

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD

CARLOS VINICIUS CAMPOS FONTES

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS:
UMA ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO EM HARMONIA COM OS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS

SOUSA/PB

2016

CARLOS VINICIUS CAMPOS FONTES

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS:
UMA ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO EM HARMONIA COM OS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS

Monografia apresentada ao curso de Direito da Universidade Federal de Campina Grande, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, como requisito parcial para a obtenção de diploma de bacharel.

Orientador: Osmando Formiga Ney.

SOUSA/PB

2016

CARLOS VINICIUS CAMPOS FONTES

A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS:
UMA ANÁLISE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO EM HARMONIA COM OS
PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS

Aprovada em: _____ de _____ de 2016.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Osmando Formiga Ney – UFCG
Professor Orientador

Banca Examinadora

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, soberano que sempre me abençoou e me encheu de dádivas durante todo este período. Agradecer em especial a Carlos Antônio, por sua simplicidade e seu amor incondicional de pai, nunca medindo empenho durante minha jornada.

A meus Avós, Vô Chico e Vó Neusa, que nunca mediram esforços para que eu pudesse vencer e crescer profissionalmente, acompanhando de perto todos os meus passos.

A minha Mãe, que apesar da distância sempre esteve perto, orando e esperando cheia de conselhos e carinho, como meus avós maternos Vô Neta e Vô Jaime.

A Tia Sônia, minha primeira professora e eterna mestra, que esteve sempre presente, junto a meu padrinho Ivaldo.

Ao meu orientador, Osmando Formiga Ney, que com dedicação me guiou na construção desta pesquisa.

A minha companheira, amiga, e confidente Sara, que esteve comigo em todos os momentos, assim como seus pais, Ivanildo e Roberta, dos quais tive o prazer de conhecer e fazer parte de sua família.

A toda família e amigos que foram minha base, fonte de sabedoria, força, carinho e atenção, me acompanhando durante toda jornada acadêmica.

RESUMO

Este trabalho tem como escopo analisar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos discricionários, a partir de um estudo do mérito administrativo em harmonia com os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, correlatos com a temática. Para tanto, este trabalho teve como metodologia o estudo bibliográfico, com pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e da legislação pátria. Deste modo, em um primeiro momento foram expostos aspectos conceituais sobre os atos administrativos, bem como suas características e elementos principais até chegar numa abordagem mais aprofundada em relação aos atos discricionários comuns à Administração Pública, com uma discussão voltada para o mérito administrativo atribuído ao agente público perante a sua atuação discricionária como representante do Estado, momento que enfatiza-se o necessário respeito às leis como forma de impedir atuações arbitrárias e ofensivas à moralidade. Posteriormente, procedeu-se com o estudo dos princípios constitucionais correlatos, dando ênfase aos da Separação dos Poderes, Inafastabilidade da Jurisdição, da Razoabilidade e da Proporcionalidade, como fundamentos para uma possível atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos. Por fim, serão expostos aspectos de caracterização da Administração Pública brasileira, demonstrando de que forma ela se constitui e funciona atualmente, bem como a atuação do agente público como aquele que defende o interesse coletivo durante a sua atuação funcional de representante estatal e a possibilidade de atuação do judiciário na análise de mérito dos atos discricionários praticados por esses agentes. Finalmente, vale mencionar que, a partir dos ensinamentos de diversos administrativistas renomados, bem como análises jurisprudenciais e legislativas, observou-se que é possível a atuação jurisdicional perante atos discricionários do Poder Público sem que, para tanto, fossem maculados o princípio da Separação dos Poderes ou os ditames normativos brasileiros.

Palavras-chave: Administração Pública. Atos Administrativos. Discricionariedade. Poder Judiciário. Princípios.

ABSTRACT

This work aims to analyze the possibility of the judiciary role in the control of discretionary administrative acts, from a study of the administrative merit in accordance with the constitutional principles, explicit and implicit, related to the theme. Therefore, this research has the methodology the bibliographical study, with research doctrinal, jurisprudential and Brazilian legislation. Thus, at first will be worked introductory and conceptual aspects of the administrative acts, as well as their characteristics and core elements to get a more thorough approach to discretionary acts common to public administration, with a discussion to be focused on the merits administrative agent assigned to the public before its discretionary performance as state representative, now after emphasize the need to respect the laws in order to prevent arbitrary actions and offensive to morality. Later, it proceeded with the study of related constitutional principles, giving emphasis to the Separation of Powers, the unremovable feature of the Jurisdiction, the Reasonableness and proportionality, as the basis for a possible role of the judiciary in the control of administrative acts. Finally, they will be exhibit aspects of characterization of the Brazilian Public Administration, demonstrating how it is constituted and currently works as well as the performance of the public servant as one who defends the collective interest during their operating performance of state representative and the possibility of judiciary's role in credit analysis of discretionary acts performed by these agents. Lastly, it is worth mentioning that, from the teachings of several renowned administrativistas and jurisprudential and legislative analysis, it was observed that it is possible judicial action before discretionary acts of the Government without, therefore, whether the principle of separation of tainted powers or Brazilian regulatory dictates.

Keywords: Public Administration. Administrative acts. Discretion. Judicial power. Principles.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	9
2.1. Conceituação do Ato Administrativo.....	9
2.2. Elementos de constituição do Ato Administrativo	11
2.2.1. Competência	12
2.2.2. Finalidade.....	13
2.2.3. Forma.....	14
2.2.4. Motivo.....	15
2.2.5. Objeto.....	16
2.3. Modalidades do Ato Administrativo: vinculado e discricionário	17
2.4. Aspectos relevantes acerca do Ato Administrativo Discricionário	18
3. O MÉRITO ADMINISTRATIVO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS.....	22
3.1. Princípio da Separação dos Poderes	23
3.2. Princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial	26
3.3. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade	29
4. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	32
4.1. Panorama organizacional da Administração Pública brasileira	33
4.2. A atuação do Agente Público como mantenedor do interesse coletivo.....	38
4.3. Atuação do Poder Judiciário no Controle dos Atos Administrativos	41
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	47

1. INTRODUÇÃO

O que se pode extrair da Constituição Federal de 1988 é que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, isto é, as relações estabelecidas pela sociedade são regulamentadas pela lei e, mesmo aqueles investidos de poder político ou público, tem como pressuposto que as suas atitudes deverão sempre ser pautadas pela norma jurídica e pelos princípios norteadores do direito pátrio.

Além disso, o primado democrático de direito assegura que tais princípios, sejam eles de primeira, segunda ou terceira geração, aliados ao conjunto normativo existente sirvam como base não apenas para que o Estado edite direitos fundamentais, mas também para que atue como promotor desses direitos, a partir de ações positivas.

Todavia, o que se observa é que o Brasil vem passando por um período turbulento em relação às suas instituições democráticas, principalmente quando se trata do descrédito atribuído ao Poder Executivo. Esse fato é consequência dos diversos casos de corrupção presentes no cotidiano da Administração Pública e publicitados pela mídia.

Nesta conjuntura, o que se observa é que não são apenas os grandes administradores, representantes diretos do povo (prefeitos, senadores, deputados, vereadores, governadores e presidentes), que cometem tais irregularidades, mas também os agentes públicos de baixo escalão, no exercício das suas funções, que acabam utilizando dos seus cargos para auferir vantagem indevida.

Esses agentes públicos, ao valer-se das suas prerrogativas como representante do Estado, executam atos administrativos, vinculados ou discricionários, que tem como finalidade precípua atingir as necessidades da coletividade. Contudo, na seara da discricionariedade, o que se observa é que diversas vezes há o mau uso dessa prerrogativa, aproveitando o seu poder para auferir benesses individuais em detrimento do interesse público. Ato que muitas vezes até respeita os parâmetros legais da norma, mas fere princípios constitucionais ao praticar o denominado abuso de poder.

É em detrimento dessa situação que esta pesquisa tem como escopo defender como algo possível a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos

administrativos discricionários, como mecanismo de combate a arbitrariedades cometidas por agentes públicos, utilizando-se da máquina estatal para benefício próprio. Para tanto, foram analisados não apenas os aspectos formais da lei, como também argumentos doutrinários e jurisprudenciais a partir da aplicação mais enfática dos princípios constitucionais, implícitos e explícitos.

Objetiva-se, portanto, analisar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle dos atos discricionários realizados pelo agente público no exercício de sua função. Para tanto, a metodologia utilizada nesta pesquisa foi o levantamento bibliográfico de doutrinas de conceituados administrativistas pátrios, bem como entendimentos dos Tribunais brasileiros, com análise de seus julgados e, também, estudos sobre a legislação pátria concernente ao assunto.

O trabalho em questão se organizou em três capítulos. O primeiro consiste em uma análise dos atos administrativos, abordando os aspectos mais importantes, desde a sua conceituação, até um esboço dos seus elementos vinculados e discricionários, dando ênfase aos atos discricionários, visto ser o objeto principal deste trabalho monográfico. Já o segundo capítulo trouxe um estudo acerca dos princípios constitucionais correlatos com a temática, dando ênfase aos princípios da Separação dos Poderes, da Inafastabilidade da Jurisdição e da Razoabilidade e Proporcionalidade. No terceiro e último capítulo foram expostas as características acerca da Administração Pública e a defesa da possibilidade de atuação do judiciário na análise do mérito administrativo sem ferir o princípio da Separação dos Poderes.

Por fim, nas considerações finais, serão mostradas as conclusões extraídas sobre este estudo bibliográfico.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

De acordo com a administrativista Di Pietro (2014), a origem do ato administrativo é longínqua, uma vez que onde existe Administração Pública, também existirá ato administrativo. Entretanto, nem sempre essa expressão foi utilizada dessa forma, principalmente pela grande variedade de sistematização governamental existente. É exemplo disso, o período do reinado, momento em que os atos administrativos eram comumente denominados de “atos do Rei”, “atos do Fisco” ou “atos da Coroa”.

