dos atos normativos, pois aqueles princípios se encontram positivados na Lei Fundamental.

Conforme se observa, os atos administrativos, inclusive os discricionários, devem não somente estar em conformidade com a lei, mas, sobretudo com os princípios, pois são destes que se originam as regras jurídicas. Nesse contexto, o princípio da juridicidade ultrapassa a relevância do princípio da legalidade, uma vez que impõe ao administrador não apenas a

observância da lei, mas de todo um ordenamento composto por leis, princípios constitucionais e até princípios gerais não positivados.

O controle da constitucionalidade dos atos poderá ser feito pela forma difusa de fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas, de forma que os Juízes e Tribunais analisarão, por via oblíqua, a constitucionalidade dos atos administrativos. A decisão terá efeito apenas entre as partes. Tal controle terá por objeto a legalidade do ato, bem como sua consonância com os princípios constitucionais.

A constitucionalidade também poderá ser apreciada através da via direta perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, a, CF). A decisão tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública. No entanto, de acordo com os arts. 27 e 28 da Lei 9.868/99, o STF, por maioria de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos da declaração, ou dispor que ela só tenha eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Quanto a legitimidade para proposição da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, reza o art. 103 da CF:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação do Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Como instrumentos hábeis ao controle de constitucionalidade, ainda tem-se a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, intentada perante o STF pelo Presidente da República, Mesa do Senado, Mesa da Câmara ou pelo Procurador-Geral da República, bem como a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental destinada a averiguar o descumprimento de preceito fundamental, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional de lei ou ato normativo. Esta ação é regida pela Lei 9.882/99.

4.3 Anulação dos atos administrativos discricionários

Conforme estudado no capítulo 2, os atos administrativos sujeitam-se a controle por parte da própria Administração, bem como pelo Judiciário, além do exercido pelo Legislativo, que não interessa a este estudo. O controle exercido pela própria Administração é bem mais amplo, tendo em vista que é possível analisar tanto o mérito quanto a legalidade do ato. Desta forma, a Administração poderá revogar seus próprios atos por motivo de conveniência e oportunidade e anulá-los por ilegalidade. Já o controle exercido pelo Judiciário, possui um campo de atuação mais restrito, pelo menos para corrente clássica.

O Poder Judiciário, quando provocado a apreciar atos administrativos, e, verificando ilegitimidade ou ilegalidade, poderá promover a anulação de tais atos.

Não há prazo legal para anulação dos atos administrativos. Segundo Meirelles (2001), apesar de não haver nada exposto em lei, a jurisprudência tem afastado tal possibilidade quanto a atos operantes a longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé, visando a preservação da segurança e da estabilidade jurídica na atuação da Administração.

A anulação produz efeitos *ex tunc*, retroagindo o ato a sua origem.

Meirelles (2001) ainda ensina que a anulação poderá assumir a modalidade de cassação, ocorrendo quando, embora legítimo na sua origem e formação, o ato tornar-se ilegal na sua execução. Já Alexandrino e Vicente (2005) entendem que a cassação é uma espécie autônoma de invalidação dos atos administrativos, tal qual ocorre com a revogação. Estes autores conceituam cassação como o “desfazimento do ato administrativo quando o seu beneficiário descumpre os requisitos que permitem a manutenção do ato e de seus efeitos”, funcionando a cassação como uma sanção para o particular que deixou de cumprir as condições para manutenção de um determinado ato.

Há, por fim, que se falar ainda do instituto da convalidação, admissível sempre que o ato não houver causado lesão ao interesse público nem prejuízos a terceiros, bem como para meras retificações que não tornaram nulo o ato. O ato de convalidação possui efeitos *ex tunc*, retroagindo seus efeitos ao momento em que foi praticado o ato originário. A convalidação foi regulada pela Lei 9.784/99.

4.4 Limites do controle jurisdicional dos atos discricionários

Admitindo-se o controle dos atos discricionários, há que se investigar quais os seus limites.

Para parte da doutrina, o Judiciário, diante dos atos discricionários, deve se limitar a análise da legalidade.

Di Pietro (2001) escrevendo sobre o assunto, ressalta que vem sendo desenvolvidas algumas teorias visando a limitação do poder discricionário, o que acaba promovendo a ampliação do controle judicial dos atos discricionários. A eminente autora cita as teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes, como exemplos daquelas. O desvio de poder ocorre quando o administrador faz uso do poder discricionário para atingir um fim diverso do disposto em lei. Neste caso, tendo o administrador feito uso de sua competência legal para praticar ato em desacordo com o interesse público, deverá o Judiciário anular tal ato. No que concerne a teoria dos motivos determinantes, já exposta no capítulo 2, deverá o Judiciário, sendo provocado, examinar os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência para verificar se os motivos são verídicos. Não os sendo, o ato será passível de invalidação.

