

OS LIMITES DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: UMA ANÁLISE DA INVALIDAÇÃO JURISDICCIONAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Avner Alexander Costa da Câmara¹

Ronaldo Alencar dos Santos²

RESUMO

Neste estudo, pretende-se analisar quais os limites dos atos discricionários da administração pública e como é feito o controle das transgressões pelo Poder Judiciário, uma vez que é possível perceber, diariamente, um desrespeito aos liames da discricionariedade, o que ocasiona um malefício ao coletivo. Desse desrespeito, surge a problemática e questiona-se, quando é possível fazer o controle jurisdiccional de um ato discricionário? Quais os princípios constitucionais que fundamentam o controle jurisdiccional de um ato discricionário? Essas questões serão abordadas neste trabalho científico. Ele apresenta uma relevante importância a fim de melhorar direitos coletivos. O problema se coloca quando a administração, dentro dos limites que a lei permite, age sem observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Este Estudo se qualifica como uma pesquisa teórica pura e exploratória e tem como fonte de pesquisa um levantamento bibliográfico e documental, tendo como principal aporte teórico a doutrina de Vladimir da Rocha França e Celso Antônio Bandeira de Melo; este defende que o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (CF) (BRASIL, 1988) é um dos princípios mais importantes, uma vez que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Nesse entender, atuais jurisprudências trazem uma ampliação de poder do Judiciário para melhor analisar e julgar atos discricionários inadequados, sem infringir o princípio da separação dos poderes. A doutrina vem debatendo as fronteiras dos atos discricionários, mas o assunto ainda não está pacificado. Violar um princípio é extremamente proibido; no entanto, o judiciário percebe que essa transgressão vem aumentando, devido ao desrespeito dos limites discricionários. É importante que o administrador público tome um maior cuidado antes de praticar atos administrativos que apresentem discricionariedade, a fim de garantir os valores fundamentais para a coletividade.

Palavras-chave: Administração Pública. Ato Administrativo. Poder Discricionário. Princípios Constitucionais.

¹ Discente: Graduando do curso de direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio Grande do Norte – FARN. E-mail: avneraleco@yahoo.com.br.

² Docente: Graduado em Direito pela FARN. Graduado em Ciências Sociais pela UFRN, Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Doutorando em Ciências Sociais pela UFRN, Doutorando em Filosofia do Direito pela UFPE. E-mail: ronaldo_alencar@hotmail.com.

THE DISCRETIONARY ACTS LIMITS OF PUBLIC ADMINISTRATION: AN JUDICIAL INVALIDATION ANALYSIS BY CONSTITUTIONAL PRINCIPLES LIGHT

ABSTRACT

This study aims to analyze which are the limits of the discretionary acts of public administration and how is the transgressions control made by the judiciary, once it is possible to see, every day, a disrespect for the discretion boundary lines, which causes a harm to the collective. From this disrespect the problematic arises and is possible to ask when is it possible to do the jurisdictional control of a discretionary act? What are the constitutional principles underlying the jurisdictional control of a discretionary act? These issues will be addressed in this scientific work that presents a relevant importance in order to improve collective rights. The problem arises when the administration inside her permitted limits given by law, acts without regard to principles of reasonableness and proportionality. The study is qualified as a pure and exploratory theoretical research, and it has as source of research a literature and documentary review, the main theoretical contribution to the study are the doctrines of Vladimir da Rocha França and Celso Antonio Bandeira de Melo; who defends that the Article 5, XXXV of the Federal Constitution (FC) (BRAZIL, 1988) is one of the most important principles, since "the law will not exclude the Judiciary from review the injury or threat to rights." On this understanding, current jurisprudence bring an expansion of Judiciary power to better analyze and judge inadequate discretionary acts without violating the principle of separation of powers. The doctrine has been discussing the boundaries of the discretionary acts, but the matter is still not pacified. Violating a principle is strictly prohibited; however, the judiciary realizes that this offense has been increasing everyday because of the disregard of discretionary limits. It is important to the public administrator takes greater care before doing administrative acts that has discretionary, to ensure the fundamental values for the community.

Keywords: Public Administration. Administrative Act. Discretionary Power. Constitutional Principles.

INTRODUÇÃO

No presente estudo, pretende-se analisar a temática **da invalidação jurisdicional da discricionariedade administrativa** em busca de limites dos atos discricionários e seu controle pelo Judiciário. Entende-se que o poder discricionário é a liberdade que a Administração Pública tem de agir conforme a sua conveniência e oportunidade, dentro dos limites legais, com o fim do bem coletivo. No entanto, em alguns casos, mesmo os agentes públicos, agindo na forma legal, produzem efeitos que são contrários aos princípios

constitucionais que regem a administração pública. Nessas situações, é possível haver o controle jurisdicional dos atos discricionários praticados pela Administração Pública, pois tais princípios emanam da Constituição Federal, lei maior à qual todas as leis e administração estão sujeitas.

Este trabalho apresenta uma relevante importância a fim de melhorar direitos coletivos. O problema se coloca quando os agentes públicos, mesmo dentro dos limites que lhes permite a lei, agem sem observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o que resulta em malefício ao coletivo.

Nesse âmbito, o trabalho se dispõe a analisar as seguintes questões de pesquisa, como objetivo geral: Quais os limites dos atos discricionários da administração pública? Quando é possível fazer o controle jurisdicional de um ato discricionário? Existe algum princípio constitucional que fundamente o controle jurisdicional de um ato discricionário? Quais os limites que deve o julgador observar quando do exercício do controle dos atos administrativos discricionários? Qual a importância do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários? Como objetivo específico, pretende-se mostrar a transgressão de princípios constitucionais, fazer levantamento de um caso para visualizar limites do poder discricionário e defender que os princípios devem ser respeitados; assim, o administrador público deve tomar um maior cuidado antes de praticar seus atos.

O trabalho se constitui de uma pesquisa explicativa de cunho teórico, com base bibliográfica e jurisprudencial; apresenta como aporte teórico a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo e a leitura de Vladimir da Rocha França.

Inicialmente apontar a divisão de funções do Poder, a partir de John Locke e Montesquieu para depois conceituar as atuais funções do Legislativo, Judiciário e Executivo e ainda trazer o conceito de função de governo ou política, para depois analisar os fundamentos da discricionariedade administrativa, partindo das concepções doutrinárias, para então descrever a vinculação da discricionariedade aos princípios constitucionais-administrativos.

Posteriormente, feito isso, o trabalho lançará luz sobre o controle jurisdicional na atividade administrativa em si; então, será analisado o controle externo e o controle sobre a discricionariedade da Administração Pública. Por fim, tentar-se-á solucionar o tema principal deste trabalho científico, a saber, a invalidação jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Importante é lembrar que o presente trabalho não possui a intenção de esgotar o tema abordado, mas esclarecer à sociedade que os atos discricionários da Administração Pública devem ser feitos de forma cautelosa, sempre tendo como escopo um benefício ao coletivo.