Todavia, foi com a Lei de 16/24-8-1790, que tinha como objetivo vedar aos Tribunais conhecerem de “operações dos corpos administrativos” que se utilizou pela primeira vez em um ordenamento jurídico expressões correlatas a ato administrativo; posteriormente, com a Lei 3-9-1795, com teor análogo à Lei supracitada, constou a proibição “aos tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie”. Segundo Di Pietro (2014, p. 200), “essas normas é que deram origem, na França, ao contencioso administrativo; para separar as competências, houve necessidade de elaboração de listas dos atos da Administração excluídos de apreciação judicial”.

Nesse sentido, pelo entendimento de Ulla (1982), pode-se dizer que a noção de ato administrativo está interligada também a ideia de separação dos poderes, ou de funções; portanto, o ato administrativo como se tem hoje é uma realidade contemporânea ao constitucionalismo.

2.1. Conceituação do Ato Administrativo

No espaço privado tudo aquilo que interessa ao direito é compreendido como fato jurídico em sentido amplo, este se divide em dois: fatos jurídicos em sentido estrito, sendo aqueles acontecimentos que não decorrem diretamente da vontade humana, mas apresentam consequências jurídicas, como exemplos têm-se a morte, o nascimento, enchentes que ocasionem o esfacelamento de bens; e atos jurídicos, estes são as manifestações da vontade humana que tem como escopo a

produção de algum efeito jurídico. Pode-se dizer, portanto, que os atos administrativos se constituem como espécie de ato jurídico.

Há nos estudos doutrinários uma diversidade de tentativas de conceituação para ato administrativo, a base de todas essas definições está na compreensão dessa espécie como um ato lícito com a finalidade de transferir, resguardar, extinguir ou modificar direitos.

De acordo com Meirelles (1990, p. 132):

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.

Já Di Pietro (2014, p. 205), vai além, e na tentativa de conceituar Ato Administrativo, considera diversos aspectos, como o regime-jurídico administrativo, os efeitos jurídicos, a sujeição à lei, o exercício do controle judicial e a manifestação do Estado. Segundo a administrativista, “pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Também merece referência, a definição formulada por Mello (2013, p. 389), de que o ato administrativo é:

A declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifesta mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

O jurista supracitado aprofunda os seus sobre o tema e também trabalha com o conceito de ato jurídico em sentido estrito, com o intuito de excluir dois tipos de atos, os abstratos (regulamentos, instruções etc.) e os convencionais (contratos administrativos); deste modo, na formulação dessa acepção estrita são acrescentadas por ele mais duas características: a concreção e a unilateralidade; deste modo, Mello (2013, p. 390), chega na seguinte conclusão:

Declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos

complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (*grifos do autor*).

Por fim, menciona-se o conceito dos professores Alexandrino e Paulo (2015, p. 481):

Baseados nas lições dos grandes mestres, propomos a seguinte definição de ato administrativo: manifestação ou declaração da administração pública, nesta qualidade, ou de particulares no exercício de prerrogativas públicas, que tenham por fim imediato a produção de efeitos jurídicos determinados, em conformidade com o interesse público e sob regime predominante de direito público.

As definições supracitadas para Atos Administrativos podem transpor a ideia de que eles são restritos ao Poder Executivo; todavia, é necessário mencionar que todos os Poderes, seja ele Executivo, Legislativo ou Judiciário, editam atos administrativos, uma vez que todos esses representam o próprio Estado, atuam em nome do Poder Público.

Vale dizer, portanto, que, de acordo com Alexandrino e Paulo (2015), os atos administrativos, constituem-se principalmente como atos de atividades de gestão interna (contratação de pessoal, aquisição de material de consumo etc.), não se confundem com os atos legislativos próprios do Poder Legislativo e atos judiciais próprios do Poder Judiciários, uma vez que estes são compreendidos como atos políticos ou de governo e não propriamente atos administrativos.

2.2. Elementos de constituição do Ato Administrativo

Também compreendido por alguns autores como requisitos, os elementos dos Atos Administrativos são cinco e estão elencados no artigo 2º da Lei 4.717/65 (Lei de ação popular): competência, finalidade, forma, motivo e objeto. Apesar de alguns estudiosos da área elencarem outros elementos, estes são os que compõem e justificam a existência e validade do ato de forma mais unânime. Deste modo, serão eles os estudados a seguir.

2.2.1. Competência

A Competência é um elemento (ou requisito) que não depende da vontade das partes ou do administrador público, ela já vem definida em lei ou atos administrativos gerais. E relaciona-se com o sujeito, ou seja, o indivíduo competente para a realização do ato.

Para que o sujeito, ente ou agente, seja competente não basta que ele esteja no exercício da função pública, é preciso que seja auferida, previamente, a sua competência e capacidade jurídica. Deste modo, a lei traça previamente as funções e os atos que devem ser realizados pela Administração Pública para o seu bom funcionamento.

Ao falar que o sujeito tem a capacidade jurídica quer dizer que ele é o titular do direito proclamado e está hábil a assumir obrigações e, ainda, que tem a competência legal para tanto.

De acordo com o professor Carvalho (2015, p. 244), a competência é um “conjunto de atividades inerentes ao ente estatal, distribuídas entre seus órgãos e agentes públicos, mediante a edição de lei, legitimando o agente para a prática de determinadas condutas”.

Em contrapartida Di Pietro (2014), ao estudar o assunto, atribui à competência algumas regras basilares: ela sempre vai decorrer da lei, deste modo, o órgão por si não pode estabelecê-la; é inderrogável, ou seja, não pode ser anulado nem por vontade da Administração ou por acordo entre as partes; e, pode ser objeto de delegação ou avocação, desde que não tenha sido atribuída a competência de forma exclusiva. Essa última regra consta, inclusive, no direito positivo, na Lei nº 9.784/99, em seu artigo 11, que diz “a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

Complementando esse sentido, Alexandrino e Paulo (2015), discorrem a respeito de algumas características da competência, são elas: o seu exercício é de observância obrigatória para qualquer das partes envolvidas; é irrenunciável, apesar de ser possível a avocação ou delegação; é intransferível, ou seja, apesar de existir os institutos da avocação e delegação, a titularidade da competência permanece com o sujeito designado pela lei; é imodificável, isto é, por ser um elemento

vinculado não pode ser modificado para atender as vontades das partes; e, é imprescritível, a titularidade não se extingue.

Vale mencionar, neste sentido, os estudos do administrativista Mello (2013, p. 400-401):

Sob este tópico – atinente ao sujeito – deve-se estudar a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto. Por exemplo: se o agente não estava afastado (por suspensão, férias, licença) ou impedido (por parentesco próximo, por temporária suspensão de sua competência). Claro está que vício no pressuposto subjetivo acarreta invalidade do ato.

Por fim, necessário dizer que é pacífico o entendimento de que a competência é um atributo vinculado à lei, mesmo diante de atos em que haja discricionariedade do Poder Público, ela não será alterada por desejo alheio aos ditames legais. Dessa forma, de acordo com os ensinamentos de Carvalho (2015), não há margem de expressão de vontade do agente público no que concerne à legitimidade para a prática do ato.

2.2.2. Finalidade

A finalidade é o objeto do ato administrativo. Ou seja, é o que se busca resguardar. A doutrina dominante divide esse elemento em duas vertentes. No sentido genérico, a finalidade tem como pressuposto o atendimento ao interesse público; deste modo, quando o ato busca satisfazer interesses particulares estará contaminado de vício insanável.

Em complementariedade à primeira linha de objetivo, a segunda é a finalidade específica; nesta, a própria lei já determinada a finalidade destinada por cada ato peculiar. Compreende-se, portanto, que o ato administrativo vai estar atendendo a sua finalidade quando respeitar o interesse público, como também às ordens da lei. Ressaltando-se, inclusive, que a própria lei deverá atender à finalidade genérica, isto é, de atender à supremacia do interesse público.

Quando a atuação estatal se desvincula da sua finalidade precípua, então o agente público estará agindo com desvio de finalidade, configurando, nesta linha de raciocínio, o denominado abuso de poder; fato este que gera nulidade do ato administrativo. É importante observar que mesmo quando o ato é praticado de acordo com os limites da lei, ainda pode ser configurado o desvio de finalidade. Sobre isso, Di Pietro (2014, p. 219), exemplifica:

Tanto ocorre vício quando a Administração remove o funcionário a título de punição, como no caso em que ela desapropria um imóvel para perseguir o seu proprietário, inimigo político. No primeiro caso, o ato foi praticado com finalidade diversa da prevista em lei; no segundo, fugiu ao interesse público e foi praticado para atender ao fim de interesse particular da autoridade.

Por fim, destaca-se que a finalidade é um elemento vinculado do ato administrativo no que refere à finalidade específica; e, de acordo com a doutrina moderna, a sua finalidade genérica, que é o interesse público, pode ser compreendida como discricionária, pois tem como base um conceito jurídico indefinido, deste modo, enseja a liberdade de valoração por parte do agente público.

2.2.3. Forma

O modo como o ato se exterioriza é denominado de forma. Em princípio, compreende-se todo ato administrativo como formal e, quase sempre, é definido por lei a forma escrita. Em relação a sua vinculação ou não, a doutrina se mostra controversa.

Para o professor Meirelles (1990, p. 134), que vem de uma corrente mais tradicional, a forma será sempre vinculada, de acordo com ele:

Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Daí podermos afirmar que, se, no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no Direito Público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido,

frequentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade.