De acordo com o que já fora estudado acerca da nova concepção de discricionariedade, bem como da constitucionalização dos princípios, entende-se que houve uma dilatação do campo de atuação do magistrado sobre os atos discricionários. Além do inquestionável controle de legalidade, deve-se realizar um controle de juridicidade, no qual se afere a compatibilidade do ato com os princípios constitucionais.

Importante se faz analisar os limites da atuação jurisdicional em face dos conceitos jurídicos indeterminados.

De acordo com a classificação dos conceitos indeterminados esboçada no capítulo anterior, tais conceitos se subdividem em vinculados, nos quais o administrador deve identificar a única solução juridicamente possível, e não vinculados que, por sua vez, se bipartem em conceitos discricionários, por exigirem um juízo valorativo do administrador, e conceitos de prognose, onde, através da avaliação da situação concreta e do juízo de prognose, dever-se-á obter a única solução adequada. Os atos que foram emitidos tendo por base conceitos discricionários possuem elementos que são insidicáveis, não podendo o juiz invadir a área reservada ao mérito administrativo.

No que tange aos conceitos indeterminados vinculados, o controle é legítimo porque o administrador tem a obrigação de interpretar o conceito impreciso de forma correta e, por conseguinte, realizar o ato condizente com o interesse público.

Sobre tal assunto, Moraes (2004, p. 172) afirma:

O controle jurisdicional da valoração administrativa dos conceitos indeterminados, quando a indeterminação do conceito resulta apenas da

imprecisão da linguagem, será sempre pleno. Nesta hipótese, as consequências do controle jurisdicional compreendem sempre, para além da invalidação do ato impugnado, a substituição por outro.

Em relação aos atos que foram precedidos por um juízo de prognose e avaliação da situação concreta, também será cabível o controle, apesar de parcial. Desta feita, Moraes (2004, p. 173) entende que:

Quando a indeterminação do conceito envolve uma avaliação da situação concreta, com recurso ao juízo de prognose, o controle limita-se à invalidação do ato administrativo, pois remanesce o ato, uma área de livre decisão administrativa, imune à revisão judicial plena.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, onde o entedimento acima prevalece, na Alemanha, entende-se que todos os conceitos jurídicos indeterminados são passíveis de controle jurisdicional, uma vez que o administrador tem a obrigação de interpretar tal conceito e identificar a única solução ou atitude cabível.

Finalizando este capítulo, há que se analisar o denominado caráter negativo do controle jurisdicional dos atos discricionários. Nessa seara, também há celeumas doutrinárias: a corrente majorante entende que o controle aqui abordado é negativo, uma vez que o Judiciário se limita a invalidar o ato, não indicando outro para substituir o defeituoso; outra parte da doutrina entende que, ao invalidar o ato, e, possuindo subsídios, o juiz deverá indicar ato substitutivo daquele. Corroborando com este entendimento Moraes (2004, p. 162) leciona:

As consequências do controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública consistem ou na mera invalidação do ato administrativo ou na invalidação seguida da ordem judicial de substituição do ato impugnado, em função das circunstâncias peculiares de cada caso concreto e do maior ou menor alcance da incidência dos princípios jurídicos sobre a situação vertente.

Entendendo que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, Meirelles (2001, p. 198) discorre:

Certo é que o Judiciário não poderá substituir à Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus *interna corporis*.

Ao longo deste último capítulo, observou-se que a doutrina diverge quanto a sindicabilidade judicial dos atos discricionários. Para uns, os atos discricionários poderão ser apreciados judicialmente apenas no que concerne aos elementos vinculados. Desta forma, haveria uma parte do ato, o mérito, que seria intagível judicialmente. Por outro lado, alguns doutrinadores defendem a sindicabilidade do ato discricionário, tendo em vista a compatibilização do mesmo com o interesse público. Nesta corrente, há os mais moderados que acreditam que o juiz não poderá proferir decisão substituindo o mérito administrativo, e os que entedem que o juiz poderá determinar a solução que mais se adequa aos interesses administrativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, buscou-se esclarecer os diversos aspectos que envolvem o tema controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, objetivando que se pudesse, ao final, prestar relevante contribuição à comunidade acadêmica, bem como a sociedade, tendo em vista que as conclusões que serão aqui consignadas interessam diretamente a todos que lidam com Administração Pública, seja o Judiciário, os administrados e até mesmo a própria Administração. Algumas considerações, portanto, tornam-se pertinentes.

