

CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS: O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE COMO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA¹.

Francisco Antonio Veiga de Medeiros²

Alexsandre de Vasconcelos Mendes³

RESUMO

O presente estudo debruça-se sobre questão com notável repercussão na doutrina e jurisprudência pátria, que divergem quanto a possibilidade de análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Desse modo, malgrado haja a separação das funções estatais para viabilizar melhor exercício do poder, com escopo de expurgar a prática de atos arbitrários pela Administração Pública, quer-se modelar a discricionariedade administrativa aos ditames do Direito Administrativo moderno. Para tanto, após uma análise das funções do Estado, o presente trabalho problematiza o tema, dando seu conceito, e apresentando seus limites, para afirmar a necessidade de um controle jurisdicional. Desta feita, com o afã de respaldar os argumentos colacionados sobre o assunto, fez-se uso de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, enfatizando a essencial observância ao princípio da razoabilidade, que possui uma dúplici função: limitativa do uso da discricionariedade e interpretativa pelo juiz, quando controla o demérito.

Palavras-chave: Separação das funções estatais. Discricionariedade administrativa. Controle jurisdicional. Princípio da razoabilidade.

ABSTRACT

This study focuses on a matter that has a remarkable impact on homeland doctrine and jurisprudence, which diverge in regard to the possibility of an analysis of administrative merit by the judiciary. Thus, despite the separation of state functions to enable an improved exercise of power, aiming at expurgating the practice of arbitrary acts by public administration, we want to model administrative discretion on the dictates of modern administrative law. To that end, after an analysis of state functions, this paper discusses the theme, presenting the concept, and its limits, to affirm the need for jurisdictional control. This time, with the desire to buttress arguments collated on the subject, doctrinal and jurisprudential research was applied, emphasizing the essential adherence to the principle of reasonableness, which has a twofold function: it is restrictive of the use of discretion and interpretative, by the judge, when controlling a demerit.

Keywords: Separation of state functions. Administrative discretion. Jurisdictional control. Principle of Reasonableness.

¹ Artigo científico apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito da FARN

² Graduando em Direito pela Faculdade Natalense para o desenvolvimento do Rio Grande do Norte - FARN.

³ Professor Orientador do curso de Graduação da FARN.

1. INTRODUÇÃO

Embora a separação dos poderes seja uma ideia deveras antiga, muito se tem discutido hodiernamente sobre sua estrutura moderna. Isso porque é uma tendência a reflexão crítica sobre a possibilidade da intervenção de um poder sobre o outro, o que encontra respaldo na doutrina dos freios e contrapesos. Neste pórtico surge a possibilidade de verificação dos atos administrativos pelo poder judiciário, sobretudo quando o ato está investido de subjetivismo. Acontece que a discricionariedade não pode ser absoluta, comportando diversos temperamentos, com dever de fidelidade especial ao princípio da razoabilidade.

Nesses moldes, o nosso trabalho tem como proposta aguçar a visão sobre o controle judicial dos atos administrativos discricionários, despertando um debate sobre a possibilidade de análise de seu mérito. Malgrado se pense que tal controle é descabido, sabe-se, em outra via, que os atos não podem ser arbitrários. A conveniência e a oportunidade não podem ser uma cortina que os agentes públicos utilizem ao seu alvedrio para a consecução de interesses que não os públicos.

Procederemos, então, um debate sobre as funções do estado moderno, e a viabilidade do controle jurisdicional de mérito em vias opostas (demérito). Na abordagem desse tema, será diferenciado ainda o ato vinculado e o discricionário, trazendo alguns apontamentos sobre estes, para, por fim, ingressarmos no âmago da questão.

Com olhos críticos, buscaremos selecionar a resposta mais adequada, que se adapte ao moderno Direito Administrativo e à nova realidade constitucional democrática e pluralista, que prestigia os princípios, dentre eles o importante princípio da razoabilidade, como veremos ao final.

2. AS FUNÇÕES ESTATAIS E A POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO JUDICIÁRIA NOS ATOS DO PODER EXECUTIVO.

Em meados do século XVII, o poder soberano do monarca se extraviara dos fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas (principalmente estas) correntes, com os quais perdera toda a identificação legitimativa. Mudaram aqueles fins por imperativo

de necessidades novas e, inobstante isso a monarquia permanecera em seu caráter habitual de poder cerrado, poder pessoal, poder absoluto da coroa governante.

A empresa capitalista, que culminou com a vitória econômica da burguesia, dispensava os reis, nomeadamente os monarcas da versão autocrática. O rei era o Estado. O Estado, intervencionista. O intervencionismo fora um bem e uma necessidade, mas a economia capitalista, influenciada pelas idéias de Adam Smith, àquela altura, demandava o máximo de liberdade para alcançar o máximo de expansão (as mãos invisíveis que sustentariam o mercado); o sistema monárquico estava fadado ao fracasso, com a conseqüente emergência de um novo modelo político, social e econômico, o Estado Liberal (moderno).

Nesse momento histórico, o socorro aos ensinamentos do filósofo iluminista Montesquieu foi de suma importância para a instalação do novo regime burguês, que não admitia mais reis absolutos e despóticos que utilizassem o aparelho estatal a seu talante. Haveria de ter um limite.

O ideal já pensado por Aristóteles na antiguidade clássica de separação de poderes volta à tona – que previa a criação de uma assembleia-geral, do corpo de magistrados e do corpo judiciário – notadamente na obra de John Locke e, ainda melhor sistematizado na obra de Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, intitulada de “O espírito das leis”, que empregando a técnica de salvaguarda da liberdade e limitação de esferas de poder, apregoeou que em cada Estado deveria existir três classes de poderes, quais sejam: “El poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil” (MONTESQUIEU, 1951, p. 202).

Em seguida, explica a competência de cada um desses poderes:

Em virtud Del primero, el príncipe o jefe Del Estado hace leys transitórias o definitivas, o deroga las existentes. Por el segundo, hace La paz o La guerra, envia y recibe embajadas, establece La seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al outro poder ejecutivo Del Estado. (MONTESQUIEU, 1951, p. 202).

Deduz-se, pois, a existência de três funções estatais bem definidas e estranhas entre si, sendo que o poder legislativo deve criar as leis, o executivo fazer valer essas leis tal qual foram-lhe apresentadas e o judiciário dirimir eventuais conflitos com base exclusivamente na lei.

A partir de então, a separação dos poderes se constituiu como verdadeiro paradigma para a consolidação do Estado de Direito, um princípio fundamental na organização política

liberal, influenciando fortemente os ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, conteúdo certo nas constituições.

Ocorre que o Direito contemporâneo impôs uma releitura das funções estatais, não havendo a rigidez existente aos tempos do Estado Liberal, havendo, no exercício dessas funções, contemperamentos na medida de que se atribui a um poder, o que, em tese, corresponderia a outro. Isso se dá com o escopo de promover um maior equilíbrio entre os chamados poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário). A esse sistema se dá o nome de freios e contrapesos (checks and balances), que talvez seja o principal elemento caracterizador da separação dos poderes na atualidade.

Desta forma, dividido o poder e individuados seus órgãos, mesmo porque não há prevalência de um poder sobre outro (ou de uma função sobre outra), através da compreensão da necessidade de equilíbrio, independência e harmonia entre eles, forte na idéia de controle e vigilância recíprocos de um poder sobre o outro relativamente ao cumprimento dos deveres constitucionais de cada um.

Esse sistema foi adotado expressamente na Constituição brasileira, quando preceitua em seu artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Abstrai-se, do dispositivo, que ao Poder Judiciário é possível controlar o exercício das demais funções do Estado mediante o exame de legitimidade dos atos que porventura venham a se tornar gravosos, e o rebata caso venham a desrespeitar direitos, evitando, assim, arbitrariedades.

Nesse sentido, é inquestionável a possibilidade de que os atos do poder executivo venham a ser reapreciados pelos órgãos dotados de função judicante, sobretudo quando a lei não esgota a possibilidade de atuação da administração pública, conferindo-lhe uma parcela de subjetividade em relação a algum aspecto do ato.

3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.