Em contrapartida, Alexandrino e Paulo (2015), colocam esse assunto como controverso, chegando a conclusão de que ele pode ser tanto discricionário, quanto vinculado. Quando a lei não exigir uma forma determinada, a administração deverá adotar aquela mais adequada, deste modo, de forma discricionária. Todavia, se a lei expressamente exigir, então a vinculação é clara e a sua inobservância gera a nulidade do ato administrativo.

2.2.4. *Motivo*

Os motivos são as razões que ensejam a prática do ato, isto é, a partir de uma situação precedente que irá dar motivo para que a Administração atue. Para Carvalho (2015), o motivo deve ser visto a partir de dois direcionamentos: o primeiro é o pressuposto jurídico, aquele que predetermina a prática do ato, ou seja, se configura através de uma norma do ordenamento jurídico que antecipa a possibilidade da ocorrência de algum fato que, para tanto, seja necessário um ato do Poder Público regulando; o segundo é pressuposto de fato, aquele que corresponde às circunstâncias ocorridas no plano real, que justificam a conduta do Estado. Carvalho (2015, p. 256), exemplifica:

No momento em que determinado servidor público, e, observância à regra estipulada em lei, deixa de comparecer ao seu local de trabalho, de forma intencional, pelo prazo definido na legislação, estará completando o pressuposto fático e dando ensejo à prática do ato administrativo de demissão, com a finalidade de puni-lo pela infração de abandono de cargo.

Para que não haja a configuração de vício no motivo, a Administração deve adequar o motivo pelo qual ensejou a prática do ato com o resultado obtido pela atuação estatal. Neste sentido, a lei 4.717/65, em seu artigo 2º, parágrafo único, “d”, é clara “a inexistência de motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido”.

Diferentemente, também é necessária a compreensão do que é motivação para não confundir os dois conceitos. Como ensina Carvalho (2015), enquanto motivo é o elemento do ato administrativo, a motivação é a exposição desse motivo, a sua fundamentação, no qual justifica à sociedade o porquê da prática de determinada conduta.

Finalmente, é importante frisar que o motivo, em regra, é um elemento discricionário do ato, gerando ao agente pública uma margem de escolha, respeitando os limites impostos pela norma jurídica. Deste modo, o agente público pode-se utilizar do mérito administrativo. Ou seja, a própria lei permite que o sujeito, que ali representa o Estado, haja com subjetividade na escolha, mas sempre respeitando os limites impostos pela norma jurídica, ultrapassando-os ou desrespeitando-os estará incorrendo em vício e gerando possível nulidade do ato.

2.2.5. Objeto

Ao efeito jurídico imediato produzido pelo ato jurídico dá-se o nome de objeto ou conteúdo, ou seja, a manifestação de vontade da Administração Pública. Segundo Alexandrino e Paulo (2015, p. 517), “o objeto do ato administrativo identifica-se com o seu conteúdo, por meio do qual a administração manifesta a sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes”.

Para Di Pietro (2014), assim como ocorre no direito privado, no direito público o objeto deve apresentar os seguintes atributos: ser lícito, ou seja, estar em conformidade à lei; possível, podendo ser realizado no mundo dos fatos e do direito; certo, devendo ser direcionado, quanto ao tempo, lugar, destinatários e os efeitos que deve produzir; e moral, estando, portanto, em consonância com os padrões comuns de comportamento.

No que concerne à sua vinculação ou não, depende da valoração do motivo. Deste modo, em um ato vinculado, um motivo satisfaz apenas um objeto. Já nos atos discricionários, em que há liberdade no motivo, há também na escolha do objeto, sempre respeitando os limites da lei.

2.3. Modalidades do Ato Administrativo: vinculado e discricionário

No subtítulo anterior (2.2.), muito foi falado acerca de vinculação e discricionariedade dos elementos dos atos administrativos, como forma de estabelecer a obrigatoriedade ou não do seu cumprimento no momento da atuação estatal.

Vale salientar, desde logo, que apesar de enumerar alguns atos como discricionários, é passivo o entendimento de que na Administração Pública não existe atuações totalmente discricionárias, uma vez que mesmo quando o ato é discricionário, para que assim o seja a lei deve determinar. Sobre isso, assegura o professor Carvalho (2015, p. 241):

Até mesmo os elementos do ato administrativo que podem ter feição discricionária (como é caso do motivo e do objeto), quando devidamente regulamentados ou discriminados pela lei, passam a ser vinculados, devendo ser obedecido ao que foi regulamentado na norma, perdendo o caráter discricionário. Nesse caso, o agente público estará vinculado ao que a lei determina e não apenas ao limite imposto.

Realizadas essas devidas e prévias ponderações necessárias, cumpre agora conceituar as duas modalidades básicas de ato administrativo: o vinculado e o discricionário.

A vinculação do ato administrativo está intimamente relacionada com a subordinação da atuação estatal aos limites impostos pela lei. Quando vinculado, a liberdade de decisão é totalmente limitada: ao agente público incumbe apenas o cumprimento estrito do que está previamente determinado por lei, no qual o ordenamento jurídico dita qual o único posicionamento positivo em cada situação fática.

Pela definição de Mello (2013, p. 434):

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

Ainda nesta seara, os professores Alexandrino e Paulo (2015, p. 485), exemplificam:

Tomemos a concessão da licença-paternidade, regulada na Lei 8. 1 1 2/1 990. Atendidas as condições da lei (cuja base direta é a Constituição), ou seja, nascido o filho de servidor público, não cabe ao administrador, sob nenhuma circunstância, alegar que o servidor é essencial ao serviço, que não seria conveniente seu afastamento, ou qualquer outra tentativa de não editar o devido ato de concessão da licença. Configurada a hipótese legal, somente uma atitude é admissível: a edição do ato concessivo, sem espaço para juízo de oportunidade ou conveniência administrativa.

Por sua vez, o ato discricionário é aquele que a lei dá margem de escolha para a atuação do administrador. Observa-se, portanto, que o ato discricionário não é motivado a partir de escolhas ilimitadas, mas sim mediante uma análise de mérito, ou seja, a ação estatal deve estar pautada em razão da oportunidade e conveniência, respeitando sempre os limites impostos pela lei.

Ao tratar do tema, Di Pietro (2014, p. 221), discorre que “a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

Deste modo, conclui-se que a atuação estatal é vinculada quando a lei só determina uma solução possível em detrimento de uma situação fática; já, na discricionariedade, o administrador atua diante de uma margem de escolha dentre as possibilidades determinadas por lei.

No próximo ponto, a atuação discricionária será enfatizada, uma vez que ela é o foco principal desta pesquisa. Destarte, abrindo caminho para o escopo precípua deste trabalho.

2.4. Aspectos relevantes acerca do Ato Administrativo Discricionário

Na abordagem do ato administrativo discricionário há que se falar sempre em mérito administrativo, este é relacionado a dois pontos importantes: a conveniência e a oportunidade. Enquanto o aspecto da legalidade relaciona o ato à

conformidade com a lei; o conveniente e o oportuno diz respeito ao que se pretende atingir com o interesse público.

O estudo do mérito administrativo é uma influência de correntes italianas, por esse motivo nem sempre é abordado por doutrinadores brasileiros; acerca desse aspecto, Fagundes (1979, p. 131), aduz:

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.

Deste modo, a oportunidade e conveniência, apesar de se desvincular do conteúdo estrito da lei, ainda funcionam de forma harmônica com o sistema normativo, visto que respeita os princípios jurídicos elegidos pelo aparelhamento legal brasileiro.

Sobre isso, Carvalho (2015, p. 241), mostra que a discricionariedade, apesar de explorar a subjetividade na atuação estatal, não pode se confundir com a arbitrariedade, esta última proibida:

Dentro dos limites da lei, o administrador deve eleger entre algumas condutas a que melhor se adéque ao caso concreto; Desde que restrito aos limites estipulados legalmente; a atuação será lícita; Desse modo, o administrador deverá buscar a solução mais oportuna e conveniente ao interesse público. Resta claro, portanto, que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, somente sendo exercida dentro dos limites definidos pela legislação aplicável.

Imperioso observar que os aspectos relativos ao mérito administrativo é particular aos atos discricionários; desta forma, não há que se falar em oportunidade e conveniência no momento de aplicação de um ato vinculado. E como o mérito faz parte da subjetividade do administrador daí a afirmativa por grande parte da doutrina que o Poder Judiciário não pode examinar os méritos dos atos administrativos discricionários, assunto que será tratado com mais ênfase no capítulo “A ATUAÇÃO

DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA”.

Como já mencionado, a aplicação da discricionariedade só é possível quando a própria lei permite, uma vez que esta deixa espaço para uma atuação subjetiva do administrador. De acordo com Di Pietro (2014, p. 222), essa discricionariedade normalmente existe:

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção ex officio do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.

Neste sentido, observa-se que o campo de abrangência da discricionariedade é amplo, mesmo não sendo total e/ou absoluto.

Conveniente dizer que, apesar da lei limitar a atuação do administrador nos atos discricionários, nem sempre essa conduta é tratada de forma expressa. Quando a administração se utiliza de conceitos jurídicos imprecisos, indeterminados, dá liberdade ao agente de agir conforme o seu entendimento. A título de exemplo, o professor Carvalho (2015, p. 242), menciona:

A título de exemplo, determinada norma de polícia estabelece que a Administração tem a atribuição de fechar espetáculos pornográficos, em defesa da moralidade pública. Diante do dispositivo legal, surge a dúvida de qual o alcance da expressão pornografia na norma geral. Nesses casos, por se tratar de um conceito indeterminado, a conceituação deste termo é feita com base no juízo de conveniência e oportunidade do agente público que deve, em cada caso concreto, analisar a incidência ou não da norma legal.

