



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

VINÍCIUS RAMALHO PACHECO

CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS
DISCRICIONÁRIOS

SOUSA - PB
2008

VINÍCIUS RAMALHO PACHECO

CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS
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 Esp. Carla Pedrosa de Figueiredo.

SOUSA - PB
2008

Vinícius Ramalho Pacheco

CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento aos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: ____ de _____ de 2008

COMISSÃO EXAMINADORA:

Prof.^a Carla Pedrosa de Figueiredo - UFCG
Orientadora

Examinador(a)

Examinador(a)

Para Pacheco, meu pai, meu amigo.

Para Rozário, minha mãe, minha velha,
meu tudo, pelo imenso amor, refletido no
brilho de seus olhos, único, sempre
iluminando minha vida.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Ao ser supremo, o grande arquiteto do universo, por iluminar e me dar forças todos os dias, nesta longa caminhada da vida.

A meus pais Francisco de Sales Pacheco e Maria do Rozário Ramalho Pacheco pelo amor, pela confiança, pelo acreditar, pela compreensão e pelos exemplos de dignidade e honra, estes, os quais, jamais teria apreendido em livro algum.

A meu irmão Thiago Ramalho Pacheco pelas palavras de incentivo e pelos conselhos.

A Polliana Pereira Queiroga, pelo carinho, compreensão e pela abdicação de seu próprio tempo me auxiliando na feitura desse trabalho, amostra de que anjo da guarda se materializa e que sozinhos não conseguimos nada.

A meus amigos de sala Viviane, Carla, Renato e Paulo Jackson pelos dias fraternos.

A minha família em geral pela confiança que depositaram em mim. Em especial a minha avó, Dona Ritinha, a que tenho amor e por ter sido uma das vigas mestras na sustentação da realização desse sonho.

Aos amigos de apartamento, pela eterna satisfação do convívio.

A Professora Carla Pedrosa de Figueiredo, que me acompanhou no dispêndio deste trabalho com esforço e dedicação.

A todos aqueles que das mais variadas maneiras acreditaram em minha luta, empenho e que de alguma forma me auxiliaram nessa conquista.

“Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo propósito debaixo do céu.”

Eclesiastes 3:1.

RESUMO

Este presente trabalho analisa-se, de forma meticulosa, as possibilidades do controle judicial diante das omissões dos Poderes Legislativo e Executivo no que tange à efetivação de direitos sociais. Neste contexto, o enfoque desse estudo se propôs a investigar a possibilidade ou não do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Para sua realização, utilizou-se o método exegético e o método comparativo por ter se confrontado, ao longo do trabalho, predominantemente, duas correntes 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 tais correntes, que possuem outros argumentos no desenvolvimento, conclui-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. Nessa pesquisa, numa primeira parte são apresentadas noções gerais acerca do poder e dos atos administrativos, de sua utilização e diante essa utilização, os seus abusos; numa segunda parte há a avaliação do controle exercido pela Administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário, por fim a terceira parte trata da possibilidade de controle exercido pelo Poder Judiciário diante de omissões ou falhas dos atos, em específico dos discricionários, em sede de direitos fundamentais sociais, pela administração pública e pelo legislativo.

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

ABSTRACT

The present study analyses, so meticulous, the possibilities of judicial control in front of the failures of the Legislative and Executive Powers in regard to the realization of social rights. In this context, the focus of this study is proposed to investigate the possibility or not of judicial control of administrative discretionary acts. For its achievement, it was used the exegetic and comparative method for having been confronted over the essay, predominantly, two currents on the subject. With such study was aimed at the clarification of the issue and an indication of the doctrinal position that best shape to Brazilian law. Regarding the disagreement over the issue, the doctrine believes that the judiciary cannot assess the elements of discretionary administrative act because this action would be invading private field of public administration, which is the administrative merit. It would injure the principle of separation of powers. Another part of the doctrine believes that in order to not be able to exclude from consideration court any injury or threat of injury to law and achieving the public interest, this kind of control is possible. Analyzing these currents, which have other arguments in the development, it appears that the Judiciary should consider the discretionary acts to verify its legality and its compatibility with constitutional principles and could not, however, invade the administrative merit. In this research, the first part presents general notions about the power and administrative acts of their use on that and use, their abuse, there is a second part to assess the control exercised by the Administration, the Legislative and the Judiciary, finally the third part deals with the possibility of control exercised by the judiciary in the face of acts of omissions or failures, in particular the discretionary ones, in the fundamental social rights, by government and the Legislative.

Keywords: Judicial Control. Administrative Acts. Discretionary

SUMARIO

RESUMO

ABSTRACT

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS DO PODER E DO ATO ADMINISTRATIVO.....	12
1.1 Poderes administrativos.....	14
1.2 Ato administrativo.....	16
1.3 Poder-dever do administrador.....	18
1.4 Abuso de poder.....	20
1.5 Discricionariedade e vinculação.....	21
CAPÍTULO 2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	24
2.1 Conceito e espécies.....	25
2.2 Controle administrativo.....	28
2.3 Controle legislativo.....	30
2.4 Controle judicial.....	32
CAPÍTULO 3 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS.....	37
3.1 Posicionamentos doutrinários acerca do tema.....	37
3.2 Discricionariedade e finalidade da norma como baliza da discricção.....	41
3.3 Discricionariedade no comendo da norma.....	43
3.4 Discricção na norma e discricção no caso concreto.....	45
3.5 Controle de constitucionalidade dos atos administrativos discricionários.....	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

A questão do poder é extremamente complexa. Tema de estudo ao longo de todos os tempos, ainda hoje é matéria propícia para as mais diversas espécies de manifestações.

Passados muitos anos desde a concepção de Estado atual, os temas sobre as dimensões da atuação da Administração Pública se renovam, exigem e propiciam mais estudos bem como o aprofundamento dos já levados a cabo. Houve época em que ao gestor da coisa pública era dada a possibilidade de impor a própria vontade, em quase todos os atos praticados em nome da entidade, tempos de insegurança para os administrados e propícios para os desmandos de toda a ordem.

A própria sociedade se encarregou de, paulatinamente impor uma radical mudança nesse quadro, fazendo constar no ordenamento jurídico mecanismos de controle das entidades públicas e, por conseqüência, das atividades desenvolvidas pelos agentes gestores dos gastos e arrecadações. Com o passar do tempo estes mecanismos se aperfeiçoaram, as legislações passaram a ser concebidas com maior rigidez, dando aos aplicadores do direito ferramenta suficiente para a proteção daquilo que é de todos, nem sempre assim respeitado pelas autoridades. Até pouco tempo a discricionariedade na Administração Pública queria dizer liberdade do agente. Poucos eram os atos administrativos em que não era permitido ao gestor deixar sua marca de vontade pessoal. De modo especial, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, aconteceu uma radical mudança nesta concepção, diminuindo sobremaneira a faixa de atuação livre do agente político.

Deste então, cresce a discussão sobre a discricionariedade, mais precisamente sobre a dimensão do espaço à disposição da Administração Pública, para que faça presente aquelas questões relativas à conveniência e oportunidade, levando-se em conta a elevação ao prestígio de princípio constitucional, de temas antes mencionados de forma acanhada, por vezes isoladas, como a moralidade, e o interesse público, este implícito na impessoalidade, bem como a valorização de outras virtudes, servindo de exemplo a razoabilidade. Com a Carta de 5 de outubro de 1988, temas do quilate dos princípios acima mencionados, agora expressos na Carta Magna, são debatidos e utilizados pelos operadores do Direito e servem de

suporte para o controle quase absoluto de todos os elementos dos atos administrativos, bem como para o surgimento de legislação infraconstitucional, especificamente voltada para a busca da plena probidade administrativa.

O objetivo deste trabalho é o de buscar na doutrina pátria a postura dos mais renomados estudiosos do Direito Administrativo, sobre entendimento predominante atual, quanto à discricionariedade da Administração Pública e a atuação jurisdicional em todos os seus aspectos.

Para a realização deste trabalho, utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica e o método exegético jurídico, bem como será analisado o ordenamento jurídico vigente no País. Quanto ao primeiro recurso a ser utilizado, verificar-se-á o posicionamento de diversos autores acerca do assunto e o caráter interpretativo quanto à legislação. O método comparativo predominará, uma vez que se confrontarão correntes doutrinárias diametralmente opostas acerca da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos e dos seus limites.