No panorama do Estado de Direito o princípio que orienta e dá identidade própria à Administração Pública é, indubitavelmente, o da legalidade. Seu significado restringe as possibilidades de atuação do Poder Executivo, no momento em que só admite que seus atos sejam *secundum legem*, ou seja, a Administração só pode fazer o que a lei permitir e nos termos impostos. Sobre a relação do Administrador e a lei, Miguel Seabra Fagundes

brilantemente sintetizou o assunto quando afirmou que “administrar é aplicar a lei de ofício”, sentença que hoje é tida como um verdadeiro aforismo do Direito Administrativo brasileiro.

A Administração está, pois, adstrita aos termos da lei. No entanto, embora a lei sempre crie uma moldura objetiva para a tomada de posicionamento, esta objetividade varia, de modo que “no interior das fronteiras decorrentes da dicção legal é que pode vicejar a liberdade administrativa” (MELLO, 2010, p. 961).

De dois modos pode atuar o administrador: ou sua atuação é vinculada, que se expressa quando a norma a ser cumprida já predetermina, e de modo completo, qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar frente ao caso concreto, inexistindo margem para subjetivismos; ou, ao passo que a lei conferir certa esfera de liberdade, cabendo a Administração uma apreciação subjetiva caso a caso, baseada em critérios de conveniência e oportunidade, tem-se a atuação discricionária.

A Discricionariedade Administrativa aparece como a prerrogativa dada à administração para, em casos específicos, onde uma lei meramente estanque não seja a melhor alternativa, decidir como deve ser aplicada a lei no caso concreto. Com efeito, a decisão não pode escapar da finalidade da própria lei, só subsistindo discricionariedade nas hipóteses em que não seja possível a identificação de uma solução incontrovertida.

Desse modo, apresenta a Discricionariedade duas facetas, por um lado parece ser uma atribuição que propositadamente foi conferida ao administrador pelo legislador, com o fito de melhor aplicar a lei, segundo o caso concreto (aqui nos parece um dever jurídico) e, reversamente, se apresenta como uma solução para os casos em que a lei deixou de prever determinadas situações dúbias que poderiam vir a acontecer, cabendo a administração tomar uma medida idônea, preenchendo de modo exaustivo o escopo legal.

Não se pode olvidar que o campo de liberdade encontra balizas diversas. Primeiramente, deve-se lembrar, como afirmado alhures, que a lei é a moldura maior da discricionariedade, deixando esta de existir na ausência legal, o que impede arbítrios por parte da Administração.

Do mesmo modo, a Discricionariedade não é uma cláusula aberta ao administrador, não competindo a este, *a priori*, exercer um juízo valorativo sobre a lei (se a determinada lei é a melhor a ser aplicada, ou se a lei deve efetivamente ser aplicada ou não).⁴ (SARLET, 2009).

⁴ Para alguns doutrinadores, em situações excepcionais, os órgãos administrativos podem emitir um juízo unicamente a respeito da constitucionalidade das leis, inclusive deixando de aplicá-las. Apontam-se duas hipóteses em que o órgão administrativo predispõe desta liberdade, quais sejam: nos casos em que seriam aplicadas as denominadas “leis inexistentes”, cuja observância implicaria em colocar em risco a vida de alguém, ou sua integridade física, ou ainda quando ensejar a

Por outro lado, exige-se que, quando da utilização do juízo discricionário, sejam respeitados critérios de conveniência e oportunidade para a escolha da melhor posição, igualmente verificando dentre as opções descartadas se nenhuma delas atenderia com tamanha eficiência a finalidade legal.

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, de modo conciso, temos que:

Discricionariedade, portanto, 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 (2003, p. 48).

Aprioristicamente pode parecer que a discricionariedade se comporta como um poder do administrador que tem a sua disposição múltiplas escolhas, supostamente todas elas como alternativas indiferentes na aplicação no caso concreto. Tal se configura uma leitura precipitada de seu conceito. Ora, quanto à liberdade do administrador, não se pode afirmar que seja plena. Cada caso merece tratamento diverso, na busca da solução ótima em concreto, em perseguição do interesse da norma. Sendo assim, a discricionariedade se apresenta antes como um dever: o de adotar a melhor solução.

Num contexto pós-positivista, onde assumem posição de relevo os princípios constitucionais, evidenciando a constitucionalização de diversos ramos do direito, também do Direito Administrativo, que embora figure dentre os direitos ditos públicos, sofre maior influência direta da Constituição. Os princípios administrativos tradicionalmente constitucionais (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) não são os únicos orientadores deste ramo do direito. Em se tratando de discricionariedade administrativa, deve-se pontuar que outros princípios norteiam sua aplicação, tais como a proporcionalidade e a razoabilidade.

Em suma, a Administração Pública, nos casos em que se manifeste o poder-dever discricionário, encontra-se condicionada por (i) parâmetros legais, tais como a finalidade da

prática de um; e quando for manifesta a inconstitucionalidade, fundamentada na desobediência de um direito fundamental, de uma lei, devendo-se obedecer, neste caso, ao princípio da proporcionalidade, pois em caso de dúvidas presume-se a constitucionalidade do ato legislativo.

própria lei, bem como não pode ultrapassar os limites dos (ii) princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3.1 ATO VINCULADO E ATO DISCRICIONÁRIO.

Os atos administrativos são as declarações estatais para complementação da lei com o afã de lhe dar cumprimento. É o ato jurídico expedido pelos agentes públicos regido por normas de direito público, ou, nos dizeres de Juarez Freitas é uma declaração unilateral da Administração Pública em sentido lato, ou de quem esteja delegado por ela, de natureza infralegal, com o fito de produzir efeitos no mundo jurídico (2004, p. 210).

Subdividem-se os atos administrativos, quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática, em vinculados e discricionários. Os atos vinculados são aqueles de maior condicionamento aos requisitos previamente estabelecidos pela lei, com escassa ou nenhuma liberdade de determinação do conteúdo das disposições normativas. Portanto, em decorrência da objetividade legal absoluta, resta à administração um único possível comportamento no caso concreto. Exemplo emblemático é o da carteira de motorista, se determinado indivíduo foi aprovado nos testes necessários e possui mais de dezoito anos, não pode a administração tomar outra atitude, mas apenas conceder-lhe a licença. Igualmente a aposentadoria compulsória, se o funcionário completa a idade objetivamente posta, não pode a administração impedir a aposentadoria.

Nesses casos há subordinação quase que completa ao princípio da legalidade, muito embora devem ser respeitados todos os demais princípios. Por exemplo, mesmo o ato vinculado deve ser motivado. Por outro lado, mesmo os atos vinculados são passíveis de anulabilidade pela própria administração (enunciado 437 da súmula do Supremo Tribunal Federal).

Por sua vez, os atos discricionários são aqueles praticados no exercício da discricionária administrativa (poder-dever e competência) já referida alhures – quando se dispõe de certa margem de liberdade para decidir, pois a lei regulou a matéria de modo que comporta certo subjetivismo, por exemplo, o ato de exoneração de um Ministro de Estado, pois fica a critério do Presidente da República.

Pela sua estrutura são os atos discricionários que propiciam maiores discussões, seja em decorrência de uma lei que descreva de modo impreciso a situação fática em que deve ser

aplicada ou utilize conceitos vagos, fluidos e imprecisos (hipótese da norma), ou quando a própria lei der alternativas condutas ao agente público (comando da norma). Faz-se crucial a análise cuidadosa desses atos, para que a discricionariedade não extrapole limites, e, se acaso isso aconteça, que se submeta ao controle exercido pelo poder judiciário.

3.2 O MÉRITO ADMINISTRATIVO E O DEVER DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS.

O mérito administrativo decorre diretamente da prerrogativa atribuída aos agentes administrativos para atribuir a finalidade que o legislador pretendia dar à lei. Tal concepção está, pois, intrinsecamente ligada à idéia de discricionariedade administrativa.

Constitui o mérito exatamente o espaço de liberdade dado pela lei, na análise do caso concreto, quanto à conduta a ser tomada pelo responsável pelo ato administrativo discricionário, devendo obedecer a critérios de conveniência e oportunidade. Esta diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida, ao passo que aquela aponta as condições que o agente vai se conduzir. O professor Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que mérito administrativo é:

O campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada (2010, p. 965).