Alguns estudiosos da área questionam se em casos, análogos ao supracitado, o que está ocorrendo é realmente mérito administrativo ou apenas uma questão de interpretação da norma administrativa. Contudo, mesmo sendo como

forma de interpretação, o administrador estará se utilizando da sua discricionariedade para chegar na melhor atuação possível.

Por fim, como já foi aludido, apesar do mérito se desvincular da legalidade expressa, ela ainda está no contexto legal, uma vez que obedece a princípios constitucionais e infraconstitucionais, que asseguram a sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro; acerca disso, no próximo capítulo, serão abordados aspectos de mérito administrativo correlacionando-os com princípios consagrados pelo sistema legal pátrio.

3. O MÉRITO ADMINISTRATIVO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS CORRELATOS

Não há como falar em princípios sem antes fazer uma breve explanação acerca do Estado Democrático de Direito.

Essa possibilidade de organização estatal se concretizou após as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII, com foco na França. Foi nessa conjuntura que o constitucionalismo moderno começou a se consolidar, contrapondo-se totalmente a ideia de Absolutismo. A supremacia da Constituição ficou no lugar dos desmandos do rei, período marcado pela frase “O Estado sou Eu”, de Luís XIV, que ilustra bem como todos os aspectos da sociedade eram limitados aos desejos do poder soberano.

Com a consolidação de estados democráticos, começou o amadurecimento das Instituições calcadas em bases pró-pov. Neste sentido, tem-se que enquanto o Estado de Direito venha a solidificar os princípios fundamentais de primeira dimensão. O Estado Democrático de Direito conjugou esses princípios fundamentais em diversas dimensões. O objetivo com isso, era retirar do Estado o *status* de apenas redator de normas, como também o seu garantidor, formalizando uma postura estatal positiva.

Atualmente, a organização estatal em Estado Democrático de Direito é uma realidade do mundo ocidental, no qual a sua atuação é pautada em normas de organização, funcionamento e distribuição de competências, e, para tanto, os princípios constitucionais são norteadores dessa estrutura e asseguram a sua manutenção.

Neste sentido, vale dizer que a dissecação dos princípios constitucionais é tema recorrente em diversas áreas, seja na pesquisa doutrinária, ou nas decisões jurisprudenciais e no texto normativo. Isso se dá pela importância que essa temática tem para toda a constituição do sistema jurídico.

Os princípios constitucionais vinculam-se à prática de diversas ações do Poder Público, bem como aos vários atos jurídicos (leis, atos administrativos, sentenças).

Os agentes públicos, representantes do Estado, seja na atividade judiciária, legislativa ou administrativa, estão submetidos aos imperativos desses

princípios, que devem não apenas servir como fundamento de sua atuação, como norte para os seus atos cotidianos.

Neste sentido, este capítulo visa correlacionar alguns princípios constitucionais com a temática do mérito administrativo, para que, dessa forma, possa estudar o campo de atuação do administrador quando a ele está permitido agir com subjetividade, e se o Judiciário pode interferir nesse mérito administrativo ou, agindo, estará ferindo a norma e princípios jurídicos.

3.1. Princípio da Separação dos Poderes

O princípio constitucional da Separação dos Poderes está normatizado como princípio fundamental da República pelo artigo 2º da Constituição Federal de 1988 que diz “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, que, inclusive, constitui-se como cláusula pétreia de acordo com o artigo 60, parágrafo 4º, III, CF/88; no qual, a sua extinção por meio de Emenda Constitucional não pode ser sequer objeto de deliberação.

No Brasil, essa regra da separação dos poderes (ou de funções) pode ser observada em todas as constituições, exceto na de 1824, que centralizava todo o poder nas mãos do Imperador, através do Poder Moderador.

Mundialmente, apesar do seu surgimento remeter à Grécia Antiga, foi apenas na França do século XVIII que a questão ganhou mais força. A Declaração Francesa de 1789, que trouxe em seu bojo a concepção tripartida de poder foi o que inspirou diversas Constituições dos países democráticos, inclusive a brasileira.

O termo cunhado inicialmente como “Separação de Poderes”, atualmente recebe algumas críticas. Para Barruffini (2003), a “tripartição de funções” constituiria como um termo mais coerente, pois, segundo o pesquisador, o poder é apenas um, as vontades emanadas ou a diversidade de funções auferidas pelo ente estatal corresponde apenas a um poder, que é o Estado.

Lenza (2003), corrobora com esse entendimento, que defende o poder como uno, indivisível, no qual se manifesta através dos órgãos a partir do exercício de suas funções.

Ainda sobre essa questão vale mencionar as considerações de Silva (2003, p. 108), no qual diz que “o poder político, uno, indivisível e indelegável, se desdobra e se compõe de várias funções, fato que permite falar em distinção de funções, que fundamentalmente são três: a legislativa, a executiva e a jurisdicional”.

Por fim, vale mencionar os estudos de Moraes (2000, p. 360), que complementam o entendimento do assunto:

[...] dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na ideia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes públicos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos.

Depreende-se, por conseguinte, que, embora o poder político do Estado seja entendido como indivisível, indelegável, único, o princípio da separação de poderes foi adotado pelo Brasil, em virtude de ser entendido como uma verdadeira distribuição de funções específicas e primordiais entre os órgãos estatais supremos, para o funcionamento e desempenho concreto das atribuições do Estado.

Apesar das diversas digressões acerca da correta nomenclatura deste princípio constitucional, a questão mais importante que diz respeito a ele é outra: a forma do seu funcionamento, agindo de forma autônoma e harmônica. Ou seja, cabe aos Poderes consagrados constitucionalmente agirem com autonomia, sem que um atropela as funções de outrem, a partir de uma relação harmônica. Nesse sentido, Cretella Júnior (1997, p. 149), discorre:

A pessoa jurídica pública política é o ‘centro de irradiação’ dos três poderes, independentes, porque um não interfere no outro, no desempenho de suas funções específicas, embora possa controlar as funções anômalas do outro, desde que a Constituição assim o permita; harmônicos, porque cada um deles é, na realidade, a União, que se desnaturaria, quebrando-se, fracionando-se, se os poderes se desarmonizassem.

O objetivo dessa divisão de funções, atuando com harmonia e independência, é de impedir que o Estado se concentre em apenas uma pessoa; configurando, destarte, um totalitarismo, uma ditadura, caindo no erro de atender a interesses pessoais em detrimento do interesse público. Para Carvalho Filho (2005),

essa estrutura de poder é uma forma de equilibrar o Estado, evitando-se a supremacia de um desses poderes sobre o outro.

Ao interpretar esses poderes observa-se que há dois tipos de funções norteando-os: as funções típicas e as atípicas. Em relação ao primeiro tipo, são aquelas funções próprias, por exemplo, ao Judiciário cabe julgar, como ao Legislativo cabe legislar e ao Executivo, administrar. Já, nas atípicas, a partir da autorização concedida pela própria Constituição, serão desempenhadas funções próprias do poder adverso em situações específicas. Além disso, cada Poder tem o dever de servir como fiscalizador do correto funcionamento dos demais poderes no exercício das suas funções, mas sempre preservando a independência que a cada um cabe.

Nesta oportunidade, vale a menção das ponderações do doutrinador Cretella Júnior (1997, p. 153), “logo, a independência é relativa, porque cada Poder, na medida em que o poder constituinte o determina, serve de freio e contrapeso a outro Poder”.

O sistema de pesos e contrapesos admite a possibilidade de pequenas interferências, todavia sem com isso ultrapassar os limites permitidos. Neste sentido, Carvalho (2015, p. 05), arrazoa:

Considere-se que, além da independência, outra característica é a harmonia entre os poderes, representada também pela existência de um sistema de freios e contrapesos no ordenamento jurídico. Assim, há um respeito mútuo entre os órgãos do poder no que tange às faculdades, funções próprias deles, mas com a possibilidade de pequenas interferências, com o fito de se resguardar o equilíbrio entre os poderes.

Nem a independência do poder, muito menos a interferência de um sobre o outro, pode ser compreendido como algo irrestrito, a ponderação é o ponto chave para que o sistema funcione de forma coerente e justa. É nessa ideia que pode ser verificada a possibilidade de o Poder Judiciário analisar os atos administrativos com o atributo da discricionariedade; todavia, para tanto, necessário se faz também analisar o princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial, visto de forma mais detalhada no próximo ponto.

3.2. Princípio da Inafastabilidade do Controle Judicial

O princípio da Inafastabilidade da Tutela Jurisdicional está positivado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, que se apresenta da seguinte forma “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Acerca deste princípio, Moraes (1998, p. 197), ensina:

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue.

Essa garantia constitucional é de extrema importância para o cidadão, pois se constitui como um recurso assegurado para combater todas as lesões de direito; sendo, deste modo, uma das bases do Estado Democrático de Direito; portanto, cabe à função jurisdicional o papel de fazer valer o ordenamento jurídico quando ao seu cumprimento há resistência.

Acerca da Jurisdição, vale mencionar a definição de Dinamarco (2000, p. 07), que a coloca como “a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”. E, mais especificamente, falando sobre a função jurisdicional, Bastos e Martins (1989, p. 169), aduzem:

Podemos, assim, afirmar que a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes.

É imperioso mencionar que esse princípio constitucional está intimamente ligado ao princípio da separação dos poderes, no qual constituem, juntos, um conjunto de garantias constitucionais. Além de interligados, é da separação dos poderes que se extrai a ideia de inafastabilidade da jurisdição. Sobre esse assunto, Silva (2006, p. 131), discorre:

[...] o princípio da proteção judiciária, também chamado 'princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional' constitui, em verdade, a principal garantia dos direitos subjetivos. Mas ele, por seu turno, fundamenta-se no princípio da separação de poderes, reconhecido pela doutrina como garantia das garantias constitucionais.