Como observou-se, o Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, onde, além dos pressupostos democráticos, deve-se respeitar o princípio da separação dos poderes e da legalidade. O primeiro impõe que cada poder desempenhe suas funções sem interferir nas dos demais. Contudo, tal regra sofre ressalva tendo em vista que a Constituição Federal previu mecanismos de controle de um poder sobre outro. Foi nesse campo, que o presente trabalho esboçou o controle realizado pelo Judiciário sobre a Administração, em especial sobre os atos discricionários. Quanto ao princípio da legalidade, observou-se que parte da doutrina vem entendendo que tal princípio foi incorporado pelo princípio da juridicidade, exigindo-se que a atuação administrativa esteja em conformidade não apenas com a lei, mas também com os princípios constitucionais.

O controle da Administração é exercido por si própria (autotutela), pelos demais poderes e até pela sociedade, visando sempre uma atuação compatível com o ordenamento jurídico e, por conseguinte, com o interesse público. O controle exercido pela própria Administração pode ser hierárquico ou finalístico. O primeiro se dá no âmbito da Administração direta, onde há subordinação hierárquica entre os órgãos. O segundo ocorre em relação as entidades da administração indireta, as quais não são hierarquicamente sujeitas as entidades da administração direta. Neste caso, ocorre um controle finalístico, restrito e limitado a lei que o estabelece.

No que concerne ao controle desempenhado pelo Legislativo sobre a Administração, registrou-se que pode ser tanto de legalidade quanto de mérito e esboçou-se a sua classificação, bem como os meios de que se utiliza o Poder Legislativo para exercer tal controle.

Em seguida, abordou-se os aspectos gerais do controle jurisdicional da Administração. Constatou-se que, no Brasil, adota-se o sistema da jurisdição única, no qual as apreciações de lides administrativas pelo Judiciário independem do exaurimento de tais questões na via

administrativa, não se exigindo nem mesmo que tenham sido questionadas administrativamente. No que tange ao controle jurisdicional dos atos administrativos, observou-se que alguns atos estão sujeitos a controle comum e outros à controle especial (*interna corporis*, legislativos e atos políticos) e, ainda, que tal controle é predominantemente de legalidade, o que vem sendo refutado por parte da doutrina.

No estudo dos atos administrativos, observou-se que estes são emanados da vontade unilateral da Administração e criam, modificam, extinguem, declaram direitos, impõem obrigações aos administrados ou a si própria. Possuem em sua estrutura cinco elementos: competência, forma, finalidade, motivo e objeto. Os três primeiros são sempre vinculados. Os demais poderão ser vinculados ou não. Quando não vinculados, tais atos serão discricionários. Nesse caso, o administrador utilizará critérios de conveniência e oportunidade para decidir sobre a prática de tais atos.

Dando continuidade, tratou-se dos aspectos relativos à discricionariedade. Esta era entendida, tradicionalmente, como margem de livre decisão do administrador (critério material de conceituação) dentre, no mínimo, duas opções existentes, todas lícitas e legítimas perante o direito. Hodiernamente, a discricionariedade, além de decorrer do comando aberto da norma que possibilita ao administrador a escolha de uma opção dentre as existentes, pode advir da indeterminação dos conceitos jurídicos presentes na finalidade ou no motivo. Assim, a discricionariedade deve ser entendida como meio encontrado pelo legislador para exigir do administrador a solução que melhor se conforma com o interesse público, não sendo, portanto, concedida para que aquele atue de forma arbitrária.

Ainda no que concerne a discricionariedade, abordou-se a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados. Consignou-se que alguns conceitos indeterminados dispostos na norma precisam ser valorados, quando da sua aplicação. Tais conceitos podem ser vinculados ou não vinculados. Os primeiros exigem do administrador um trabalho interpretativo que os faça identificar a única solução que se adequa ao interesse público. Não havendo, neste caso, atuação discricionária. Os conceitos indeterminados não vinculados, por sua vez, bipartem-se em discricionários e conceitos de prognose. Serão discricionários quando, além da imprecisão dos termos ou linguagem, exigem do administrador um juízo axiológico. Já os conceitos de prognose ocorrem quando se exige uma avaliação prospectiva das circunstâncias de fato, mediante um juízo de aptidão formulado em razão do futuro. Entende-se que estes não são discricionários por não exigirem necessariamente um comparação valorativa de interesses.