Tem-se que o mérito decorre do íntimo do ato discricionário, do valor inerente a este, quando da utilização dos critérios de comparação na tomada de decisões, consubstanciando-se no resultado da atividade discricionária conferida à Administração. É óbvio, que a análise da conveniência e oportunidade deve ser coerente com a finalidade da própria lei, mesmo pelo conceito de discricionariedade.

A lei, em se tratando do poder-dever discricionário, impõe ao administrador, concomitantemente, limites e liberdades. Desse modo, é inconcebível que se tenha como liberdade a faculdade de agir como bem lhe prouver, o que, a rigor, seria arbitrariedade. Deve-se, a despeito, rogar pela finalidade pretendida pela lei (ou pelo ordenamento).

Surge, a partir do momento que se faz necessário a análise do exercício da conveniência e oportunidade, a discussão quanto a possibilidade de controle do mérito administrativo.

Nesse aspecto, o entendimento clássico é de que não pode o poder judiciário imiscuir-se na apreciação da conveniência e oportunidade, mesmo porque esta era a razoabilidade dentro do direito administrativo, dos atos discricionários vez que estes eram dotados mormente de caráter político, sob pena de atentar contra a separação dos poderes. Assim, também se inclinava a maior parte da jurisprudência: “a conveniência e oportunidade do ato administrativo constitui critério ditado pelo poder discricionário, o qual, desde que utilizado dentro dos permissivos legais, é intangível pelo Poder Judiciário”.⁵

Mesmo que se considere que o mérito, por si só, não seja suficiente para a apreciação do Judiciário, não sendo diretamente controlável, é indiscutível que o demérito o é, pois não se pode admitir condutas antijurídicas. Daí a indispensabilidade da motivação de qualquer ato discricionário, que não pode se justificar por uma escolha unicamente política, mas sim proceder com uma fundamentação jurídica, decorrente do sistema em que esses atos se inserem.

É o exame da motivação o meio hábil para impossibilitar ao administrador que exacerbe da esfera discricionária que lhe assiste, evitando violações à legalidade que venham a deturpar a finalidade da lei. Assim, mesmo que um ato discricionário não deva ser obrigatoriamente adrede motivado, deve em momento ulterior o ser caso assim requerido ou desde que se torne duvidosa a aplicação da discricionariedade. Eis a necessidade da motivação para tais atos.

Do mesmo modo, para que se adéquiem aos novos rumos do ordenamento jurídico, a motivação do ato discricionário e, conseqüentemente, o mérito administrativo, devem respeitar os novos rumos do ordenamento jurídico brasileiro, no sentido de obedecer à realidade constitucional democrática ora vigente, que, dentre outras características, se expressa mediante a irradiação dos princípios estampados na Constituição sobre todos os ramos do direito, não sendo diferente com o direito administrativo.

Como cânones dessa nova fase (que alguns chamam de neoconstitucionalismo ou pós-positivismo) estão os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, dentre estes o princípio da razoabilidade. Igualmente, a apreciação do judiciário dos atos administrativos deve ser ampla num Estado Democrático de Direito. Sendo, pois, a administração pública subordinada à lei (inclui-se, aqui, a Constituição) e ao Direito, forçoso é constatar que a

⁵ TJ-SP (ApCív nº234.352-1, 2ª CCív, Rel. Des. CORREIA LIMA, julg. em 02/05/1995).

“discricionariade resulta invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema e aos direitos fundamentais” (FREITAS, 2004, p. 221).

O dever de motivar os atos discricionários é, assim, inescapável, sendo que nesses atos, em que se confere maior liberdade ao administrador, que se deve cobrar com maior rigor uma devida fundamentação.

Aqui, assume relevo a lição de Juarez Freitas (2004, p. 217) para quem a autoridade administrativa, nos atos discricionários, “jamais desfruta de liberdade pura de escolha ou de conformação a ponto de agir em desvinculação com os princípios constitucionais”. Em seqüência afirma que “todo ato discricionário que se torne lesivo a um dos princípios fundamentais pode e deve ser anulado” (FREITAS, 2004, p. 218). Uma vez ausente a fundamentação segundo os preceitos postos, não se pode impedir que haja um controle do ato discricionário, ou, mais precisamente, do mérito administrativo, quando o administrador se utilizar da discricionariade de maneira que venha a infringir a finalidade que a lei pretende alcançar, sobretudo quando isso se dê a partir de uma escassa ou inconsistente fundamentação do ato. Mais sensível ainda, quando fere princípios constitucionais, em destaque o da razoabilidade, podendo dar ao ato um viés arbitrário e desproporcional. Flagrante que deve ser tomada alguma medida que venha a prestigiar o interesse público, por exemplo, o controle pelo poder judiciário.

Não se defende a inexistência de mérito administrativo, o que seria um absurdo do ponto de vista lógico e democrático (se se considerar a função administrativa), o que se tem que ter em mente é que deve todo ato discricionário ser devidamente motivado, e que essa motivação não pode se basear em critérios não jurídicos. A discricionariade tem limites, embora esses limites estejam longe de eliminar por completo a margem de liberdade dada ao administrador. Em outras palavras, há uma porção de vinculação que acompanha a discricionariade quando da escolha dos motivos do ato discricionário, bem como dos critérios de conveniência e oportunidade que caracterizam o mérito. A rigor, só existe discricionariade se vinculada aos princípios constitucionais, tais como a razoabilidade.

3.3 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE.

Deve-se reconhecer que a margem de liberdade que goza o administrador há de ter limites, sobretudo em casos de formação do mérito administrativo se reconhece que existem

meios para delimitar sua extensão. Resta saber quais os fatores que, de fato, podem ou devem, agir como limitadores da discricionariedade, e em qual intensidade.

Como não poderia deixar de ser, tem-se que todos os limites impostos à discricionariedade administrativa são delineados pelo próprio ordenamento jurídico; são regras e princípios que delimitam o campo de atuação do administrador público de modo a impedir que este se desvie da lei, da finalidade específica prevista no comando normativo ou ainda que fundamente sua conduta com motivos inexistentes ou incompatíveis com a decisão adotada.

Primeiramente, e por uma questão de ordem lógica, o administrador se depara com o princípio da legalidade, que vem sendo o norte da Administração Pública desde os primeiros suspiros do Estado de Direito.

Tanto é assim que o constituinte estampou no artigo 37 da Carta Magna o dever de obediência ao princípio da legalidade. Igualmente, o legislador não se furtou de positivizar o princípio em questão, quando tratou sobre o mesmo no art. 2º e inciso I da Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) que possui a seguinte redação: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

A supremacia da lei expressa a vinculação da Administração ao Direito, portanto qualquer atuação que contrarie a norma legal é inválida, ou seja, qualquer intervenção na esfera individual, como restrições a direitos, deve ser autorizada por lei. Mais significativo fica tal princípio quando o agente público está investido da discricionariedade, pois ainda assim no exercício da função administrativa, a vontade do agente há de ser a vontade da lei.

Ressalte-se que nem sempre se utiliza corretamente a liberdade dada, sendo comum a extrapolção em prol de benefícios próprios ou para terceiros, fazendo uso da prerrogativa de modo a cometer arbitrariedades inaceitáveis. Nesses casos não de ser observados outros princípios do direito administrativo, estejam eles implícitos no ordenamento como a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos, ou mesmo, os demais expressos na Constituição (moralidade, impessoalidade, eficiência, publicidade) e nas leis.

Com efeito, podem-se apontar ainda as balizas da discricionariedade a partir de uma análise intrínseca do ato. Nesses casos, apresentam-se como limites os próprios pressupostos legais que o justificaram em concreto, de um lado a finalidade da lei e, por outro, a causa do ato.

Embasado nesse conjunto normativo (regras e princípios) algumas teorias foram desenvolvidas em sede de doutrina, sendo amplamente recepcionadas pela jurisprudência, com o fito de impor limites fundamentados em parâmetros técnicos e objetivos. Apontam-se, nesse âmbito, três correntes principais que constituem limites à discricionariedade: a teoria do desvio de poder ou de finalidade; a teoria dos motivos determinantes; e a teoria sobre a causa do ato administrativo.