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

No primeiro capítulo, apresentar-se-á as considerações gerais do poder e do ato administrativo, os tipos de poderes, os requisitos e atributos dos atos, o poder-dever do administrador, o abuso de poder e a discricionariedade e a vinculação.

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

Por fim, no terceiro capítulo, que trata do cerne da investigação proposta neste trabalho, serão expostas as correntes doutrinárias que estudam o controle jurisdicional sobre os atos discricionários, ressaltando, inclusive, o posicionamento adotado por alguns doutrinadores, a discricção e a sua finalidade, bem como a discricção no comando da norma e a sua aplicação na norma e no caso concreto,

encerrando o desfecho com o controle de constitucionalidade dos atos discricionários.

CAPÍTULO 1 CONSIDERAÇÕES GERAIS DO PODER E DO ATO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública submete-se a um regime peculiar de atuação que lhe atribui ônus, restrições e sujeições, ao lado de poderes que lhe permitem, adequadamente, cumprir as suas finalidades. O poder administrativo, desta forma, é atribuído à autoridade pública para assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular. Com isso observa-se que os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, do interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. Eles decorrem da atribuição da competência; esta por sua vez, decorre da lei conforme elencado nos artigos 61, §1º, II, e 84, VI, da CF/88. Dessa forma, pode-se concluir que os poderes administrativos decorrem sempre da lei bem como dos princípios norteadores da atividade administrativa em geral.

Estado, Governo e Administração são termos que andam juntos e muitas vezes confundidos, embora expressem conceitos diversos nos vários aspectos em que se apresentam. O Estado, sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana; na conceituação do nosso Código Civil, é pessoa jurídica de Direito Público Interno (art. 41 do CC), é uma nação politicamente organizada, dotada de personalidade jurídica própria, sendo pessoa jurídica de direito público que contém elementos e três poderes. Como ente personalizado, o Estado tanto pode atuar no campo do Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público, pois a teoria da dupla personalidade do Estado acha-se definitivamente superada.

O Estado de Direito é o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis, composto por povo, território e governo soberano; detentor de Poderes do Estado e executor de funções (típica e atípica) sendo elas a legislativa, jurisdicional e administrativa.

O governo é a expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente. A administração é todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.

Consoante a liberdade da Administração para a prática dos seus atos, os poderes administrativos encontram-se classificados em poder vinculado e poder discricionário; segundo o ordenamento da Administração ou a punição dos que a ela se vinculam, em poder hierárquico e poder disciplinar; diante da sua finalidade normativa, em poder regulamentar; e, tendo em vista os seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em poder de polícia.

Ato administrativo é o ato jurídico que concretiza o exercício da função administrativa do Estado, é a manifestação de vontade do Estado ou do particular que lhe faça as vezes (concessionária/permissionária) que cria, modifica ou extingue direitos na órbita do Direito Administrativo, com vistas a satisfazer uma razão de interesse público, regido pelo regime jurídico público, em nível inferior à lei, sujeito a controle, para alguns doutrinadores ato expressa:

Para Hely Lopes Meirelles (2008, p.152):

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.

Diógenes Gasparini (2000, p. 64) expõe:

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

É importante ressaltar que, o uso desses poderes na prática dos atos administrativos não é ilimitado ou incondicionado. O uso destes, para ser legal, tem que ser normal (abrangendo também a moralidade administrativa). Assim, diante da anormalidade, tem-se a configuração do abuso de poder (gênero), que ocorre quando a autoridade embora competente para praticar o ato, ultrapassa o limite de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas, em complemento o gênero reparte-se em duas espécies bem características: o excesso de poder (o qual se caracteriza na hipótese em que o agente exorbita sua competência para a

prática do ato) e o desvio de finalidade (caracterizado quando o agente praticar o ato com finalidade diversa da estatuída pela lei).

O “poder” conferido a administração pública é um “poder-dever”, uma vez que a Administração Pública não pode deixar de exercer, dada a existência de um interesse coletivo a proteger. É atribuído a autoridade para remover os interesses particulares que se opõem ao interesse público. Nessas condições, o poder de agir se converte no dever de agir. Se no Direito Privado o poder de agir é uma faculdade, no Direito Público é uma imposição, um dever para o agente que o detém, pois não se admite a omissão da autoridade diante de situações que exigem sua atuação. Eis por que a Administração responde civilmente pelas omissões lesivas de seus agentes.

1.1 Poderes Administrativos

Poderes administrativos são as prerrogativas que têm a Administração Pública para alcançar os fins almejados pelo Estado. E, o fim principal é o interesse público.

No poder discricionário, a lei deixa uma certa margem para que o agente público possa agir. Nele o agente, visando o interesse público, aplica a conveniência e a oportunidade na execução do ato administrativo escolhendo a melhor possibilidade a qual se aplica ao caso concreto. Como esse poder segue os ditames da lei, ele poderá ser revisado no âmbito da própria administração ou mesmo na via judicial. Não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade. Na arbitrariedade, o agente atua fora dos limites da lei (ato ilegal) e na discricionariedade a sua conduta é legal, utilizando apenas os critérios da conveniência e oportunidade.

No poder vinculado, a lei ao conferir determinada atribuição ao administrador público, faz-se de forma que não lhe deixa margem para escolha. Não deixa espaço para liberdade de atuação da Administração. Não há interpretação subjetiva do agente público, sendo bom lembrar que todos os atos administrativos são vinculados

quanto à competência, forma e objeto. Esses elementos, no momento de sua aplicação, não podem ser valorados. Cabe ao agente apenas a sua aplicação.

No poder regulamentar, o Estado tem a prerrogativa de editar atos gerais para completar e dar aplicabilidade às leis. Ele não tem o poder de alterar ou revogar a lei que é uma função legislativa, visto que, assim fazendo, cometerá abuso e o Congresso Nacional poderá sustar o ato regulamentar (art. 49, V, CF/88). Sobre poder regulamentar há dois entendimentos – um amplo e outro restrito. No restrito, entende que é a prerrogativa do chefe do Poder Executivo, prevista no artigo 84, V, da Constituição Federal. Poder de editar regulamentos e decretos. Já no sentido amplo, são os atos expedidos pelas autoridades administrativas de editar atos normativos que explicam e auxiliam na aplicação de normas gerais e abstratas, dentre esses atos destaca-se: as instruções normativas, as resoluções e as portarias. O poder regulamentar não pode existir sem lei bem como o ato normativo não pode contrariar a lei.

O poder hierárquico é caracterizado pelo poder de comando de agentes administrativos superiores sobre os seus subordinados. Nele o superior tem a prerrogativa de ordenar, fiscalizar, rever, delegar e avocar as tarefas de seus subordinados. Essa subordinação é de caráter interno e não se confunde com vinculação que é de caráter externo.

A Administração Pública é toda organizada, em observância ao princípio da legalidade, em uma estrutura hierárquica onde lhe possibilita executar as suas finalidades. Não existe hierarquia entre agentes os quais exercem funções estritamente jurisdicional (o juiz é livre para decidir) e legislativa (sua competência é delineada pela Constituição).

O poder disciplinar é uma especialização do poder hierárquico. A administração tem o poder de fiscalizar as atividades exercidas por seus servidores e demais pessoas a ela ligadas, exigindo-lhes uma conduta adequada aos preceitos legais. O não-cumprimento sujeita esses agentes a sanções disciplinares. Essas sanções devem obedecer ao princípio da proporcionalidade, devendo ser adequada à conduta ilícita praticada pelo agente. Sua aplicação está sujeita ao processo administrativo disciplinar, e este deve observância aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/88) e do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88).

O poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir os direitos individuais em prol do interesse público. Nesse sentido, ela é denominada de polícia administrativa. Infere-se do conceito, que o princípio norteador da aplicação do poder de polícia administrativa é o princípio da predominância do interesse público sobre o interesse privado.

São atributos do poder de polícia a discricionariedade que traduz-se na livre escolha, pela Administração, da oportunidade e conveniência de exercer o poder de polícia, bem como de aplicar as sanções e empregar os meios conducentes a atingir o fim colimado, que é a proteção de algum interesse público. a auto-executoriedade, ou seja, a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem intervenção do Judiciário e a coercibilidade que é a imposição coativa das medidas adotadas pela Administração.