1 A DIVISÃO DE FUNÇÕES NO ESTADO CONSTITUCIONAL

No decorrer da história percebe-se que não existe um desenvolvimento do homem com a centralização do poder, assim é importante que o Estado tenha subdivisões de poderes onde a cada um compete uma tarefa diferente. “O poder constituinte tanto poderá exprimir do ponto de vista sociológico um confisco ou uma usurpação de soberania como um quadro de valores ou de legitimidade. O berço de sua teorização foi, porém a liberdade, a tese dos direitos humanos” (BONAVIDES, 2004, p.169).

1.1 A DIVISÃO ORGÂNICA DO PODER

LOCKE foi um dos primeiros filósofos a esboçar a separação dos poderes, em sua obra, “Segundo Tratado Sobre o Governo Civil”, no ano de 1690, defende a divisão de Estado em quatro poderes: Legislativo, Executivo, Federativo e Prerrogativo. O poder Legislativo pertencia ao Parlamento; tinha a função de criar normas e era conhecido como o poder supremo, por ter superioridade sobre todos os outros poderes. O Executivo executava as leis no âmbito interno e pertencia à Coroa; o Federativo executava as leis em âmbito externo e também pertencia à Coroa; por fim, o Prerrogativo, que é “a tomada de decisões em casos de exceção constitucional como guerra e estados de emergência”; também pertencia à Coroa (CANOTILHO, 2011, p. 580).

Todavia, cem anos depois, MONTESQUIEU, (1689-1755), concretiza a separação de poderes em seu livro, “O Espírito das Leis”; onde explica a distribuição de autoridade em: Poder Legislativo, Executivo e Judiciário. Montesquieu defendia que deve existir a separação de poder, para não haver tirania, uma vez que quem possui muito poder tende a abusar dele e transpor o racional (TEMER, 1998). Classifica que o Executivo passa a englobar os poderes Federativo e Prerrogativo, enquanto que o Judiciário é autônomo; ainda esclarece que “só o poder freia o poder”. Assim, cada poder deve ter sua autonomia em sua função específica e ainda uma harmonia comum entre os outros, promovendo equilíbrio e gerando um controle recíproco, determinado por lei, denominado de Checks and Balances, ou seja, Sistema de Freios e Contrapesos (CANOTILHO, 2011). Importante se faz a ressalva de que o poder é uno; o que se divide são os órgãos que desempenham as funções.

Cada órgão exerce uma função predominante de sua natureza: o Legislativo tem a função de legislar; o Executivo, de administrar, e o Judiciário, de julgar. Essas são as funções

típicas de cada poder. Já a função atípica ocorre quando cada poder exerce de forma minoritária a função do outro.

A forma como a separação dos poderes será apresentada a seguir, confere com a concretização dos modelos teóricos (LOCKE e MONTESQUIEU) efetivados nas constituições modernas, em rígidas divisões de competências.

1.2 A FUNÇÃO LEGISLATIVA

O Poder Legislativo é definido no artigo 44, da CF (BRASIL, 1988) em que vigora o modelo bicameral, uma vez que é exercido pelo Congresso Nacional, e este se divide em Câmara dos Deputados e Senado Federal. No Congresso Nacional, de quatro em quatro anos, ocorre uma renovação dos membros para exercer a função legislativa que é denominada legislatura. Extrai-se do artigo 45, da CF (BRASIL, 1988) a estrutura da Câmara dos Deputados³, e, do artigo 46, da CF (BRASIL, 1988) a estrutura do Senado Federal⁴. MEIRELLES aponta que:

Realmente, nosso sistema presidencialista não concede ao Legislativo faculdades ilimitadas de controle sobre os demais Poderes, mas permite a apuração de irregularidades de qualquer natureza através de *Comissão Parlamentar de Inquérito*, e cremos que poderá, mesmo instituir o *representante parlamentar* para acompanhar os julgamentos do judiciário e as atividades mais relevantes do Executivo, a fim de apontar suas falhas para oportuna correção legal,” (MEIRELLES, 2001, p. 659)

A função típica se caracteriza por elaborar normas internas ou externas, exemplificadas no artigo 59 da CF (BRASIL, 1988), para defender os interesses do Estado e do coletivo por meio de formulação de direitos e obrigações. De acordo com o artigo 70 da CF (BRASIL, 1988), ainda lhe compete desempenhar fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração.

Já a função atípica ocorrerá quando o Poder Legislativo administrar ou julgar. Administra, quando é necessário organizar licitações internas ou promover seus servidores; julga quando ocorre crime de responsabilidade, cujos autores são o Presidente e o Vice-Presidente da República, fundamentado no artigo 52, I, da CF (BRASIL, 1988).

³ “A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.” Artigo 45, da CF (BRASIL, 1988).

⁴ “O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.” Artigo 46, da CF (BRASIL, 1988).

1.3 A FUNÇÃO JUDICIAL

Ao Judiciário compete aplicar as leis de acordo com as normas constitucionais, sempre que houver lide, agindo de forma imparcial e independente pelos juízes que, ao receberem o cargo, adquirem garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio, elencadas no artigo 95, I, II e III da CF (BRASIL, 1988), para propiciar uma maior segurança própria e assim não haver interferências em suas decisões.

A função típica judicial é efetuada pelos Tribunais e pelo Conselho Nacional de Justiça. Estes objetivam preservar o direito. BULOS descreve que “ao Judiciário incumbe consolidar princípios supremos e direitos fundamentais, imprescindíveis à certeza e segurança das relações jurídicas” (BULOS, 2009, p. 1122); e, para isso, faz-se o uso de um controle de legalidade sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, buscando adequar, de forma autoritária, a norma legal a cada situação litigiosa encontrada, seja ela pública ou privada. A decisão final deve ser obedecida; caso contrário, será obrigatório o uso da coerção.

Já a função atípica ocorre quando o Poder Judiciário pratica função legislativa ou administrativa. A legislativa ocorre em âmbito interno, para modificar as normas regimentais; a administrativa, quando organiza o quadro de funcionários, ou promove, por meio de concurso público, novos cargos, fundamento retirado do artigo 96, I, da CF (BRASIL, 1988).

Ao Poder Judiciário é permitido analisar a legalidade e legitimidade dos atos administrativos, de acordo com entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ): o Poder Judiciário antes limitado a análises extrínsecas da administração, agora analisa os motivos de conveniência e oportunidade devido a critérios de moralidade e razoabilidade. (REsp 1.041.197/MS) (BRASIL, 2008)

1.4 A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Historicamente, o direito administrativo sempre existiu, mesmo que de forma desordenada, sobre situações da Administração Pública. DI PIETRO considera que “O Direito Administrativo, como ramo **autônomo**, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, o que não significa que inexistissem anteriormente [...]” (DI PIETRO, 2006, p.1).