A teoria do desvio de poder, como o próprio nome sugere, refere-se àqueles casos em que o agente público que detém determinados poderes, extrapola sua competência, desvirtuando-se dos anseios originários da lei. Em outros termos, quando há desvio de poder a discricionariedade passa a ser arbitrariedade, pois o administrador transgredir a finalidade final da norma. O cumprimento da lei pelo poder público, seja proposital ou não, passa a tomar rumos diversos dos almejados, de maneira que o ato discricionário perde seu escopo precípuo e inicial.

Quanto ao poder desviado, que o nome da teoria sugere, pode-se entender que se trata da discricionariedade como o poder desviado, ou mesmo do poder como sinônimo de competência, o que resultaria em termos literais num desvio de competência do agente. A rigor, para que se seja mais preciso, o que existe é um desvio de finalidade em razão do poder conferido ao administrador, ou seja, um distanciamento entre o ato que se viu desviado e o real objetivo da lei.

Para esta teoria não importa saber se o desvio foi ou não proposital, como já dito alhures, ou se com o ato desviado se tem alguma intenção indevida, dissimulada. O desvio de poder deve ser analisado objetivamente, de modo que os atos discricionários não sejam alvo de tal distorção.

Em suma, para a teoria do desvio de poder, o referencial limitativo é, a rigor, a finalidade normativa, ou seja, o significado e alcance pretendidos pela lei. Caso estejam estes em descompasso com o ato discricionário, este merece reforma (MELLO, 2010, p. 981).

Pelos juristas brasileiros, como bem lembrado pelo ex-Consultor da União Galba Magalhães Velloso, a teoria em questão foi pioneiramente utilizada por Miguel Seabra Fagundes, no voto da apelação cível 1.422 no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, cujo trecho da redação merece ser citado:

EMENTA: PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – ABUSO DESSE PODER – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO – No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer

outro. O ato que, encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. O “fim legal” dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito, que resulta não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidez e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança (...) (VELLOSO, 2007, p. 198).

Por sua vez, a teoria dos motivos determinantes tem como foco a análise dos motivos que ensejaram o ato. Para que se proceda à prática do ato o agente deve informar com precisão o motivo, sobretudo quando se valer da discricionariedade. Ora, a conveniência e oportunidade devem só restarem presentes se o motivo for relevante.

O ato discricionário pode se tornar nulo, pois, caso não tenha motivo, ou seja, se não tiver razão de ser. Ademais, se o motivo for insuficiente para a prática do ato ou contrariar o ordenamento (o princípio da razoabilidade, por exemplo), também este ato será nulo.

O fundamento base da teoria dos motivos determinantes é, pois, a análise dos pressupostos de fato e de direito que nortearam a administração no momento da feitura do ato.

Salutar o ensinamento de José dos Santos Carvalho Filho, para quem a aplicação da teoria em comento é ainda mais importante em se tratando de atos discricionários, devido a maior liberdade dada ao agente nesses casos. Para ele, a motivação do ato vincula o administrador, de tal sorte que, acaso se prove que a inexistência da realidade fática ou jurídica mencionada no ato como determinante da vontade (motivo), o ato deve ser nulo. Em seguida, ilustra a hipótese com um exemplo emblemático: no caso de um requerimento de férias por um servidor público, se o seu chefe, atuando discricionariamente, resolve indeferir tal pleito desde que não expresse seu motivo, pode fazê-lo; no entanto se expressa o motivo, e este se demonstrar irreal (se alegar falta de pessoal, mas, a rigor, sobram servidores naquela área), o ato estará viciado do motivo (CARVALHO FILHO, 2006, p. 103).

Registre-se que tal entendimento se mostra, ainda, incompleto, pois permite a não exposição de motivos na tomada do ato (motivação), o que demonstramos ser necessário em tópico anterior, sob pena de se permitir arbitrariedades. No mais, mesmo que não se explicitem os motivos, o ato pode ser viciado, desde que não esteja em desacordo com o princípio da razoabilidade, ou qualquer outro princípio fundamental.

Por fim, e não menos importante, aparece a teoria do exame da causa do ato. Aqui se verifica a causa enquanto pressuposto lógico limitativo do próprio ato discricionário. Deve-se avaliar se os pressupostos do ato se adéquam ao seu objeto, em função de sua finalidade. Explica-se.

A discricionariedade aqui há de encontrar um limite lógico de conformidade. Não pode o agente público, no momento do ato, se esquivar da análise se o conteúdo do ato condiz com os seus pressupostos fáticos e jurídicos. A causa é o relacionamento do motivo (pressupostos) com o objeto (conteúdo) do ato, tendo em vista a sua finalidade.

Enfim, o motivo deve sempre estar em consonância com o conteúdo do ato, não podendo o administrador, nem quando agir no poder-dever discricionário, tomar uma atitude ilógica.

Afora a legalidade em sentido estrito, ou seja, a simples conformidade dos atos com as leis e das teorias desenvolvidas para aferição de extrapolação da discricionariedade administrativa, apreço ainda como limite a este poder-dever a noção de juridicidade. A partir deste preceito se exige que a produção de atos discricionários não seja contrária aos princípios gerais de Direito, e aqui não se quer referir apenas àqueles clássicos princípios do direito administrativo (art. 37 da Constituição, por exemplo), que estão previstos na Constituição de modo implícito ou explícito.

Assim, temos que os princípios podem atuar, a depender do caso concreto, como verdadeiro limite à discricionariedade, sobretudo nos casos em que o magistrado se vale deles no exercício do controle, posicionando-se sobre o mérito administrativo. Nesta mesma conclusão chegou Jessé Torres Pereira Junior, que, comentando sobre o papel dos princípios, aduz que “a norma pode indicar os princípios regentes de sua própria interpretação, mas, se não o faz, o intérprete e aplicador não estará impedido de valer-se dos princípios que, reconhecidos como tais, conduzam à solução adequada, no caso concreto” (2005, p. 66).

Dentre estes princípios a razoabilidade se encontra, indubitavelmente, em se tratando de limite a discricionariedade, em um lugar de destaque, abandonando-se a tradicional visão de que a razoabilidade era elemento inerente ao mérito do ato, ou seja, ligado aos próprios critérios de conveniência e oportunidade. Temos, hoje, uma noção bem mais ampla de seu conteúdo, que mais se aproxima de uma adequada ponderação axiológica no exercício do ato, sem perder de vista o caso concreto. Não se trata apenas de agir com bom senso, mas sim que toda decisão que dará origem ao ato administrativo seja materialmente conforme todo ordenamento vigente, inclusive os demais princípios e regras.

A importância da razoabilidade como baliza da discricionariedade é manifesta, diante do caso concreto, o agente, ao fazer suas escolhas, vai definir o efeito final do ato a partir do mérito. Pode-se, então, dar ensejo a perplexidades, tais como a tomada de diferentes soluções em casos semelhantes ou mesmos idênticos. Em hipóteses como esta, a estrita legalidade

demonstra-se insuficiente, demanda-se, conquanto, de uma lógica jurídica do razoável quando da formação do ato discricionário, que será variável a depender do caso.

Bem verdade, que só há de falar em limites da discricionariedade se for estabelecido algum meio de controle para os atos administrativos. É cediço na doutrina e na jurisprudência que os atos administrativos estão expostos a diversos tipos de controles. Nesse sentido, sabe-se que mesmo a própria administração pode anular seus próprios atos, forte no enunciado 473 da súmula do Supremo Tribunal Federal de que “a administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Inobstante isso, mais destaque se dá ao controle exercido pelo Poder Judiciário, cabendo a ele verificar a conformidade dos atos com a lei, sobretudo quando se tratar de atos discricionários. Ora, no ato vinculado a lei estabelece uma única conduta a ser tomada pelo agente, só cabe no caso o que a lei dispor e como ela o fez. Basta o Judiciário analisar se foi feita a subsunção.

Por outro lado, nos atos discricionários aumenta a dificuldade desse exame. Ainda mais porque a maior parte da doutrina acredita não ser possível a substituição total do mérito administrativo, o que daria abertura para a criação de um “mérito judiciário”.