Por fim, torna-se importante ressaltar a distinção entre a polícia administrativa da polícia judiciária (polícia federal e polícia civil) e polícia de manutenção da ordem pública (polícia militar). Na polícia administrativa, o poder incide sobre bens, direitos e atividades, ela fiscaliza e pune o ilícito administrativo. Enquanto que na polícia judiciária e de manutenção da ordem pública os atos incidem diretamente sobre pessoas, preocupando-se com a ocorrência de delitos penais. A doutrina entende que o poder de polícia é discricionário, devendo seguir o princípio da legalidade.

1.2 Ato Administrativo

A Administração Pública realiza a sua função executiva através de atos jurídicos denominados por atos administrativos. O ato administrativo difere do fato administrativo, sendo este a realização material da Administração Pública, em cumprimento de alguma decisão. Embora estejam ligados, não se confundem.

Independentemente da sua classificação, o ato administrativo tem cinco requisitos básicos, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, que serão analisados a seguir.

Competência é condição para a validade do ato. Nenhum ato pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para tal. A

competência resulta da lei, portanto, todo o ato emanado de agente incompetente ou realizado além do limite a que dispõe a autoridade competente, é inválido. A competência pode ser delegada ou avocada, desde que permitido pelas normas regulamentares da Administração. A competência é um elemento vinculado não podendo ser alterado discricionariamente.

Outro requisito essencial ao ato administrativo é a finalidade. O objetivo sempre será o interesse público. Assim, a finalidade é elemento vinculado, uma vez que não se admite ato administrativo sem finalidade pública. Os atos administrativos que não objetivam o interesse público são nulos. A finalidade do ato está sempre indicada na lei, não cabendo ao administrador a sua escolha. Caso o administrador altere a finalidade expressa na norma legal, estar-se-ia diante do desvio de poder.

O revestimento exteriorizador do ato administrativo é a forma. Trata-se de outro elemento vinculado, ou seja, está indicado na lei. Se os atos jurídicos entre particulares podem ser aperfeiçoados com a liberdade da forma, isto é exceção quando se trata de ato administrativo. A forma normal dos atos administrativos é a escrita, embora possam ser realizados através de ordens verbais e até através de sinais convencionais. Sendo que estes últimos, só serão admitidos apenas em caso de urgência. Do mesmo modo que a sua realização é formal, a modificação ou revogação do ato administrativo também o é. A inobservância da forma é motivo para a invalidade do ato.

O que permite a autoridade à realização do ato administrativo é o motivo. Podendo ser vinculado, quando expresso em lei, ou discricionário, quando depender do critério do administrador. O ato discricionário, quando motivado, fica vinculado ao motivo que lhe serviu de suporte, com o qual caso seja verificado ser o mesmo falso ou inexistente, deixará de subsistir.

O objeto é fim imediato do ato. É efetivamente o desejo que tem a Administração Pública em realizar um ato administrativo. Como qualquer ato jurídico, ela almeja firmar relações jurídicas. É a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas e atividades sujeitas à ação do Poder Público. É o conteúdo do ato.

Os atos administrativos, como emanção do Poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação. A presunção de legitimidade, à imperatividade e à auto-executoriedade.

Todo ato administrativo tem presunção de legitimidade. Uma vez existente, o ato administrativo será válido, ou seja, ficará revestido de uma presunção de que todos os elementos satisfazem integralmente os requisitos e condicionantes postos pelo ordenamento jurídico.

Da validade do ato decorre a presunção de validade, analiticamente expressada por uma quádrupla presunção: de veracidade, de legalidade, de legitimidade e de licitude. Como é sabido, a presunção de legalidade e legitimidade diz respeito à conformidade do ato administrativo com a lei. Como consequência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos de acordo com a lei.

A imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância. Também conhecido como poder extroverso da Administração. É o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Manifesta-se, em geral, nos atos que refletem o poder de polícia.

Por fim, a auto-executoriedade é o atributo pelo qual o ato administrativo consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, sem prévia autorização do Poder Judiciário.

1.3 Poder-Dever do Administrador

Os agentes públicos, pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal, a exercita através de atos administrativos mediante o uso de certas prerrogativas para que aqueles, em nome do Estado, persigam a consecução dos fins públicos. Como essas prerrogativas são outorgadas por lei, exigem a observância dos princípios administrativos. A lei ao mesmo tempo em que assegura poderes ao administrador para o bom exercício administrativo, lhe impõe deveres específicos e peculiares, gerando assim um poder-dever ao administrador público de não deixar de exercê-lo, dado o

compromisso que assumiu se dispondo a figura de administrador, bem como a existência de um interesse coletivo a proteger.

O poder administrativo, por ser conferido à Administração para atingir o fim público, representa um dever agir, se o detém está sempre na obrigação de exercitá-lo, é irrenunciável pelo seu titular. Tendo em vista o princípio da Legalidade, a Administração tem a obrigação de atuar de acordo com o que a lei determina, em contrapartida para o particular, lhe é assegurado poder agir facultativo, sendo permitido fazer tudo, observando o que for defeso por lei ou em lei.

Hely Lopes (2008, p. 107) expõe que: "Se para o particular o poder é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da coletividade".

Diante a obrigatoriedade de atuação do administrador em fazer, não significa que desempenhe sua função sem qualidade, com insuficiência de desempenho, de forma imperfeita, sem continuidade, sem presteza. Conforme o Princípio da Eficiência elucidado no artigo 37, *caput*, CF/88, obriga ao administrador o dever de boa administração, manifestando preocupação também com a produtividade do servidor, bem como com o aperfeiçoamento de toda a máquina administrativa, sendo todos submetidos a controles e a criação de institutos, os quais permitam melhor desempenho dos órgãos, entidades e agentes que compõe todo o corpo de uma administração.

No desempenho de suas atividades, o administrador sempre deve atuar em consonância com o princípio da moralidade, sendo honesto, pródigo e leal. Deve agir com impessoalidade não administrando para uns e sim para a coletividade, fim único almejado pela administração. É decorrência inafastável da função do administrador, como gestor de bens e interesses da coletividade, prestar conta, assim como a qualquer agente que atue em nome do interesse público, responsável por bens e valores públicos.

De acordo com as palavras de Hely Lopes (2008, p. 111): "A regra é universal: quem gere dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade deve prestar contas ao órgão competente para fiscalização".

Neste íterim o desempenho de um mandato deve ser de zelo e conservação dos bens e interesses da sociedade, assumindo assim, o caráter de um *munus* público, isto é, de um encargo para com o meio social, decorrente mais uma vez da sua condição única de ser administrador público.

1.4 Abuso de Poder

Os poderes, como já foi visto, são prerrogativas conferidas ao administrador público para a consecução dos fins públicos, ou seja, o agente público é investido desses poderes para o desempenho de suas atribuições, visando, sempre, à satisfação dos interesses coletivos. Poderes não são regalias ou privilégios do administrador público, mas sim atributos daquele que exerce função pública para que possa bem desempenhá-la.

O poder é confiado ao administrador público, mas deve ser usado nos justos limites onde o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional deste, bem como, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado constituem formas abusivas da utilização do poder estatal não toleradas pelo direito e nulificadoras dos atos que as encerram. O uso do poder é lícito, o abuso, sempre ilícito. Todo ato abusivo é nulo, por excesso ou por desvio de poder. O uso desses poderes segundo os termos e limites da lei, a moral administrativa, a finalidade e as exigências públicas constituirão atuação normal e legítima do administrador público.

O abuso tanto pode resultar de uma ação positiva do administrador, como uma omissão ilegal. O professor Hely Lopes Meirelles (2008, p. 112) ensina que: "O abuso do poder ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou desvia das finalidades administrativas."

O gênero abuso de poder ou abuso de autoridade pode decorrer daquelas duas causas caracterizando as espécies de excesso de poder e de desvio de finalidade.

O excesso de poder ocorre quando o agente age fora dos limites de sua competência administrativa, invadindo a competência de outros agentes ou praticando atividades não conferidas pela lei. Ou seja, a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do que lhe permitiu a lei, exorbitando no uso de sua competência, cuja violação torna o ato administrativo arbitrário, ilícito e nulo.