O poder para criar atos discricionários por parte do chefe de Estado nos remete ao contexto das monarquias absolutistas, quando o Estado era soberano e as regras eram impostas à população. Nesse período da Idade Média, houve uma estagnação do direito administrativo devido, à centralização do poder. Com a eclosão da Revolução Francesa (1789), houve a tendência à descentralização do poder e à separação do mesmo, levando a criação da jurisdição administrativa e à jurisdição comum. Após essa revolução, a concepção tripartida de poder ganha maior destaque. Dessa forma, se o Judiciário controlar atos provenientes do executivo, ocorre uma violação de poder. DI PIETRO descreve que a administração sofreu evoluções:

De início, a própria Administração decidia os seus conflitos com os particulares, já que o judiciário não podia fazê-lo. Foi a fase do administrador-juiz, em que a Administração era, ao mesmo tempo, juiz e parte. No entanto, no ano VIII, começa a desenvolver-se uma verdadeira jurisdição administrativa, com a criação do Conselho de Estado, que só passa a exercer função verdadeiramente jurisdicional a partir de 1872, quando se tornou independente e suas decisões deixaram de submeter-se ao chefe de Estado. (DI PIETRO, 2006, p. 5)

A função administrativa ou executiva tem como tipicidade executar as normas, ou seja, administrar o Estado e para isso faz um apurado de serviços e analisa as características técnicas e financeiras para realização de um determinado fim, que trará vantagens para o Estado ou para a coletividade. Esse controle é fundamental, uma vez que a Administração pode sancionar os agentes públicos e anular, revogar ou alterar seus atos administrativos com o intuito de preservar a legalidade e a eficácia, a fim de produzir benefícios ao coletivo e à Administração.

A função atípica do executivo é legislar e julgar. Legisla quando necessária for a criação de normas; no entanto, elas serão provisórias; e julga quando ocorrer recursos administrativos. TEMER exemplifica:

Embora administrar seja sua função típica, o Executivo tem outras atribuições. Uma delas, relevante, é a expedição de atos com força de lei; as medidas provisórias (art. 62); outra, de natureza política, consiste em sua participação no processo legislativo, pela iniciativa, sanção, veto e promulgação das leis, bem como de deflagrador do processo de emenda à Constituição. (TEMER, 1998, p.155)

1.5 FUNÇÃO DE GOVERNO

A função política, ou de governo, é um determinado ato que não se classifica em nenhuma das três funções clássicas. É a prática de atos concretos do Estado, buscando os principais interesses da sociedade. Tais atos apresentam características políticas e são submetidos ao controle do Judiciário com a função de cuidar de atos de superior gerência do cotidiano estatal. Não se caracterizam como funções do Executivo, uma vez que não se abordam temas infralegais ou infraconstitucionais e não existe uma hierarquia vigiada pela legitimidade. BANDEIRA DE MELLO exemplifica:

Assim, a iniciativa das leis pelo Chefe do poder Executivo, a sanção, o veto, a dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e convocação de eleições gerais, ou a destituição de altas autoridades por crime de responsabilidade (impeachment) no presidencialismo, a declaração de estado de sítio (e no Brasil também o estado de defesa), a decretação de calamidade pública, a declaração de guerra são atos jurídicos que manifestamente não se encaixam na função jurisdicional. Também não se enquadram na função legislativa, como é visível, até por serem atos concretos. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 36)

Os atos de governo são, de certa forma, o resto do que era a monarquia e que a Constituição preservou. BANDEIRA DE MELLO diferencia:

Alguns dos pretendidos atos de governo, como os pertinentes às relações dos outros Poderes, são regidos pelo Direito Constitucional, enquanto organização do regime político, e os demais se encaixam no Direito Administrativo, pois dizem respeito à atividade do Estado-poder como parte, relativa à criação ou afirmação de utilidade pública. Assim os atos jurídicos de declarar a guerra ou o estado de sítio, ou de firmar tratados com outras potências, bem como de participar na ação legislativa do Estado. (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 63).

2 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

É elementar dizer a importância do interesse público sobre o interesse privado, uma vez que, em Estados Democráticos, o poder emana do povo. Sendo assim, é fundamental observar que a administração pública deva analisar seus atos para que venha a verificar as necessidades públicas, a fim de garantir o interesse do coletivo sobre o interesse privado.

Dessa forma, qualquer ato da Administração Pública que não observe o interesse público será inválido.

A Administração Pública pratica suas funções com o fim de trazer benefício ao coletivo. Dessa conclusão, é correto afirmar que, mesmo quando age para produzir benefícios para a Administração, deve ser observado o princípio da supremacia do interesse público; caso contrário, será cometido um desvio de finalidade. Sendo assim, o interesse administrativo é o próprio interesse público, que é o interesse do todo social, BANDEIRA DE MELLO explica:

Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria *contraposta à de interesse privado, individual*, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no *interesse do todo*, ou seja, do *próprio conjunto social*, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 59)

O conjunto de interesses individuais com a finalidade de melhorar a sociedade é o interesse do conjunto social; pode-se visualizar o princípio do interesse público no artigo 5º, XXIV, da CF (BRASIL, 1988), quando ocorre conflito entre o coletivo e o individual em casos de desapropriação de terras para construção de uma rodoviária, duplicação da BR 101, onde prevalece o direito coletivo. Não resta dúvida de que este princípio visa à proteção do coletivo sobre o interesse privado, uma vez que proíbe a utilização da máquina estatal para proporcionar interesses ou conveniências para o Estado e para os agentes públicos. BANDEIRA DE MELLO salienta:

É que, na verdade, o interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigando também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora, encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 60)

O interesse não pode ser pessoal; analisa-se a situação em que queremos, quando um cidadão pratica um crime contra alguém, que ele seja preso. No entanto, quando esse cidadão infrator for uma pessoa de laço sanguíneo, não iremos querer que ele seja preso. Ainda não se caracteriza um conjunto de interesses individuais com a finalidade em comum, porque um grupo de cidadãos poderia se juntar e pedir um carro para cada um, no intuito de melhorar as

condições de transporte. Deve-se perceber que interesse público é o conjunto de interesses pessoais de cada indivíduo, quando membros da sociedade. É exemplo de interesse público o artigo 6º, da CF (BRASIL, 1988) “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”, como também o artigo 7º, IV, da CF (BRASIL, 1988), “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;”.