Entendimento interessante tem sido levantado por grandes nomes do direito administrativo que, embora não se possa invadir diretamente o mérito, deve haver controle dos resultados deste, de modo a não permitir situações contrastantes com os princípios e com a lógica do razoável. É um controle do demérito, da ineficiência ou irrazoabilidade, à luz do caso concreto.

Malgrado se defenda a impossibilidade de atuação judicial direta no controle do mérito, vê-se que na atual forma de separação dos poderes, no que tange as funções do Estado, a política atual dos freios e contrapesos permite ao Judiciário uma “invasão” na competência administrativa, o que comprovadamente é salutar para a continuação do Estado de Direito.

Certo é que não de existir limites para a discricionariedade administrativa, ainda mais quando gerar situações indesejáveis no caso concreto. E que, por haver limites, deve-se prestigiar os mecanismos de controle, com ênfase naquele realizado pelo Poder Judiciário, pois, em se tratando de um país como o Brasil que padece de uma crise flagrante nos Poderes Executivo e Legislativo, os magistrados aparecem como os grandes justiceiros no caso concreto - por óbvio que nunca deixando de lado critérios jurídicos.

4. CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS.

Para que a administração pública exerça a função que lhe é inerente, faz uso corriqueiro dos atos administrativos, sendo esses atos infralegais que permitem a produção de efeitos no mundo jurídico por parte daquela. Consoante se expôs exhaustivamente em linhas anteriores, e com arrimo na doutrina e na jurisprudência, alguns atos, por permitirem aos agentes públicos uma margem de liberdade de escolha diante do caso concreto, podem dar ensejo à arbitrariedades por parte do poder público, nos quais se verifica o uso da discricionariedade administrativa, e, comumente, são denominados de atos discricionários.

Com o intuito de evitar que todo e qualquer ato discricionário possa padecer de vícios pela utilização indevida da discricionariedade é que são estabelecidos limites à sua utilização, não havendo liberdade total. O legislador e mesmo o constituinte estabeleceram limites, como o princípios da razoabilidade.

No mais, sempre que se estiver diante de um ato que não condiga com a lógica do razoável, ou qualquer outro vício em seu conteúdo ou forma, pode ele ser modificado, revogado, anulado, ou, mais radicalmente, ser considerado nulo juridicamente. Para essa competência (de rever o ato administrativo) é que se dá o nome de controle.

Por oportuno, deve-se registrar, que não só o ato administrativo no qual se valeu o administrador de discricção é passível de controle. Também os atos ditos vinculados podem ser alvos do controle. Afirmar o contrário seria incorrer no erro de se possibilitar a diminuição de vinculação de um ato, afinal, conforme visto, a classificação entre ato vinculado e discricionário varia tão-somente quanto à intensidade de vinculação quanto à legalidade. Desta feita, parece óbvio que os atos vinculados podem ser objetos do controle, muito embora na prática os atos discricionários sejam os que mais suscitem inquietações quando de sua aplicação e de seu controle.

4.1 CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELA ADMINISTRAÇÃO.

O próprio poder Executivo pode exercer o controle de seus atos, com o fito de rever ou alterar condutas internas, que emanaram de si. É o que se chama de autocontrole, e que, para além do mero exame de legalidade, pode se imiscuir na verificação da conveniência.

Esse tipo de controle, que é a consagração do princípio da autotutela administrativa, é muito importante, pois permite que a Administração Pública se retrate sem a intervenção de terceiros, trazendo como benefícios evidentes a celeridade e a economia.

Em se tratando desse assunto, vale lembrar os entendimentos jurisprudenciais sedimentados mediante a fixação de enunciados na súmula do Supremo Tribunal Federal, de números 346 (“A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”) e 473 (“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”).

Constata-se, quanto aos fatores determinantes, que a revogação sucede por conveniência e oportunidade, ao passo que a anulação se dá por vinculação, razão pela qual a revogação só pode ser praticada pela Administração. Não obstante, nem mesmo no controle dos atos pode o administrador se valer de fundamentos inadequados do ponto de vista sistemático, de modo que tanto a anulação como a revogação feitas pelo poder Executivo encontram-se vinculadas a íntegra dos princípios (FREITAS, 2004, p. 231-232).

A administração pública pode e deve avaliar os seus atos na medida do possível, qualquer mudança é subordinada à ordem principiológica global, assim como deve o ser no Poder Judiciário, sendo que este deve ser o último fiscal do ato discricionário.

Em resumo, tem-se que mesmo os atos discricionários são passíveis de alterações pelo poder que os emanou, desde que respeitados os princípios, tal como a razoabilidade.

Em síntese interessante, Jessé Torres Pereira Júnior (2005, p. 56) destacou seis orientações principais quanto ao autocontrole administrativo, baseando-se no enunciado 473 supratranscrito:

- (a) O poder de iniciativa da Administração, que autoriza a exercer o autocontrole independentemente da provocação de terceiro; (b) a inércia ou a resistência da Administração em controlar o ato não elide a provocação por terceiro, quanto à revisão daquele comprometido por vício de ilegalidade, com vistas à sua invalidação, mas não quanto à revisão por razões de conveniência e oportunidade, visando a revogação, privativa da Administração; (c) os efeitos ex-tunc da anulação afastam a garantia do direito adquirido (dos atos ilegais “não se originam direitos”), salvo em favor de terceiro de boa-fé; (d) os efeitos ex-nunc da revogação respeitam os direitos e as relações jurídicas estabelecidas na vigência do ato revogado, posto que nele ilegalidade alguma havia; (e) a Administração pode emendar os vícios de ilegalidade sanáveis, por isto o verbete alude a “anulação”, sem embargo de existirem, também, os vícios atraentes de nulidade (insuscetíveis de convalidação), quando a respectiva retificação for expressamente vedada

pelo direito positivo; (f) o controle judicial opera em qualquer hipótese, inclusive para verificar se os atos de desfazimento (anulação ou revogação) não seriam, eles próprios, portadores de vícios de ilegalidade ao se atribuírem afeitos diversos dos admitidos (v.g., retroativos para a revogação, futuros para a anulação). (grifos acrescentados)

Das conclusões acima se extrai, claramente, que, em um primeiro momento, a administração não está obrigada a reformar os atos discricionários mesmo porque não pode terceiros pedir a revogação fundamentado em conveniência e oportunidade. Em razão disso, questiona-se a eficiência do autocontrole quanto aos atos discricionários, ainda mais quando se estiver diante de arbitrariedades propositais no momento do uso da liberdade que lhe é conferida nesses atos.

O reduzido grau de eficiência que proporcionado pelo autocontrole, seja pela falta de previsão que terceiro pleiteie ou obrigue a autoridade administrativa de revogar seus atos, seja porque o próprio agente utiliza a discricionariedade de modo malicioso, faz com que cresça a importância de outros modos de controle, notadamente o exercido pelo Poder Judiciário.

4.2 CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER LEGISLATIVO.

Não é de se estranhar que aquele que deu o espaço de liberdade discricionária à Administração Pública possa dela cobrar sua correta (ou pelo menos não abusiva) aplicação, muito embora não seja sua função específica. Para o devido manejo das funções estatais o constituinte não olvidou de prever um mecanismo de controle direto para o Poder Legislativo quando, tratando sobre a competência exclusiva do Congresso Nacional, estipula em seu artigo 49, inciso X, o dever de fiscalizar e controlar atos do Poder Executivo, inclusive da administração indireta.

Ressalte-se que só se viabiliza essa espécie de controle pela sua previsão constitucional, uma vez que a interferência indevida de um poder em outro pode dar azo ao caos estatal, de sorte que influencie negativamente a consolidação de uma democracia, especialmente por não estar entre as atribuições originais do Poder Legislativo a de revisar atos dos outros poderes, notadamente uma competência do Judiciário.

Depreende-se do texto constitucional que esse tipo de controle ocorre basicamente em duas esferas, uma política e uma financeira. O controle político diz respeito a verificação de compatibilidade dos atos ligados à função administrativa e organizacional do Executivo. Por

sua natureza abrange aspectos ora de legalidade, ora de mérito, por isso mesmo sendo chamado de “controle político”, já que aprecia inclusive aspectos discricionários do ato, podendo analisar a oportunidade e conveniência (DI PIETRO, 2005, p. 649).