O desvio de poder ou desvio de finalidade ocorre quando o administrador pratica o ato buscando alcançar fim diverso daquele que lhe foi determinado pela lei.

No desvio de poder, embora o administrador atue nos limites de sua competência, ele pratica o ato por motivos ou com fins diversos daqueles estabelecidos na lei e exigidos pelo interesse público. Diversamente do excesso de poder, decorrente da violação de competência, o desvio de poder decorre de ofensa ao requisito finalidade, o qual é sempre vinculado e é idêntico para todo e qualquer ato administrativo sendo este fim almejado do interesse público.

O ato administrativo (vinculado ou discricionário) há de ser praticado com observância formal e ideológica da lei. Exato na forma e inexato no conteúdo, nos motivos ou nos fins será sempre inválido. O discricionarismo da administração não vai ao ponto de encobrir arbitrariedades, caprichos, má-fé ou imoralidade administrativa. A administração deve agir, sempre, com boa-fé, bem como, dentro da legalidade.

1.5 Discricionabilidade e Vinculação

Para o desempenho de suas funções no organismo Estatal, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe asseguram posição de supremacia sobre o particular e sem os quais não conseguiria atingir os seus fins. Esses poderes, no Estado de Direito, cujo postulado básico se encontra o princípio da legalidade, são limitados pela lei, de forma a impedir os abusos e as arbitrariedades a que as autoridades poderiam ser levadas.

Todo ato que o administrador exerce é regrado pelo sistema jurídico vigente, não podendo ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade. Porém, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada, neste caso, afirma-se que o poder da Administração é vinculado, uma vez que a lei não deixou opções, haja vista, estabelecer que diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Entretanto, nem todos os aspectos da atuação administrativa são atingidos pelo regramento total, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão, diante do caso

concreto, de modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito.

O poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porquanto não definidas pelo legislador, contudo, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, visto que, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. A discricionariedade é a liberdade de atuação nos limites traçados pela lei, se a Administração ultrapassa esses limites, a decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contraria a lei.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1993, p. 383) apresenta o seguinte conceito para o ato vinculado:

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

O poder discricionário, em contraposição ao poder vinculado, é aquele deferido para a prática de atos administrativos, com certo grau de liberdade de escolha em sua conveniência e oportunidade.

Celso Antonio Bandeira de Mello (1993, p. 383) entende que:

(...) a administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

A diferença essencial entre atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários residem, portanto, no grau de liberdade a que a lei confere a Administração Pública. Tense de concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo pretendido como imprescindível e reputado capaz de assegurar, em todos os casos, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma. Daí a outorga da discricionariedade para que o administrador – que é quem se defronta

com os casos concretos - pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.

CAPÍTULO 2 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública no exercício das suas funções, sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativos e Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os seus próprios atos.

Meirelles (2008, p. 677) 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.

Por controle, devem ser entendidos os atos de fiscalização e correção e além das medidas repressivas que possam levar à extinção ou sanatória dos atos praticados pela Administração Pública, incluindo os da Administração Indireta. A atuação administrativa do Estado não está restrita ao campo de atuação do Poder Executivo. A autonomia assegurada a todos os poderes permitiu que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo praticassem atos de administração, de organização, orçamentario que, por sua natureza, são tratados no Direito Administrativo e tendo esses poderes desempenhado a função administrativa, suportam as modalidades de controle, incidentes sobre essa forma de atuação do Estado.

A finalidade do controle é a de assegurar que a administração atue em consonância com os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade, publicidade, motivação e impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrangendo também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

O administrado participa do controle administrativo, na medida em que provoca o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo, embora saiba que o controle é atribuição estatal, a Constituição outorgou ao particular determinados

instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. A Emenda Constitucional nº 19/98 inseriu o § 3º no artigo 37 prevendo a lei que discipline as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, assegurados a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observando o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Ainda neste íterim, uma instituição importante no desempenho do controle da Administração Pública é o Ministério Público, em decorrência das funções que lhes foram atribuídas pelo artigo 129, da Constituição. O controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função, precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu. Ele abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e, em certa medida, dos inconvenientes ou inoportunos.

Existem várias modalidades de controle que, para efeito de estudo, serão divididas em razão do órgão de origem. Dessa forma tem-se, assim, o controle administrativo, o parlamentar e o judicial. A origem do controle vai definir a sua amplitude, os aspectos sujeitos à sua apreciação e o fundamento constitucional e legal.

2.1 Conceito e Espécies

Controle é a expressão de dever-poder de vigilância, orientação e correção, abarcando as hipóteses de controle-fiscalização e controle-orientação que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta institucional (funcional) de outro.

Controle na definição de Meirelles (2008, p. 677) “ é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”.

Di Pietro (2006, p. 690), 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 como os princípios que lhes são impostos pelo ordenamento jurídico.

Em relação às espécies de controle, existem diversas classificações, elaboradas sob os seguintes critérios quanto ao órgão que exerce o controle, quanto ao momento em que se exerce o controle e quanto a pertinência do órgão controlador em relação à estrutura do órgão controlado.

Quanto ao órgão que exerce, o controle pode ser administrativo, legislativo ou judicial. O controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sob suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades de serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo quê é um controle de legalidade e de mérito; o controle legislativo ou parlamentar é o 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, mais objetivando os superiores interesses do Estado e da comunidade; por fim o controle judicial é o exercício privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa; sendo estes estudados com maior detalhe em tópicos posteriores.

Quanto ao momento em que se efetua, pode ser prévio, concomitante ou posterior. O prévio é aquele realizado antes da edição do ato administrativo; como exemplo, cito a autorização prévia do Congresso Nacional ou uma de suas Casas Legislativas para a prática de determinados atos do Poder Executivo – artigos 49, II, III, XV e XVI e XVII, e 52, III, IV e V, ambos da CF/88. O concomitante é aquele

realizado no momento em que o ato administrativo esta sendo praticado, como ocorre, por exemplo, na fiscalização realizada sobre a execução de obra pública por meio de mediações periódicas dos serviços realizados. O posterior é aquele que busca reavaliar os atos já praticados, podendo, se for o caso, convalidá-los, revogá-los ou anulá-los.

Quanto ao órgão responsável pela realização do controle sobre os atos administrativos, que pode ou não integrar a própria estrutura, o controle pode ser interno e externo. Será interno o controle que cada um dos Poderes exerce sobre seus próprios atos e agentes. Externo o controle exercido por um dos Poderes sobre o outro; como também o controle da Administração Direta sobre a Indireta.

A Constituição Federal, em capítulo concernente à fiscalização contábil, financeira e orçamentária, prevê o controle externo, a cargo do Congresso Nacional, com o auxílio do Tribunal de Contas (art. 71) e o controle interno que cada Poder exercerá sobre os seus próprios atos (arts. 70 e 74). O controle interno é todo aquele realizado pela entidade ou órgão responsável pela atividade controlada, no âmbito da própria Administração. Logo qualquer controle efetivado pelo Executivo sobre seus serviços ou agentes é considerado interno, como interno será também o controle do Legislativo ou do Judiciário, pelos seus órgãos de administração, sobre seu pessoal e os atos administrativos que praticam. Feito normalmente pelo sistema de auditoria, que acompanha a execução do orçamento, verifica a legalidade na aplicação do dinheiro público e auxilia o Tribunal de Contas no exercício de sua missão institucional.

O controle ainda pode ser de mérito ou de legalidade, este é o que objetiva verificar unicamente a conformação do ato ou do procedimento administrativo com as normas legais que o regem, enquanto aquele visa a comprovação da eficiência, de resultado, da conveniência ou oportunidade do ato controlado. Daí por que esse controle compete normalmente à Administração, e em caso excepcionais, expressos na Constituição, ao Legislativo (art. 49, IX e X, da CF), mas nunca ao Judiciário.

2.2 Controle Administrativo

O controle administrativo decorre do poder de autotutela que permite à Administração Pública rever seus atos quando ilegais (anulação) ou inconvenientes, inúteis ou inoportunos (revogação), conforme prevêm as Súmulas 346 e 473, a seguir transcritos:

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

Sumula 473. A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles na 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.

Para Di Pietro o controle administrativo vem a ser (2006, p. 695 e 696): "... o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e de mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação."