Nessa seara, o que se observa é que a tutela jurisdicional como uma garantia está presente para defender o interesse público de possíveis decisões arbitrárias. Apesar da existência da independência e harmonia, esses atributos não podem ser usados para justificar o abuso de poder. Como leciona o professor Carvalho (2015, p. 07):

Todavia, não se deve deixar de lado a necessidade da harmonia entre os poderes, ou seja, a independência não pode ser um instrumento para o abuso de poder. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário devem ater-se às suas competências, previamente traçadas pela Lei Suprema do Brasil, sem ultrapassá-las. Entretanto, se isso acontecer, faz-se necessário a interferência de um poder sobre o outro, com o fito de se restabelecer o equilíbrio e a harmonia entre os poderes estatais.

Apesar do que foi exposto até agora, o tema ganha maior discussão quando se tenta aplicar tais princípios aos atos administrativos discricionários. Não resta dúvida que os atos administrativos podem sofrer controle pelo Poder Judiciário, no que tange aos elementos vinculados que compõem os atos. Segundo Odete Medauar (2010), esse controle será realizado de forma repressiva, ou seja, após a realização do ato. Então, quando o ato administrativo se concretiza, a legalidade poderá ser questionada e apreciada pelo Judiciário.

Todavia, é necessário observar até que ponto o princípio da inafastabilidade da jurisdição impera quando se está diante de mérito administrativo. A interferência do Judiciário na decisão subjetiva do administrador em respeito a esse princípio pode ser vista como uma afronta ao princípio da Separação dos Poderes, uma vez que a invasão na seara executiva é mais enfática. Principalmente, porque é a própria lei que respalda a atuação discricionária do agente público, de acordo com as noções de conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, os administrativistas clássicos defendem a ideia de total impossibilidade de interferência do judiciário no controle do mérito administrativo. Exemplo disso é ressaltado pelo administrativista Cretella Júnior (1995, p. 266), em seus estudos sobre o tema:

Aspecto algum do mérito admite revisão pelo Judiciário. Ao contrário, repele-a. o Judiciário tem campo próprio para locomover-se, não invadindo terreno privativo da Administração. Se alguma fração de mérito, por menor que fosse, se entrelaçasse, confundindo-se com a legalidade, estas duas entidades perderiam sua razão de ser, ou a noção de legalidade, nos setores comuns, sobrepujaria a noção de mérito.

[...].

Surpreende, por isso, que credenciado julgador tenha, embora dando ao mérito sentido exato, afirmado: “Não me convenço, porém, de que, na apreciação do ato administrativo, deva o juiz limitar-se a verificar a formalização, não entrando no mérito da decisão impugnada. Não entendo que deva o Poder Judiciário limitar-se a apreciar o ato administrativo do ângulo da legalidade extrínseca e não de seu mérito intrínseco, ou seja, de sua justiça ou injustiça.

Além disso, há também algumas decisões jurisprudenciais no sentido de negar a possibilidade de interferência judiciário no mérito do ato administrativo, segue um exemplo de decisão da sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Ordinário, sob o voto do Relator Ministro Vicente Leal:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA.

- Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.
- Recurso ordinário desprovido.

(STJ, SEXTA TURMA, RMS 14967/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 22.04.2003 p. 272).

Todavia, a visão pós-positivista já se perfaz no sentido da possibilidade dessa interferência, ideia defendida nesta pesquisa e que será tratada com mais ênfase no próximo capítulo.

Por fim, vale apenas mencionar o posicionamento de Di Pietro (2003, p. 61), já no sentido de maior abertura da atuação jurisdicional no conteúdo de mérito do ato administrativo:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto

da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade. (artigo 5º, inciso LXXIII e 37).

Esse entendimento está sendo cada vez mais comum, inclusive em decisões reiteradas do STJ e do STF, mostrando uma tendência a maior abertura para essa compreensão.

Dando continuidade ao estudo dos princípios constitucionais correlatos, o próximo ponto trará a análise dos últimos, que são: a razoabilidade e a proporcionalidade.

3.3. Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Diferentemente dos princípios abordados anteriormente, a razoabilidade e proporcionalidade não vêm expressas na Constituição Federal de 1988, todavia podem ser compreendidas como princípios constitucionais implícitos.

De acordo com eles, o agente público deve agir de tal forma que não ultrapasse aquilo que é razoável e proporcional à função pública. Pelo entendimento de Gasparini (2008), tudo aquilo que foge disso é cabalmente proibido ao administrador.

Com relação a normatização expressa, a proporcionalidade pode ser empreendida a partir do artigo 2º, VI, da Lei nº 9.784/99, que diz “VI- adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”. Ou seja, não cabe ao Estado extrapolar aquilo que é necessário, caso o faça estaria ferindo o princípio da proporcionalidade, como também da razoabilidade.

Vale ressaltar que mesmo atendendo às finalidades da norma jurídica, se os meios utilizados não foram razoáveis e proporcionais, adequando as medidas adotadas ao caso concreto, o ato poderá ser anulado. Neste sentido, pode-se compreender a adoção desses princípios como formas de justificar o controle exercido nos atos discricionários. Corroborando com essa ideia, Alexandrino e Paulo (2008, p. 135), exemplificam:

Imagine-se que um agente da vigilância sanitária de um município, em visita a um grande supermercado, encontrasse em uma prateleira alguns pacotes de uma determinada marca de biscoitos uns dois ou três dias fora do prazo de validade. O agente, então, como sanção administrativa, decreta a interdição do estabelecimento por 15 dias. Uma lei do hipotético município determina como possíveis sanções para estabelecimentos que ofereçam à população alimentos inadequados ao consumo, aplicáveis a critério da autoridade administrativa, conforme a gravidade e as consequências da infração: a) multa; b) apreensão e destruição das mercadorias impróprias; e c) interdição do estabelecimento por até 15 dias.

Observa-se, nesta situação, que por mais que o interesse público restasse atendido, o agente ultrapassou os limites do razoável, agindo de forma desproporcional diante da ilegalidade cometida pela empresa. Defende-se, portanto, que em casos como esses o Poder Judiciário, ao ser provocado, invalide o ato por violação aos princípios ora estudados.

Nos últimos tempos, nota-se uma tendência dos Tribunais de relativizar o mérito administrativo em detrimento de tais princípios, como é o caso do julgado da 3ª Câmara de Direito Público de São Paulo, pelo voto do Relator Marrey Uint:

Apelação Cível - Mandado de segurança - Requisito de capital social ou patrimônio líquido para participar de licitação para serviços funerários - Ato administrativo discricionário. Possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade violados Inteligência do art. 27, XXI, da CF - Sentença mantida - Recursos oficial e voluntário da Prefeitura improvido.

(TJSP – Relator Marrey Uint, APL 994061570414 SP, 3ª Câmara, DJ, 14/10/2010).

Outro julgado neste sentido é do STF (Supremo Tribunal Federal), vale a menção:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO: EXIGÊNCIA DE TESTE DINÂMICO DE BARRA FIXA PARA CANDIDATOS DO SEXO FEMININO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Relatório 1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O Tribunal de Justiça de Sergipe julgou apelação em mandado de segurança, nos termos seguintes: "MANDADO DE SEGURANÇA -

CONCURSO PÚBLICO - QUADRO DE OFICIAIS DE SAÚDE - POLÍCIA MILITAR - PROVA DE APTIDÃO FÍSICA - NATUREZA ELIMINATÓRIA - LEGALIDADE - TESTE DINÂMICO NA BARRA FIXA - CANDIDATO - SEXO FEMININO - EXIGIBILIDADE - ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - ATIVIDADES HOSPITALARES E AMBULATORIAIS - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - AFRONTA - NULIDADE.II - Exorbitante ato discricionário da administração que estipula teste dinâmico de barra fixa para candidatos do sexo feminino em concurso público para cargos, cujas atividades são eminentemente desenvolvidas em ambiente hospitalar e ambulatorial, ferindo frontalmente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. III - Recurso conhecido e improvido." (fl. 143) [...].

(RE 344.833, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 27.6.2003).

Conclui-se, portanto, que a atuação do Poder Judiciário no controle dos atos discricionários não macula o princípio da Separação dos Poderes; na verdade, assegura a sua fiel manutenção.

Nesta seara, a inafastabilidade da jurisdição é mantida, assegurando ao cidadão valer-se do Poder Judiciário sempre que estiver diante de alguma ilegalidade, seja na desconformidade com o texto expresso (vício de legalidade) ou com abuso de poder.

Deste modo, invocar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade se mostra como a via mais correta para justificar a interferência jurisdicional na subjetividade do administrador que age com a finalidade de benefício particular e não com o escopo precípua, que é a defesa do interesse público.

No próximo capítulo serão estudados de forma mais detalhada como se dá a atuação da Administração Pública na prestação de serviços, observando a atuação subjetiva do agente público e como se dá a atuação Judiciária diante disso.

4. A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Atualmente, pode-se presenciar no Brasil uma evidente desconfiança da população com as instituições estatais, seja no âmbito legislativo, judiciário ou executivo. Nota-se que o descrédito não é somente com as entidades, mas também com os próprios agentes que prestam a função pública.