Encontram-se taxativamente expressas na Carta Maior diversas hipóteses de controle político, dentre as quais há de se ressaltar o poder de sustação do Congresso Nacional de atos normativos do Poder Executivo que exorbitem o poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Essa competência permite que o Legislativo evite ultrapassagens de limite por parte do Executivo, tornando eventuais atos nesse sentido sem efeito ou sem eficácia, mesmo sem prévia manifestação do Poder Judiciário. Isso impede a utilização indevida da discricionariedade.

Noutro pórtico, o controle financeiro é aquele que se refere às receitas, despesas e gestão de recursos, ou seja, permite uma fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Poder Executivo. Devido à elevada importância dessa competência, aqui tampouco se restringe a observância da mera legalidade. A Constituição foi incisiva em permitir o exame de legitimidade dos atos, o que culmina com a admissão de um controle de mérito sobre as contas da administração. A título de exemplo, deve-se verificar se determinada despesa, embora seja legal, é legítima para o fim para qual foi destinada.

Ao Poder Legislativo foi conferida a função de guardião da boa administração pública, no momento em que não observa apenas as formas prescritas ou não defesas em lei, mas se a substância dos atos - com especial atenção aos discricionários em razão de seu conteúdo intrinsecamente subjetivo - estão conformes a sua finalidade e aos princípios da Administração Pública, de tal sorte que qualquer ato contrário a estes pode ser enquadrado como de improbidade. Após chegar a semelhante conclusão Juarez Freitas (2004, p. 226-227) aduz ser natural que:

O controle exercido pelo poder legislativo deve restar ainda mais à vontade para cobrar a vinculatividade principiológica dos atos discricionários. Dessa maneira, *um ato discricionário encontra-se finalisticamente vinculado*, por exemplo, ao princípio da moralidade. Por igual, os atos administrativos discricionários e vinculados não poderão violar, por ação ou por insuficiência (inoperância), o princípio da proporcionalidade, sob pena de resultarem viciados para todos os efeitos, ainda que pareçam, formalmente, em perfeita ordem no que tange à legalidade.

4.3 CONTROLE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO.

Pode-se, por fim, afirmar, que a função judicial evoluiu muito desde a concepção tradicional proposta por Montesquieu, de modo que o Poder Judiciário não mais é adstrito à resolução de conflitos entre particulares e a resolução de causas criminais. O controle recíproco dos poderes adotado pela Constituição Federal evidencia tal assertiva, uma vez que confere aos juízes a prerrogativa de conter os abusos estatais, o que é inadmissível num Estado Democrático de Direito.

Com a moderna ideia introduzida pela doutrina que advoga o sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos), e que já é de aceitação vasta, há permissão para a intervenção judicial em determinados casos. Por exemplo, quando o administrador é investido de discricionariedade para que possa atuar em determinada circunstância, ou seja, quando o legislador transfere para a administração a capacidade de instituir o que deveria ser estabelecido previamente pela lei, mas não o foi, por depender do caso concreto, a decisão do administrador não pode ser qualquer uma, em outros termos, arbitrária. Nesses casos é que ocorre o controle judicial.

Em situações como esta, “se põe a força coercitiva do Estado ao serviço do Poder Judiciário, no sentido de coibir a Administração à obediência” (FAGUNDES, 2005, p. 247). Deve-se verificar a existência ou não de usurpação dos poderes por parte da autoridade; a forma da prática do ato; se houve desvio de finalidade; se o objeto do ato é lícito, possível e determinável; se a motivação foi suficiente para fundamentar o ato; e, ainda, mais especificamente para os atos discricionários, o exame da finalidade.

O Poder Judiciário exerce uma essencial função no controle do demérito, atuando como administrador negativo já que supostamente não pode dizer como o administrador deve agir.

Valiosa a lição de Juarez Freitas (2004, p. 218) asseverando – diga-se de passagem, com total razão – que, inobstante o controle judicial ser constitucionalmente aplicável aos atos vinculados e discricionários, faz a seguinte ponderação:

São os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, devem ser controlados, não para tolher o administrador público, muito menos para usurpar as suas funções, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir não apenas a impunidade de manifestos desvios de poder como motivações destituídas de consistência e ações insuficientes.

É, pois, com o fito de evitar a frustração e possíveis danos que os agentes administrativos possam causar ao interesse público, nos casos que desvirtuam o real sentido da legislação, que se legitima a interferência da função judicante estatal dentro do ato discricionário, sobretudo na persecução dos princípios constitucionalmente assegurados da razoabilidade e proporcionalidade, aplicados diversamente em cada caso.

O Estado, uma vez devidamente separadas as competências funcionais de cada Poder, busca um objetivo único que é o bem de seu povo, devendo ser essa distribuição de atribuições harmoniosa para que se resolvam os conflitos de interesses. Inobstante o manifesto dever de controle sobre os atos administrativos, não se pode conceber que o agente que pratica tais atos deles se desapegue, transferindo para o Poder Judiciário o exercício que, de fato, lhe incumbia. De outra perspectiva, é reprovável a conduta do magistrado que permanece inerte quando lhe é trazido determinada questão que deveria, *a priori*, ter sido tratada pela Administração Pública.

A postura do Judiciário deve sempre ser no sentido de evitar prejuízos aos administrados, ainda mais quando houver tentativas de burlar a real finalidade da lei, mesmo porque quando isto ocorre está-se ferindo até mesmo o Poder Legislativo, mediante uma utilização equivocada do produto da sua atuação – eventuais desvios da finalidade da lei. Patente é que o agente administrativo nunca poderá buscar interesses próprios ou de terceiros alheios a vontade da Administração Pública e, tampouco, abusar do poder a ele conferido.

Todos os atos administrativos, pois, submetem-se à apreciação judicial. Seja quando se busca combater ilegalidades, analisando-se apenas este quesito, ou, especificamente para os atos discricionários, quando da análise do mérito.

De todo exposto, extrai-se que a finalidade do controle judicial é, a rigor, coibir as atuações contrárias à lei ou, ocasionalmente, ao interesse público. E este entendimento encontra guarida na Constituição Federal quando, em seu artigo 5º, XXXV, esclarece que “a lei não excluirá do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É certo que, se na prática de todos os atos discricionários os agentes competentes observassem os requisitos legais e constitucionais, seria obsoleta - e mesmo ilegítima – qualquer intervenção judicial. Porém, o empirismo mostra que não é isso que ocorre, não raro se depara com casos de abusos, atos eivados de vícios, de finalidades inidôneas, irrazoáveis e desproporcionais. A necessidade visível do controle vai além da mera análise da legalidade, mas que se harmonizem os princípios administrativos, como a moralidade, a supremacia do interesse público sobre o privado, afinal é indisponível o interesse público pela Administração.

A imprescindibilidade do controle fica ainda mais incontestável quando alguma norma constitucional é ferida, tais como a moralidade, a impessoalidade e os direitos fundamentais. No tocante a estes últimos não é outro o posicionamento do mestre Seabra Fagundes (2005, p. 216) para quem “em todas as situações contenciosas nascidas de violação dos direitos públicos subjetivos do administrado, a este é que incumbe a iniciativa de promover a apreciação judicial”.

A falta de higidez do ato é que legitima a intervenção judicial, seja ele vinculado ou discricionário, haja vista a fragilidade do exercício do poder-dever de autotutela administrativa, cuja inércia causa (ou pode causar) danos à Administração e aos administrados, se desvirtuando do interesse público.

Apesar de sua importância, o controle judicial dos atos discricionários para a maioria dos doutrinadores não pode ser absoluta, devendo se restringir aos elementos objetivos do ato, não cabendo, pois, análise de elementos subjetivos. Esclarecedora as palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 992):

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das dignificações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art 2º da Lei Maior.

Muito embora haja essa restrição de análise do mérito pelo Poder Judiciário, resta claro, mesmo para alguns dos que advogam a impossibilidade dessa forma de controle, que ela deve estar em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Só esta flexibilização permite a concretização daquilo que é aceitável perante a lei.