3 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

O princípio da indisponibilidade do interesse público afirma que o administrador não pode agir de acordo com sua vontade para praticar o interesse público, uma vez que, ao agir, representa a vontade pública e não a individual, como também não dispõe dos serviços e nem dos bens públicos, a não ser que esteja previsto em lei. No entanto, dispõe dos bens e dos serviços públicos para protegê-los e melhorá-los. Ainda se afirma que o administrador está subordinado à lei, ou seja, deve agir de acordo com o que estiver expresso na lei, de forma a gerir o interesse público, o direito e os bens. Caso contrário, ocorrerá invalidade do ato; porém há casos em que poderá agir com liberdade legalmente delimitada; é o caso de leis que necessitam de uma discricionariedade, enquanto que o civil poderá fazer tudo que a lei não proíba. BANDEIRA DE MELLO defende que:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público –, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incube apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuer a *intentio legis*. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 73-74)

Importante salientar que a Administração Pública não é titular do interesse público, mas sim o Estado, que exercita e protege pela função administrativa, por meio da união de vários órgãos. O administrador público não tem apenas o poder sobre um objeto, mas sim o

dever de cumprir com a finalidade do interesse público, não podendo ser renunciado, transferido a terceiros ou negociado, é o que o artigo 2º, Parágrafo único, II, da Lei nº 9.784/99 (Lei Geral do Processo Administrativo), estabelece “Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: [...] II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei.”, a Administração Pública age em nome de terceiros, desta forma não é possível que o administrador aja conforme sua vontade, dispondo dos bens e serviços públicos como bem entender. Esclarece JUSTEN FILHO, que:

A personalização do direito administrativo propicia reconhecer que a administração pública não é um valor em si mesma. Também aqui a diretriz primeira é a democracia e o respeito aos direitos fundamentais. A atividade administrativa do Estado tem de nortear-se pela realização desses valores, inclusive (e especialmente) quando se trata de interesses de minorias. Não se admite que os titulares do poder político legitimem suas decisões invocando meramente a “conveniência” do interesse público e produzindo, concretamente, o sacrifício do valor fundamental (direitos fundamentais das minorias, por exemplo). O núcleo do direito administrativo não é o poder (e suas conveniências), mas a realização dos direitos fundamentais. Qualquer inovação genérica ao “interesse público” deve ser repudiada como incompatível com o Estado Democrático de Direito. (JUSTEN FILHO, 2009, p. 71)

4 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

A liberdade Administrativa ocorre no interior das molduras legais, porém, em alguns casos, a lei não regula uma margem de liberdade para os administradores públicos; isso porque a lei traz objetivamente em seu corpo todas as situações possíveis e características para a prática de um determinado ato. Este é caracterizado como ato vinculado, isso porque não existe liberdade do administrador, uma vez que a lei apresenta um rigor objetivo. Já a discricionariedade ocorrerá quando a norma legal permitir uma determinada esfera de liberdade aos agentes públicos, para agir conforme sua conveniência e oportunidade. Desse modo, os agentes públicos agirão com certa subjetividade e pessoalidade para a criação de pelo menos duas hipóteses de interpretação, que serão findas na capacidade de criação da mente humana e, a partir de então, deverão escolher a que melhor se adeque ao caso concreto, o que não quer dizer que deverão agir de forma como bem entenderem; dever-se-ão observar sempre as margens legais, já que são as normas que regulamentam a liberdade de discricionariedade.

A liberdade ocorre para que cada situação seja resolvida da melhor forma possível. A depender de cada caso concreto, importante é esclarecer que a margem de liberdade deve ser

usada no intuito de beneficiar a coletividade. Para que ocorra discricção é necessário que ela esteja prevista em lei, porém a sua previsão em lei não é suficiente para que ocorra a discricionariiedade, já que a lei estabelece uma possibilidade, e não uma obrigação da existência de discricção em todos os casos concretos abrangidos pela lei.

Mesmo o agente público, afirmando ter agido nos limites impostos pela lei, o juiz, representando o Poder Judiciário, poderá analisar se o ato respeitou a razoabilidade, isto porque, mesmo a lei prevendo a liberdade, o administrador deve agir respeitando não só os limites legais, mas também os princípios constitucionais. Ao analisar jurisprudências do STJ o (EDcl no REsp 879.188/RS) (BRASIL, 2009) informa:

*"DIREITO ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL –
DEMARCAÇÃO DE TERRAS INDÍGENAS – AUSÊNCIA DE
VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – ATO ADMINISTRATIVO
DISCRICIONÁRIO – TEORIA DA ASSERTÇÃO – NECESSIDADE
DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO PARA AFERIR O GRAU DE
DISCRICIONARIEDADE CONFERIDO AO ADMINISTRADOR
PÚBLICO – POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.*

*1. Não viola o artigo 535 do CPC quando o julgado decide de
modo claro e objetivo [...]*

*4. A discricionariiedade administrativa é um dever posto ao
administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas,
seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que
melhor atenda à finalidade legal.*

*5. O grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato
pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto, ou até
mesmo desaparecer, de modo que o ato administrativo, que
inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter
em ato cuja atuação do administrador esteja vinculada. Neste
caso, a interferência do Poder Judiciário não resultará em ofensa
ao princípio da separação dos Poderes, mas restauração da ordem
jurídica.*

*6. Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta
a análise in abstrato da norma jurídica, é preciso o confronto
desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato
enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida
que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor
forma de agir.*

[...] " (fls. 220/221) (grifo nosso)

Este Embargo de Declaração vem salientar que os agentes públicos, ao se encontrarem diante de uma conduta discricionária, devem analisar o máximo de soluções possíveis para o caso concreto, fazendo um confronto entre todas elas, para escolher uma que melhor se adeque à finalidade prevista em lei. Ainda mostra que, ao analisar o caso concreto, um caso de discricionariiedade pode converter-se em um caso vinculado e assim, quando o Judiciário for fazer sua investigação sobre o ato, não ocorrerá abuso do princípio da separação de poderes.

4.1 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade confere à Administração liberdade para analisar e tomar a melhor providência diante do caso concreto, posto que está em uma posição mais favorável de contato e entendimento, tanto do caso, como também do que deve ser aplicado ao caso para satisfazer à finalidade legal. A discricionariedade também deve ser aplicada, devido à impossibilidade de o legislador prever todos os casos e soluções a abrangerem os fatos sociais para assim fazer leis de caráter objetivo.

Dessa forma, pode-se compreender a discricionariedade administrativa como a liberdade relativa da Administração Pública, uma vez que, quando esta pratica ato discricionário, ela não visa traçar a lei de forma objetiva, estrita, mas sim de forma subjetiva para a interpretação pessoal do agente público, observando os limites expostos em lei, quando, ao invés de exigir, a lei dá liberdade de escolha quando tem que decidir entre duas hipóteses a serem aplicadas ao caso, quanto à forma do ato ou ainda quanto ao momento da prática do ato.

Conforme este entendimento, BANDEIRA DE MELLO conceitua discricionariedade da seguinte forma:

Discricionariedade é a margem de “liberdade” que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.(BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 963)

4.2 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Não restam dúvidas de que o poder discricionário é contido na extensão das margens legais, assim sendo, caso não houvesse tal margem perder-se-ia a finalidade do Poder Judiciário.