A evidente desconfiança que apetece o sistema estatal é resultado da divulgação de diversas irregularidades que ocorrem nas suas entidades, no qual ganha ênfase o crime de desvio de poder, seja através do abuso de poder ou do desvio de finalidade. Acontece que o servidor, no exercício das suas funções, utiliza-se do seu cargo para obter vantagens pessoais. São exemplos: o recebimento de propina para fraudar o procedimento licitatório, venda de sentenças, percepção de indenizações indevidas etc.

Vale mencionar que, na realidade, os casos que vem à tona de irregularidades no serviço público representam apenas uma pequena parcela da situação de desrespeito ao interesse público. E isso acaba gerando problemas em diversas áreas, como na saúde, educação, segurança, com a justificativa de que o recurso é reduzido; porém, o que se vê é uma destinação incorreta para o dinheiro que se tem.

Por esse motivo, é necessário repensar a atuação do Poder Judiciário como órgão de controle de atos discricionários. A possibilidade de recorrer ao judiciário como meio de questionar um mérito administrativo viciado de irregularidade, poderia ser uma saída para uma fiscalização mais eficaz da atividade pública, tendo como fim a sua moralização.

Todavia, não se pode compreender essa atuação de forma tão abrangente que venha a ferir o princípio da separação dos poderes, ora estudado. Então, o que se deve buscar é uma conformação do controle exercido pelo Poder Judiciário com os princípios correlatos.

Deste modo, em consonância com os temas já estudados nos capítulos anteriores, o Poder Judiciário só poderia atuar no controle de legalidade dos atos administrativos, todavia os princípios da razoabilidade e proporcionalidade

relativizam esse pressuposto, como forma de limitar o cometimento de atos arbitrários, resguardando o interesse público.

Dito isto, este último capítulo tem como foco analisar a atuação da Administração Pública e a possibilidade de ação do Poder Judiciário no mérito administrativo dos atos discricionários.

4.1. Panorama organizacional da Administração Pública brasileira

A organização administrativa é a forma pela qual o Estado se estrutura, dela fazem parte as pessoas, entidades e órgãos que vão desempenhar funções específicas ao seu campo de atuação, agindo com finalidade geral de atender aos interesses da coletividade.

Para Carvalho (2015), a Administração Pública pode ser compreendida a partir de dois sentidos: o material e objetivo, que se refere justamente à função que o ente público irá exercer como forma de atender à coletividade; e o subjetivo e orgânico, corresponde ao conjunto estrutural de órgãos e entidades que fazem parte do Estado, é este o sentido que será mais aprofundado neste tópico para compreender melhor o panorama organizacional do Poder Público.

De acordo com Di Pietro (2014, p. 50), ainda há uma distinção mais ampla, que é compreendida a partir da associação do termo administrar com planejamento e execução:

- a) em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a Administração Pública compreende a função política, que traça as diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa;
- b) em sentido estrito, a Administração Pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas os órgãos administrativos e, sob o aspecto objetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política.

É se utilizando dessas compreensões acerca da Administração que o estudo se procederá. Nesse sentido, a estruturação do aparelhamento organizacional da Administração Pública é primordialmente normatizada, através de leis, decretos ou atos. De acordo com o professor Carvalho (2015, p. 149-150), isso ocorre:

[...] porque, para o melhor funcionamento estatal, alguns serviços são prestados diretamente pelos entes federativos, sem que seja transferida a execução a outrem, mas, em determinadas situações, as pessoas políticas transferem a prestação dos serviços a outros entes. O decreto-lei n. 200/67, bem como todas as alterações a ele impostas, são os responsáveis pela divisão da Administração Pública em direta e indireta. Ressalte-se que o diploma data de 1967 e, por isso, encontra inúmeros conceitos superados pela legislação posterior, sendo que, para a maior parte da doutrina, determinados pontos desse Decreto sequer foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, estando, portanto, superadas.

O Decreto-lei n. 200/67 define regras de estruturação referentes à União, funcionando como norma geral e de observância obrigatória, devido a sua forma de recepção pela Constituição Federal de 1988 como lei ordinária, esta norma só pode ser alterada por lei federal, devendo ser respeitado por todos os entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Decreto prevê a possibilidade de prestação de serviços de forma centralizada, pelos entes da administração pública direta; ou, por meio do fenômeno da descentralização, a partir da criação de pessoas jurídicas especializadas, com a transferência da prestação de serviços para essas entidades.

De acordo com o administrativista Mello (2013, p. 143-144):

Independentemente do fenômeno a que se vem de aludir, o certo é que o Estado como as outras pessoas de Direito Público que crie, pelos múltiplos cometimentos que lhes assistem, têm de repartir, no interior deles mesmos, os encargos de sua alçada entre diferentes unidades, representativas, cada qual, de uma parcela de atribuições para decidir os assuntos que lhe são afetos. Estas unidades são o que denominamos órgãos e se constituem por um conjunto de competências.

Vale um apêndice para discorrer um pouco sobre os órgãos públicos. Estes são compreendidos como unidades de competência, por meio do qual atuam

em nome da entidade a que estão vinculados, por exemplo, a Secretaria de Estado da Saúde (órgão) atua em nome do Estado ao qual pertence.

Sobre este assunto, importante citar a definição de órgão de Meirelles (1990, p. 67):

São centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem (20). São unidades de ação com atribuições específicas na organização estatal. Cada órgão, como centro de competência governamental ou administrativa, tem necessariamente funções, cargos e agentes, mas é distinto desses elementos, que podem ser modificados, substituídos ou retirados sem supressão da unidade orgânica. Isto explica por que a alteração de funções, ou a vacância dos cargos, ou a mudança de seus titulares, não acarreta a extinção do órgão.

Além das diversas definições elaboradas por estudiosos do Direito Administrativo, os legisladores brasileiros se preocuparam em defini-los, a sua conceituação está no artigo 1º, parágrafo 2º, da Lei nº 9.784/99, que aduz órgão como “a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta.

De acordo com Rosa (2012), é na estrutura dos órgãos que se encontram os cargos públicos, estes exercidos por pessoas físicas, que atuam em nome do próprio Estado.

Neste sentido, os doutrinadores desse ramo do direito elaboraram três teorias que têm como escopo explicar a relação estabelecida entre a pessoa jurídica (que atua em nome do Poder Público) e o próprio Estado, são elas: a teoria do mandato, da representação e do órgão. Ao discorrer sobre a teoria do mandato, os administrativistas Alexandrino e Paulo (2015, p. 109-110), explicam:

Por esta teoria, que toma por base um instituto típico do direito privado, a relação entre o Estado e seus agentes públicos teria por base o contrato de mandato. Mandato, para o direito privado, é o contrato mediante o qual uma pessoa, o mandante, outorga poderes a outra, o mandatário, para que este execute determinados atos em nome do mandante e sob a responsabilidade deste. O instrumento do contrato de mandato é a procuração. Assim, o agente, pessoa física, seria o mandatário da pessoa jurídica, agindo em seu nome e sob a responsabilidade dela, em razão de outorga específica de poderes.

A crítica à essa teoria diz respeito aos limites do mandato e de que forma o Estado responderia perante terceiros quando o agente viesse a extrapolar os seus poderes; de acordo com essa hipótese, o Poder Público se eximiria de responsabilidades, apenas o agente que cometeu a infração seria responsabilizado pela sua atitude, como se agisse em nome próprio e não como o próprio Estado. Esta não é a teoria adotada no Brasil.

Em outro sentido, a teoria da representação coloca o agente público na posição de representante de pessoas incapazes, ou seja, atuaria como um tutor ou curador do ente estatal vinculado.

Quem critica duramente essa teoria é Di Pietro (2014), os seus principais apontamentos dizem respeito ao erro de comparar o Estado a um incapaz, atribuir ao Estado a ideia de que confere representantes para si mesmo, e, da mesma forma como a teoria do mandato, o Estado também não responderia aos limites extrapolados por seus representantes, também não é uma teoria adotada.

Por fim, a teoria do órgão, mais aceita e adotada pela doutrina e jurisprudência, aduz que a vontade do Estado é manifestada através dos seus órgãos. De acordo com Di Pietro (2014, p. 589-590):

Pela teoria do órgão, a pessoa jurídica manifesta a sua vontade por meio dos órgãos, de tal modo que quando os agentes que os compõem manifestam a sua vontade, é como se o próprio Estado o fizesse; substitui-se a ideia de representação pela de imputação.
[...].

Essa teoria é utilizada por muitos autores para justificar a validade dos atos praticados por funcionário de fato; considera-se que o ato do funcionário é ato do órgão e, portanto, imputável à Administração. A mesma solução não é aplicável à pessoa que assuma o exercício de função pública por sua própria conta, quer dolosamente (como o usurpador de função), quer de boa-fé, para desempenhar função em momentos de emergência, porque nesses casos é evidente a inexistência de investidura do agente no cargo ou função.

Para finalizar essa sistemática de funcionamento do aparelhamento estatal no que diz respeito aos órgãos públicos, menciona-se que a imputabilidade aludida acima nas palavras de Di Pietro (2014), não é absoluta. Para que ela seja materializada, o agente público deve estar investido de poder jurídico, isto é, de poder reconhecido legalmente, ou, pelo menos, no exercício da função de fato.

No que tange às atividades exercidas pelas pessoas jurídicas, órgãos e agentes destinados a realizar as atividades direcionadas às necessidades coletivas,

pode-se compreender a atividade própria de Estado sendo como de fomento, polícia administrativa e serviço público, podendo citar, inclusive, a intervenção como uma quarta modalidade de desempenho.

De forma sucinta, Di Pietro (2014), compreende como fomento o auxílio prestado pelo Poder Público à iniciativa privada, esse incentivo pode ocorrer através de: subsídios financeiros; financiamento, sob condições especiais; favores fiscais como forma de estimular o exercício de algumas atividades; e desapropriações que venham a favorecer entidades privadas sem fins lucrativos.