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

O controle Administrativo, também chamado de auto-controle, 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 integra a mesma organização.

Controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito. Sob esses dois aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo a sua finalidade plena que é a satisfação das necessidades coletivas e

atendimento dos direitos individuais dos administrados. Daí porque o Supremo Tribunal Federal já sumulou que: "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 ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial" (STF, Súmula 473).

O controle administrativo deriva do poder-dever de autotutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes. Esse controle é normalmente exercido pelos órgãos superiores sobre os inferiores (controle hierárquico próprio das chefias e corregedorias), com auxílio de órgãos incumbidos do julgamento de recursos (controle hierárquico impróprio) ou ainda de órgãos especializados em determinadas verificações (controle técnico de auditorias, etc.), mas integrantes da mesma Administração, pelo que se caracteriza com controle interno, pois que o externo é sempre atribuída a órgão estranho ao Executivo.

Através do controle administrativo, a Administração pode anular, revogar ou alterar seus próprios atos, e punir os seus agentes com as penalidades estatutárias. A administração só anula o ato ilegal e revoga ou altera o ato legal mais ineficiente, inoportuno ou inconveniente, se ainda passível de supressão ou modificação.

O controle administrativo enfrenta questões relacionadas à legalidade dos atos da administração e do mérito.

O controle da legalidade verifica a compatibilidade da atuação da Administração Pública com a lei. A legalidade é o princípio que vincula toda a atividade administrativa do Estado. Logo, serão válidos os atos praticados com embasamento legal. Não se aplica à Administração Pública a regra do Direito Privado, pela qual os particulares podem praticar de forma livre os atos e contratos, desde que respeitados os limites previstos em lei.

Controle de Legalidade não vai acarretar, necessariamente, a extinção do ato ou contrato celebrado pela Administração. Controlar, inicialmente significa, fiscalizar e determinar as correções, preservando, sempre que possível, os atos já praticados. Esse controle tanto pode ser exercido pela Administração quanto pelo Legislativo ou pelo Judiciário, com a única diferença de que o Executivo o exercita-o de ofício ou mediante provocação recursal, ao passo que o Legislativo só o efetiva nos casos expressos na Constituição e o Judiciário através de ação adequada.

A Administração Pública deve promover a extinção de seus atos e contratos, quando o vício de legalidade for insanável. A invalidação será motivada pelo reconhecimento de que o ato foi praticado sem observância a todos os elementos essenciais.

No controle de legalidade, exercido pela Administração Pública, é lícita a atuação de ofício ou provocada. Com isso, a administração pode promover a revisão de seus atos considerados ilegais, independentemente de provocação. Nada impede, no entanto, a provocação feita por pessoa que se sinta prejudicada.

Quanto ao mérito, a Administração pode reavaliar critérios de conveniência e oportunidade, modificando os seus atos e contratos ou promovendo a sua extinção de forma unilateral, através da revogação e da rescisão. O controle de mérito vai incidir sobre atos e contratos válidos, mas que recomendam uma nova avaliação dos critérios de conveniência e oportunidade que justificaram a sua prática.

O exercício deste controle somente pode ser exercido sobre a atividade discricionária, pois é a única que comporta avaliações desta natureza; visto que, a atividade vinculada a lei indica o único caminho a ser seguido pelo administrador, inexistindo margem de liberdade para escolhas com base em critérios de conveniência e oportunidade.

O exercício da discricionariedade administrativa encontra limites na lei e, uma vez ultrapassado tal limite, o Poder Judiciário, quando provocado, pode controlar estes atos.

Neste interim, o controle de mérito feito pela própria Administração acarreta a extinção do ato administrativo pela revogação, e do contrato administrativo, pela rescisão.

2.3 Controle Legislativo

O controle legislativo materializa-se por meio dos controles político (que, ultrapassa a órbita da mera legalidade do ato alcançando seu mérito) e financeiro (compreendendo a fiscalização contábil, financeira e orçamentária a cargo do Poder

Legislativo federal, estadual e municipal), com o auxílio dos Tribunais de Contas da União, Estados e, onde houver, Municipais, respectivamente.

Na completa lição de Meirelles (2008, p. 709) 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 que caracteriza-se como um controle eminentemente político, indiferente aos direitos individuais dos administrados, mais objetivando os superiores interesses do Estado e da comunidade.

A Constituição quando tratou da separação de funções, dispôs que estas não se confundem nem se subordinam, mas se harmonizam, cada qual realizando sua atribuição precípua, além de outras restritamente desempenhando através de outorga constitucional, para fins de cooperação institucional.

Ainda nessa dinâmica, coube ao Executivo a realização de atividades administrativas, porém em algumas delas dependem da cooperação do Legislativo dada a relevância e extensão de repercussões políticas. Para o equilíbrio entre os Poderes é imposto o controle dos atos de um pelo outro, como ocorre na aprovação do orçamento e na fiscalização de sua execução como, também, na apreciação prévia ou subsequente de certas proposições administrativas de maior interesse nacional.

O controle que o Poder Legislativo exerce sobre a Administração Pública limita-se às hipóteses previstas na Constituição Federal, uma vez que implica interferência de um Poder nas atribuições dos outros dois; alcançando os órgãos do Poder Executivo, as entidades da Administração Indireta e o próprio Poder Judiciário, quando executa função administrativa. Di Pietro (2006, p. 703), por sua vez, assevera existirem dois tipos de controle legislativo: o político e o financeiro.

O controle político se dá pelo exame das decisões administrativas não só quanto a seus aspectos de legalidade, mas também de legitimidade, conveniência e oportunidade. O artigo 49, X, da Constituição atribui ao Congresso Nacional a competência para controlar os atos das Administrações Direta e Indireta do Poder Executivo. O Poder Legislativo é levado a manifestar-se sobre a atuação da Administração Pública. O artigo 49 enumera em seus incisos algumas situações que configuram o controle externo parlamentar; no mesmo sentido, os artigos 51 e 52

disciplinam a atuação, respectivamente, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, onde em seus incisos, configura a modalidade de atuação controladora.

Neste aspecto, o papel do Senado Federal é relevante, competindo-lhe, entre outras funções, aprovar as futuras nomeações feitas pelo Presidente da República para uma série de cargos importantes e autorizar operações de crédito envolvendo os entes estatais. Do mais, o artigo 50 da Constituição permite ao Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas ou comissões, convocar Ministros de Estado e outras autoridades do Poder Executivo para prestar esclarecimentos sobre determinadas situações.

Quanto ao controle financeiro, a Constituição em seu artigo 70 atribuiu ao Legislativo à fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial da Administração Pública. Para o desempenho desta modalidade de controle externo, as Casas Legislativas serão auxiliadas por Tribunais de Contas. Estes por sua vez, destacam-se na Constituição nos artigos 70 e 75, onde são previstas as suas atribuições, direitos de seus integrantes e forma de investidura. Trata-se de órgão independente, e estará presente em cada Estado-Membro para exercer o controle e a fiscalização das contas do Estado e dos Municípios de seus respectivos territórios. Com relação aos Municípios, o artigo 31 da Constituição prevê o controle externo da Câmara Municipal, com o auxílio do Tribunal de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas, onde houver.

Considera-se, assim, como controle parlamentar, aquele exercido por órgãos do Poder Legislativo, incidindo sobre a atividade administrativa desenvolvida por outro poder. Porquanto a este a Constituição atribuiu a função de controle e fiscalização sobre toda atividade que envolver a aplicação de recursos públicos.

2.4 Controle Judicial

A constituição Federal por ter adotado o sistema constitucional da jurisdição uma, a Administração Pública fica sujeita ao Controle Judicial da legalidade/moralidade dos seus atos. Ao Poder Judiciário cabe o dever-poder de correção da atividade administrativa, competindo-lhe sempre a última palavra sobre a conformidade ou não dessa atividade com a lei. A jurisdição do Poder Judiciário é

ampla, observando a leitura do artigo 5º, XXXV, da Constituição da República, que proíbe excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (princípio da inafastabilidade da jurisdição), permite assim o exame dos atos de qualquer natureza proferida pela administração.