Tal estudo permitiu esclarecer que discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados nem sempre se interceptam, pois há situações em que os conceitos

indeterminados não ensejarão atuação discricionária por parte do administrador, uma vez que, exigir-se-á deste a única solução plausível. É o que ocorre com os conceitos jurídicos indeterminados vinculados. Já no que tange a discricionariedade, esta nem sempre decorrerá da indeterminação dos conceitos, podendo o legislador, desde logo, ter concedido ao administrador competência para analisar a conveniência e oportunidade da prática ou não do ato. Portanto, discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados só se interceptam quando tais conceitos exigirem do administrador, além da complementação do tipo-aberto da norma, um juízo valorativo acerca dos interesses concorrentes.

No último capítulo, analisou-se a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários à luz da doutrina. Observou-se que alguns defendem o controle total dos atos discricionários, tendo em vista sempre o interesse público e a inafastabilidade da tutela jurisdicional. Por outro lado, parte da doutrina se manifesta contrariamente a tal controle, alegando que se estaria ferindo o princípio da separação dos poderes, uma vez que se invadiria campo privativo de atuação administrativa: o mérito administrativo.

A par dos argumentos exaustivamente expostos no trabalho, conclui-se que os atos discricionários deverão necessariamente serem apreciados pelo Judiciário quando provocado. No entanto, a atuação dos órgãos jurisdicionais não poderá ser ilimitada como alguns defendem. Verificando-se que o administrador agiu dentro da sua esfera de competência, observando a lei e os princípios constitucionais, deverá o julgador conter-se e não prosseguir na apreciação do ato. Entretanto, verificando que o administrador exorbitou no exercício do poder discricionário que lhe fora concedido, seja por ter cometido ilegalidade ou por ter ferido princípios constitucionais, deverá anular o ato, não podendo indicar outro para substituir o invalidado, uma vez que estaria usurpando competência, o que é expressamente vedado pela separação dos poderes. Entendo ser este o posicionamento que melhor se afeiçoa ao ordenamento jurídico brasileiro.

No que concerne ao controle jurisdicional de atos que contenham conceitos jurídicos indeterminados, será pleno quando o conceito for vinculado, tendo o administrador dever de identificar a solução adequada. Quando o conceito exigir um juízo de prognose da realidade, será possível o controle, apesar de limitado. Em tais casos, o Judiciário poderá invalidar o ato, mas não indicar outro para substituí-lo. E, quanto aos conceitos jurídicos indeterminados discricionários, aplica-se o disposto no parágrafo anterior.

Ao fim, tenho a certeza do esclarecimento das questões propostas no presente trabalho e da contribuição dada a comunidade acadêmica, bem como a sociedade, tendo em vista a

clareza de organização das idéias que facilitou a compreensão do tema abordado e a indicação de diretriz que se adequa ao nosso ordenamento. No entanto, permaneço consciente de que as discussões devem prosseguir para o engrandecimento de todos.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.
- AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à Ciência Política*. 12. ed. São Paulo: Globo, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2005.
- BRASIL. *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração Antônio de Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Cústpedes. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Discricionariedade Administrativa*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. 1º volume: art.s 1º a 21. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental. O Controle dos Conceitos Jurídicos Indeterminados e a Competência dos Órgãos Ambientais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LUCIAN, Juliana Balbinot. *A discricionariedade administrativa e os conceitos jurídicos indeterminados*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5299>. Acesso em: 14 jun. 2006.
- MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 24. ed. revista e atualizada pelo Prof. Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINEZ, Vinício C.. Estado de Direito Político. Disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5496>. Acesso em: 12 mar. 2006.

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*. Disponível em:
http://secure.jurid.com.br/new/jengine.exe/cpag?p=jornaldetalhedoutrina&ID=23420&Id_Cliente=2482#volta*#volta*. Acesso em: 20 mai. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Germana Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NASCIMENTO, Márcio Gondim. *O controle da Administração Pública no Estado de Direito*. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/23/2023/>. Acesso em: 14 abr. 2006.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*. Parte introdutória, parte geral e parte especial. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PESSOA, Robertônio Santos. Princípio da eficiência e controle dos atos discricionários. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em:
<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=342>. Acesso em: 13 abr. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

ZAMPIERI, Marcelo Carlos; SILVA, Fabiana. Breve reflexão sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos. Disponível em:
<http://www.ufsm.br/direito/artigos/administrativo/atos-administrativos.htm>. Acesso em: 06 mar 2006.