O fomento se destina apenas às pessoas jurídicas que atuam com a finalidade de interesse público. Já a polícia administrativa atua em atividades que impõe restrições ao exercício de direitos individuais em detrimento do interesse coletivo, são exemplos de medidas possíveis a serem adotadas: notificações, autorizações, licenças etc.

Já serviço público, segundo a definição de Di Pietro (2014, p. 56):

É toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado, com ou sem exclusividade. A própria Constituição Federal é farta em exemplos de serviços públicos, em especial os previstos no artigo 21 com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 8/9 5: serviço postal e correio aéreo nacional (inciso X), serviços de telecomunicações (inciso XI), serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético, radiodifusão, navegação aérea, aeroespacial, transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros em fronteiras nacionais ou que transponham os limites de Estado ou Território, transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, serviços de portos marítimos, fluviais e lacustres (inciso XII) ; serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (inciso XV) ; serviços nucleares (inciso XXIII).

Por fim, a intervenção é compreendida como uma forma de regulamentação e fiscalização da atividade econômica de natureza privada, como também por meio da intervenção direta do Estado na economia, pelas empresas estatais.

Todo esse contexto inicial é importante para realizar um estudo acerca dos agentes públicos que atuam em nome do Estado e que tem a finalidade de atender às necessidades coletivas.

4.2. A atuação do Agente Público como mantenedor do interesse coletivo

Por mais que exista toda uma estrutura organizacional que funcione na teoria com excelência, a partir da divisão de funções em órgãos e entidades, de nada adiantaria se não existisse o elemento humano como força motriz para a máquina estatal prestar as suas atividades. É nessa conjectura que entram os agentes públicos como mantenedores do interesse coletivo.

O agente público é a pessoa física que, atuando em nome do Estado, desempenha, de forma permanente ou transitória, a função pública. O conceito mais utilizado pela doutrina é exposto pelo pesquisador Moreira Neto (2014, p. 406), que diz:

Agente público, designativo de todos aqueles que, servidores públicos ou não, estão legalmente intitulados a exercer, em nível decisório, uma parcela ou aspecto do poder público, investidos de competências especificamente definidas pela ordem jurídica positiva.

Todavia, vale mencionar as definições elaboradas por alguns administrativistas renomados. De acordo com Meirelles (1990, p. 74):

Agentes públicos - São todas as pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal. Os agentes normalmente desempenham funções do órgão, distribuídas entre os cargos de que são titulares, mas excepcionalmente podem exercer funções sem cargo. A regra é a atribuição de funções múltiplas e genéricas ao órgão, as quais são repartidas especificamente entre os cargos, ou individualmente entre os agentes de função sem cargo. Em qualquer hipótese, porém, o cargo ou a função pertence ao Estado, e não ao agente que o exerce, razão pela qual o Estado pode suprimir ou alterar cargos e funções sem nenhuma ofensa aos direitos de seus titulares.

De forma mais concisa, Di Pietro (2014, p. 596), define essa figura como “agente público é toda pessoa que presta serviços ao Estado e às pessoas jurídicas da Administração Indireta”.

De acordo com alteração à Constituição Federal de 1988 por meio da Emenda Constitucional nº 18/98, os agentes públicos subdividem-se em quatro classes, são elas: agentes políticos, servidores públicos, militares, e particulares em

colaboração com o Poder Público. Entretanto, não cabe aqui fazer um estudo mais detalhado de cada um deles visto que o interesse para a pesquisa é utilizar o agente público de forma geral, como todo aquele que está prestando uma atividade com finalidade pública, atendendo às necessidades de uma coletividade.

A supremacia do interesse público, princípio norteador de todos os demais princípios da Administração Pública, consubstancia-se nos poderes administrativos que são conferidos aos agentes públicos, nos termos da lei. E, por outro lado, em decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público, esses administradores têm deveres administrativos.

É dentro da seara dos poderes e dos deveres que se analisa a forma de atuação do Estado, por meio dos seus agentes, em cumprimento às suas obrigações precípuas, pautadas na moralidade e em prol da coletividade.

Deste modo, o poder-dever do administrador sujeita-se a limites, que é uma finalidade específica imposta legalmente. De acordo com Rosa (2014, p. 142):

A função administrativa deve ser exercida, porém, nos limites e na forma da lei e do direito. O agente há de reunir competência para a prática do ato, a finalidade há de ser aquela imposta na lei que autoriza a atuação, os motivos devem ser verdadeiros e aqueles presumidos na norma, o objeto há de ser lícito e a forma não vedada pelo direito ou a imposta na lei. Assim, o uso do poder será lícito para a Administração.

O uso desse poder-dever é o objeto do estudo em questão. Tem-se, portanto, que na execução da atividade administrativa, utilizando-se da subjetividade permitida por lei, o agente público deve atuar de forma a atingir a finalidade proposta, ao se distanciar disso estará agindo de maneira ilícita, ocasionando o que se denomina de abuso de poder.

O gênero abuso de poder se divide em quatro espécies: excesso de poder; desvio de finalidade; abuso por irregular execução do ato; e, silêncio administrativo. Espécie que serão estudadas a seguir.

De acordo com Rosa (2014), o excesso de poder se configura quando a competência é desrespeitada, ou seja, o agente público não tinha competência para a prática de determinado ato, mas o pratica assim mesmo.

Vale lembrar, neste ponto, que a competência é um requisito vinculado do ato administrativo, desrespeitando-o o ato será nulo. Nas palavras do professor Carvalho (2015, p. 116):

O excesso de poder ocorre em casos nos quais a autoridade pública atua fora dos limites de sua competência, ou seja, exorbita ou extrapola a competência que lhe foi atribuída, praticando atos que não estão previamente estipulados por lei. Trata-se, portanto, de vício de competência a tornar nulo o ato administrativo praticado.

Por outro lado, o desvio de finalidade, como o próprio nome já diz há um desvio do que é proposto pela norma. Neste caso, o agente público atua dentro dos limites da sua competência, mas visa alcançar outra finalidade daquela prevista em lei. Acerca disso, discorre Meirelles (1990, p. 98):

O desvio de finalidade ou de poder verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público. O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou, por outras palavras, a violação moral da lei, colunando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de um ato administrativo aparentemente legal. Tais desvios ocorrem, p. ex., quando a autoridade pública decreta uma desapropriação alegando utilidade pública mas visando, na realidade, a satisfazer interesse pessoal próprio ou favorecer algum particular com a subsequente transferência do bem expropriado; ou quando outorga uma permissão sem interesse coletivo; ou, ainda, quando classifica um concorrente por favoritismo, sem atender aos fins objetivados pela licitação.

Sobre o abuso de poder por irregular execução do ato e por silêncio administrativo, explica com maestria Rosa (2014, p. 143):

O abuso do poder por irregular execução do ato é encontradão na convalidação do ato jurídico administrativo em ato concreto, material. Assim, se o agente, embora competente, atua com abuso de autoridade, terá havido abuso do poder. O ato jurídico não será necessariamente nulo, mas seu executor (que o fez de forma abusiva) responderá pela atuação ilegal (responsabilidade civil, criminal e administrativa).

O silêncio administrativo (que retrata uma omissão indevida) também pode gerar a indevida violação de direitos e retratar, por fim, uma das espécies possíveis de abuso. Nesse caso, porém, a ação judicial não almejará a invalidação do ato, porque não praticado, mas a supressão da omissão indevida. O mandado de segurança (CF, art.

5º, LXIX, e Lei n. 1.533/51), a ação popular (CF, art. 5º, LXXIII, e Lei n. 4.711/65) e a ação civil pública (Lei n. 7.347/85) podem questionar, judicialmente, os atos praticados com desvio e com abuso de poder.

O abuso de poder é, portanto, a irregularidade cometida pelo agente público enquanto atua como tal, utilizando, muitas vezes, da subjetividade lícita, autorizada por lei, para atuar de forma ilícita.

Deste modo, o que se defende nesta pesquisa é a possibilidade de atuação do Poder Judiciário no controle do desempenho desses agentes que acabam incorrendo em abuso de poder ao utilizar da subjetividade que lhe é permitida por lei, para que no lugar de atender a finalidade precípua da Administração Pública, que é promover o interesse coletivo, acabam agindo com o escopo de atender a interesses egoístas, individuais.

4.3. Atuação do Poder Judiciário no Controle dos Atos Administrativos

O que se pretende demonstrar aqui é a possibilidade do Poder Judiciário em atuar no controle de irregularidades decorrentes do abuso de poder, sem coibir o atributo do mérito administrativo. Uma vez que, cercear a utilização da subjetividade por parte do agente público constitui não apenas afronta ao princípio da separação dos poderes, como também até da própria legalidade, uma vez que este elemento (mérito administrativo) é assegurado por lei.

Sobre esse controle, o professor Carvalho (2016, p. 23-24), discorre:

O controle pelo Judiciário dos atos administrativos é feito a partir da verificação de pertinência entre a previsão abstrata da norma e a execução do ato. Enfim, é o exame da legalidade referente à prática deste. Essa apreciação deve ser feita tomando-se a legalidade em sua acepção ampla, incluindo em seu sentido leis, atos normativos, normas constitucionais e princípios jurídicos. A função administrativa deve ser exercida em respeito, portanto, ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive aos seus princípios informadores.

Em relação aos atos vinculados, a sua regulação é normatizada, evitando-se que os fins legais sejam desrespeitados. O seu controle se dá pela autotutela, quando a própria Administração revê os seus atos ou pela atuação

jurisdicional. Deste modo, não paira dúvidas da necessária atuação do Poder Judiciário no controle de legalidade desses atos. Caso o administrador atue em desconformidade com a lei, o administrado pode, portanto, recorrer tanto à própria Administração quanto ao Judiciário para a execução do ato de acordo com os parâmetros legais.