O limite da discricionariedade é visto a depender da extensão da discricionariedade de cada lei e é a própria lei, ainda que de forma não clara, que justifica o ato. Já a

discrecionalidade do ato será determinada pelos motivos de seu surgimento. A não clareza da lei sempre será relativa, nunca podendo ser absoluta, uma vez que, por mais imprecisa que seja, sempre existirá alguma palavra que aponte as margens para a descrição. Assim, a atividade administrativa sempre será subordinada à lei. BANDEIRA DE MELLO conclui:

Ausentes as condições ou desvirtuada a finalidade que justifica o comportamento, *ipso facto* não se preenche a relação de adequação necessária entre o ato e a lei, resultando daí invalidade indiscutível. Afinal ter-se-á configurado, em última *ratio*, incompetência material do agente, pois haverá agido fora do âmbito de poderes que assistiam *in concreto*. O plexo de poderes de que desfruta não lhe é conferido *in abstracto*, mas para ser mobilizado à vista de certa situação e em ordem a satisfazer certa finalidade. Se o exercita fora deste quadro terá manipulado forças que a lei não lhe deu, vale dizer, haverá extravasado a regra de competência. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p.967)

A Administração só poderá agir de acordo com a lei, devendo observar o fiel cumprimento de seus atos com o exposto na lei; sendo assim, a Administração apresenta uma rigidez legal, uma vez que só poderá fazer o que estiver previsto em lei, não bastando assim, apenas a não contradição à lei, mas sim o seu seguimento *stricto sensu*, enquanto que um cidadão poderá fazer tudo o que não estiver proibido pela lei, posto que o artigo 5º, II, da CF (BRASIL, 1988) elucida, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. O artigo 37, da CF (BRASIL, 1988) aponta que a administração direta ou indireta de qualquer um dos três Poderes deverá submeter-se ao princípio da legalidade, como também ao da “impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Compete ao Presidente da República a função de expedir decretos e regulamentos no intuito da fiel execução legal. Dessa forma pode-se visualizar que a Administração se verifica no regime de tripartição de poderes.

É certo afirmar que toda lei delimita uma margem de liberdade dos sujeitos. Acontece que, dependendo da situação, a lei pode intitular uma maior ou menor liberdade aos sujeitos; o importante é observar os limites legais de cada norma, a fim de visualizar o que é e o que não permitido, a fim de evitar violação de direitos. FAGUNDES explica:

O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime em juízo comparativo (FAGUNDES, 1984, p. 127).

4.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL

É princípio sólido da Constituição Federal que um ato gravoso, oriundo de onde quer que seja, deva ser apreciado pelo Poder Judiciário, a fim de investigar a situação que afronte direitos. É o que estabelecem as bases do ordenamento brasileiro no artigo 5º, XXXV, da CF (BRASIL, 1988): “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” a fim de assegurar a ordem e a paz social.

Princípios são a base; são colunas que fundamentam e expressam o significado de todas as normas. Retiramos de BANDEIRA DE MELLO

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 949)

AGUSTÍN GORDILLO⁵, em tradução livre, defende que a norma é o limite; o princípio é o limite contido. A norma dá à lei faculdade de interpretá-la e aplicá-la em mais de um sentido, e o ato administrativo é a faculdade de interpretar a lei em mais de um sentido, mas o princípio estabelece uma direção estimativa, um sentido axiológico, de valoração do espírito.

Os atos serão controlados pelo Judiciário, principalmente aqueles que agirem com discricionariedade. Assim, o Judiciário deve analisar da causa, da finalidade e dos motivos para analisar a legalidade de cada ato.

A teoria do desvio de poder surgiu da ação do Conselho de Estado Francês, a fim de extinguir excessos de poder que sempre se desviavam da finalidade do bem coletivo para a finalidade pessoal. O que deve ser entendido é que não basta apenas uma pretensão de desvio de finalidade, mas sim a concretização do desvio, ou seja, a prática de um ato desconforme com a lei, seja por interesse pessoal de se auto-beneficiar, ou beneficiar a terceiros, por agir com finalidade estranha da que gerou a causa do ato.

Na realidade, o ato não é vinculado ou discricionário, mais sim à competência do agente que será. Competirá a ele agir de forma discricionária, quando puder apreciar os casos

⁵ “La norma es límite, el princpio es límite y contenido. La norma dá a La ley facultad de interpretarla o aplicarla em más de um sentido, y el acto administrativo la facultad de interpretar la ley em más de um sentido; pero el principio establece una dirección estimativa, um sentido axiológico, de valoración, de espíritu. (AGUSTÍN GORDILLO, 1966, p. 176-177)

com suas interpretações limitadas pela lei, para melhor analisar os motivos que originaram o caso e assim aplicar o melhor ato cabível nos limites legais. Porém, quando o assunto já estiver pacificado em lei, competirá ao agente agir vinculado à lei, de forma estrita.

Importante é observar que a discricionariedade é relativa, porque sua liberdade está vinculada à lei, tanto no que está positivado, ou seja, previsto na lei como limites, quanto ao que está negativado, ou seja, nas situações não claras, que remetem à dúvida circunstâncias imprecisas que ocorrem nos seguintes casos: para a entrada em um determinado cargo, apresentar notável saber jurídico; estado de pobreza; situação de urgência, assim, o agente, público ao se deparar com termos jurídicos plurissignificativos, deverá interpretar a situação, usando os critérios de conveniência e oportunidade, a depender de cada caso concreto, em busca dos motivos que originaram o caso. E assim, procurar respostas no senso comum, de forma a respeitar a lei e adequá-la da melhor forma possível a cada caso. E dessa forma, transformar um conceito indeterminado, de forma proposital, pelo legislador, em um conceito determinado. FRANÇA aponta:

Os conceitos jurídicos são conceitos convencionalistas, através dos quais o jurista procura estabelecer padrões de conduta para a sociedade. É impossível a lei tudo prever e tudo alcançar e, por isso, emprega quem a edita termos dotados da necessária fluidez, preservando a flexibilidade do sistema direito positivo perante a naturalmente instável realidade social. Será o labor interpretativo o veículo para dar vida e objetividade aos enunciados do direito positivo, que ganham maior certeza e segurança quando há a concretização normativa do texto legal. (FRANÇA, 2000, p. 106)

4.4 PRINCÍPIO DA FINALIDADE

O princípio da finalidade direciona a Administração Pública a sempre agir com a finalidade das normas, a fim de interpretar as leis em busca de suas essências. Diante disso, o princípio da finalidade não é uma mera consequência do princípio da legalidade. Na realidade, o princípio da finalidade é intrínseco ao da legalidade, é a razão da aplicação da lei; é o objetivo pelo qual a lei foi criada. Sendo assim, aquele que não cumpre o fim legal, estará descumprindo a lei.