O Poder Judiciário exerce o controle da legalidade e da constitucionalidade dos atos praticados pelos demais poderes. É atribuição do aludido poder a função de decidir conflitos de interesse, definindo como a lei será aplicada em um determinado caso concreto, devendo o Poder Judiciário como solucionador dos conflitos e detentor da atividade jurisdicional velar pela correta aplicação da lei, sobretudo no âmbito da Administração Pública.

Conforme discorre Meirelles (2008, p. 679):

O controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É sobretudo um meio de preservação de direitos individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários.

O Brasil adotou este sistema conforme se deprende da interpretação do artigo 5º inciso XXXV, da Constituição Federal *in verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

Acerca do referido sistema, ensina Di Pietro (2006, p. 710):

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 (2008).

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 dirinencia 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 de jurisdição uma, 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 (2008), 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, o *interna corporis*, e os legislativos.

Segundo Meirelles (2008, p. 719):

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 pré-estabelecidos.

Devido o caráter discricionário destes atos, tem-se entendido que são insuscetíveis de controle jurisdicional, salvo quando causarem lesão a direitos

individuais e coletivos. No que tange aos *interna corporis*, leciona Di Pietro (2006, p. 713):

Quanto aos *atos interna corporis* (regimento 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 ao 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 (2008).

A Administração Pública, quando ingressa em juízo por qualquer de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação de Fazenda Pública e em virtude do regime jurídico administrativo, goza de determinados privilégios processuais não reconhecidos aos particulares de molde a estabelecer o equilíbrio na relação processual; sendo estes privilégios os seguintes: a) juízo privativo (vara da Fazenda Pública, onde houver); b) prazos dilatados – em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer (art. 188 do CPC); c) duplo grau de jurisdição obrigatório – ou reexame necessário (art. 475, II e III, do CPC); d) processo especial da execução contra a Fazenda Pública – regime de precatórios (art. 100 da CF/88); e) prescrição quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32); f) pagamento de despesas judiciais somente no final do processo, caso seja vencido (art. 27 do CPC); g) restrições à concessão de liminares e de tutela antecipada (Lei 8.137/92).

Para se fazer o controle dos atos administrativos utiliza-se de meios processuais comuns ou ordinários e especiais previstos em lei.

Os meios processuais comuns são as ações reguladas pelo CPC e que se prestam para dirimir quaisquer divergências ou litígios, com ampla dilação probatória. Os meios especiais são, dentre outros, o mandado de segurança (individual e coletivo), o mandado de injunção, o habeas data, o habeas corpus, a ação popular e a ação civil pública; cabendo ainda destacar que existem outros

meios especiais de controle, em apartada síntese: a) ação cominatória (art. 287, 644 e 645 do CPC); b) ação declaratória (art. 4º do CPC); c) ações possessórias (art. 920 e segs. Do CPC); d) ação de nunciação de obra nova (art. 934 do CPC). Entretanto não cabe aqui, analisar minuciosamente tais ações, uma vez que estar-se-ia furtando à discussão mais relevante deste trabalho que concerne à possibilidade de controle dos atos discricionários, bem como, em caso afirmativo, quais os limites de tal controle.

Portanto, de posse dos conhecimentos gerais acerca do controle da Administração Pública, bem como da generalidade do Poder e dos atos administrativos, nos reportaremos a discussão do controle dos atos administrativos discricionários em face ao Poder Judiciário.

CAPITULO 3 CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Vê-se que os atos administrativos possuem presunção de legitimidade e que a eventual invalidade do ato só poderá ser afastada mediante a comprovação do vício perante a autoridade competente. Esse controle de legitimidade e legalidade do ato pode ser exercido pela Administração, pelo Legislativo ou pelo Judiciário, sendo que este último é o que mais nos interessa no presente caso. Abrange a fiscalização e a correção dos atos ilegais e em determinadas circunstâncias o controle de mérito praticado pelos órgãos do Executivo e dos demais poderes que exercem funções administrativas.

3.1 Posicionamentos doutrinários acerca do tema

Traçadas essas premissas, passa-se, especificamente, ao enfrentamento das correntes doutrinárias quanto à possibilidade ou não de intervenção judicial para a efetivação dos direitos sociais.

Há um posicionamento da doutrina que nega a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário no controle de implementação dos direitos sociais e outra que defende a intervenção judicial na realização de direitos sociais de forma ampla e incontroversa, que se passa a estudar.

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 interpretação perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto, ainda que outro também pudesse

ser, desassistirá ao Judiciário assumir esta outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de intelecções, igualmente possíveis. Se a intelecção administrativa não contrariava o direito, faleceria título jurídico ao órgão controlador 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 de conveniência e de 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.

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.

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

É preciso, no entanto, não esquecer que há uma área de atuação exclusiva de cada poder, cujo os 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 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 de mérito do ato discricionário e a valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados de pro gnose.

No que diz respeito ao controle judicial na formulação dessas políticas públicas, Appio (2005, p. 151) é enfático em afirmar que “as conseqüências da adoção de um modelo ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação das políticas econômicas pelo Poder Judiciário, além de inconstitucional, traria conseqüências políticas importantes”.

O fundamento desse posicionamento é que a autorização desse controle na formulação das políticas públicas implicaria em substituição da discricionariedade do administrador pela do juiz (APPIO, 2005, p. 151). Portanto, na visão do autor haveria usurpação de competência do Judiciário, o que, segundo ele (2005, p. 151), é inadmissível, sob pena de se admitir “[...] a intervenção dos Poderes Legislativos e Executivos na atividade judicial”.

Além disso, a inconstitucionalidade estaria alicerçada, na ofensa à democracia representativa. Nesses termos, prega Appio (2005, p. 157) a seguinte ponderação: “muito embora o Poder Judiciário possa proceder a um exame acerca da constitucionalidade destas leis, sempre que demandado, a formulação da política pública compete ao Poder Legislativo”.

O doutrinador (2005, p. 157) “sustenta que essa formulação de políticas, por seu caráter político, é uma atribuição única e exclusiva de governos eleitos, porque decorreriam do sistema representativo”. Mas, o Judiciário não deixa de ser representativo pelo simples fato de não ser eleito.

O grau de sucesso de uma política pública depende, portanto, da combinação dos modelos representativo e participativo de democracia, os quais devem funcionar de modo complementar, garantindo a legitimidade das decisões governamentais através de mecanismos que aproximem governantes e governados em torno do núcleo da Constituição. Isso porque, como bem salienta Tavares (2005, p. 505), o que deve prevalecer é a soberania popular, mas esclarece: “contudo, nada impede que um órgão não investido a partir de eleições diretas seja capaz de assegurar as decisões materiais da sociedade”; e o Poder Judiciário é legítimo na medida em que representa a democracia indireta, haja vista a sua atuação ser autorizada pela Constituição, que, por sua vez, representa a democracia direta (TAVARES, 2005, p. 504).

Na mesma linha de pensamento, mas defendendo uma posição mais radicalmente contrária a intervenção judicial em políticas públicas realizadoras de direitos sociais, é o entendimento de Barroso (2004, p. 232). O autor (2004, p. 232) afirma:

É preciso ter em linha de conta que, em um Estado Democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso dos juizes e tribunais [...] a última palavra poderá ser sempre do Legislativo [...] que [...] poderá

ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar.

Deve-se refutar esse entendimento, na medida em que o Legislativo não pode ser tido como um super-poder, apto a realizar desmandos e arbitrariedades. A atuação do Judiciário é justamente fiscalizar os demais poderes para coibir esse tipo de conduta e promover o bem estar social. O que se deve ter em mente é que o ato discricionário tem uma vinculação mínima à judicialidade, ou seja, vinculação à lei, à Constituição e, mais, ao ordenamento jurídico.

Defendendo a intervenção judicial na realização de direitos sociais de forma ampla e incontroversa, na esteira do pensamento desenvolvido nessa pesquisa, apresentam-se os autores que se passa a estudar.

Comparato (1997, p. 355), em obra coordenada por Mello, defende que “a irrecusabilidade do juízo de constitucionalidade de políticas governamentais”, afastando, de plano, a idéia de que o princípio da clássica separação de funções seja um entrave no exercício da competência fiscalizadora do Judiciário.

Ensina Ferreira (1997, p. 584) se referindo ao Judiciário: “é que ele, afinal, dá a última palavra quanto a se saber se aquela área, que está sendo questionada judicialmente, é uma área que deve ficar reservada ao administrador, ou se é um aspecto que ele deva, também apreciar”.