Essa é a linha de pensamento que melhor se encaixa com o moderno Direito Administrativo, segundo Juarez Freitas (2004, p. 237), havendo de ser o controle jurisdicional dos atos discricionários preponderantemente principiológico. O mérito do ato pode ser inquirido por via reflexa, verificando o seu demérito, como já se apontou anteriormente.

Para que se opere com austeridade uma efetiva salvaguarda da lei e da Carta Constitucional “os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 42). Mais do que valores, a razoabilidade e

proporcionalidade são normas constitucionais essenciais que atuam, dentre outras funções, como limites à discricionariedade administrativa.

5. A DÚPLICE FUNÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE: LIMITE À DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO E PARÂMETRO DE CONTROLE JUDICIAL DE ATOS.

É certo que na nova realidade constitucional democrática e pluralista a fundamentalidade dos princípios é notória, sendo indiscutível a sua normatividade, de modo que seu estudo e uso prático tomaram proporções gigantescas em todos os ramos do direito. Assim, também os agentes administrativos se encontram vinculados aos princípios.

O princípio da razoabilidade é, além de estar positivado na lei 9.784/99 em seu artigo 2º, na fundamentada posição de Celso Antônio Bandeira de Mello um princípio constitucional implícito e pacificamente aceito como um dos norteadores da atuação da Administração Pública (2010, p. 109), se imbricando de diferentes formas com o direito administrativo.

No que tange à discricionariedade administrativa o princípio em comento detém de um aguçado alcance, assumindo diferentes funções, desde limitador do uso desta prerrogativa como parâmetro de interpretação do juiz quando de uma eventual situação de controle de ato administrativo, prestando grande contribuição hermenêutica.

Sem embargo, antes de adentrar no mérito das questões levemente suscitadas, deve-se definir o conteúdo do referido princípio, ou seja, atribuir-lhe as suas características, delimitando-lhe a extensão. De igual importância a diferenciação entre a razoabilidade e sua prima-irmã - expressão utilizada por Jessé Torres (2005, p. 91) – a proporcionalidade.

Diga-se, de início, que esta não é uma tarefa fácil. Na persecução deste mesmo objeto o renomado Adilson Abreu Dallari aduziu que o referido princípio “é o princípio mais evidente e, ao mesmo tempo, o mais difícil de ser explicado” (*apud* OLIVEIRA, 2006, p. 140).

A origem histórica que se atribui ao princípio advém da jurisprudência inglesa e se funda na atitude de rechaçar atos manifestamente irrazoáveis (*unreasonable*). Em sua fórmula clássica a decisão foi de que “se uma decisão é de tal forma irrazoável, que nenhuma autoridade razoável a tomaria, então pode a Corte intervir” (SILVA, 2002, p. 29).

Hoje a expressão razoabilidade ganhou inequívoco viés totalitário, sobretudo em se tratando de direito administrativo, com a formulação de conceitos tendentes a abranger em sua intimidade a observância dos demais princípios e regras condicionadores da atividade administrativa (OLIVEIRA, 2006, p. 145). Esse é o posicionamento, por exemplo, de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Nada obstante, deve-se buscar um delineamento próprio do conteúdo deste princípio sob pena de se carecer de legitimidade e eficiência sua utilização, com uma possível banalização.

A rigor, a razoabilidade apresenta algumas facetas invariáveis. Por exemplo, pode-se dizer que o princípio se exprime pela utilização do bom senso, pelo discernimento daquilo que é jurígeno, isto é, adaptação dos fatos em face das normas vigentes, sugere a composição segundo institutos e fundamentos da ciência do direito.

Outra característica comum na doutrina é o de razoabilidade como dever de racionalidade no exercício da função administrativa, ou mesmo como mandamento de ponderação valorativa. A rigor, a razoabilidade deve ser entendida como vedação de atitudes jurídica ou axiologicamente irrazoáveis em relação ao ordenamento sistemicamente considerado.

Noutro pórtico, a título de diferenciação, o princípio da proporcionalidade tem raízes da Europa continental, sendo primariamente desenvolvido no Tribunal Constitucional Alemão como controlador das leis restritivas a direitos fundamentais. Parte da doutrina chega, inclusive, a negar força normativa à proporcionalidade, classificando-o não como princípio, mas como “dever” (Humberto Ávila) ou “regra” (Luís Virgílio Afonso da Silva) (SILVA, 2002, p. 30).

A proporcionalidade implica na escalonada verificação da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (equilíbrio) da ação administrativa. A adequação é a análise de compatibilidade entre meio eleito e fim perseguido, impõe, pois, que a medida adotada para a realização do interesse público seja apropriada ao fim que se destina. A necessidade, posteriormente aferida, atrela-se ao exame de eleição do meio como o menos danoso ao cidadão, ou seja, se houver outro meio menos danoso que seja utilizado. A proporcionalidade em sentido estrito, por sua vez, é a equalização final entre meios e fins, o sopesamento com o fito de avaliar se o meio é, de fato, proporcional ao fim.⁶ (MELLO, 2010; OLIVEIRA, 2006; SILVA, 2002)

⁶ Quanto à proporcionalidade a doutrina, seja de direito constitucional seja de direito administrativo, é convergente, quase que inexistindo posições contrárias.

Em sendo assim, a proporcionalidade nada mais é do que um aspecto específico do princípio da razoabilidade. Aquela não esgota o conteúdo desta, que mantém sua força normativa de balizamento da formulação de quaisquer juízos estimativos realizados pela Administração.

Consoante isso, e até mesmo para que se facilite a sua utilização prática com máxima acolhida do interesse público na atuação administrativa, se vislumbra a fungibilidade material entre os referidos princípios, de modo que a preferência pela razoabilidade acolhida por este trabalho não significa um esquecimento da proporcionalidade, antes disso tem-se implicitamente que ao falar em razoabilidade está englobada a noção de proporcionalidade. José Roberto Pimenta de Oliveira ao tratar sobre os princípios bem asseverou que “é preciso distingui-los, sem separá-los, dada a ausência de razões substanciais que justifiquem a contraposição” (2006, p. 192).

Feita a devida conceituação da razoabilidade, cumpre debruçar-se sobre o ponto nevrálgico do estudo, qual seja o alcance do princípio em tela, legitimado pelas funções que exerce no sistema jurídico administrativo.

Como já se afirmou alhures, o administrador não pode tomar decisões desvinculadas dos princípios (ainda mais se constitucionais). Com efeito, nos casos em que a lei deixe espaço livre para a decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade se reduz à melhor solução. Assim, se o administrador tomar uma decisão inadequada com a finalidade legal, tem-se que ele exorbitou os limites da prerrogativa a ele conferida.

Esta é a primeira faceta do princípio da razoabilidade. É por ela, igualmente, que não se pode admitir que seja tomada qualquer medida válida para conseguir determinada finalidade, ainda que esteja sob os auspícios de conceitos indeterminados.

Aqui o princípio se manifesta como balizador da conduta do administrador em gozo da discricionariedade, evitando o seu mau uso. Seja quando determinado ato não atenda a finalidade da lei, seja quando o ato, embora atenda a finalidade legal, seja inadequado, desnecessário ou contrário ao interesse público de acordo com o senso comum.

Emblemática a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao afirmar que pelo princípio da razoabilidade a “discricionariedade, diante do caso concreto, pode ser mais reduzida do que aquela prevista, em tese, na lei.” (2001, p. 205). E não é voz única na doutrina:

A razoabilidade interfere, pois, diretamente na forma como a Administração dimensiona e realiza a medida concreta de interesse público capaz de justificar o exercício das atribuições ou prerrogativas funcionais. Está

agregada ao núcleo da discricionariedade existente no plano normativo, servindo de parâmetro positivo e negativo da apreciação comparativa que implica o exercício de qualquer esfera de autonomia decisória outorgada aos agentes administrativos. Sua função é impor um limite axiológico ao juízo discricionário do Administrador, o qual a norma autoriza e ao qual recorre como meio necessário para obter a ótima concretização do interesse público, dentro das circunstâncias concretas enfrentadas pela autoridade (OLIVEIRA, 2006, p. 183)

Se a opção administrativa recair sobre hipótese que se mostre irrazoável ele se tornará, em tese, juridicamente inválida e, conseqüentemente, suscetível de ser revogada ou anulada.