Os agentes públicos devem procurar a finalidade da lei em busca de saberem que caminho seguir para a correta aplicação de cada caso concreto, sempre aplicando os atos administrativos com a finalidade de beneficiar a coletividade. O agente público também deverá observar a finalidade específica de cada lei, para agir de acordo com o que a cada lei

couber. Caso não seja observada a finalidade da lei na prática dos atos, ocorrerá desvio de poder e, conseqüentemente, a nulidade do ato. FRANÇA afirma:

Inexiste um sentido pronto e acabado para o interesse público. É preciso compreendê-lo como uma resultante de um processo de concretização normativa do texto legal, para que nos limites da situação dada, orientando-se pela utilização coerente, harmônica e lógica dos princípios e regras jurídicas abstratamente previstas no ordenamento jurídico, satisfaça-se uma finalidade pública. É no caso concreto que os pressupostos fáticos e jurídicos previstos no texto normativo ganham vida (se devidamente identificados pelo operador jurídico), permitindo ao administrador concretizar o texto normativo. (FRANÇA, 2000, p. 64)

4.5 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade encontra-se quando os agentes públicos agem com discricção, e, para tanto, eles devem agir da forma mais racional possível, sempre terem equilíbrio e respeitarem a finalidade da Administração Pública, para agirem da forma mais justa para cada caso concreto em que a coletividade necessite.

Quando a lei da liberdade ao agente público para eles agirem com discricionariade, não significa que eles agirão quando e como bem entenderem, proporcionando vantagens pessoais e a terceiros, ou ainda que ajam de forma distinta da finalidade que a lei deva proporcionar. Muito pelo contrário, a discricionariade quer dizer que o legislador proporcionou uma liquidez legal para ser usada da melhor forma possível a cada caso concreto, já que, se a lei fosse rígida, não abarcaria todas as hipóteses da necessidade da sociedade. Desta forma, os agentes públicos deverão analisar cada caso concreto, em busca dos fatos que o originaram para entenderem a finalidade que estará por trás do ato administrativo, a fim de sanarem de forma mais adequada para a coletividade cada caso encontrado.

A Administração pública deve buscar o meio menos oneroso à coletividade a aos particulares, quando existir possibilidade de escolha (discricionariade) aberta pela lei.

Caso venha a ocorrer o desrespeito ao princípio da razoabilidade, o poder judiciário adentrará na esfera executiva a fim de sanar o problema. Porém não significa que o Judiciário poderá julgar a questão de mérito, uma vez que o mérito é a própria liberdade posta pela lei para a Administração agir nos limites legais.

O princípio da proporcionalidade impõe que os agentes públicos só terão competência no que a lei impuser, ou seja, só terá validade o ato que tiver sanado o caso concreto, com a finalidade do benefício à coletividade, com o menor prejuízo possível, e tiver respeitado a competência, e os limites que cada lei ordena. Devem ainda ser observados os meios e os fins para a prática do ato, de forma a por em uma balança o modo que será aplicado o ato e a finalidade que busca sanar o caso concreto, a fim de se encontrar um equilíbrio e sanar o problema, ou verificar se o meio será desproporcional para o fim almejado e, assim, trazer um prejuízo à sociedade. FRANÇA entende que

Adequação deve ser compreendida como a habilidade e efetividade do meio escolhido para o alcance concreto do interesse público. Já a exigibilidade, como a necessidade que a opção do administrador seja a menos gravosa para o núcleo de direitos e garantias do administrado perante o Estado. (FRANÇA, 2000, p. 67)

Assim, a Administração não pode restringir a liberdade prevista em lei, indispensável para a garantia do interesse coletivo. Caso contrário praticará ato ilegal. BANDEIRA DE MELLO conclui “É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público.” (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 110). Caso os agentes públicos ultrapassem a margem que a cada lei compete, seus atos apresentarão ilegitimidade.

4.6 FINALIDADE E NATUREZA DA COMPETÊNCIA REGULAMENTAR

A norma que fundamenta a competência regulamentar do Presidente da República é o artigo 84, IV, da CF (BRASIL, 1988). Os regulamentos são descritos na Constituição, mesmo que de forma vaga, possibilitando que algumas leis, para serem cumpridas, necessitam adentrar na estrutura de órgãos administrativos. Ocorre de forma contínua a necessidade de atuação administrativa, uma vez que a o legislador cria leis inflexíveis e assim, não consegue abarcar todas as necessidades que surgem na sociedade, Desta forma, o Executivo entra em ação, criando normas complementares que se adequem ao caso concreto ao instruírem a administração, tanto nos critérios, como nos procedimentos para agir conforme a lei.

Só existirá regulamento como meio de adaptar ou ordenar a Administração em situações de fluidez e liberdade, ou seja, discricionariedade administrativa, a fim de possibilitar a melhor forma possível de executar a lei. É claro perceber que não existe

regulamento em lei de critérios vinculados, uma vez que deve um deter-se estritamente à lei e, assim, não poderá ocorrer adaptação e ordenação.

O único regulamento existente no sistema brasileiro é o regulamento executivo. Esse visa regular o limite da liberdade da discricionariedade administrativa, a fim de que o princípio da igualdade seja respeitado em busca de uma maior homogeneidade de direitos e assim, evitar que os órgãos e os agentes, ao analisarem a mesma lei, pratiquem atos distintos.

Ao Presidente compete o dever de regulamentar as leis da Administração que necessitem de uma regulamentação, uma vez que ele é o chefe do executivo, ou seja, está no topo da hierarquia Administrativa competindo-lhe determinar os regulamentos aos órgãos e agentes administrativos de forma a homogeneizar os atos decorrentes dos casos concretos. BANDEIRA DE MELLO conclui:

[...] a finalidade da competência regulamentar é a de produzir normas requeridas para a execução das leis quando estas demandarem uma atuação administrativa a ser desenvolvida dentro de um espaço de liberdade exigente de regulação ulterior, a bem de uma aplicação uniforme da lei, isto é, respeitosa do princípio da igualdade de todos os administrados. Sua natureza é a de um dever jurídico: o de proceder a uma delimitação administrativa interna da esfera de discricionariedade que da lei resultava para a Administração, em vista de assegurar o referido princípio da igualdade, mediante imposição de um comportamento uniforme perante situações iguais. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 350)

5 INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

5.1 CONTROLE JURISDICIONAL COMO GARANTIA DO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública tem como finalidade servir ao interesse público pelos moldes da lei. Por ela, a Constituição designa a função do legislativo, administrativo e jurisdicional da forma mais translúcida possível, de forma que a sociedade possa acompanhar todos os gastos dos recursos de nosso país, de forma que a sociedade e também o Estado possam fazer um controle. “Podemos denominar de controle da Administração Pública **o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.**” (CARVALHO FILHO, 2008, p. 893).

O judiciário faz o controle obedecendo às leis anteriormente positivadas, garantindo que o agente público pratique os atos, observando a lei. O ordenamento jurídico apresenta três modalidades de controle: administrativo, legislativo e jurisdicional. O controle administrativo

ocorre quando a administração faz um autocontrole de suas atividades, adequando-as ao interesse público; o controle legislativo fiscaliza a administração, observando se age de forma legal e a favor do interesse público; o controle jurisdicional, no regime presidencialista, afasta o legislativo, deixando apenas o judiciário no controle administrativo, agindo até em casos inconstitucionais; a Constituição Federal afirma no artigo 5º, XXXV (BRASIL, 1988) que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

5.2 ATO ADMINISTRATIVO INVALIDÁVEL E ATO ADMINISTRATIVO CONVALIDÁVEL

As principais formas de exteriorização dos atos administrativos são as seguintes: Decreto, Portaria, Alvará Aviso, Circular, Ordem de serviço, Resolução, Ofício, Instrução e Despacho (GASPARINI, 2007).