Outro autor que segue essa linha de pensamento é Coelho (2002, p. 6) ao entender que os Poderes Públicos devem respeito aos vetores axiológicos constitucionalmente consagrados. Assim, Legislativo e Executivo devem respeito aos preceitos e princípios traçados pela Constituição; quando houver transgressão cabe a intervenção do Judiciário. Nesse sentido, esclarece:

[...] ousaria dizer que, quando os Poderes Legislativo e Executivo falharem e se acovardarem no implemento desses vetores, o Poder Judiciário deve ter a coragem de fazer concretizar, nas hipóteses submetidas a seu exame, as normas constitucionais, independentemente de prévia atividade legislativa ou administrativa.

Todo e qualquer ato praticado pelo Governo – seja político ou não – sujeita-se à Constituição; subordina-se aos requisitos formais e materiais nela postos. Em conseqüência, como cabe ao Poder Judiciário velar pela constitucionalidade das

ações estatais, nenhuma questão, mesmo política pode ser subtraída de sua apreciação. Essa postura é de suma importância para que o Brasil alcance o Estado Democrático de Direito e demonstre à população o respeito pelos direitos fundamentais, em especial, os direitos sociais, tão flagrantemente desrespeitados cotidianamente.

Frise-se que, em nenhum momento pretende-se colocar o Judiciário acima dos demais poderes. Ao contrário, em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição; contudo, quando tal tarefa não foi cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico. Nota-se que a função do juiz é nitidamente a de promovedor da efetividade da Constituição, quando provocado e verificando a imprescindibilidade de sua atuação para o alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil.

Há ainda, o posicionamento, no mesmo sentido, de Streck (2002, p. 128), segundo o qual deve-se redimensionar a clássica tripartição de funções do Estado e observar que, nesse cenário, o Judiciário assume um novo papel, na tentativa de resgatar as promessas da modernidade descumpridas. Ou seja [...] onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correção de prestações dos serviços sociais básicos. Trata-se do Poder Judiciário atuando na defesa dos direitos sociais essenciais à preservação da qualidade mínima da vida humana. Assim, o Judiciário pode analisar todos os elementos do ato administrativo. Efetivando uma releitura do Estado Democrático de Direito.

3.2 Discricionariedade e Finalidade da Norma como Baliza da Discrição

Discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por

força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. Paulo Magalhães esboça:

(...) discricionário é a pratica de atos administrativos pela Administração Pública, com certo grau de liberdade de escolha, em sua conveniência e oportunidade. (...) é conferido à Administração Pública para que, diante do caso concreto, visando a satisfação do interesse público, consagre a melhor solução, vale dizer, aquela que melhor realize aquele interesse.

A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade configura-se mediante duas possibilidades, conforme Antonio Cecílio Moreira (2002, p. 49) dispõe:

A norma traz em seu bojo conceitos vagos, imprecisos ("interesse publico", "notória especialização"); que permite à administração uma alternativa de conduta. O ato discricionário sempre se desenvolve dentro de uma margem de liberdade conferida pela lei.

Ao lume do conjunto de circunstâncias de casos concretos, o campo da liberdade abstratamente suposto pela regra de Direito sofreu um complementar balizamento, de maneira a converter o que era liberdade, em necessidade.

A boa inteligência da regra de Direito impõe reconhecer que o campo de liberdade administrativa, decorrente das normas que prefiguram discricção é muito mais augusto do que habitualmente se admite, seja porque a situação concreta é que lhe dará sua verdadeira dimensão, reduzindo-o muito, seja porque a Administração Pública está sujeita ao "dever de boa administração", e mais que um dever moral ou de ciência da administração, é um dever jurídico, porque quando não há a boa administração, não há satisfação da finalidade legal e quando não há satisfação da finalidade legal não há satisfação real da regra do Direito, mas violação dela, pois uma regra de Direito depende inteiramente da finalidade, por ser ela que lhe ilumina a compreensão.

O fato da finalidade estar muitas vezes implícita ou de ser nomeada mediante conceito fluidos não é impeditivo a que cumpra esta função de norte orientador do interprete, pois, como disse Ihering “ o fim é o criador de todo o Direito, não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um propósito, isto é, a um motivo prático”. Com clareza é a finalidade e só a finalidade o que dá significação às realizações humanas. Não compreendidas suas finalidades, não haverá compreensão alguma do Direito ou de uma dada lei.

3.3 Discricionariedade no Comando da Norma

A norma jurídica 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 dessarte qualificada como ideal para atender ao interesse que se propôs a tutelar; por isso o fez em termos de vinculação total. Quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade ela não abre mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade. A discricionariedade é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo; permite ao administrador a pratica da conduta mais satisfatória, dentre tantas possíveis, não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.

A lei não é um ato meramente aleatório, só pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricionariedade, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição; a finalidade que o animou. A lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivela para o atendimento do interesse público. O comando da norma sempre propõe isto; e se o comando da norma sempre propõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportamentos pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.

Quando a lei regula vinculadamente a conduta administrativa, está com isto declarando saber qual o comportamento único que, a seu juízo, atenderá com exatidão, nos casos concretos, ao interesse público por ela almejado. Daí que pré-selecionou o ato a ser praticado e o fez obrigatório, excluindo qualquer interesse do administrador na apreciação dos fatos deflagradores da aplicação da norma e qualquer avaliação quanto à providência mais adequada para atender a finalidade legal.

Necessário se faz saber que 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 de direito. Alias, freqüentemente não conduz. Entretanto, nas hipóteses em que este exercício provocar uma lesão potencial ou atual a direito, 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.

No comum dos casos da discricionariedade, poderia ser perfeitamente possível redigir a lei em termos vinculados; no entanto tem-se de concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga da discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo pretendido como imprescindível e reputado capaz de assegurar, em todos os casos, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma. Daí a outorga da discricionariedade para que o administrador – que é quem se defronta com os casos concretos – pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal.

Se o legislador sempre estabelecesse a vinculação, e não desse espaço a discricção; dada a multiplicidade e a variedade das situações fáticas possíveis, quando a regra do Direito tipificasse uma delas em termos objetivos, teria manietado o administrador, ao prefigurar como obrigatória, perante aquela situação tipificada em termos incontroversos, uma dada e única providência que, eventualmente, seria inconveniente para os próprios interesses públicos que a norma pretendeu satisfazer.

A ausência total de discricção no comando da norma poderia quiçá, em alguns casos na sua aplicação a situações fáticas satisfazer plenamente a finalidade da lei, mas, em varias outras seria desatendida. A norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstancias concretas, que, ante o carácter polifacético dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstancias, possa dar verdadeira satisfação á finalidade legal.

Então, a discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido regida vinculadamente.

3.4 Discricção na Norma e Discricção no Caso Concreto

A lei ao comportar a possibilidade de soluções diferentes, pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra solução para outra espécie de casos, de modo a que sempre seja adotado a decisão pertinente, adequada à fisionomia própria de cada situação, tendo em vista atender a finalidade que inspirou a regra de direito aplicanda.

A existência de uma outorgadora de discricção evidentemente não significa que esta considere que todas estas soluções são iguais e indiferentemente adequadas para todos os casos de sua aplicação. Significa, pelo contrario, que a lei consta que algumas delas são adequadas para alguns e outras são adequadas para outros casos.

A norma só quer a solução excelente, se não for esta a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que enseja correção jurisdiccional, dado que terá havido vicio de legitimidade.

Em despeito da discricção presumida na regra de direito, pelo administrador ao praticar ato discrepante do único cabível, ou se tiver eleito algum seguramente impróprio ante o confronto com a finalidade da norma faz com que o Judiciário

preste a adequada revisão jurisdicional; portanto, em rigor, a Administração terá desbordado da esfera discricionária, já que esta, no plano das relações jurídicas, só existe no caso concreto. Na regra do direito ela está prevista como uma possibilidade – não como uma certeza. A “admissão” de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente para que ocorra in concreto. Sua previsão na “estática” do Direito, não lhe assegura presença na “dinâmica” do Direito.

Em suma, apesar da discricção outorgada pela norma, em face de seus termos e da finalidade que o anima, dada situação ocorrida não comporta senão uma determinada providência, ou então que, mesmo comportando mais de uma, certamente só caberá a aplicação de uma delas no caso concreto.