Desse modo, ainda que a discricionariedade resulte da lei, será a decisão administrativa passível de apreciação judicial. O juiz, no caso, não poderá se imiscuir no ato se a subjetividade do agente esteja de acordo com a razoabilidade ou definir qual o melhor caminho a ser tomado, se houver abertura legal para escolhas. Porém, se a escolha ferir os limites do razoável, o juiz deve impedi-la, anulando o ato.

Reside no momento do controle judicial do ato administrativo a outra patente função do princípio tratado: deve o magistrado conformar sua decisão com a razoabilidade, que exerce aqui função interpretativa.

Merecem transcrição as palavras do nunca assaz reproduzido Juarez Freitas:

Negar-se a importância da razoabilidade e a sua contribuição hermenêutica corresponderia a negar-se a possibilidade da evolução dos controles sobre a Administração, e a deixar sem controle atos cuja aptidão para servir ao interesse público só se logra medir pela lógica do razoável, que descortina a ponte entre objeto, os motivos e a finalidade, ponte essa a que se poderia denominar de causa do ato e acrescentar-se aos elementos integrantes de sua estrutura. (2005, p. 91)

Os controladores do ato devem, sem que se configure usurpação de poder ou invasão de mérito propriamente dito, reconhecer a vinculatividade dos atos discricionários ao princípio da razoabilidade, uma vez que a discricção existe para que o agente concretize a vinculante finalidade da lei.

Bem por isso, que seu uso é essencial. Chegou Juarez Freitas a afirmar que “a lógica do razoável é uma das chaves para que o controle judicial da administração, além de ser técnico-jurídico, busque o justo, o legítimo e o viável” (2005, p. 91).

A presença da razoabilidade é, nesse desiderato, determinante na tomada de decisões daqueles que exercem as funções estatais administrativa e judicial, devendo ser observada em dois momentos distintos por diferentes indivíduos. Em uma primeira ocasião, o agente que goza da discricionariedade administrativa para a realização de determinado ato administrativo

deve pautar este de acordo com os ditames do esculpido pelo princípio da razoabilidade. Em uma segunda oportunidade, caso não seja atendido a primeira vista, o juiz, quando do controle do ato, verifica se houve excesso do uso da liberdade legal atribuída ao agente que extrapolou os limites do razoável. O juiz pode e deve anular o ato se estiver em desconformidade com o princípio da razoabilidade.

Recente caso paradigmático na jurisprudência, que percorre por todos os pontos aqui expostos sobre o tema é o Agravo Regimental no Recurso Especial 670.453/RJ, cuja transparência é tamanha que sua ementa é digna de repetição:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MILITAR. REMOÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. TRANSFERÊNCIA DE LOCAL DE SERVIÇO. DEFERIMENTO. MORA IMOTIVADA PARA EFETIVAÇÃO DA MOVIMENTAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. ACÓRDÃO CONFORME A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. ENUNCIADO 83, DA SÚMULA DO STJ.

1. A Administração, ao autorizar a transferência ou a remoção de agente público, vincula-se aos termos do próprio ato, portanto, submete-se ao controle judicial a morosidade imotivada para a concretização da movimentação (Teoria dos Motivos Determinantes).
2. Pela Teoria dos Motivos Determinantes, a validade do ato administrativo está vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, a sujeitar o ente público aos seus termos.
3. No caso, 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).
4. Pretensão e acórdão a quo, na via especial, firmados em preceito constitucional elidem o exame do STJ.
5. Acórdão a quo em consonância com a jurisprudência deste Tribunal (Enunciado 83 da Súmula do STJ).
6. Agravo regimental a que se nega provimento. (Relatoria do Des. Convocado do TJ/SP Celso Limongi, Sexta Turma, julgamento em 18/10/2010)

Aconteceu que o referido militar solicitou sua transferência funcional por questões familiares, pleito atendido pela Administração. Não obstante, antes de efetuada a mudança, a própria Administração revogou o provimento do pedido, *"por questões de interesse público o administrador público, em tempo, entendeu que a ausência do militar da Sede (Rio de*

Janeiro) causaria prejuízo ao serviço público" (trecho extraído do voto do realtor). Ora, agiu com respaldo na discricionariedade a ele conferida.

Irresignado, o servidor procurou o judiciário que lhe concedeu o pleito, ou seja, permitiu a transferência pretendida, mediante decisão do Tribunal Regional da 2ª Região.

Então, a União interpôs o referido agravo – cujo provimento foi negado pelas razões a seguir expostas - após decisão que negou seguimento ao recurso especial que manteve o acórdão da segunda instância.

Os fundamentos da decisão foram evidentes, e se basearam na falta de motivação do ato discricionário ulterior (o que revogou a concessão da transferência), o que fazia do ato em si atentatório à razoabilidade. Segue trecho do voto do relator:

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). Sobre a relevância do Princípio da Razoabilidade, na esfera administrativa, destaque-se a manifestação doutrinária: "*um ato não é razoável quando não existiram os fatos em que se embasou; quando os fatos, embora existentes, não guardam relação lógica com a medida tomada; quando mesmo existente alguma relação lógica, não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas que não autorizam do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída.*" (ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, n. 9, dezembro, 2001).

A inobservância do princípio da razoabilidade pela agente administrativo, no caso colacionado, impôs sua utilização posterior pelo juiz em sede de controle. Se não constituir limite à discricionariedade, por desatenção do administrador, será, necessariamente, parâmetro de aferição de legitimidade do ato pelo poder judicante, sob pena de ofender o administrado.

6. CONCLUSÃO.

Para que um Estado exerça de modo mais eficaz e democrático, diminuindo os riscos de centralização de poderes nas mãos de poucos, foi concebida a ideia de repartição do exercício do poder, de acordo com a função a ser empreendida. É a clássica tripartição dos poderes, em que nenhum poder (legislativo, executivo e judiciário) ocuparia a esfera do outro. Essa rigidez original, em alguns casos, não era salutar para a consecução dos interesses da coletividade, de modo que hoje se comporta temperamentos, advogada pela chamada doutrina dos freios e contrapesos.

Dentre as funções do Estado Moderno, está a Administração Pública, cujos atos encontram-se na esfera infralegal. Não obstante, nem sempre uma lei estanque é a melhor alternativa, o que fez com que alguns casos fosse dada o poder-dever da discricionariedade administrativa aos agentes, para que decidam como deve ser aplicada a lei no caso concreto.

Com efeito, a decisão não pode escapar da finalidade da própria lei, do que se depreende o dever de motivação destes atos, que será o meio hábil para impossibilitar ao administrador que exacerbe da esfera discricionária que lhe assiste, evitando violações à legalidade que venham a deturpar a finalidade da lei.

Sempre que houver gozo anômalo da discricionariedade, seja pelo desvio de poder, pela vício no motivo ou causa, é possível o controle pelo Poder Judiciário. Muito embora haja essa restrição de análise do mérito (conveniência e oportunidade), resta claro, mesmo para quem advoga a impossibilidade dessa forma de controle, que ela deve estar em consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade (faceta da razoabilidade). Só esta flexibilização permite a concretização daquilo que é aceitável perante a lei.

Assim, há de ser o controle jurisdicional dos atos discricionários preponderantemente principiológico. O mérito do ato pode ser inquirido por via reflexa, verificando o seu demérito.

Assume assim, essencial papel o princípio da razoabilidade, que está agregado ao núcleo da discricionariedade existente no plano normativo, no qual tanto o administrador deve se espelhar no momento da criação do ato discricionário, quanto o juiz em casos que o administrador se desvirtue dele, procurando sempre uma lógica do razoável. Daí se dizer que a razoabilidade tem uma dúplice função, no entanto uma única finalidade, a conformação do ato administrativo discricionário com o interesse público.

REFERÊNCIAS

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 16 out.2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18. ed., São Paulo: Atls, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. Ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. Ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle judicial*. 2. Ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- MONTESQUIEU. *El Espiritu de las leyes*. Buenos Aires: librería “el ateneo”, 1951.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade estrita à lógica do razoável*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;
- SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos tribunais*, V. 91, N. 798, abr., 2002;
- VELLOSO, Galba. *Desvio de Poder: Doutrina, Jurisprudência e Aplicação Prática*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2007.