Todavia, como já mencionado no decorrer desta pesquisa, o controle dos atos discricionários pelo Judiciário é motivo de ampla discussão e divergência entre os mais diversos administrativistas.

O que se questiona, neste caso, não são os aspectos legais do ato discricionário, mas sim aqueles que adentram no mérito administrativo, isto é, os aspectos que a lei permite uma margem de escolha pelo administrador.

O que predomina no entendimento doutrinário e jurisprudencial é a impossibilidade da atuação do Poder Judiciário no mérito administrativo. Contudo, o que se defende aqui é a possibilidade dessa interferência, com justificativa na aplicação dos princípios constitucionais já estudados no capítulo anterior, e também como forma de preservar o interesse público diante de atos arbitrários eivados falso moralismo.

Neste sentido, os atos administrativos devem, antes de tudo, atender as finalidades públicas, devendo ser práticos de acordo com o que determina o direito. Para tanto é necessário recordar a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade já expostos com a sua necessária atenção, uma vez que ao extrapolá-los o administrador está cometendo prática irregular e ofensiva à coletividade.

Necessário dizer que o que se defende, portanto, não é uma invasão da competência judiciária na administrativa, a ponto de corromper o mérito administrativo que é assegurado por lei, e macular o princípio da Separação dos Poderes, mas sim a possibilidade de reanálise das irregularidades praticadas pelos administradores. Acerca disso, leciona Carvalho (2016, p. 25):

Com isso, quer-se dizer que não é dado ao magistrado substituir o juízo de conveniência e oportunidade do administrador público pelo seu, mas que cada ato administrativo deve ser executado nos estritos termos dispostos na norma jurídica. Afinal, mesmo os atos administrativos discricionários têm os seus limites previamente dispostos no sistema normativo, como decorrência dos princípios adotados pela Constituição Federal brasileira, dentre eles, como

expoente, o da legalidade, e por ser o Brasil um Estado Democrático de Direito.

Deste modo, empreende-se aqui a ideia de que o ato administrativo discricionário não se resume ao mérito administrativo, mas sim a um conjunto de elementos que o constituem, como é o caso dos princípios que os norteiam. Esse novo enfoque acerca desses atos é uma tendência de posicionamento da doutrina moderna.

Afastar totalmente o ato discricionário da apreciação judiciária, inclusive no que tange à subjetividade de escolha do agente público, gera uma ideia de impunidade; pois, às suas atitudes não cabem nenhuma ação que venha a coibir as irregularidades cometidas.

Como bem explica Carvalho (2015, p. 28-29), “cria-se uma sensação de poder incontrastável, o que viabiliza o cometimento de arbitrariedades, sob a máscara do exercício de um poder discricionário”. Sobre isso, defende Di Pietro (2001, p. 204):

Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

Portanto, cresce a inteligência da possibilidade de análise mais profunda por parte do judiciário de atos de competência discricionária, a partir da explicação dos princípios do ordenamentos jurídico. Corroborando com esse entendimento, argumenta Freitas (1997, p. 143-144):

Decerto, a vedada inquirição quanto à oportunidade e à conveniência não se confunde com o necessário exame da finalidade (invariavelmente vinculante), porém se avizinham a ponto de se dever afirmar, na busca de uma imprescindível delimitação técnica das fronteiras conceituais, que o controle 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. Porque, se é certo que o Judiciário não pode dizer substitutiva e positivamente, como o julgador deveria ter julgado ou positivamente agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de

como não deveria ter julgado ou agido, ao emitir juízos guiados por aquela discricção sempre vinculada aos princípios superiores da Administração Pública.

Destarte, em consonância com a conjuntura jurídica atual, os princípios têm um espaço de grande relevância, com observância obrigatória na regulação dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários. Por esse motivo, aos atos não são executados apenas de acordo com os parâmetros da norma jurídica positivada, mas também com base nos princípios norteadores do direito.

Por todos os motivos expostos ao longo deste trabalho, defende-se, assim, que o Poder Judiciário pode atuar nas decisões subjetivas dos administradores, quando estes atuam pautados pelo mérito administrativo, prerrogativa resguardada pela lei, mas que se utilizem disso para tomar decisões arbitrárias e que não atendem aos interesses coletivos, finalidade precípua da Administração Pública.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É pacífico que o entendimento doutrinário e jurisprudencial, em sua maioria, adotam o posicionamento de que não é possível a atuação do Poder Judiciário nos elementos discricionários do ato administrativo.

Entretanto, esse estudo, de forma antagônica, teve por essência demonstrar que é possível essa atuação, mesmo que de forma limitada, afim de fazer valer o sistema jurídico como um todo, combinando não apenas as normas jurídicas para a atuação do agente público, como também legitimando essa administração com princípios constitucionais correlatos, explícitos e implícitos.

Mesmo que prepondere o pensamento oposto, não se pode deixar de lado novas correntes que argumentam sobre aspectos de grande relevância, como é o caso da necessidade de limitação de atos arbitrários que resguardam a sua segurança em pressupostos de discricionariedade. Ou seja, a discricionária, que é permitida por lei, não pode ser utilizada como fundamento para o abuso de poder. Deste modo, se faz necessário mecanismos de controle para que essa prática seja coibida e o interesse público preservado.

Neste sentido, a análise do sistema normativo brasileiro como um conjunto de elementos que o formam, constituindo-se como um todo indissolúvel, tem como observância que os atos administrativos além de estarem de acordo com a lei, devem também estar de acordo com os princípios.

Corroborando com esse pensamento, o primeiro objetivo específico proposto foi a realização de estudos prévios sobre os atos administrativos. Ressalta-se que foi de extrema importância para criar as bases do estudo em questão, a partir da constituição dos aspectos caracterizadores e elementares dos atos administrativos.

O segundo desígnio, foi o estudo específico dos atos discricionários, fazendo um levantamento dos seus aspectos mais relevantes para que, posteriormente, ao confrontar o mérito administrativo, constante nessa espécie de atos, com os princípios constitucionais correlatos, pudesse verificar uma base sólida argumentativa para sustentar a possibilidade de intervenção judicial no controle desses atos ora estudados.

Explanados e alcançados os primeiros dois objetivos propostos, a pesquisa finalizou-se com o estudo mais específico do funcionamento da Administração Pública e a atuação do agente público como mantenedor do interesse coletivo, observando, neste caso, a atuação do Poder Judiciário como um mecanismo necessário para o controle de atos discricionários, mas que estão eivados de vícios de legalidade e morais, a partir de atuações arbitrárias.

Todavia, é importante ressaltar, como dito ao longo deste trabalho, que pelo entendimento majoritário a atuação do Judiciário nesta seara limita-se ao cumprimento da lei, ou seja, não entra no mérito administrativo, prerrogativa do agente público.

Diante do exposto, apesar das controvérsias existentes na temática estudada, os resultados finais da pesquisa foram condizentes com o que foi inicialmente proposto. Deste modo, entende-se, pois, que o Poder Judiciário tem a competência de análise do mérito administrativo, quando este ultrapassa os limites da razoabilidade e proporcionalidade, ferindo o princípio máximo da Administração Pública, que é a supremacia do interesse público. Prática esta, que como resta argumentado ao longo da pesquisa, não fere princípios constitucionais, inclusive o da Separação dos Poderes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BALTAR NETO, Fernando Ferreira; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo**. 5 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2015.

BARRUFFINI, José Carlos Tosetti. **Direito constitucional**. vol. 2. Coleção curso e concurso. Edilson Mougenot Bonfim (Coordenação). São Paulo: Saraiva, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 10 de abr. de 2016.

_____. **Lei nº 9.784 de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 10 de abr. de 2016.

_____. **Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965**. Regula a Ação Popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm>. Acesso em: 8 de abr. de 2016.

_____. **Decreto-lei n. 200/67**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm>. Acesso em: 9 de abr. de 2016.

_____. São Paulo. Tribunal de Justiça. TJ-SP. **APL 994061570414/SP**. Marrey Uint. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16841516/apelacao-apl-994061570414-sp>>. Acesso em 8 de abr. de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **RMS 14967/SP**. Ministro Vicente Leal (Relator). Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7469557/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-14967-sp-2002-0069256-5/relatorio-e-voto-13106302>>. Acesso em 8 de abr. de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. STF. **RE 344.833/ES**. Ministro Sepúlveda Pertence (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/informativo/verInformativo.asp?s1=policial&pagina=494&base=INFO>>. Acesso em 8 de abr. de 2016.

CARVALHO, Mateus Vianna de. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2015.

_____. **Controle dos Atos Administrativos Discricionários pelo Poder**

Judiciário: Análise do Mérito Administrativo de acordo com os Princípios

Constitucionais Atinentes. Disponível em:

<http://s3.amazonaws.com/manager_attachments/cms/downloads/2013/07/28-M%C3%A9rito_do_atpo_administrativo_revisado_BONI_IURIS.pdf?1374063413>.

Acesso em 10 de abr. de 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. 3. ed. vol. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Administrativo**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Forense, 2000.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5.ed. Rio de Janeiro. Forense. 1979.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2003.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23 ed. (atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho). São Paulo: Editora RT, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1o à 5o da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

_____. **Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 16. ed. Niterói: Método, 2008.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito Administrativo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Sinopses Jurídicas; v. 19, parte 1).

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

ULLA, Decio Carlos. **Concepto y caracteres del acto administrativo**. In: Vários autores. Acto administrativo. Buenos Aires: Astrea, 1982.