3.5 Controle de Constitucionalidade dos atos Administrativos Discricionários

O controle dos atos administrativos, especialmente pelo Poder Judiciário. Há de se operar quanto à competência em sentido amplo, verificando se a existência ou não da usurpação dos poderes da autoridade. Cumpre examinar, outrossim, a forma, de regra associada aos requisitos exteriores da sua prática (sem excesso de formalismo, em face do princípio da legalidade); verificar se houve ou não desvio de finalidade, a qual terá que ser pública. O objetivo (conteúdo) do ato deve ser lícito, possível e determinado. Os fundamentos de fato e de direito devem ser explicitados, e no caso de motivação insuficiente, tem-se o caso de ato anulável ou condenado a extinção plena.

Entendendo que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, Meirelles (2008, p. 730) discorre:

Certo é que o Judiciário não poderá substituir a 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*.

A par disso, a vedada inquirição quanto à oportunidade e à conveniência não se deve confundir como inafastável exame da finalidade principiologicamente vinculante e com o irrenunciável controle de demérito. Neste sentido, Controle Judicial haverá de ser o de “administrador negativo”, em analogia com o de “legislador negativo”, exercido no controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. O Poder Judiciário não pode dizer, substitutiva e positivamente, como administrador devera agir, esta obrigado a emitir juízo sobre como não deveria agir, em função dos princípios superiores do sistema administrativo. Dessa maneira, o ato discricionário encontra-se finalisticamente vinculado ao princípio da moralidade. Por igual fica adstrito a não violação, seja por ação ou insuficiência (inoperância), ao princípio da proporcionalidade, sobre pena de resultarem viciados para todos os efeitos, ainda que pareçam, formalmente, em perfeita ordem no que tange a legalidade. Imperativo grifar que a liberdade obriga e gera deveres e somente é dada para que a autoridade administrativa mais responsabilmente possa melhor cumprir as obrigações.

Acerca do controle discorre Moraes (2004, p. 16)

O espectro do controle judicial dos atos administrativos, antigamente reconduzido a 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, amplia-se para o controle da constitucionalidade dos atos administrativos que se operacionaliza também por intermédio de outros métodos impostos pela adoção da fonte atualmente hegemônica do Direito – os princípios, estruturalmente destino 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.

Com efeito, o exame de adequação da obrigatória motivação dos atos discricionários é missão indeclinável e impositiva para os controladores em geral, mormente para os juizes. Nesse enfoque, no exercício legítimo do controle dos atos administrativos, o Poder Judiciário pode até formar providências, de caráter preventivo, quando a missão administrativa resultar e irreparável ou de difícil reparação.

Não se pode furtar de verificar se efetivamente a prática abusiva ocorreu, nem se o administrador ágil com legitimidade e com razoabilidade imprescindível. No

exame da conveniência e da oportunidade, a discricção devera ser examinada com o escopo de impedir que o merecimento se confunda com o arbítrio, nunca fundamentável por definição. Por tudo, sem desrespeito a autonomia e independência da Administração Pública, não se deve aceitar ato administrativo exclusivamente político, pois todos os atos da Administração Pública devem guardar fina sintonia com as diretrizes eminentes do Direito Administrativo, e essa fiscalização derradeira é assumida pelo Poder Judiciário.

Diante do exposto, os atos administrativos precisam ser praticados e controlados desde uma ótica mais compatível com os tempos em que se reivindica um Direito Administrativo dialógico e persuasivo, bem como um Estado matizado por uma atuação substancialmente compatível com a afirmação crescente do núcleo essencial dos direitos fundamentais, na construção de uma ordem justa ou, pelo menos, não tão assimétrica.

Convém elucidar que, o controle dos atos administrativos deve ocorrer seja no tocante a determinação dos conceitos, seja na escolha de conseqüências.

A discricionariedade no Estado Democrático quer dos atos administrativos, quer dos atos Judiciais está sempre vinculada aos princípios fundamentais, sob pena de se traduzir em arbitrariedades e de minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação como racional característica fundante do sistema administrativo. Portanto, sem substituir o agente administrativo, os controladores devem avaliar a juridicidade dos atos discricionários, sem que tal se configure usurpação de poder ou invasão de merecimento em si. Reconhecendo-se, assim, a vinculatividade dos atos discricionários, estar-se-á mais aparelhado, cientifica e teoricamente, para coibir os desvios ou omissões no exercício de poder, adotando-se atitude benfazeja, para acelerar o advento de uma efetiva austeridade na salvaguarda dos elevados princípios constitucionais do Direito Administrativo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por escopo demonstrar quais os limites que devem ser observados pelo julgador quando do controle dos atos administrativos discricionários, mormente no que tange a sua adequação ao princípio da juridicidade.

A partir das considerações tecidas ao longo de todo o trabalho monográfico em testilha podem ser destacadas algumas conclusões.

A elaboração de um conceito para definir a função administrativa praticada pela Administração Pública não constitui tarefa fácil haja vista a grande variedade de atribuições do Estado. Não obstante, podem ser apontadas certas características que a distingua das demais funções estatais. Consiste esta na atividade estatal praticada sob o regime de vinculação à lei, bem como a todo o ordenamento jurídico, voltada para a realização dos interesses públicos e sujeita a controle pelo Judiciário.

Para a concretização da função administrativa, o Poder Público expede atos os quais são submetidos a regime de direito público e, portanto são dotados de certas prerrogativas. Esses atos podem ser totalmente vinculados, ou seja, inteiramente disciplinados por lei, ou podem conter elementos discricionários.

Essa discricionariedade é conferida pela lei ao gestor público para que este escolha, diante do caso concreto, a solução mais adequada ao atendimento das necessidades públicas. Seu fundamento reside no fato de que nem sempre a lei pode disciplinar todas as situações, ante a grande variedade destas no mundo dos fatos. Dessa forma, além de ser materialmente impossível, se a lei fosse regular minuciosamente todas as situações postas no mundo empírico, correria o risco de deixar de fora do âmbito da normatividade algumas delas. Diante disso, confere-se certa margem de liberdade ao administrador público para que este determine qual o comportamento ótimo a ser adotado, em consonância com o ordenamento jurídico.

Verifica-se assim que a discricionariedade administrativa deve não só ser exercida em conformidade com a lei que a autoriza, bem como com todos os princípios que informam o ordenamento jurídico.

Trata-se, conforme visto, da evolução do princípio da legalidade com a conseqüente mudança no seu conteúdo que é ampliado para abranger não só a lei

em sentido estrito como também os princípios, passando a ser denominado pelos doutrinadores pátrios de princípio da juridicidade. Este último resulta de uma mudança no direito, acompanhada pela evolução do Estado, que passa a conceber não mais um direito por regras, mas um direito por princípios.

Reconhece-se assim a normatividade dos princípios que no Brasil é consubstanciada através da positivação dos princípios administrativos na Constituição Federal. Esse fenômeno implicará numa mudança no paradigma do exercício do controle jurisdicional sobre o ato administrativo discricionário, que poderá ser ampliado, ante a redução do que se chama mérito administrativo.

O mérito administrativo, que se resume no binômio oportunidade e conveniência, é o aspecto do ato administrativo discricionário que não pode ser objeto de controle pelo Judiciário. Com a introdução do princípio da juridicidade, verifica-se uma diminuição da sua amplitude, de forma que esta passa a consistir em critérios não positivados utilizados pelo gestor público para definir a sua escolha.

Diante disso, conclui-se que é perfeitamente possível a utilização dos princípios contidos no ordenamento jurídico para analisar o ato administrativo discricionário, posto que a lesão a qualquer um deles importará em exorbitação do que se entende por mérito administrativo e será, portanto, passível de controle.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 10 ed. Niterói: Impetus, 2006.

APPIO, Eduardo. *Discricionariedade Política do Poder Judiciário*. 1 ed. São Paulo: Juruá, 2005.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração Antonio de Luiz de Toledo Pinto, Marcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Cústpedes. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10 ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1997.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. Rio de Janeiro. Forense, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

MOREIRA, Antonio Cecílio, *Manual de Direito Administrativo*. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

OLIVEIRA, Claudio Brandão de. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.