O ato administrativo válido ocorre quando, respeitados as condições formais e materiais, adequa-se ao caso concreto e produz seus efeitos jurídicos. Porém, se o ato não se adequar mais ao caso, poderá ser suspenso, mas só perderá sua validade com um novo ato administrativo ou norma de hierarquia superior.

A revogação ocorre quando um ato administrativo deixa de produzir seus efeitos, devido a alguma transformação do caso concreto; assim, a própria administração pública, nos limites de sua discricionariedade, revoga o ato de forma parcial ou total; porém os efeitos produzidos até a data da extinção não são extintos. FRANÇA diferencia:

Em síntese: o emprego da invalidação busca **diretamente a manutenção da integridade do regime jurídico-administrativo**; o emprego da revogação **concede nova orientação para o regime jurídico-administrativo no caso concreto, em virtude da mudança do contexto político e social, observados os cânones jurídicos.** (FRANÇA, 2000, p. 127)

A invalidação ocorre em situações de ilegalidade; dessa forma, cabe a invalidação tanto pelo judiciário, quanto pela administração pública, baseada na súmula 473 do STF, que concede invalidação em situações de vícios que tornem o ato ilegal. Como os efeitos são ilegais, ocorrerá sua extinção desde a origem. A convalidação ocorre quando existe a possibilidade de substituição de um ato ilegal por um legal, que corrige o vício, sem que ocorram prejuízos à sociedade ou a terceiros. Assim, o novo ato herda os efeitos do ato

anterior. Mas, caso o ato não possa ser sanável sem que traga prejuízo a sociedade, ocorrerá invalidação.

5.3 INCIDÊNCIA E MOMENTO DA INVALIDAÇÃO

A incidência da invalidação pode ocorrer quando o ato administrativo for ineficaz, o que resulta na completa invalidação do ato e de todos os seus efeitos; a incidência também ocorre, mesmo quando o ato administrativo for eficaz, o que resulta na invalidação dos atos restantes. Quando o agente público, de boa-fé, beneficia-se de um ato, a administração tem um prazo decadencial de 05 anos a partir do dia em que o ato foi praticado, para invalidá-lo. Caso ela não o invalide nesse prazo legal, não poderá mais invalidá-lo, mas poderá sancionar o agente que deu causa. Porém, se o agente agiu de má-fé, a administração poderá anular o ato a qualquer tempo, com base no artigo 2º, § único, XIII da Lei nº 9.784/99 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) que diz “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.” Não podendo anular os efeitos anteriores, ela deverá indenizar aqueles que de boa-fé, foram afetados pelo ato viciado.

5.4 VÍCIOS NO ATO ADMINISTRATIVO PORTADOR DE MÉRITO

Ocorre vício em ato administrativo, quando este não age de acordo com as normas. Assim, o Poder Judiciário entrará em ação para invalidar o ato; a não ser que a Constituição não o admita em alguma hipótese. O Poder Judiciário pode analisar a legalidade de forma externa, ou ainda analisar os motivos de conveniência e oportunidade devido a critérios de moralidade e razoabilidade, como previsto na jurisprudência do STJ (REsp 1.041.197/MS) (BRASIL, 2008) O recurso especial vem exemplificar a importância e expansão do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos, mesmo quando de forma discricionária, Isso posto que se deve observar o princípio da razoabilidade e também o da proporcionalidade para as necessidades de cada caso prático:

AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

- 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.*
- 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.*
- 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.***
- 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.*
- 5. Recurso especial provido." (grifo nosso)*

Ainda no mesmo Recurso Especial, o Ministro HUMBERTO MARTINS esclarece que, se competir a Administração Pública a criação de atos para atender às exigências da coletividade, mediante as finalidades constitucionais, compete ao Judiciário uma ampliação em sua atuação para investigar se os casos concretos estão sendo cumpridos conforme a Constituição Federal. Agora clarifica-se que O Poder Judiciário não pode agir de forma ilimitada, uma vez que fere o princípio da separação dos poderes. Mas quando a Administração Pública pratica uma ação ou omissão ilegal de forma indubitável, o Judiciário tem o dever de agir para restabelecer a ordem social.

O agente público deve agir nos limite de sua discricionariedade, de modo a interpretar de acordo com a finalidade legal, caso ele pratique um ato que não observe a finalidade legal ou que seja diferente da necessidade do caso concreto, ocorrerá desvio de poder. Importante é distinguir o abuso de desvio de poder, o abuso ocorre quando o agente público, sem o uso da discricionariedade, pratica ato contra a lei, seja o agente do legislativo, judiciário ou executivo; geralmente ocorre quando o agente não tinha competência para a prática de determinado ato. Já o desvio ocorre quando o agente, no exercício da discricionariedade, age distanciando-se da finalidade determinada pela lei. Porém o judiciário não pode julgar o mérito dos atos administrativos, por motivos de moralidade.

6 INVALIDAÇÃO DA DISCRICIONARIDADE ADMINISTRATIVA A LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

6.1 DISCRICIONARIEDADE INVÁLIDA POR QUEBRA DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA

Pode ocorrer vício de competência, mesmo quando a administração pública pratica ato administrativo com mérito, que não atente a legalidade. Assim, cabe ao judiciário invalidar o ato.

6.2 DISCRICIONARIEDADE INVÁLIDA POR QUEBRA DA JURIDICIDADE E PUBLICIDADE

O exercício de discricionariedade é um momento em que o agente deve analisar o motivo, para agir com a oportunidade e analisar a finalidade, para conhecer os fatos do caso concreto, e assim agir de acordo com a juridicidade; **porem, se a análise do fato não for precisa, ou for modificada, o judiciário poderá analisar o mérito dos atos administrativos**, tendo o juiz a competência de analisar a matéria e as leis, mas não poderá analisar os motivos, já que este é o papel da administração. Entretanto, não quer dizer que o Poder Judiciário predomina sobre o Poder Executivo; o que existe é apenas um controle para que os agentes públicos ajam de acordo com as normas jurídicas e assim exista um equilíbrio de todos os atos. Analisando casos jurisprudenciais do STJ, o (AgRg no REsp 670.453/RJ) (BRASIL, 2010) retira-se:

De feito, em harmonia com a jurisprudência do STJ, o acórdão recorrido entendeu indevida a desvinculação do procedimento administrativo ao Princípio da Razoabilidade, portanto considerou o ato passível ao crivo do Poder Judiciário, *verbis*: “**a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, devendo, assim, todo ato administrativo, mesmo que discricionário, ser devidamente motivado, conforme os preceitos da Teoria dos Motivos Determinantes, obedecendo ao Princípio da Razoabilidade**” (fls. 153). (grifo nosso)

A administração deve, antes de expedir um ato administrativo discricionário, ou ao mesmo tempo em que o expede, motivá-lo, para que o judiciário possa compreender e analisar a proporcionalidade e a impessoalidade entre os agentes e o caso concreto para a escolha de determinado ato. FRANÇA esclarece:

O controle da impessoalidade e da proporcionalidade não implicam a intervenção jurisdicional no mérito do ato administrativo. O exame dos motivos, a aferição da licitude do objeto, a identificação da finalidade, a análise da relação de pertinência entre estes elementos constituem matéria de juridicidade, inteiramente sujeitos à apreciação jurisdicional. (FRANÇA, 2000, p. 154)

6.3 DISCRICIONARIEDADE INVÁLIDA POR QUEBRA DE IGUALDADE

Os agentes públicos devem observar o princípio da isonomia, ou seja, os atos devem atingir de forma igual a todos os setores da sociedade, sem favorecer nenhum deles. FRANÇA explica:

A administração pública deve gerir inúmeras demandas sociais com recursos cada vez mais escassos. Não raras vezes, o administrador acaba tendo que escolher a satisfação de um interesse público específico em detrimento de outro interesse público, apesar de igualdade tutelado pelo direito positivo. Nessa situação, não cabe ao Poder Judiciário obrigar à administração pública a uma opção, sendo o administrador soberano para tomar a decisão que melhor convier à sociedade. A igualdade somente é viável se houver condições materiais para tanto. (FRANÇA, 2000, p. 155)

A discricionariedade não pode restringir benefícios de serviços públicos usados pela coletividade. “A licitação e o concurso público são dois instrumentos imprescindíveis para assegurar a igualdade entre os administrados” (FRANÇA, 2000, p. 155), só podendo dispensá-los se houver norma a respeito. Caso o ato administrativo seja consolidado em uma lei que não respeita o princípio da isonomia, poderá ser anulado.

6.4 DISCRICIONARIEDADE INVÁLIDA POR QUEBRA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

Os agentes, ao seguirem a legalidade para a criação dos atos administrativos, não imunizam os atos de serem analisados pelo Judiciário, Este poderá analisar se foram observados os aspectos éticos e ainda verificar se está beneficiando a coletividade. Caso descubra algum vestígio de imoralidade, ou seja, quando o ato não apresenta motivo para existir, não atende à finalidade do caso de forma total ou parcial, assim ocorrendo enriquecimento ilícito do agente ou mesmo trazendo dano ao erário, o juiz poderá invalidar o ato. FRANÇA esclarece:

[...] caso o órgão que os exarou consiga provar que agiu, ainda que erroneamente, para melhor satisfazer o interesse público na situação jurídica individual. Comprovada a boa-fé do agente público, se não tipificada a

conduta guerreada como improbidade administrativa, afasta-se a existência de atentado ao princípio da moralidade; embora persistam os vícios de impessoalidade, sujeitando o ato às consequências de sua invalidação jurisdicional. Moralidade administrativa significa conduta ética da Administração. (FRANÇA, 2000, p.160)

6.5 A QUESTÃO DA INVALIDAÇÃO JUDICIAL POR INEFICIENCIA

A Constituição Federal traz em seu artigo 37 (BRASIL, 1988) o princípio da eficiência. No entanto, devem ser observados os limites de cada poder, a fim de permanecer o equilíbrio entre os poderes. Dessa forma, o Judiciário não pode ter o domínio total da eficiência da discricionariedade administrativa, uma vez que a eficiência administrativa é competência interna de cada Poder, como prevê o artigo 74, II, da CF (BRASIL, 1988). Assim, o Judiciário não apresenta de competência para impor a forma e o método de aplicação dos atos administrativos, mas compete-lhe observar se os agentes se detiveram aos limites legais. Isso ocorre porque é impossível que o juiz consiga abstrair todas as dificuldades e problemáticas existentes e futuras da sociedade, além de agir de forma estrita à lei. Assim, para uma maior eficiência no interesse público, ocorre a discricionariedade da administração pública, devendo ser observada a interpretação da lei e dos princípios constitucionais. O juiz não pode invalidar o ato administrativo apenas observando o princípio da eficiência, deve ele observar todo o conjunto. FRANÇA esclarece:

A função do Poder Judiciário é esgotada pela comprovação de que as vias eleitas, bem como sua correlação com o interesse público no caso concreto, estão em conformidade com o regime jurídico-administrativo. Não cabe ao juiz, verificado que o administrador atendeu aos padrões de juridicidade, isonomia, moralidade e publicidade, determinar se a medida vai ser eficiente ou não, caso esta ainda não tenha sido concretizada. Imagine-se o tumulto que os juízes provocariam se comesçassem a invalidar atos administrativos que ferissem seus padrões ideológicos particulares (FRANÇA, 2000, p. 170).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decurso deste trabalho, pretendeu-se mostrar os limites dos atos discricionários e a importância do Poder Judiciário em investigar os atos administrativos, a fim de observar os limites legais, a finalidade do ato e ainda o respeito pelos princípios administrativo-

constitucionais. De acordo com o estudo bibliográfico, o poder discricionário é o limite da liberdade, estabelecido em lei dos agentes públicos para agirem de acordo com sua conveniência e oportunidade para analisarem um caso concreto e dele abstraírem soluções que devem ser postas em conflito para a escolha de uma solução mais adequada à finalidade legal, a fim de sanar o caso, observando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade e bem como também a garantia da supremacia do interesse público. Mesmo com todo esse aparato, existem casos em que o agente público, embora agindo de forma legal, produz atos ilícitos aos princípios constitucionais e para que não causem maiores danos, deve ser um dever do judiciário sempre controlar e analisar os atos administrativos e com atuais jurisprudências; nota-se a expansão do poder judiciário no controle de atos, de regra o judiciário não pode analisar sobre o mérito do ato discricionário; isso porque, como a administração está mais perto da realidade do caso concreto, ela é a mais indicada para isso. Porém, em casos em que a análise do fato não for precisa ou for modificada, ocorrerá o controle jurisdicional de um ato discricionário; mas isso não quer dizer que ocorre transgressão ao princípio da separação dos poderes porque é função do judiciário investigar condutas que fogem da finalidade legal, sem se escusar dos casos, devido ao princípio da inafastabilidade do controle judicial, trazido no artigo 5º, XXXV, da CF (BRASIL, 1988) “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e ainda deve restabelecer a ordem social. Diante do exposto, o desrespeito a princípios constitucionais ocorre diariamente devido à falta de atenção e até mesmo à falta de técnica (conhecimento), dos agentes públicos ao analisarem cada caso concreto. Cabe assim uma conscientização dos agentes públicos ao analisarem de forma melhor os casos concretos antes de expedirem o ato administrativo.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Brasil: Almedina, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GORDILLO, Augustín. **Introducción al Derecho Administrativo**. 2ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1966.

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

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.